

Delitos contemplados en la ley de propiedad intelectual (ley 17.336)¹ minuta n°7/ 2006/ agosto

1. Consideraciones generales

La ley 17.336 es el cuerpo legal de carácter especial que regula los aspectos relativos a los derechos de autor, esto es, de quienes intervienen en la creación, difusión y utilización de las producciones del intelecto. Desde su entrada en vigencia ha sido modificada por las leyes 18.443, 18.957, 19.166, 19.912, 19.914 y 19.928. El Reglamento original de dicho cuerpo legal está contenido en el Decreto 1122 del Ministerio de Educación del año 1971.

En términos generales, existe acuerdo en que es una buena ley. Los aspectos más débiles que tiene son: (i) su excesivo casuismo, lo que hace siempre necesario reformas legales para adecuarla a las nuevas problemáticas y (ii) la deficitaria regulación de los ilícitos penales que ella contiene. En lo que sigue se analizarán los ilícitos penales que esta ley contiene y los problemas que ella conlleva.

2. Bien jurídico protegido

La propiedad intelectual se encuentra reconocida en nuestro Código Civil. El artículo 582 inciso primero de este cuerpo legal define la propiedad en términos generales: “El *dominio* (que se llama también *propiedad*) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”. A su turno, el artículo 583 señala que “sobre las cosa incorporeales también existe una *especie de propiedad*”. Por último, el artículo 584 reconoce explícitamente que sobre las producciones del intelecto existe una *especie de propiedad*: “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta *especie de propiedad* se regirá por leyes especiales”. La legislación especial a que alude el precepto corresponde hoy precisamente a la Ley 17.336.

La regulación constitucional en lo que respecta a la propiedad intelectual ha sufrido grandes modificaciones.

El art. 10 N° 10 de la CPR 1925 aseguraba a todos los habitantes de la República “la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna”. La propiedad intelectual se encontraba regulada por el art. 10 N° 11 CPR 1925, donde se garantizaba “la propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción, por el tiempo que concediere la ley”, y se contemplaba la posibilidad de indemnización *competente* para el autor o inventor. De esta forma, la protección que la CPR 1925 otorgaba a la propiedad intelectual era más débil que la otorgada a la propiedad corporal común en dos aspectos: (i) mientras la propiedad corporal común era reconocida como perpetua, la propiedad intelectual sólo era reconocida por el tiempo que la ley determinara, y (ii) en caso de expropiación, respecto

¹ Este documento es, básicamente, una exposición actualizada y sistematizada de la ponencia de ETCHEBERRY: *Aspectos penales en materia de derecho de autor: ilícitos penales en la legislación chilena*, en: VII Congreso internacional sobre protección de los derechos intelectuales. Santiago, Chile, 1992. Es digno de hacer notar que la ponencia de ETCHEBERRY constituye una excepción frente al prácticamente nulo tratamiento dogmático de la materia a nivel nacional.

de la propiedad corporal común se exigía el pago íntegro de la indemnización en forma previa, mientras que respecto de la propiedad intelectual, la indemnización debía sólo ser competente.

Si bien la Ley 17.336 se dictó todavía bajo el imperio de la Constitución de 1925 (D.O. 02.10.1970), es evidente que su contenido debe ahora interpretarse de acuerdo con las disposiciones que sobre esta materia contiene la CPR de 1980.

La regulación que la CPR 1980 hace de la propiedad intelectual es mucho más detallada que la que hacía la CPR 1925, y la protección que otorga a esta *especie de propiedad* es mayor. De hecho, varios de los derechos antes otorgados antes sólo a nivel legal por la Ley 17.336 han pasado a tener jerarquía constitucional. Por lo mismo, su contenido esencial deberá ser respetado por cualquiera futura reforma, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 19 N° 26 CPR 1980.

El art. 19 N° 24 CPR 1980 “garantiza a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre los bienes corporales e incorporales”. En seguida, el art. 19 N° 25 inc. 1° CPR 1980 garantiza “el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señala la ley y que no será inferior a la vida del titular”, agregando en el inciso 2° que “el derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley”. Finalmente, se hacen extensivas las reglas contenidas en los incisos 2°, 3°, 4° y 5° del art. 19 N° 24 al derecho de autor.

La CPR 1980 introduce así varias innovaciones importantes:

- (i) la CPR habla del “*derecho del autor sobre sus creaciones...*”; no habla de *propiedad sobre...*;
- (ii) en cuanto a su duración, la CPR garantiza ahora su perpetuidad; y
- (iii) se otorga a la propiedad intelectual las mismas garantías que en materia de expropiación se otorgan a la propiedad o dominio sobre los bienes corporales o incorporales.

La Ley 17.336 lleva el título de "Propiedad Intelectual", pero su contenido comprende además otros derechos (i.e. Art. 14: derecho moral).

Lo que la Ley 17.336 entiende por *derecho patrimonial* (Art. 17), si bien básicamente abarca los tradicionales atributos de la propiedad en sentido dominical (uso, goce y disposición), también se extiende a otras facultades exclusivas que no se asimilan cabalmente a tales atributos (i.e. Art. 18 (b): derecho a *reproducir* la obra, como forma de *utilización*). En estricto rigor, varios *derechos* o *facultades* que se reservan exclusivamente al autor, más que formas del ejercicio del derecho por parte de éste, son *prohibiciones dirigidas a terceros*, para evitar formas de intrusión de naturaleza distinta a las que pueden darse respecto de los bienes materiales.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, bien jurídico protegido por la Ley 17.336 es más amplio de lo que el término “Propiedad Intelectual” sugiere. No se refiere sólo a la propiedad en su sentido dominical, sino al llamado por la CPR *derecho de autor*. Éste incluye la propiedad en sentido estricto, pero se extiende además a los otros derechos (p. ej., paternidad, edición e integridad de la obra).

Incluso se pueden percibir bienes jurídicos de carácter colectivo o difuso: los derechos relativos al patrimonio cultural común.

3. Infracciones administrativas

Dentro del Título III (*Disposiciones generales*), el Capítulo II (*Contravenciones y sanciones*: arts. 78 a 85) contiene entremezcladas infracciones de carácter penal y de carácter administrativo. La existencia de ilícitos penales se desprende claramente de la lectura de los arts. 79 y 80. Si bien, de acuerdo a la generalidad de la doctrina la distinción entre ilícito penal y administrativo es bastante tenue², resulta claro también que dentro de la ley se contemplan infracciones administrativas. Así se sigue de la lectura de los arts. 78 y 85.

“Art. 78. Las infracciones a esta ley serán sancionadas con multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales.

La misma sanción se aplicará a las contravenciones al reglamento.”

“Art. 85. En los casos de contravenciones del derecho de autor o conexos, el Juez de Mayor Cuantía en lo Civil que corresponda, en conformidad a las reglas generales, procederá breve y sumariamente.”

Resulta evidente que el art. 78 no puede referirse a ilícitos penales. Ello por las siguientes razones:

- (i) El inciso 2° establece sanción para las contravenciones *al reglamento*. Una interpretación que permita conciliar el sentido de esta disposición con el principio de reserva legal, obliga a sostener que al menos dichas contravenciones son de carácter administrativo.
- (ii) El inciso 1° sanciona genéricamente *las infracciones a esta ley*. Una interpretación de esta disposición que permita conciliar su sentido con el mandato de determinación derivado del principio de legalidad (Art. 19 N° 3, inciso final, CPR: ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté *expresamente descrita* en ella), obliga también a sostener que las infracciones a que se hace referencia son de carácter administrativo.
- (iii) Por último, para que tenga algún sentido relevante el art. 85, que otorga competencia para conocer de las contravenciones al Juez de Mayor Cuantía en lo Civil que corresponda, estableciendo el procedimiento sumario para su conocimiento, hay que admitir que al menos algunas infracciones de la Ley son de carácter administrativo. Ellas no pueden ser sino las del art. 78.

Uno de los problemas que trae aparejados la calificación de las infracciones del art. 78 como infracciones administrativas es que el procedimiento aplicable para su sanción es el juicio sumario (680 ss. CPC). Luego, si no hay demanda particular, estas infracciones quedan en la impunidad.

² Sobre este difícil problema y los criterios de delimitación propuestos pueden verse: JESCHECK/ WEIGEND: *Tratado de derecho penal. Parte general*. Granada: 2002, pp. 61 ss.; MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: 1998, pp. 5 ss.; ROXIN: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: 1997, pp. 71 ss.

4. Infracciones penales

Las infracciones claramente penales establecidas por la Ley se encuentran previstas en los arts. 79, 80 y 81 ter. Un caso difícil de calificar, como se verá más adelante, es la infracción del art. 81.

El carácter indiscutiblemente penal está dado en este caso por la penalidad asociada a ellas: se trata de penas privativas de libertad propias de simples delitos, sin perjuicio de reglas generales del CP para agravar pena.

De acuerdo con el art. 84, todos los delitos sancionados en la ley, son de acción penal pública. Adicionalmente, el denunciante tiene derecho a recibir la mitad de la multa respectiva.

4.1 El delito del art. 79 (a)

“Art. 79. Comenten delito contra la propiedad intelectual y serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales:

a) Los que, sin estar expresamente facultados para ello, utilicen obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el art. 18.”

Sanción: presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 UTM (aplicable a todas las hipótesis del art. 79).

Sujeto activo: se trata de un delito común (“los que”). Discutible es el sentido de la expresión “sin estar expresamente facultados para ello”. En principio parece una expresión superflua, pues el consentimiento del ofendido debería dar lugar a una acción atípica o, al menos, justificada por la causal del art. 10 N° 10 del CP (ejercicio legítimo de un derecho). Sin embargo, una interpretación sistemática de dicha expresión y de la ley en general, parece indicar que debe existir una autorización expresa en los términos de los arts. 19 y 20 de la Ley³. Esta autorización expresa, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 19, sólo debiera ser necesaria cuando la utilización conlleva publicidad.

Verbo rector: “utilizar” una obra. La expresión es sumamente vaga. La determinación de lo injusto está dada más bien por las formas de utilización. La utilización debe revestir alguna de las formas establecidas en el art. 18, que dispone:

³ “Art. 19. Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor.

La infracción de lo dispuesto en este artículo hará incurrir al o los responsables en las sanciones civiles y penales correspondientes.”

“Art. 20. Se entiende por autorización el permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece.

La autorización deberá precisar los derechos concedidos a la persona autorizada, señalando el plazo de duración, la remuneración y su forma de pago, el número mínimo o máximo de espectáculos o ejemplares autorizados o si son ilimitados, el territorio de aplicación y todas las demás cláusulas limitativas que el titular del derecho de autor imponga. La remuneración que se acuerde no podrá ser inferior, en caso alguno, al porcentaje que señale el Reglamento.

A la persona autorizada no le serán reconocidos derechos mayores que aquellos que figuren en la autorización, salvo los inherentes a la misma según su naturaleza.”

“Art. 18. Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas:

a) **Publicarla** mediante su edición, grabación, emisión radiofónica o de televisión, representación, ejecución, lectura, recitación, exhibición, y, en general, cualquier otro medio de comunicación al público, actualmente conocido o que se conozca en el futuro;

b) **Reproducirla** por cualquier procedimiento;

c) **Adaptarla** a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción, y

d) **Ejecutarla públicamente** mediante la emisión por radio o televisión, discos fonográficos, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas u otro soporte material apto para ser utilizados en aparatos reproductores de sonido y voces, con o sin imágenes, o por cualquier otro medio.

e) La **distribución al público** mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley.

Con todo, la primera venta u otra transferencia de propiedad en Chile o el extranjero, agota el derecho de distribución nacional e internacionalmente con respecto del original o ejemplar transferido.”

Aquí cabe hacer dos observaciones:

(i) La utilización en alguna de las formas previstas en las letras (a), (d) y (e) del art. 18 conlleva necesariamente publicidad.

No se exige que la publicación (a), ejecución pública (d) o distribución (e) sean hechas a título oneroso, ni que sean ocasión de provecho para el infractor o de perjuicio para el titular. Tampoco se exige una especial tendencia interna trascendente o intensificada. La penalidad no depende del monto del perjuicio causado ni del lucro obtenido.

El art. 79 A utiliza la disyunción en la expresión “en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el art. 18”. Sin embargo, pese a la disyunción utilizada, debe entenderse que la utilización penalizada sólo es posible cuando concurren en forma copulativa formas y medios: si falta alguna forma o no se utiliza alguno de los medios señalados, no hay delito. Así se sigue de la lectura de las hipótesis de las letras (a), (d) y (e) del art. 18.

(ii) Las letras (b) y (c) del art. 18 presentan gran ambigüedad:

(b) Reproducir la obra por cualquier procedimiento.

(c) Adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquiera otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción.

Esto genera un problema interpretativo. Como no se exige expresamente publicidad, ni perjuicio, ni ánimo de lucro, el alcance del tipo debería restringirse por vía interpretativa a los casos en que la reproducción o la adaptación al menos conllevan publicidad.

Objeto material del delito: "...obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas."

Las obras protegidas se señalan genéricamente en el art. 1 (obras de la inteligencia) y se especifican en el art. 3 de la ley (p. ej., libros, obras dramáticas, composiciones musicales, fotografías, periódicos, pinturas, esculturas, obras cinematográficas, etc.).

4.2 El delito del art. 79 (b)

"Art. 79. Cometen delito contra la propiedad intelectual y serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales: [...]

b) Los que sin estar expresamente facultados para ello, utilicen las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de los derechos conexos, con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios establecidos en el Título II de esta ley."

Sanción: presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 UTM.

Sujeto activo: delito común ("los que"). Con respecto al sentido de la expresión "sin estar expresamente facultados para ello" valen las mismas observaciones hechas con ocasión del tipo del art. 79 (a).

Verbo rector: *utilizar*. Aquí también valen las observaciones hechas con ocasión del tipo del art. 79 (a).

Bien jurídico protegido: específicamente son los derechos conexos al derecho de autor (arts. 65 ss.).

Los derechos conexos "se presentan en aquellas obras que por su naturaleza están destinadas a llegar al público a través de alguien que las interprete, ejecute o represente"⁴. Es el caso, p. ej., de la música, las obras de teatro y la danza. La ley reconoce a intérpretes, ejecutantes, así como a quienes éstos hayan autorizado para reproducir y difundir comercialmente las ejecuciones que hayan sido fijadas en un medio permanente y transmisible, derechos conexos al del autor.

El Título II de la Ley (arts. 65 ss.), al que se remite el art. 79 (b), especifica cuál es la utilización que se pretende sancionar: grabar, reproducir, transmitir, retransmitir, difundir, fijar, distribuir (arts. 66, 67, 68 y 69). La ley exige en esas formas ánimo de lucro y/o publicidad, actual o potencial (p. ej., art. 66).

Las expresiones utilizadas por el tipo ("con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios") son aparentemente alternativas, pues en estricto rigor siempre deben concurrir de manera copulativa. Aquí valen las mismas observaciones hechas con ocasión del tipo del art. 79 (a).

No se exige acreditar la producción de un perjuicio ni la obtención de un lucro, ni tienen estos factores influencia sobre la magnitud de la pena.

⁴ ETCHEBERRY: *op. cit.*, p. 517.

4.3 El delito del art. 79 (c)

“Art. 79. Cometen delito contra la propiedad intelectual y serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales: [...]

c) Los que falsifiquen obras protegidas por esta ley, sean literarias, artísticas o científicas, o las editen, reproduzcan o vendan ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra o alterando maliciosamente su texto.”

Sanción: presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 UTM.

Sujeto activo: delito común (“los que”).

Estructuralmente estamos frente a un tipo mixto alternativo, pues cada una de las distintas hipótesis parece suficiente, en principio, para realizar el tipo:

- (i) Falsificar obras protegidas por la ley, sean literarias, artísticas o científicas; y
- (ii) Editarlas, reproducirlas o venderlas ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra o alterando maliciosamente su texto.

Un problema interpretativo que plantea la primera hipótesis es precisamente determinar cómo se *falsifica* una obra, es decir, en qué consiste *falsificar* una novela, un poema, una obra teatral⁵.

De acuerdo con ETCHEBERRY⁶, la *falsedad* de una obra en el sentido del tipo sólo surge cuando se pretende engañar a alguien en particular o al público en general respecto de la paternidad, el origen, la manera en que se compuso, el verdadero autor, el verdadero editor o productor, etc.

De lo anterior cabe concluir que la hipótesis de mera falsificación del 79 (c) carece de significación penal independiente si se la desvincula de la segunda hipótesis.

Por el contrario, la segunda hipótesis sí que tiene sentido y aplicación, sea como complemento de la primera, sea considerada en forma independiente⁷. Luego, seguimos frente a un tipo mixto alternativo, pero las hipótesis que lo realizan deben ser entendidas en la forma recién explicitada.

Los **verbos rectores** de la segunda hipótesis son: editar, reproducir, vender. Estas acciones sólo realizan el tipo si se verifican junto con las siguientes **circunstancias**:

- (i) Ostentando falsamente el nombre del editor autorizado;
- (ii) Suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra; o
- (iii) Alterando maliciosamente el texto.

⁵ ETCHEBERRY: *op. cit.*, p. 518.

⁶ *Id.*

⁷ ETCHEBERRY: *op. cit.*, p. 519.

No se exige lucro ni perjuicio efectivo. Tampoco se exigen en forma subjetiva. No influyen en la magnitud de la pena.

4.4 Los delitos del art. 79 letras (d) y (e)

“Art. 79. Cometen delito contra la propiedad intelectual y serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales: [...]

d) Los que obligados al pago de retribución por derecho de autor o conexos derivados de la ejecución de obras musicales, omitieren la confección de las planillas de ejecución correspondiente, y

e) Los que falsificaren o adulteraren una planilla de ejecución.”

El art. 5 (r) define “planilla de ejecución” como “la lista de las obras musicales ejecutadas mencionando el título de la obra y el nombre o seudónimo de su autor.” El art. 5 (r) también consagra una obligación: “cuando la ejecución se haga a partir de un fonograma, la mención deberá incluir además el nombre artístico del intérprete y la marca del productor...”

La planilla de ejecución sirve de base para determinar el monto que debe pagarse por derecho de autor o conexos. A pesar de tratarse de documentos privados, donde ordinariamente sólo se sanciona la falsedad material, se castiga aquí también como delito la falsedad ideológica.

Las conductas delictivas en que puede incurrirse respecto de una planilla de ejecución son las siguientes:

- (i) **Falsificar una planilla.** Puede tratarse de fabricar o forjar íntegramente una planilla que no corresponda a la realidad; o consignar en ella datos falsos;⁸
- (ii) **Adulterar una planilla de ejecución.** Comprende las falsificaciones materiales: borraduras, intercalaciones, adiciones, etc.⁹
- (iii) **Omitir la confección de una planilla.** El autor de esta conducta debe ser una persona obligada al pago de retribución por derecho de autor o conexos derivados de la ejecución de obras musicales.¹⁰

A pesar del carácter patrimonial de la infracción no se exige la efectiva producción de un perjuicio ni el logro de un lucro efectivo (tampoco en forma subjetiva). Asimismo, su eventual concurrencia no influye sobre el *quantum* de la pena.¹¹

4.5 El delito del art. 80 (a)

“Art. 80: Cometen, asimismo, delitos contra la propiedad intelectual y serán sancionados con las penas que se indican en cada caso:

⁸ ETCHEBERRY: *op. cit.*, p. 520.

⁹ Id.

¹⁰ Id.

¹¹ Id.

a) Los que falsearen el número de ejemplares vendidos efectivamente, en las rendiciones de cuentas a que se refiere el art. 50, serán sancionados con las penas establecidas en el art. 467 del Código Penal.”

El art. 50 se refiere al contrato de edición, y establece:

“Art. 50. Cuando la remuneración convenida consista en una participación sobre el producto de la venta, ésta no podrá ser inferior al 10% del precio de venta al público de cada ejemplar.

En tal caso, el editor deberá rendir cuenta al titular del derecho por lo menos una vez al año, mediante una liquidación completa y documentada en que se mencione el número de ejemplares impresos, el de ejemplares vendidos, el saldo existente en bodegas, librerías, depósito o en consignación, el número de ejemplares destruidos por caso fortuito o fuerza mayor y el monto de la participación pagada, o debida al autor.

Si el editor no rindiere cuenta en la forma antes especificada, se presumirá vendida la totalidad de la edición y el autor tendrá derecho a exigir el pago del porcentaje correspondiente a dicho total.”

A primera vista puede constatarse la similitud entre la figura de rendición de cuentas y la del art. 80 (a) y a las figuras relativas a la planilla de ejecución contempladas en las letras (d) y (e) del art. 79. Sin embargo, se diferencian en los siguientes aspectos:

- (i) **Omisión:** no confeccionar el respectivo documento es delito en el caso de la planilla de ejecución (art. 79 (d)). En el caso de la rendición de cuentas del editor (art. 80 (a)), sólo tiene lugar la sanción civil establecida en el art. 50: se presumirá vendida la totalidad de la edición y el autor tendrá derecho a exigir el pago del porcentaje correspondiente a dicho total.
- (ii) En el caso de la planilla de ejecución (art. 79 (e)), es punible toda forma de falsificación o adulteración. En el caso de la rendición de cuentas del editor (art. 80 (a)) solamente es delito *falsear el número de ejemplares vendidos efectivamente* (falsedad ideológica en documento privado).

La rendición falsa que recaiga sobre otro elemento de los que obliga a dar cuenta el art. 50 (número de ejemplares impresos, número de ejemplares en existencia sin vender, número de ejemplares destruidos por caso fortuito o fuerza mayor) sólo dará lugar a acciones civiles o a multa administrativa (art. 78).

- (iii) El tipo del art. 80 (a), al remitirse al art. 467 CP (escala penal de la estafa) para efectos de la determinación de la pena, es el único de la ley que hace referencia al perjuicio efectivo sufrido por el autor como un elemento relevante para determinar la pena aplicable. Esta figura es la más grave de la ley: la pena del art. 467 CP puede llegar hasta presidio menor en su grado máximo.

Esta remisión al art. 467 CP para efectos de determinar la pena aplicable trae aparejado un vacío de punibilidad. En efecto, como la remisión se hace sólo al art. 467 CP y no, además, al art. 494 N° 19 CP, toda defraudación inferior a 1 UTM resultará impune.

4.6 El delito del art. 80 (b)

“Art. 80: Cometen, asimismo, delitos contra la propiedad intelectual y serán sancionados con las penas que se indican en cada caso:

[...]

b) Los que, en contravención a las disposiciones de esta ley o a los derechos que ella protege, intervengan, con ánimo de lucro, en la reproducción, distribución al público o introducción al país, y los que adquieran o tengan, con fines de venta: fonogramas, videogramas, discos fonográficos, cassettes, videocassettes, filmes o películas cinematográficas, o programas computacionales.

Los autores serán sancionados con la pena de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, aumentándose en un grado en caso de reincidencia.”

Sujeto activo: puede ser cualquier persona, pues se trata de un delito común (“los que”).

Verbo rector: particularmente problemático es el verbo rector utilizado por el tipo. La ley no define la expresión “intervenir”. El CP sólo utiliza la expresión “intervienen” al tratar el encubrimiento (art. 17).

Frente a este problema de interpretación, ETCHEBERRY¹² sostiene que existen las siguientes alternativas de solución:

- (i) La expresión no contiene la descripción expresa de la conducta, y entonces es inconstitucional por infringir el mandato de determinación derivado del principio de legalidad (art. 19 N° 3, inciso final, CPR).
- (ii) El verbo rector no es realmente "intervenir", y esta expresión es sólo sinónima de "participar" o "tomar parte" en algunas de las formas punibles que se establecen en los arts. 15, 16 y 17 del CP.

La alternativa (ii) parece más sensata, pero supone una dificultad adicional: determinar cuáles son las acciones en las cuales se toma parte (aunque estén expresadas con sustantivos son, en rigor, el *verdadero* verbo rector).

La ley contempla **2 grupos de conductas**, referidas todas a unos **mismos objetos materiales**: fonogramas, videogramas, etc. (definidos en el art. 5 de la ley):

- (i) reproducción, distribución al público o introducción al país; y
- (ii) adquisición o tenencia de los mismos con fines de venta.

Estos dos grupos de conducta se refieren a actividades comerciales normales. Ellas se convierten en delito sólo por ser realizadas *en contravención a las disposiciones de la ley o a los derechos que ella protege*.

El 80 (b) lo que hace es recortar un ámbito de conductas que en principio (y subsidiariamente) serían susceptibles de ser castigadas bajo la figura de ilícito administrativo genérico del art. 78, que sanciona cualquiera contravención a la ley.

La frase “o a los derechos que ella protege” no parece tener un sentido relevante, y si se le atribuye uno éste parece infringir el mandato de determinación derivado del principio de

¹² ETCHEBERRY: *op. cit.*, p. 522-523.

legalidad (19 N° 3 CPR). Así lo expresa ETCHEBERRY: “Los derechos pueden ser respetados o atropellados, protegidos o lesionados, pero no puede actuarse “en contravención” a ellos, porque no son normativos. Lo que manda o prohíbe es la ley, para proteger los derechos o castigar su lesión o puesta en peligro. Desde un punto de vista técnico penal, por lo tanto, esa expresión no tiene sentido no puede producir ningún efecto. Y si lo que se ha querido decir es que es delito “cualquier acción que lesione los derechos otorgados por la ley”, entonces sería el principio de tipicidad el que sería quebrantado por completo, tornando esta parte del precepto inaplicable constitucionalmente”¹³.

Elemento subjetivo: todas las hipótesis del tipo exigen ser realizadas con *ánimo de lucro*. No es necesaria la obtención de dicho lucro ni la irrogación de un perjuicio: basta con que la tendencia interna exista. Así, no realiza el tipo quien introduce una película prohibida en Chile con ánimo de darla a conocer gratuitamente.

Penalidad: como la conducta no incluye referencia a perjuicio o lucro en forma objetiva (sólo como tendencia interna), estos factores no influyen en la penalidad. Esta es puramente corporal: presidio o reclusión menores en su grado mínimo, aumentándose en un grado en caso de reincidencia. No hay pena pecuniaria como en el art. 79.

Problemas interpretativos:

Problema 1: alcance de la expresión “intervengan”

El art. 80 (b), después de tipificar la conducta, agrega en inciso aparte: “Los autores serán sancionados con la pena de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, aumentándose en un grado en caso de reincidencia”.

Es evidente que cuando el art. 80 (b), inciso primero, se refiere a quienes “intervengan”, se está refiriendo, por lo menos, a los autores. Pero, ¿se referirá también a otros que “intervengan” en el hecho? ¿En qué debe consistir la intervención punible de éstos?

De acuerdo con ETCHEBERRY¹⁴, sólo dos respuestas resultan relativamente plausibles, pues dan un alcance más o menos determinado a la expresión “intervengan”:

- (i) El legislador sólo ha querido sancionar en este delito a los autores (mencionándolos específicamente), haciendo excepción a la regla general del CP. Hay que recordar que la regla general del CP es que la pena señalada por la ley corresponde al autor del delito consumado y, salvo excepción expresa, son también criminalmente responsables los cómplices y encubridores.
- (ii) El legislador no ha hecho excepción a las reglas generales del CP: al decir “intervengan” sólo ha pretendido referirse a las intervenciones punibles de autores, cómplices y encubridores. Luego, las penas de los intervinientes que no sean autores se medirán según las reglas generales.

Problema 2: reincidencia

¹³ ETCHEBERRY: *op. cit.*, p. 524.

¹⁴ ETCHEBERRY: *op. cit.*, p. 525.

El art. 80 (b) señala en su inciso segundo: “Los autores serán sancionados con la pena de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, aumentándose en un grado en caso de reincidencia.”

Como es sabido, nuestro CP contempla dos clases de reincidencia, genérica (art. 12 N° 15) y específica (art. 12 N° 16). ¿A cuál de estas reincidencias alude el art. 80 (b)? En atención a la especialidad de la ley parece razonable sostener que no puede tratarse de la reincidencia genérica. Por el contrario, si se sostiene que se trata de la reincidencia específica, hay que determinar qué se entiende por delito de la misma especie. Si aceptamos la definición del art. 351 CPP, podemos entender por delito de la misma especie aquellos que afectan un mismo bien jurídico. Pero, ¿es razonable sostener que es reincidente para los efectos del art. 80 (b) el que hubiere sido condenado por cualquiera de los delitos del Título III de la ley? ETCHEBERRY se inclina por la negativa, sosteniendo que debe entenderse como una reincidencia “muy específica”, es decir, reincidencia en el tipo del art. 80 (b)¹⁵.

4.7 La infracción especial del art. 81

“Art. 81. El que a sabiendas publicare o exhibiere una obra perteneciente al patrimonio cultural común bajo un nombre que no sea el del verdadero autor, será penado con una multa de dos a cuatro sueldos vitales anuales, escala A, del departamento de Santiago.

El recurrente puede pedir, además, la prohibición de la venta, circulación o exhibición de los ejemplares.”

El primer problema que plantea esta figura es, como se anticipó más arriba, determinar si se trata de una infracción penal o administrativa. Es evidente que la naturaleza de la sanción no es determinante, pues es usual que ilícitos penales estén sancionados con pena de multa. El uso de la expresión “será penado” puede inducir a pensar que se trata de una infracción penal. Otro elemento útil para extraer una conclusión es que la multa aparece calculada en “sueldos vitales” y no en “unidades tributarias”. Como es sabido, tanto las multas del CP como las de las infracciones penales de la 17.336 están expresadas en UTM. Esto induce a pensar que el art. 81 establece una infracción administrativa. Sin embargo, las infracciones administrativas a que hace referencia genérica el art. 78 están penadas en UTM y no en sueldos vitales. Pese a que el punto es dudoso, ETCHEBERRY parece inclinarse por considerar que se trata de una infracción de carácter penal. Para ello, añade la siguiente razón: “si el art. 78 contiene una sanción genérica para todas las infracciones a las que ha querido dar carácter administrativo, ¿para qué seleccionar, considerar por separado y colocar a continuación de las otras infracciones penales una conducta que sólo se intenta considerar como infracción administrativa y no penal?”¹⁶.

Un segundo problema de esta disposición se da en el inciso segundo que dispone “el recurrente puede pedir, además, la prohibición de la venta, circulación o exhibición de los ejemplares”. ¿Cuál es el sentido de la expresión “recurrente”? Si se trata de una infracción penal, lo razonable es sostener que se está refiriendo al MP o la víctima, únicos intervinientes facultados para solicitar medidas cautelares reales (art. 157 CPP).

¹⁵ ETCHEBERRY: *op. cit.*, p. 526.

¹⁶ ETCHEBERRY: *op. cit.*, p. 527.

Tipo objetivo: “publicar o exhibir una obra perteneciente al patrimonio cultural común, bajo un nombre que no sea el del verdadero autor.”

El art. 11 señala las obras que pertenecen al patrimonio cultural común:

“Art. 11. Pertenecen al patrimonio cultural común:

- a) Las obras cuyo plazo de protección se haya extinguido;
- b) La obra de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folklórico;
- c) Las obras cuyos titulares renunciaron a la protección que otorga esta ley;
- d) Las obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior que no estén protegidos en la forma establecida en el artículo 2º, y
- e) Las obras que fueren expropiadas por el Estado, salvo que la ley especifique un beneficiario.

Las obras del patrimonio cultural común podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra.”

Atendida la redacción del precepto, el tipo parece no ser aplicable a las siguientes hipótesis: (i) al autor desconocido (art. 11 (b)), y (ii) a los autores que renunciaron a la protección que otorga la ley (art. 11 (c)). Con respecto a esta última hipótesis, cabe señalar que el derecho moral de reivindicar la paternidad de la obra se asemeja a los bienes jurídicos personalísimos. En este sentido, si bien es disponible no lo es en forma irrevocable. Así se desprende del art. 16 que lo califica como un derecho inalienable.

Tipo subjetivo: el tipo utiliza la expresión “a sabiendas”; luego, exige dolo directo para su realización¹⁷.

4.8 El delito del art. 81 ter

“Art. 81 ter. El que realice cualquiera de las conductas descritas en los literales a), b) y/o c) del artículo anterior sin autorización y a sabiendas que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos protegidos por esta ley, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 5 a 100 UTM.”

Sanción: presidio menor en su grado mínimo o multa de 5 a 100 UTM (alternativa, no acumulativa).

Las conductas penadas son las descritas en el art. 81 bis, esto es:

- (i) Suprimir o alterar cualquier **información sobre la gestión de derechos**.
- (ii) Distribuir o importar para su distribución, **información sobre la gestión de derechos**, sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido alterada sin autorización.

¹⁷ ETCHEBERRY sostiene que la expresión “a sabiendas” tiene el sentido de impedir aplicar la presunción de voluntariedad del art. 1 CP (ETCHEBERRY: *op. cit.*, p. 528). A nuestro juicio, lo que hace esta clase de expresiones es excluir la posibilidad de que el tipo sea cometido con dolo eventual. En este sentido, POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ: *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*. Santiago: 2004, p. 280.

- (iii) Distribuir, importar para su distribución, emitir, comunicar o poner a disposición del público copias de obras o fonogramas, sabiendo que la **información sobre la gestión de derechos** ha sido suprimida o alterada sin autorización.

El significado de la expresión “información sobre la gestión de derechos” se encuentra en el art. 81 quater:

- (i) La información que identifica a la obra, a la interpretación o ejecución o al fonograma; al autor de la obra, al artista intérprete o ejecutante, o al productor del fonograma; o al titular de cualquier derecho sobre la obra, interpretación o ejecución o fonograma.
- (ii) La información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, interpretación o ejecución o fonograma.
- (iii) Todo número o código que represente tal información.

Tipo subjetivo: el tipo utiliza la expresión “a sabiendas”; luego, debe entenderse que se exige dolo directo.

5. Otras observaciones

5.1 Omisiones que se observan en la ley

- (i) Las “ediciones piratas” (editor no autorizado). El art. 79 (c) sólo sanciona esta conducta cuando se usa (“ostenta”) falsamente el nombre del editor autorizado. Indirectamente se pueden comprender en el art. 79 (a) y en el art. 80 (b).
- (ii) El “plagio”: un autor publica con su nombre un texto que en realidad ha sido creado total o parcialmente por otro, o constituye una evidente copia o imitación del mismo. Sólo ciertas formas de plagio encuadrarían propiamente en el delito del art. 79 (c): no parece corresponder propiamente a esta figura el caso de la imitación evidente, pero que no es copia o transcripción literal de la obra ajena.
- (iii) El acceso indebido a obras protegidas a las que se accede por medios informáticos contra pago de una remuneración¹⁸.

5.2 Problemas concursales

Los delitos de esta ley presentarán con frecuencia elementos comunes con otras figuras del derecho penal especial (propiedad industrial) o del común (fraudes, falsificaciones).

En tales casos, por regla general, se producirá un concurso aparente de leyes penales, que se resolverá por la sola sanción prevista en la Ley 17.336, en virtud del principio de especialidad y a veces, por el de consunción (a fin de no quebrantar el principio de *non bis in idem*).

¹⁸ Esta observación fue detectada por la Comisión Foro Penal en la discusión del Anteproyecto de Código Penal entregado en diciembre de 2005 al ex Presidente Ricardo Lagos E.

5.3 Disposiciones varias

“Art. 82: El Tribunal, al hacer efectiva la indemnización de perjuicios (proveniente del delito), puede ordenar, a petición del perjudicado:

1) La entrega de éste, la venta o destrucción:

a) De los ejemplares de las obras fabricadas o puestas en circulación en contravención a sus derechos; y

b) Del material que sirva exclusivamente para la fabricación ilícita de ejemplares de la obra.

2) La incautación del producto de la recitación, representación, reproducción o ejecución. Durante la secuela del juicio podrá el tribunal ordenar, a petición de parte, la suspensión inmediata de la venta, circulación, exhibición, ejecución o representación.”

“Art. 83: El Tribunal puede ordenar, a petición del perjudicado, la publicación de la sentencia, con o sin fundamento, en un diario que éste designe y a costa del infractor.”

“Art. 84: Existirá acción popular para denunciar los delitos sancionados en esta ley. El denunciante tendrá derecho a recibir la mitad de la multa respectiva.”

Este último precepto es anómalo en tres sentidos: (i) establece una innecesaria y superflua reiteración de la regla general según la cual la acción penal, salvo regla en contrario, es siempre pública; (ii) el precepto dice erradamente “denunciar”, pues el denunciante sólo pone en conocimiento sin ejercer acción penal; y (iii) el otorgamiento de un estímulo o premio al denunciante constituye una excepción a las reglas generales, pues las multas son a beneficio fiscal.