

EL FRAUDE MARCARIO Y LA PIRATERÍA: SU ENFOQUE DESDE LA ÓPTICA PENAL ADUANERA

POR HÉCTOR GUILLERMO VIDAL ALBARRACÍN

I.- ENCUENTRO INTERNACIONAL.

Por iniciativa de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) y la Dirección General de Aduanas (DGA) de la Argentina, los días 8 y 9 de noviembre próximo pasado se llevó a cabo en el Four Seasons Hotel la "Conferencia Internacional de lucha contra el fraude marcario y la piratería", con la participación de altos funcionarios, empresarios y expertos de distintos países.

El Sr. Michel Danet, Secretario General (OMA) aludió a la problemática en el mundo. Seguidamente, el Dr. Ricardo Echegaray, Director General (DGA), se refirió a la experiencia aduanera en nuestro país.

A través de las exposiciones se trató la situación en el Continente Sudamericano; las iniciativas políticas de los organismos internacionales más importantes; la cooperación del sector público y privado; la visión de los exportadores; las nuevas rutas y técnicas de fraude: prueba de los tenedores de derechos, farmacéuticos; la piratería de obras musicales y cinematográfica, productos de consumo habitual, cosméticos, deportivos, etc.

La convocatoria a todos los sectores interesados en la problemática, permitió tratar el tema desde una óptica internacional e interdisciplinaria, llegándose al consenso de que se estaba frente a un problema global devastador.

II.- ENFOQUE PENAL DEL PROBLEMA

Las distintas áreas pusieron de manifiesto que

el tráfico de mercadería falsificada no sólo alcanza comercialmente a los titulares de los derechos, sino que genera perjuicio fiscal e incluso puede afectar la salud pública y la seguridad nacional. La piratería dejó de ser un problema de venta callejera y se convirtió en un delito respaldado por una organización. No sólo se advierte en la presentación de la mercadería falsificada, sino también en la rapidez del cambio de las rutas de introducción.

Desde el punto de vista penal esa ampliación que se ha producido en estos últimos años del ámbito de lo que se debe proteger, en derecho penal se denomina bien jurídico tutelado y es lo que legitima el tipo penal y la sanción.

III.- LAS RAZONES DEL CAMBIO DE MENTALIDAD

Durante muchos años la situación era que estaba prohibido vender un producto falsificado pero se permitía importarlo o exportarlo.

En la aduana (en su zona primaria) existían grandes cantidades de mercadería que se sabían eran falsificadas, no obstante se las despachaba a plaza para su venta. Recién en ese momento y cuando generalmente ya se había distribuido, se ponía en funcionamiento el sistema represivo a través de la ley de marcas, lealtad comercial y defensa del consumidor.

El resultado era que del universo importado sólo se secuestraban algunas pocas mercaderías de algún vendedor callejero.

IV.- EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO" (ADPIC Ó TRIPS EN INGLÉS), APROBADO EN LA RONDA URUGUAY DEL GATT, RATIFICADO POR ARGENTINA A TRAVÉS DE LA LEY 24.425

Este acuerdo centra la acción en impedir el acceso o la salida de la mercadería ilícita, pues es más eficaz y sencillo que atacar la producción y comercialización internas. En su art. 51 y concordantes incluye medidas de frontera a instrumentar por los Estados Miembros, mediante la suspensión del despacho por parte del servicio aduanero de mercadería falsificada o pirata pero requiere la iniciativa del particular damnificado. No obstante, en su art. 58 posibilita a los Estados Miembros instruyan a las autoridades aduaneras para que suspendan "de oficio" el despacho cuando tuvieren la presunción que se infringe un derecho de propiedad intelectual, comunicando al importador y al titular, no pudiendo superar los diez días, plazo en que podrá dictarse una medida cautelar judicial.

El art. 61 por su parte recomienda la previsión de penas de prisión y sanciones disuasorias.

V.- SITUACIÓN EN ARGENTINA: INICIATIVAS NORMATIVAS

Estas directrices y principalmente la constante preocupación de las autoridades de la OMA, provocaron en nuestro país diversos proyectos normativos, que culminaron en el art. 46 dictado por la ley 25.986

Dicha disposición fue objeto de críticas al considerarse que la prohibición de oficio que puede aplicar el funcionario aduanero va más allá de las recomendaciones del ADPIC, que solo se refería a suspensión del despacho y no a prohibiciones que en su casi totalidad dependen de contratos entre particulares, respecto de las cuales la aduana carece de competencia para juzgarlos por tratarse de una típica función judicial.

Se debe advertir que la prohibición impide el retiro de la mercadería bajo garantía.

VI.- LA DGA ADOPTÓ UNA SERIE DE MEDIDAS ACERTADAS

A pesar de que el art. 46 en su parte final difiere su aplicación a su reglamentación, la DGA acertadamente estimó a través de la Nota Externa n° 53/06 que por la importancia del tema era operativo, centrando su acción a través de la creación de la División Fraude Marcario, con intervención de todos los operadores económicos (además de los titulares de derechos, los despachantes de aduana, importadores, exportadores, agentes de transporte) con reuniones de trabajo mensuales.

También estableció mediante la Res. 2216/07 un Sistema de Asientos de Alerta (SAA), consistente en el registro informático voluntario de los titulares de marcas, a través de su CUIT y las Posiciones Arancelarias. De tal manera, las destinaciones con esas Posiciones Arancelarias quedan bloqueadas o suspendidas por tres días hábiles. En ese lapso se comunica al titular, y a su pedido se verifica físicamente la mercadería.

Si bien la Aduana ha tratado de solucionar algunos problemas prácticos, como el caso de empresas extranjeras sin CUIT a las que les permitió inscribirse a través del CUIT de su representante legal en el país, para que su funcionamiento resulte eficaz se requiere que las empresas se inscriban.

Algunas han solicitado se las exima de presentar el contrato de licencia de marca a las empresas argentinas subsidiarias de extranjeras de titulares de marcas. El carácter global y complejo de las falsificaciones requiere de un frente conjunto del sector público y privado, y también del intercambio de información con otros países (acuerdos de asistencia recíproca)

La aduana al advertir que la importación de mercadería sin marca de fábrica o comercio dificultaba el control aduanero en materia de valoración o el procedimiento operativo del SAA, estableció por Res. 21/07 (20/3/07) que debía declararse si se iba a comercializar sin marca o si la misma sería colocada antes de su comercialización, indicando el domicilio donde se la colocaría o estamparía. En el primer caso le comunicará a la Dirección de Lealtad Comercial. En el segundo, una vez que le coloque la marca se pondrá en funcionamiento el SAA.

VII. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA COMO SOLUCIÓN PARA SU PROBLEMÁTICA

En mi opinión, siguiendo la recomendación del art. 51 del ADPIC de actuar antes y no esperar a que la mercadería falsificada se distribuya y comercialice, el fraude marcario debe ser combatido creando una barrera aduanera que ejerza un control de entrada y un seguimiento posterior en plaza. Considero que con la normativa actual, la aduana más la colaboración del sector privado puede ofrecer un frente de lucha eficaz.

Así, el art. 46 del Código Aduanero al considerar que la lucha contra el fraude marcario y la piratería tiene fundamento en un interés superior que no puede quedar supeditado a la eventual denuncia del titular del derecho, en aquellos casos evidentes en que la falsedad surja de la simple verificación, establece la prohibición de la importación y/o la exportación.

Sino es evidente, faculta al servicio aduanero a suspender de oficio el despacho por siete días hábiles con comunicación al titular del derecho y se sigue el procedimiento que indica la norma. De concluirse que es falsificada se debe aplicar su prohibición y la circunstancia de no ser evidente es tenida en cuenta para considerarla como un mayor despliegue para burlar el control por parte del documentante¹.

Frente al contrabando clandestino, esto es, la conducta que elude el control a cargo del servicio aduanero, la prohibición de la mercadería falsificada que se pretenda ingresar o egresar constituirá una causal de calificación. Actualmente, un altísimo porcentaje de la mercadería falsificada se introduce oculta por vía de equipaje (caso de relojes, que dejan una ganancia casi igual que las drogas, con mucho menos riesgo). Si se aplica la

ley aduanera no solo se puede agravar la conducta, sino que se otorga al investigador una facultad de requisita más amplia que la del Código Procesal Penal, pues en materia de equipaje, no se requiere que exista sospecha de ilicitud, pues el ticket implica un consentimiento tácito del pasajero a ser revisado.

Se advierte pues, que importar o exportar mercadería falsificada puede configurar una infracción de declaración inexacta² y si tiene entidad para dificultar el control aduanero puede convertirse en el delito de contrabando³. Si se logra eludir la barrera aduanera y se produce el ingreso de la mercadería falsificada a plaza, el derecho penal reacciona mediante una serie de dispositivos: infracción de tenencia injustificada⁴, encubrimiento de contrabando⁵, fraude marcario o a la propiedad intelectual⁶, lealtad comercial⁷.

Tal repercusión punitiva nos dice de la prudencia con que se debe asumir cualquier modificación legislativa. Muchas veces frente a un delito complejo comienzan las discusiones sobre la necesidad de oponerle un derecho especial. La especialidad en sí misma es un mal camino en el derecho penal, pues puede provocar superposición de tipos penales que no solo generan dificultades de interpretación sino que afectan el principio de legalidad.

Estimo que el art. 46 al haberse dictado a través de la ley 25986, modificatoria del régimen aduanero, hace que su problemática se resuelva a través de una interpretación sistemática del Código Aduanero, sin olvidarse que aún cuando estos ilícitos puedan presentar características propias, son delitos y como tales deben ser acciones típicas, antijurídicas y culpables como exige el Derecho Penal.

1. Puede constituir el ardid o engaño a que alude el delito de contrabando.

2. Art. 954, inc. b) del Código Aduanero reprime con una pena de multa de 1 a 5 veces el valor de la mercadería en infracción.

3. Art. 863, 864, inc. b) o incluso 865 inc g) del Código Aduanero, cuya escala penal impide la libertad durante la etapa sumarial y pena de cumplimiento efectivo en caso de condena.

4. Art. 985, 986 y 987 del Código Aduanero.

5. Art. 874, inc. d) del Código Aduanero.

6. Art. 31 de la ley 22.362. Si se trata de la importación de una copia pirata, art. 72 bis de la ley 11.723.

7. Ley 22.802.

VIII. LO QUE HACE FALTA

Es un camino lento que requiere un cambio cultural que justifique la adopción de medidas disuasivas.

También se debe trabajar en mejorar algunas cuestiones coyunturales: es fundamental que las aduanas de frontera estén capacitadas para determinar con celeridad y certeza la falsedad de la mercadería que controlan y para ello se necesita de la colaboración del sector privado interesado.⁸

También hay que unificar criterios judiciales en la adopción de las medidas más importantes, tales como: secuestro y destrucción de la mercadería en infracción, la autoridad y forma en que se debe ejecutar, facultades para interdictar medios de transportes y bienes empleados para cometer el delito y cómo resolver las dificultades cuando pertenecen a un tercero.

IX. NO HAY QUE SER SUFICIENTES SINO EFICIENTES

Este encuentro ha sido una muestra más de la preocupación sobre esta problemática de la Organización Mundial de Aduanas y del acierto de las medidas adoptadas por la Dirección General de Aduanas en la lucha contra el fraude marcario y piratería.

Ha quedado en claro la gravedad de sus consecuencias y la necesidad de un frente común que no admite demora.

Por eso en el "durante" hay que hacer que las normas en vigencia sean operativas, sin que la espera de un marco legal perfecto ponga en riesgo perder el camino recorrido. No hay que ser suficientes sino eficientes.

8. Estructurar Foros a semejanza del que funciona en la División de Fraude Marcario, en la Aduana de Buenos Aires con operadores económicos que cuenten con expertos, cuya actividad vaya formando un banco de datos. En ello también pueden colaborar los idóneos de las fuerzas de seguridad en frontera.