

“Modificación a los Delitos contemplados en la Ley de Propiedad Intelectual  
(Ley 20.435)” DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS. DEFENSORÍA NACIONAL. MINUTA  
N°3/ 2010/ Diciembre

Por José Manuel Fernández Ruiz

## **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 humano. Esta ley ha sido recientemente modificada por la Ley 20.435 y que introduce nuevas regulaciones en materia de propiedad intelectual, formulando un nuevo modelo de protección penal y civil que supera con mucho en claridad la regulación anterior. No obstante, hay ciertos aspectos que desde el punto de vista de la defensa penal no están totalmente zanjados y que pueden ser interpretados a favor del imputado.

## **2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

### **2.1. Aspectos generales de la propiedad intelectual en Chile**

Antes de precisar cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos por la ley 17.336, es conveniente analizar como la propiedad intelectual esta recogida y regulada por nuestro sistema jurídico y constitucional.

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 incorpóreas 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 propiedad intelectual también es objeto de regulación constitucional. Con anterioridad a la CPR de 1980 –en la CPR del año 1925-, se dispensaba una protección diferente a la propiedad intelectual en relación a la propiedad en general, lo que podía constatarse 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; (ii) en caso de expropiación, respecto 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.

Actualmente ambos aspectos ya no son el rasgo diferenciador entre la propiedad en general y la propiedad intelectual. 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, no obstante no su transmisibilidad por causa de muerte; 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.

No debiera conducir a confusión el que la Ley 17.336 lleve el título de "Propiedad Intelectual", en el sentido de que lo que regula son exclusivamente los aspectos patrimoniales de este tipo de propiedad. En efecto, la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI) regula 3 clases de derechos o facultades: (i) derechos “morales” (el art. 14 de la LPI reglamenta el contenido de los derechos morales); (ii) derechos patrimoniales (el art. 18 de la LPI reglamenta el contenido de los derechos morales); (iii) derechos “colectivos” (a estos derechos se refiere la LPI cuando reglamenta sobre las obras intelectuales que pertenecen al patrimonio cultural común).

Lo que debe quedar en evidencia es que por *derecho patrimonial* no sólo se entiende 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, etc.)<sup>1</sup>. Estos *derechos* o *facultades* que se reservan exclusivamente al autor tienen por objetivo controlar el uso que se puede dar a la propiedad intelectual por parte de terceros, pues se asume que dicho uso puede afectar los derechos del titular. A diferencia de los bienes materiales en que el control se puede realizar físicamente, la inmaterialidad de la propiedad intelectual exige el reconocimiento de facultades diferentes que signifiquen para el titular un control sobre su propiedad al menos equivalente al que se reconoce al titular de bienes materiales, es por esta razón que el correlativo de estos derechos y facultades constituyen normalmente *prohibiciones dirigidas a terceros*, para evitar formas de intrusión en la propiedad intelectual que signifiquen una afectación relevante de los derechos del titular. Esta formas de intrusión serán designadas como “arrogación”, esto es, como la usurpación que hace X de la posición que como titular le corresponde Y sobre su propiedad intelectual, el objeto de esta arrogación son los derechos que la LPI reconoce a Y.

## 2.2. Bienes jurídicos penalmente protegidos por la LPI

Bajo la nueva regulación la protección se dispensa sobre:

- (i) derechos morales: art. 79 bis LPI
- (ii) derechos patrimoniales: art. 79 LPI; art. 80 c) LPI; art. 81 LPI
- (iii) derechos colectivos: art. 80 a) y b) LPI

Es importante distinguir estos tipos de bienes para poder determinar si en el caso concreto efectivamente se afecta de forma relevante el bien jurídico protegido. Algunos autores consideran que no es posible diferenciar en cada tipo delictivo los derechos morales de los patrimoniales:

---

<sup>1</sup> Etcheberry, Alfredo, “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, p. 511.

Como veremos enseguida, me parece fuera de discusión (aunque pueda debatirse si se trata de derechos distintos, la jerarquía entre ellos, etc.) que la LPI reconoce claramente al autor facultades de carácter personal y otras de carácter patrimonial, estando ambos aspectos siempre implicados; también adelanto que, en contra de lo que opina una minoría de penalistas y en concordancia, por tanto, con la opinión mayoritaria, considero que el CP protege (ya veremos cómo y con qué jerarquía) ambos aspectos. Por ello, la terminología propiedad intelectual», que es aceptable, que es la legalmente más amplia, sin embargo me parece que no describe del todo bien el objeto al que se refiere, pues da una imagen en exceso patrimonialista.<sup>2</sup>

No obstante lo anterior, desde un punto de vista conceptual no es correcto afirmar que siempre en todo derecho patrimonial también va incorporado un derecho moral. No se puede afirmar conceptualmente que lo descrito como típico afecta siempre a ambos tipos de bienes, así por ejemplo, en principio, el plagio de una obra antes de su distribución sólo puede afectar el contenido moral de la propiedad intelectual pero no sus aspectos patrimoniales. Del mismo modo la distribución de copias ilegítimas de un original, en la que no se altera la paternidad de la obra, tampoco afecta el derecho moral del creador pero sí sus facultades patrimoniales.

Que conceptualmente sea posible delimitar perfectamente los casos en que se afecta uno u otro bien o derecho, no prejuzga la cuestión sobre los diferentes arreglos institucionales de protección de la propiedad intelectual. De hecho, como se verá con posterioridad, es posible sostener que en Chile los derechos morales no tienen directamente una protección penal, sino que la protección es indirecta, es decir, se protege siempre que el sujeto activo haya realizado algún comportamiento al menos susceptible de provocar un peligro de lesión de los derechos patrimoniales del autor.

Uno podría preguntarse, en consecuencia, cuál es la importancia de determinar los bienes jurídicos protegidos, pues si para considerar una conducta como delictiva siempre es necesario constatar el ejercicio de una facultad patrimonial por parte de un tercero no autorizado –ya que esto constituye al menos un riesgo de lesión de los derechos patrimoniales del titular-, parece irrelevante recurrir a la noción de derecho moral. La importancia es que para determinar si se ha producido una infracción al art. 79 bis, y al art. 80 a) y b) de la LPI –delitos que afectan los derechos morales del autor-, además de probar la arrogación de una facultad patrimonial del titular del derecho por parte de un tercero no autorizado, se requiere demostrar una afectación relevante del derecho moral –lo mismo ocurre en caso de las infracciones a derechos colectivos. Ya que la lesión del derecho patrimonial y la lesión al derecho moral, individualmente consideradas, sólo constituyen una condición necesaria pero no suficiente para cometer el delito, si no se prueban ambas infracciones no hay delito que imputar. Esta es la importancia práctica de distinguir adecuadamente los derechos afectados.

La argumentación del párrafo precedente se basa en una determinada interpretación de la estructuración de los bienes jurídicos penalmente protegidos por la LPI, y que básicamente consiste en sostener que la protección penal de la propiedad intelectual es escalonada, presuponiéndose siempre una afectación de derechos patrimoniales por la arrogación no autorizada de un tercero. De este modo, la lesión o puesta en peligro del derecho moral o colectivo sólo puede ser considerada como una condición necesaria de la punibilidad de la conducta, más no una condición suficiente.

### **2.3. Teorías monistas y dualistas sobre la propiedad intelectual**

Hay básicamente dos tipos de interpretaciones sobre los bienes jurídicos protegidos por la propiedad intelectual, que corresponden a su vez a dos formas diferentes de concebir esta forma de propiedad.

El sistema dualista de reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual –repcionado por el sistema continental europeo-, se basa en la protección de dos clases de derechos respecto de los que se afirma que pueden ser justificados sobre bases independientes, derechos patrimoniales y derechos morales:

“... el creador de una obra artística, literaria o científica es quien, con su esfuerzo intelectual, crea un bien valioso en lo personal y también en lo económico, y por ello nacen los intereses de que se reconocido como creador de la obra y de que obtenga los beneficios económicos que pueda brindar su explotación. Nos encontramos ya, pues, con los dos primeros intereses individuales que deben ser protegidos por la propiedad intelectual: por un lado, un interés de tipo moral y

<sup>2</sup> Díaz y García Conlledo, Miguel, “Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIII, Fascículo III, España, Madrid, 1990, p. 815.

personalísimo, consistente en ser creador y en ser reconocido como tal, y por otro, un interés de tipo de económico o patrimonial consistente en la posibilidad del autor de, después de realizar un esfuerzo o trabajo intelectual, poder obtener provecho económico del mismo.”<sup>3</sup>

En el sistema monista de reconocimiento de la propiedad intelectual –repcionado en el sistema anglosajón-, aquella está concebida como un derecho de explotación exclusiva sobre un determinado bien. Lo que se concede al autor es un monopolio, naturalmente exclusivo, para la explotación sobre un determinado objeto que cesa luego de transcurrido una determinada cantidad de tiempo:

El objetivo del derecho de autor y la forma de obtenerlo están establecidos en la Constitución. La cláusula sobre derecho de autor establece que este existe para beneficiar al público a través de la promoción del aprendizaje y las ideas. En orden a [p. 744] promover este objetivo, el congreso está autorizado a conceder a los autores ciertos derechos exclusivos. En tanto una concepción utilitaria-instrumental, el derecho de autor protege el interés de los autores como un medio para un fin; la protección no es un fin en sí misma.

Esta concesión de derechos exclusivos refleja la percepción de que los creadores a menos que puedan recuperar la inversión en tiempo y dinero no estarán motivados a producir obras nuevas. La concesión [temporalmente] limitada a los autores provee un incentivo económico para crear nuevas expresiones de ideas. De este punto de vista, el derecho de autor tiene decididamente un aspecto comercial, proteger al titular del derecho de autor contra ciertas formas de competencia [p. 745]... Al restringir la protección, estableciendo derechos limitados, estableciendo un período de tiempo para su ejercicio, y manteniendo el dominio público del material existente, el derecho de autor permite a los individuos construir libremente sobre las ideas y la información que se contiene en las obras existentes.<sup>4</sup>

Ya que este no es el espacio para desarrollar latamente ambas tesis, se enunciarán con cierta profundidad los serios problemas de la tesis dualista y que indican que la interpretación correcta, al menos desde el punto de vista del derecho penal, es la tesis monista, por lo demás, esta tesis permite a la defensa restringir en forma plausible la extensión a ratos excesivamente amplia de los delitos previstos en la LPI:

- (a) *El primer problema se sigue de la total asimilación de la propiedad intelectual al derecho de propiedad en general:* para la teoría dualista el derecho de propiedad intelectual es un derecho moral al igual que el derecho de propiedad general –que es más o menos lo que se desprende de la definición del Código Civil-, por ende no puede justificar un tratamiento diferenciado basado en la naturaleza misma del derecho, sino solamente en base al tipo de objeto sobre el que recae la propiedad intelectual, la que obviamente tiene características peculiares. Es por esta razón que la teoría dualista no puede justificar la existencia de límites temporales en la propiedad intelectual –que en todo caso nuestro sistema constitucional no reconoce-, tampoco la restricción a su transmisibilidad por causa de muerte –en el caso de los derechos patrimoniales, y las restricciones a la transmisibilidad de los derechos morales-, ni los diferentes atributos que le corresponde en tanto derecho propiamente patrimonial.
- (b) *El recurso de la tesis dualista al derecho moral como justificación de estos derechos es auto-suficiente:* no exige ningún tipo de vinculación con los efectos sociales que explican el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual, por ende, asume que los derechos morales no tienen ningún tipo de relación con los derechos patrimoniales. Es debido a que no se detecta ningún tipo de relación entre derechos morales y derechos patrimoniales, que la tesis dualista acepta una mera agregación de derechos, es decir, los derechos patrimoniales, morales y colectivos que constituyen la propiedad intelectual son una mera yuxtaposición de bienes. Pero esta mera yuxtaposición de derechos ignora que todos estos derechos están estrechamente interrelacionados, pues la posibilidad de creación de algo “nuevo” u “original” supone la apropiación del trabajo previo que han realizado otros, sólo basándose en lo que ya existe es que un individuo puede crear. Entonces, la creatividad necesita de la disponibilidad de información –patrimonio cultural común-, sin dicha disponibilidad no puede haber creación. La teoría económica suma a este hecho que no puede haber incentivo a la creación si al sujeto no se le asegura de alguna manera réditos exclusivos –individuales- por la obra creada –esto es lo que aportan los derechos patrimoniales y los derechos morales, ¿cómo incentivar la creación de una obra si un tercero, a través de la supresión del nombre del verdadero autor, puede apropiarse de los beneficios que produce aquella? Esto es lo que distingue a la propiedad

<sup>3</sup> Miró Linares, Fernando, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. Editorial Fundación Autor, Madrid, España, 2005, p. 21.

<sup>4</sup> Szott Moohr, Geraldine, “The crime of copyright infringement: an inquiry based on morality, harm, and criminal theory”, en *Boston University Law Review*, Vol. 83 (2003), p. 746.

intelectual de la propiedad general, esta no constituye un elemento necesario para que otros puedan crear. Por el contrario, ya que la creatividad necesita del acceso a la información, necesita que el conocimiento esté disponible, que es exactamente lo que el límite temporal –antes de la Constitución de 1980- y las excepciones que establece la misma LPI pretenden garantizar –hoy esto es cuestionado no sólo por la regulación constitucional sino por el exceso de protección que confiere la LPI.

- (c) *La tesis dualista no sólo no necesita recurrir a argumentos de carácter patrimonial para fundamentar la propiedad intelectual –como se pudo notar en el punto anterior-, sino que no puede sin llegar a conclusiones auto-contradictorias:* esta tesis al ser auto-suficiente inevitablemente llega a contradicciones insalvables. Para la teoría dualista, seguidora fiel de la teoría moral del derecho de propiedad, el creador es un “hombre aislado” que a través de su exclusiva creatividad produce un “bien”. Naturalmente, ya que es producto de su trabajo exclusivo es que se deben reconocer derechos exclusivos y facultades que excluyan el acceso a terceros al goce de estos bienes. En consecuencia, no puede dar una explicación consistente para el patrimonio común, ni para la imposibilidad de transmitir estos bienes por causa de muerte ni tampoco es capaz de garantizar adecuadamente el interés de la sociedad en el acceso a estos bienes como condición de su propio desarrollo. De hecho, para esta tesis el interés de la sociedad es totalmente irrelevante, y necesariamente debe concluir que el mayor acceso de terceros a estos bienes debe tener lugar por la vía de la expropiación, confundiendo con ello y adicionalmente la función social de la propiedad –aquí se percibe claramente el solapamiento entre propiedad intelectual y propiedad en general- con los presupuestos de desarrollo de la propiedad intelectual. Esta era, de hecho, la opinión de uno de los principales gestores del proyecto, el senador Chadwick:

Pongo un ejemplo simple, a fin de que se comprenda en profundidad el significado de lo anterior. Para los niños, no hay nada más importante, en su etapa de crecimiento inicial, que consumir determinados alimentos, como la leche, el yogur, o sea, los lácteos, en general. ¿Quién ha señalado aquí que los productores deben entregarlos gratuitamente o cumplir con una función social o distribuirlos a menor precio? ¡Nadie! ¿Por qué? Porque se entiende que el Estado, en el ejercicio de su función social, adquiere tales productos y los distribuye a quienes los necesitan.

¿Por qué se opera en esa forma respecto del productor lácteo y se le imponen criterios distintos al artista que crea una obra?

Ese es el punto central en el proyecto: garantizar jurídicamente el derecho del autor sobre su obra. Si es necesario un efecto social y que pueda llegar a toda la comunidad, ello es responsabilidad del Estado. De lo contrario, se registra lo que se llama “expropiación”, tanto respecto de una obra de arte como de la producción de un bien. Y eso es igualdad ante la ley.<sup>5</sup>

Pero al mismo tiempo esta teoría asume como correcta la interpretación patrimonialista – ya que como se vio la propiedad intelectual es un mero agregado de derechos-, sin notar que no es posible sostener ambas interpretaciones al mismo tiempo. En efecto, ¿cómo reconocer límites al derecho moral de propiedad intelectual basados en el mayor acceso al conocimiento disponible como condición de un contexto adecuado para la creación? No es posible reconocer límites sin recurrir a una lectura patrimonialista, pero al asumirla, también debe tomar las dos críticas que formula la tesis dualista a la total asimilación de los derechos de propiedad intelectual a los derechos de propiedad en general, como se verá en el siguiente párrafo.

La tesis monista asume que el individuo aislado no es capaz de crear nada, sino que ello sólo es posible mediante el acceso a un conocimiento previo disponible. Luego, conceder derechos “de propiedad” que excluyen la participación de terceros en el goce de estos no es apropiado, *primero* porque permite a los titulares apropiarse del conocimiento previo que han utilizado en la producción de las obras nuevas y en el que no les ha cabido ninguna responsabilidad por su producción, por ende no se justifica concederles un uso exclusivo sobre bienes que de algún modo son comunes, *segundo* porque esto significa reducir el ámbito de información disponible que los nuevos creadores pueden utilizar, por ende desincentiva la creación. La teoría monista tiene presente que reducir mucho el espectro de derechos puede perjudicar el incentivo a la creación, pero que ampliarlos en demasía reduce la creatividad en términos agregados.

- (d) *Una lectura exclusivamente dualista de la propiedad intelectual no es posible en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional:* si se siguiera una lectura basada en los derechos

---

<sup>5</sup> “Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 775.

morales –en forma paralela a los derechos morales, tal como hace la teoría dualista-, debería concluirse que lo que establece la Constitución en el inciso primero del artículo 25 es un límite al reconocimiento al derecho moral de paternidad de la obra “no inferior al de la vida del titular”.<sup>6</sup> Sólo una lectura prioritariamente patrimonialista, y por ende monista, puede evitar estos problemas, interpretando que la constitución sólo se está refiriendo a los aspectos patrimoniales y no a los derechos morales. En efecto, de acuerdo al art. 25 inciso segundo de la Constitución los derechos morales se regulan y resguardan a nivel legal. Incluso aunque se considere que hoy la propiedad intelectual es “perpetua” no lo es en el mismo sentido que la propiedad general, lo cierto es que a diferencia del derecho de propiedad general la ley puede establecer límites a la extensión temporal de la propiedad intelectual –respetando el límite inferior de la vida del titular-, límites que no puede establecer a la propiedad general.

- (e) *La tesis monista también permite explicar la exigencia, establecida en los tratados internacionales sobre protección de la propiedad intelectual, de que lo protegido es la expresión de una idea y no la idea en sí, no la pura creación, sino la creación expresada en alguna forma:* esta exigencia sólo puede tener sentido si se recurre a otra justificación diferente de la que puede suministrar la teoría de los derechos morales, pues para esta es superflua la exigencia de expresión de la idea, pues lo que cautela no puede ser el “derecho ejercido” sino el derecho a priori, o lo que es lo mismo, la idea en sí misma y no la expresión de la idea.

La exigencia de “expresión” de la idea está asociada a la posibilidad de que estos bienes le sean accesibles al público y a que terceros puedan hacer uso de ella<sup>7</sup>, pero no es una condición para poder ser considerada como derecho moral. Estos dos caracteres posibilitan que el objeto pueda ser parte del tráfico económico, lo que no forma parte de la fundamentación del reconocimiento de la propiedad en general –*vid. infra* 2.4.

#### **2.4. Estructura de la protección penal de la propiedad intelectual en Chile**

La tesis monista impone una construcción escalonada de los bienes jurídicos protegidos por la LPI, pues siempre supone afectar el contenido penalmente protegido, a saber, los derechos patrimoniales. A modo de síntesis, esta afectación puede ocurrir a consecuencia: (a) de la arrogación no autorizada de los derechos establecidos en el art. 18 de la LPI siempre que la conducta pueda subsumirse en el art. 79, el art. 80 c) o bien el art. 81 de la LPI, este es el caso más simple, pues sólo supone la afectación de derechos patrimoniales; (b) de la arrogación no autorizada de los derechos establecidos en el art. 14 de la LPI siempre que la conducta pueda subsumirse en el art. 79 bis de la LPI, en este caso además de la afectación de los derechos morales se requiere de una afectación al patrimonio del titular; de la arrogación no autorizada de los derechos colectivos establecidos en el art. 11 de la LPI siempre que la conducta pueda subsumirse en el art. 80 a) o b) de la LPI, en este caso, al igual que en el anterior, además de la afectación de los derechos colectivos se requiere de una afectación patrimonial, que en este caso, es de la sociedad en su conjunto.

En el derecho español se puede encontrar una tesis semejante en Gimbernat Ordeig, quien considera que de la arrogación de los derechos morales lo único que se sanciona penalmente son las consecuencias económicas de dicha arrogación:

De todo lo expuesto, y resumiendo, se sigue: todas las conductas castigadas en los arts. 543 bis y sgs., afectan a los derechos económicos de los titulares, bien como delitos de [p. 111] peligro abstracto (“reproducción”, “almacenamiento” (12)), bien de lesión (“comunicación”, “distribución”). Esta afirmación rige igualmente para el “plagio”, que sólo es punible cuando supone un riesgo o menoscabo de los derechos de explotación. Siendo irrelevante jurídico penalmente cuando no está destinado a ser distribuido ni comunicado públicamente.... Como

<sup>6</sup> La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

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.

Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior

<sup>7</sup> Shiffrin, Seana Valentine, “Intellectual property”, en *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, edited by Robert Goodin, Philip Pettit, and Thomas Pogge, Blackwell, 2007, p. 654, la autora nombra estas propiedades al desarrollar los elementos fundamentales de la producción de la propiedad intelectual.

los delitos contra la propiedad intelectual afectan siempre a derechos de explotación, y como las infracciones de derechos morales sin repercusiones económicas no constituyen nunca, por sí solas, conductas delictivas, de ahí que sea evidente que aquellos delitos se han creado para proteger prioritariamente intereses patrimoniales y sólo secundaria y esporádicamente los de índole personal(14).<sup>8</sup>

En Chile la argumentación del autor español también tiene asidero en la medida que se considere exigible como criterio diferenciador del ámbito civil del penal, el recurso a la intención de obtener ganancias económicas –hay otros rasgos diferenciadores y que se analizan en el apartado 6.1.2.-, porque este no es un argumento referido exclusivamente al contenido patrimonial de la propiedad intelectual. Desde luego, además, debe reconocerse un ámbito de afectación de los derechos morales que sólo genere responsabilidad civil, pero no existe ninguna disposición que obligue a interpretar que necesariamente toda afectación del derecho moral implica responsabilidad penal. Ciertamente que es más grave que la pura lesión de derechos morales, la conducta que además pretende obtener una ganancia económica. Mientras no se establezca un mejor criterio para distinguir el ámbito de la responsabilidad civil extra-contractual de la responsabilidad penal en el ámbito de la afectación de derechos morales, parece razonable seguir la tesis monista, de modo de circunscribir el ámbito de lo que un sujeto puede ser hecho penalmente responsable a aquel en que tiene la intención no sólo afectar derechos morales sino la pretensión de obtener a consecuencia de dicha lesión, un beneficio económico. Esta exigencia, como se verá con posterioridad, se puede formular sobre la base de las requerimientos de los tipos objetivos de cada delito en particular, y lo que será desarrollado a lo largo de este trabajo.

No es coincidencia que la estructura la propiedad intelectual –de acuerdo a la tesis monista- sea plenamente coincidente con la de los derechos patrimoniales, y no, se insiste, con la estructura de la propiedad, como asume la teoría dualista. Para diferenciar entre propiedad y patrimonio se toma la tesis de Antonio Bascuñán, quien distingue dos tipos de derechos al analizar los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la propiedad y en los delitos contra el patrimonio. Bascuñán entiende los:

... delitos contra la propiedad (y otros derechos de aprovechamiento) como delitos contra presupuestos instrumentales del libre desarrollo de la personalidad, y por lo tanto orientados a la protección de la posible significación de esos objetos para el plan personal de vida de un individuo. El patrimonio, por el contrario, es entendido como potencia económica o capacidad de intervención del individuo en el tráfico [económico]. En ambos casos se trata de presupuestos instrumentales del libre desarrollo de la personalidad. En el caso de la propiedad, el reconocimiento de la relevancia instrumental se abre a la subjetividad del individuo. En el caso del patrimonio, en cambio la protección penal se dispensa bajo una estandarización de su relevancia instrumental, que se expresa en su significación contable [económica].<sup>9</sup>

Bajo la propiedad intelectual, entonces, debe entenderse como bien jurídico protegido una expectativa económica que le permite al individuo participar en la vida económica. El reconocimiento y protección de los derechos morales es indispensable pero de forma derivada, son derechos subordinados a la existencia de los derechos patrimoniales y que se protegen en la medida que contribuyan al derecho de explotación exclusiva. De este modo debe interpretarse el derecho a la paternidad de la obra, en efecto, ¿qué incentivo tendría el creador si cualquier otro individuo puede reclamar la obra como suya? El sentido del derecho de paternidad precisamente consiste en la posibilidad de excluir a los terceros como los auténticos creadores de una obra, ya que esta facultad es condición necesaria de la posibilidad de un incentivo económico. Lo mismo ocurre tratándose de las obras que son parte del patrimonio cultural común, a consecuencia de que los delitos contra este desincentivan la creatividad, la afectación de este patrimonio se interpreta como un costo que incide en el mayor desarrollo que es capaz de producir la sociedad.

En conclusión, tanto los derechos colectivos como los derechos morales, están protegidos mediatamente, a través de la protección que se estructura para los derechos patrimoniales. Esta interpretación permite argumentar a su vez, como se verá con posterioridad, que sólo las lesiones a los derechos morales y colectivos que puedan afectar o que afecten los intereses patrimoniales del titular o de la sociedad, son punibles de acuerdo a la LPI.

<sup>8</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, "Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual. (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del código Penal)", en *Estudios penales y criminológicos*, N° 15 (1990-1991), p. 112.

<sup>9</sup> Bascuñán Rodríguez, Antonio, "Delitos contra intereses instrumentales", en *Rev. D. UAI* (2004), p. 294.

### 3. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

Dentro del Capítulo II (*De las Acciones y Procedimientos*) Párrafo I (*De las Infracciones a las Disposiciones de esta Ley*) la LPI contiene infracciones de carácter administrativo. Con anterioridad a Ley 20.435 la distinción entre ilícito penal y administrativo no estaba totalmente zanjada, lo que se debía del texto del antiguo art. 78 de la LPI:

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.

Actualmente, si bien la distinción entre ilícito penal y administrativo es un tema que dogmáticamente aún se discute<sup>10</sup>, con la nueva regulación al menos sistemáticamente debe considerarse que el tema está resuelto. En efecto, la LPI dispone al respecto lo siguiente:

CAPITULO II

De las Acciones y Procedimientos

Párrafo I

De las Infracciones a las Disposiciones de esta Ley

Artículo 78.- Las infracciones a esta ley y su reglamento no contempladas expresamente en los artículos 79 y siguientes, serán sancionadas con multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales

En consecuencia, existen por los menos tres argumentos que sustentan la pretensión de calificar las sanciones del art. 78 como sanciones administrativas, es decir, ni civiles ni penales:

- (i) El art. 78 de la LPI sanciona las contravenciones *al reglamento*. Una interpretación que permita conciliar el sentido de esta disposición con el principio de legalidad, obliga a sostener que estas contravenciones son de carácter administrativo, de otra forma debería sostenerse que pueden crearse figuras penales por vía reglamentaria.
- (ii) El art. 78 de la LPI 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 considerar que las infracciones a que se hace referencia son de carácter administrativo, negar lo contrario implica la carga argumentativa relativa a justificar cómo una sanción “no expresamente establecida en la ley” no constituye una ley penal en blanco, lo que no es posible.
- (iii) La posición sistemática del art. 78 de la LPI, en efecto, no está incluido en el Párrafo II del Capítulo II de la LPI, el que establece específicamente supuestos de infracciones penales.

La importancia de esta disposición radica en que constituye una norma de cierre –legal– para las infracciones no directamente establecidas en la LPI, de este modo, en la duda sobre si un comportamiento está o no previsto y sancionado penalmente en la LPI – incluso aunque sea evidente que el hecho coincide con la descripción legal, por consideraciones de merecimiento de pena podría argumentarse su carácter no delictivo, para ello ver el punto 6.1.2.-, puede argumentarse que tiene carácter administrativo y no penal, precisamente porque el art. 78 de la LPI dispone que las sanciones de las infracciones no expresamente establecidas en la ley necesariamente tiene carácter administrativo y no otro.

<sup>10</sup> Sobre los criterios de delimitación propuestos pueden verse Jescheck/ Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*. Granada, España, 2002, pp. 61 ss.; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. Barcelona, España, 1998, pp. 5 ss.; Roxin, Claus, *Derecho penal Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, España, 1997, pp. 71 ss.

#### 4. COPIA PARA USO PRIVADO

La importancia de concebir la existencia de la copia para uso privado, se demuestra en que amparándose en esta facultad puede sostenerse la atipicidad de, por ejemplo, la posesión de copias de obras protegidas por la LPI.

En el Mensaje del proyecto se incluía una disposición que consagraba lo que se ha denominado por la doctrina el “fair use” o uso razonable, el cual consiste en la permisión de la arrogación por parte de un tercero del derecho de propiedad intelectual, siempre que esto no atente contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. Esta limitación al derecho de autor se establecía en el apartado sobre excepciones a los derechos de autor:

Artículo 71 R. Serán admisibles excepciones distintas a las prescritas precedentemente, siempre que se circunscriban a casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra, de la interpretación o ejecución y del fonograma, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

El “fair use” fue objeto de discusión en la tramitación del proyecto. El Gerente de Asuntos Gubernamentales y Políticas para Latinoamérica de Google, Pedro Less, señaló respecto del “fair use”:

En cuanto a las limitaciones y excepciones a los derechos de autor y derechos conexos, lamentó que en la Cámara de Diputados se eliminara el artículo 71 R del texto original, que establecía que serán admisibles otras excepciones distintas a las prescritas en esta norma, siempre que se circunscribieran a casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra, de la interpretación o ejecución y del fonograma, ni causaren un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. Explicó que este artículo reconocía la doctrina del “fair use” o del uso razonable, que permite un uso limitado de las obras protegidas, permitiendo excepciones que no causen perjuicios a los titulares de los derechos. Informó que esta doctrina que ha servido de base para la autorización de múltiples usos razonables de obras protegidas, ha sido acogida por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.”.

La doctrina del uso razonable, continuó, ha permitido la generación de substanciales ganancias para diferentes compañías y el empleo de millones de trabajadores, acotando que aproximadamente uno de cada ocho trabajadores es empleado en industrias que se benefician por las excepciones otorgadas por la doctrina del “fair use”. Por los motivos antes señalados, precisó que resulta imprescindible que se reponga el artículo 71 R, ya que su no inclusión podría redundar en una falta de desarrollo de ciertas industrias y constituir un obstáculo para la generación de nuevos puestos de trabajo, junto con la pérdida de cuantiosas oportunidades económicas para el país.<sup>11</sup>

Dicho artículo fue objeto de sucesivas modificaciones y fue finalmente suprimido del proyecto, acogiéndose la excepción de forma mucho más restrictiva y fragmentaria. No obstante no se haya establecido esta doctrina de forma explícita, si es posible reconstruir un concepto semejante al fair use y que da lugar a lo que se conoce como “*derecho a la copia de uso privado*”.

La tesis del reconocimiento de la facultad de copia para uso privado ya había sido sostenida con anterioridad a la modificación del año 2010. Así por ejemplo un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción del veinticinco de abril de dos mil ocho, rol 11-2008 se sostenía:

4. Que, como lo sostiene el recurrente, el tribunal de la causa ha incurrido en una errónea aplicación del artículo 80 de la ley 17.336, al dar a esta norma una interpretación restrictiva que no se compadece con el tenor literal de la disposición. En efecto, la norma en cuestión sanciona la sola tenencia de CD falsificados cuando aparezca que están destinados a la venta, lo que el tribunal debe determinar considerando la prueba rendida en la causa. **Y en el presente caso, una apreciación racional de esa prueba demuestra que el imputado no tenía estos implementos en su poder para su uso personal, sino para lucrarse con ellos.** En efecto, está en primer lugar, la imputación que le hace Boris Figueroa Candía, quien al ser sorprendido vendiendo CD falsificados manifestó a la policía que su proveedor era Marcelo Cartes Escalona, proporcionándoles la información necesaria para su ubicación, la que, previa la autorización de rigor procedió a ingresar y registrar su domicilio, verificando que tenía en su poder diversos elementos destinados a reproducir CD y DVD, entre otros, un reproductor portátil de DVD marca Daewood, una cámara Fotográfica Olympus, 2 CPU marca Olidata, 2 monitores de computador marca Olidata y LG, dos impresoras con Scanner marca EPSON y LG. Además se le encontraron 1080 CD de música y películas con sus respectivas carátulas fotocopiadas y envoltorios nylon.

<sup>11</sup> “Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 326.

De acuerdo con la Corte constituye un obstáculo para la apreciación del ánimo comercial la tenencia de copias para uso personal, con lo cual no sólo adopta la doctrina del “Fair Use” sino que además con la misma extensión que se le reconoce en el derecho comparado, no existiendo en la ley, a esa fecha, una consagración expresa. La importancia práctica de esta argumentación es que la copia para uso personal obsta a considerar que se trata de una tenencia para uso comercial, por ende que no se afecta el bien jurídico y que la conducta no es delictiva. En la actual LPI esta argumentación todavía es válida, puesto que como se sostendrá, para la LPI sólo la contravención a los derechos patrimoniales que garantiza la LPI es constitutiva de delito.

La argumentación tendiente a reconocer la facultad de tener o reproducir bienes de propiedad intelectual para uso personal, incluso de bienes registrados bajo licencias obligatorias, permite sostener la licitud de la tenencia de copias de originales obtenidos lícitamente, con ello, desde luego, se puede sostener que aquel individuo que porta CD o DVD en la calle sin ánimo de lucro o comercial –en el sentido en que se desarrollará en el punto **6.1.2**- no comete delito alguno, sino que ejerce las facultades del dueño de un bien amparado bajo el derecho a la copia privada.

Este derecho si bien no está consagrado explícitamente si puede deducirse de dos disposiciones que establecen excepciones al derecho de autor, más las exigencias típicas referidas a la ejecución de un derecho patrimonial:

Artículo 71 N. No se considera comunicación ni ejecución pública de la obra, inclusive tratándose de fonogramas, su utilización dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia, bibliotecas, archivos y museos, siempre que esta utilización se efectúe sin fines lucrativos. En estos casos no se requerirá autorización del autor o titular ni pago de remuneración alguna.

Artículo 71 O. Es lícita la reproducción provisional de una obra, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización. Esta reproducción provisional deberá ser transitoria o accesorio; formar parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, y tener como única finalidad la transmisión lícita en una red entre terceros por parte de un intermediario, o el uso lícito de una obra u otra materia protegida, que no tenga una significación económica independiente.

El art. 71 N de la LPI faculta la transmisión de una obra protegida en un ámbito privado y siempre que no se efectúe con fines lucrativos. Por su parte, el art. 71 O de la LPI autoriza la reproducción provisional –transitoria o accesorio- de una obra que forme parte de un proceso tecnológico y siempre que tenga por objetivo la transmisión de dicha obra a través de una red y que no se siga de esto un beneficio económico. Reproducción de acuerdo al art. 4 de la LPI significa “u) Reproducción: la fijación permanente o temporal de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.”, y comunicación pública “v) Comunicación pública: todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”. Al vincular el contenido de estos artículos con la exigencia de la expectativa de un beneficio económico –que es lo que necesariamente debe conocer quien se arroga un derecho patrimonial sin autorización y que corresponde a un tercero, *vid. infra 6.1.2*-, se puede sostener que para el legislador es precisamente la afectación de las facultades patrimoniales del autor lo que fundamenta la declaración de la ilicitud penal de dichas conductas. Esta afectación no se produce en los casos de reproducción realizada sin ánimo de lucro.

Por último, considérese estos tres últimos argumentos prácticos a favor de la licitud de la copia para uso personal:

- Si se pretende que el derecho a tener una copia privada es un ilícito penal, entonces debería considerarse a toda empresa que desarrolle programas que permitan la copia y reproducción de obras originales al menos como cómplices de esta actividad ilícita, incluso tampoco debería descartarse la figura de la co-autoría, en efecto, aún faltando concierzo previo este tipo de empresas facilitan medios sin los cuales no sería posible obtener copias privadas de obras originales –naturalmente esto es aplicable al sistema Microsoft, presente en la mayor parte de los computadores

- El problema de considerar la reproducción en sentido amplio como constitutiva de un ilícito penal es que la copia para uso privado no se hace para usos comerciales, luego no podría llegar a demostrarse que hay un uso comercial en el sentido del tipo del art. 80 de la LPI
- En tanto se considere correcta la tesis sobre el bien jurídico protegido que se ha desarrollado en el apartado anterior, esto es, que los derechos morales están protegidos indirectamente en la medida que se afecten derechos patrimoniales, pueden evitarse los problemas que también se han producido en Estados Unidos. En efecto, en dicho país, los preceptos penales contra la propiedad intelectual pretendían proteger la posición en el mercado que le correspondía al titular que protegen la propiedad intelectual:

... fueron diseñados para aplicarse a los actores comerciales que trataban de competir contra el titular del derecho de autor a través de la reproducción y venta intencional del material protegido. Los nuevos preceptos criminales que sancionan la infracción al derecho de autor continúan captando la infracción a la competencia, pero los nuevos preceptos explícitamente también aplican sanciones criminales a aquellos que copian [bienes protegidos por el derecho de autor] para uso personal, quienes por definición no actúan para obtener una ventaja económica. La definición expandida de ganancia financiera, que se aplicaba a las infracciones a la competencia, significa que la prohibición tradicional contra la competencia también puede alcanzar a aquellos que copian material protegido para [p. 741] uso no comercial, uso personal.<sup>12</sup>

En la medida que se mantenga la interpretación de que la propiedad intelectual tiene un origen patrimonialista, puede concluirse que la copia privada no afecta la posición del titular en el mercado, por lo tanto, no es delictiva.

## 5. FUNCIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE PROPIEDAD INTELECTUAL, DETERMINACIÓN DEL TIPO DE LICENCIA

La función de la inscripción de la propiedad intelectual como mecanismo para determinar el rango legal de protección que concedía la LPI, era algo debatido y no claramente resuelto por los tribunales. Por un lado la jurisprudencia exigía como condición de la punibilidad de las infracciones a la LPI que se demostrara el hecho de la inscripción de la propiedad intelectual correspondiente, ya que esto era necesario para determinar si se trataba de una obra protegida<sup>1314</sup>. La jurisprudencia, con dicho fin exigía básicamente prueba sobre cuatro aspectos: (1) prueba sobre la identidad del titular de los derechos; (2) prueba sobre la nacionalidad del titular de los derechos; (3) prueba sobre el hecho de existir una convención internacional en materia de propiedad intelectual que ampare el derecho si el titular es extranjero; (4) prueba de la circunstancia de haberse realizado la reproducción de la obra sin contar con autorización del titular. La prueba de (1) y (2) podía obtenerse con la inscripción en el registro de propiedad intelectual, el punto (3) señalando bajo que Convención Internacional los autores extranjeros no domiciliados se encontraban protegidos, y el punto (4) a través de la prueba de una autorización expresa –los tribunales han atribuido tanto al defensor como al Ministerio Público la carga de probar la existencia de autorización. Por otro lado la jurisprudencia consideraba que la prueba de los puntos (1)-(4) era innecesaria porque la LPI activaba sus mecanismos de protección desde la creación de la obra<sup>15</sup>, sin que fuera necesaria la inscripción. Con posterioridad la Corte Suprema el año 2007<sup>16</sup> en un cuestionable fallo, acogió la última interpretación:

Noveno: Que, en torno a la situación generada, preciso es indicar que lo cierto es que conforme al fallo en revisión, los dos acusados no contaban con las autorizaciones o licencias otorgadas por los titulares de los derechos, y que con ánimo de lucro se reprodujeron y se distribuyeron al público, en formato de discos compactos, lo que de acuerdo a las reglas de la sana crítica, de

<sup>12</sup> Moohr, *The crime of copyright*, p. 742.

<sup>13</sup> Implícitamente, el tribunal asume que puede tratarse de obras no protegidas por la ley ([TOP Santiago 26 de julio de 2006 rit 7869-2006](#)).

<sup>14</sup> Se consideraba que sólo algunos autores estaban protegidos por la LPI, ya que el inciso primero del art. 2 de la LPI establecía que los autores no domiciliados en Chile estaban sujetos a la protección concedida por los tratados internacionales suscritos por Chile, por ende algunos podían no encontrarse protegidos por la LPI ([TOP Castro 30 de abril de 2007 rit 1084-2006](#)).

<sup>15</sup> La Corte sostiene que la obra se protege desde la mera creación (CA Santiago 3 de septiembre de 2007 rol 1.840-2007).

<sup>16</sup> Corte Suprema 2 de octubre 2007 rol 3747-2007.

la lógica y máximas de la experiencia, es posible apreciar ante las evidencias presentadas ante el Tribunal, quien las pudo apreciar directamente, lo que llevaba a concluir que los veintidós discos compactos, sus carátulas y estuches, carecían de originalidad de su correspondiente patente legal, lo que permitía concluir de manera lógica, que se estaba en presencia de reproducciones artesanales, sin que ellas tuvieran autorización por parte de sus autores, productores o de quienes sus derechos representan.

Décimo: Que para el tipo penal de la especie aparece de manifiesto que no resulta necesario acreditar quienes eran los titulares de los derechos de autor protegidos respecto de los juegos, música y películas incautadas, desde que por una interpretación armónica de la ley N° 17.336, se puede concluir que el objeto de protección de esa normativa son los derechos que, por el sólo hecho de la creación, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera sea su forma de expresión, y los derechos conexos que la misma normativa determina en cada caso, todo ello sin perjuicio de la presunción que contempla el artículo 8° de la ley del ramo, consistente en considerar autor de una obra, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal al divulgarse aquélla, mediante indicación de su nombre, seudónimo, firma o signo que lo identifique en forma usual, o aquél a quien, según la respectiva inscripción, pertenezca el ejemplar que se registra.

Para la Corte Suprema la prueba de (1) es innecesaria, porque la LPI protege a los autores por el “sólo hecho de la creación” de la obra. Pero si no es necesario probar (1) tampoco es necesario probar (2) y (3), porque si no se requiere acreditar al titular entonces es superfluo precisar su nacionalidad, con mayor razón bajo qué Convención sus derechos están protegidos. La Corte además considera que no se requiere probar (4), pues ello se deduce del “carácter artesanal” de la reproducción y de que no existe autorización expresa. La Corte podría haber sintetizado aún más su argumentación, pues de acuerdo a los considerandos citados ni si quiera está la necesidad de manifestar que la prueba de (1) es innecesaria, basta que exista una reproducción artesanal sin autorización. Bajo el supuesto de que la obra se protege desde la creación, basta que exista una copia “artesanal” y que no se demostrara la existencia de autorización para concluir que hay un delito sancionado por la LPI.

Con posterioridad a este fallo de la Corte Suprema, todavía persiste el debate acerca de la necesidad<sup>17</sup> o innecesidad<sup>18</sup> de la inscripción, por lo que se hace necesario determinar si los argumentos de la Corte son correctos o no. Los siguientes argumentos, entonces, apuntan a considerar que la protección que la LPI garantiza al autor por el sólo hecho de la creación de la obra no incluye la protección penal, que esta sólo se activa una vez que el derecho se encuentra debidamente inscrito y protegido por una licencia obligatoria (Copyright) o abierta –en esta última hipótesis lo anterior es correcto siempre que ello suponga que el autor hace uso de las “tres condiciones principales”, esto se explicará en el número (V) más abajo-, en efecto, de la mera creación-expresión de la obra y del reconocimiento de los derechos morales y patrimoniales no se sigue necesariamente la sanción penal:

- (I) La Corte Suprema vuelve irrelevante el art. 2 de la LPI al ampliar la protección a cualquier autor que “cree una obra original”, ello se sigue de aceptar que es innecesario la prueba de (1)-(3). La Corte, con ello, desconoce que no todos los autores se encuentran protegidos, sino sólo aquellos nacionales de países cuyos derechos son amparados por ciertas Convenciones Internacionales. La interpretación de la Corte Suprema hace innecesario que Chile suscriba con otros países convenios de protección sobre la propiedad intelectual, con ello asume siempre algo que en materia internacional se exige, a saber, el “principio de reciprocidad”. En virtud de este principio, por ejemplo, se reconocen en el país los efectos de las sentencias extranjeras siempre que en esos países se reconozcan los efectos de las sentencias chilenas, ello se abandona con la interpretación de la Corte.
- (II) La argumentación de la Corte Suprema para negar la necesidad de la inscripción como condición de la punibilidad de las infracciones a la LPI arranca de una interpretación literal del art. 1 de la LPI:

Artículo 1°- La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina.

El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra.

<sup>17</sup> CA Santiago 10 de abril 2008 rol 417-2008. CA Concepción 12 de junio 2009 rol 222-2009.

<sup>18</sup> CA Chillán 24 de abril 2009 rol 52-2009.

La interpretación de la Corte no está conforme al texto literal. La única forma correcta de entender por creación, y es así como se entiende en el derecho comparado, es la materialización de la obra, es decir, no se protege la pura creación intelectual de una obra, sino la *creación materializada en un medio tangible*. Esta no es una interpretación antojadiza, sino que es una exigencia del propio art. 1 de la LPI, el que exige como condición de la protección que la obra este “expresada”, es decir, materializada en cualquier forma. Esta exigencia también está contenida en los tratados internacionales suscritos por Chile sobre la propiedad intelectual, sistema Convenio de Berna art. 2 n° 1<sup>19</sup>, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) art. 9 n° 2<sup>20</sup>. Este requisito también es exigido de forma unánime por la doctrina comparada, así por ejemplo en España:

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) define la propiedad intelectual como el conjunto de derechos que asisten a un autor por cada una de sus obras originales, literarias y artísticas.

Dos son las características de los derechos de propiedad intelectual. La primera: que se trate de una creación original, plasmación de la individualidad y subjetividad del creador; y la segunda: que se halle plasmada en cualquier medio o soporte, pues no se protegen ideas abstractas, sino en cuanto están incorporadas a un medio material (libro, plano etc.).<sup>21</sup>

Aún cuando se incorpore la exigencia de expresión —es decir que la idea *no expresada* en un medio “tangible” no está protegida por la LPI- la interpretación de la Corte Suprema sería equivocada, pues estrictamente lo que hace la LPI no es extender la protección a un momento anterior a la inscripción, sino únicamente cambiar la naturaleza jurídica de esta última. En efecto, el artículo 1 de la LPI sólo pretendía corregir un serio problema del antiguo régimen de protección de la Propiedad intelectual. Bajo este sistema —contenido en el Decreto Ley N° 345- la inscripción no era sólo una prueba de la titularidad de la obra, sino que constituía a la propiedad intelectual. De este modo el siguiente caso estaba en conformidad al Decreto Ley N° 345: si X inscribía una obra C como original, con posterioridad Y, el verdadero creador de C, no podía aducir prueba alguna para demostrar la paternidad de la obra, porque la propiedad intelectual se constituía con la mera inscripción, es decir, X se constituía en autor original con el sólo inscribir la obra, aunque Y fuera el creador original. Con el sistema moderno de protección, Y puede probar que X no es el creador original porque la inscripción no constituye la propiedad intelectual. De este modo, el nuevo sistema de protección pretende evitar abusos como el del ejemplo a través del reconocimiento de los derechos patrimoniales y morales desde la expresión de una idea original.

El art. 1 de la LPI al prescribir que la “protección” se extiende desde la expresión de una obra original, lo que hace es dissociar la *constitución* de la propiedad intelectual del momento de la *inscripción*. “Proteger” en el sentido del art. 1 de la LPI, entonces, consiste en reconocer que la propiedad intelectual no se constituye con la inscripción. Ahora bien, el que la LPI disocie el reconocimiento de la propiedad del acto de inscripción no significa necesariamente que conceda protección penal desde el momento de la expresión de la idea, sino solamente que concede la posibilidad de probar al verdadero creador que la obra inscrita por un tercero le pertenece. Para ello puede demandar civilmente, pero no necesita para ello, de ningún modo, recurrir al proceso penal. Así también lo entiende la doctrina chilena al interpretar el art. 8 de la LPI:

<sup>19</sup> 1) Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

<sup>20</sup> 2. La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

<sup>21</sup> Santaló Ríos, Augusto, “Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma del Código Penal operada por L.O. 15/2.003”, en *Revista Jurídica Galega*, N° 43 (2004), p. 14. Véase también en el derecho anglosajón Green, Michael Steven, “Copyrighting Facts”, en *Indiana Law Journal*, Vol. 78 (2003).

En nuestro país, el registro autoral constituye un medio de prueba de la paternidad de la obra o de la titularidad de los derechos sobre ella, pero no es un medio de prueba excluyente de los demás medios de prueba contemplados en el derecho común.<sup>22</sup>

Debe concluirse, entonces que el art. 1 de la LPI cumple la función de conceder a la inscripción sólo el carácter de una presunción respecto de la paternidad de la obra y en consecuencia otorgar al individuo la facultad de explotar los derechos patrimoniales y morales que contempla la ley, pero no concede protección penal desde el mismo momento, de lo contrario se produciría el siguiente absurdo: Y es el verdadero autor de un bien C –en el sentido que lo ha creado primero-, Y no ha inscrito su propiedad y demanda penalmente por la arrogación que X hace de los derechos patrimoniales que le corresponde sobre C. X, por su parte, cree que él ha creado C en forma original, pero desconoce que previamente Y lo había creado. Para poder ser absuelto X debería recurrir al error de prohibición directo, pero de acuerdo a la Corte ya que la LPI protege las obras desde su creación y que debe presumirse que el sujeto conoce esta protección –porque conoce que la protección es del momento de la creación de la obra-, entonces no puede recurrir al error de prohibición, y debería ser condenado.

En suma, si bien el copyright se adquiere desde la expresión de la idea originalmente creada –de acuerdo al modelo de la LPI chilena- esto no significa todavía que la arrogación de derechos que hace un tercero está penalmente sancionada. La inscripción puede verse entonces como una garantía para los terceros que hacen esta arrogación, de que sólo pueden ser sancionados si tuvieron la posibilidad de saber que esta arrogación estaba prohibida. Este conocimiento puede “presumirse” en la medida que se exija inscripción, porque entonces el sujeto tuvo la posibilidad de haber conocido el hecho de la creación de la obra. Pero si no se exige inscripción, no es ni razonable ni posible imputar este conocimiento.

- (III) Según la interpretación de la Corte Suprema la protección penal debe ser incluida dentro de los derechos del autor, pero esto es un error conceptual, puesto que en rigor ningún individuo tiene un derecho a decidir el momento a partir del cual el sistema jurídico dispensa protección penal, lo que la LPI reconoce son los derechos morales y patrimoniales que emanan de la protección a la creación expresada. Recuérdese que lo que hace la LPI es garantizar el monopolio exclusivo sobre una determinada creación del intelecto, es decir, lo que protege es la exclusividad de los derechos patrimoniales que se siguen del reconocimiento de este derecho, es decir, prohíbe la arrogación que terceros hagan sin autorización del titular:

A partir de ahora, el derecho nace por el sólo hecho de la creación de la obra, adquiriendo el autor, a partir de entonces, todos los atributos que la ley le otorga.

En consecuencia, en Chile, los derechos nacen desde el momento mismo de la creación de la obra, en forma automática, sin que sea necesario realizar ningún trámite administrativo, notarial o de otro orden, bastando solamente la creación de ella.<sup>23</sup>

- (IV) El problema más grave de la interpretación de la Corte Suprema al considerar innecesaria la prueba de (4) es que no exige determinar qué tipo de licencia es aquella bajo la que se registra la propiedad –y que es una derivación de la exigencia de prueba de la inscripción-, asumiendo que por el sólo hecho de tratarse de una copia “artesanal” no existe autorización<sup>24</sup>, con lo cual desconoce la actual evolución de la propiedad intelectual y los problemas que ello presenta para su protección penal.

La industria de la propiedad intelectual ha sido objeto de grandes transformaciones en los últimos 10 años a consecuencia de nuevos tipos de licencias, las licencias abiertas. Las licencias tradicionales son las denominadas licencias obligatorias –también se le designa como copyright-, porque para la explotación de los derechos que emanan de ella se exige autorización del titular. Las licencias abiertas, son aquellas que permiten la explotación de los derechos que emanan de la propiedad intelectual sin autorización, y por lo mismo, licencias que a diferencia del copyright, no exigen contraprestación económica para la ejecución del contenido patrimonial del derecho de autor. En consecuencia, dependiendo del tipo de restricciones que el sujeto

<sup>22</sup> Sierpe, *Propiedad intelectual*, p. 14.

<sup>23</sup> Sierpe, *Propiedad intelectual*, p. 13.

<sup>24</sup> Esto último la Corte implícitamente lo sostiene porque la autorización de acuerdo a la LPI es una autorización expresa, luego tratándose de una venta callejera y de acuerdo a las (sus) máximas de la experiencia, llega a la conclusión de que no hay autorización.

establezca –como se verá a continuación-, no requiere del consentimiento del titular del derecho para una ejecución comercial de la obra protegida.

Estas licencias abiertas son de cada vez mayor uso por los creadores y artistas. La licencia abierta más utilizada es la llamada Creative Commons –licencia que ya el 2008 contaba con 250 millones de obras registradas<sup>25</sup>- y la licencia GNU. La masificación del uso de estas licencias abiertas plantean serios problemas para la interpretación de la Corte Suprema tanto desde el punto de vista del principio de legalidad penal, como desde el punto de vista del bien jurídico protegido y desde el punto de vista de un derecho penal moderno. Estos problemas fueron detectados durante la tramitación del proyecto de ley, así el diputado Gonzalo Arenas señaló durante el Primer trámite constitucional, en la Discusión General, que el proyecto no:

“... discrimina entre los distintos usos que pueden hacer los usuarios de internet de ciertos tipos de programas que permiten compartir archivos. Se podría hablar del pirateo de internet. De acuerdo, pero internet se ocupa mucho más que para piratear. Existe el uso ilícito de bajar ciertas producciones que están protegidas para no comprarlas. Esto, por supuesto, es un atentado contra la propiedad intelectual y deber ser sancionado, pero con esas mismas herramientas se pueden hacer otro tipo de cosas. Por ejemplo, bajar material protegido, pero para conocer con mayor profundidad lo que se quiere comprar. Es decir, permite un vitrineo y una compra más informada de parte del consumidor. Hoy, esta práctica es ilícita; sin embargo, no atentan contra la propiedad intelectual, no atenta contra los derechos de los artistas. Por lo tanto, eso debería estar permitida -no aparece así en el proyecto- sobre todo cuando cierto material, que está protegido, ya no se encuentra en el mercado.”<sup>26</sup>

El rasgo decisivo de las licencias abiertas y que genera los problemas que se verán a continuación, es que estas licencias no prohíben la arrogación del contenido patrimonial de la propiedad intelectual, sino sólo excepcionalmente. En consecuencia, si como aduce la Corte Suprema, siempre por el solo hecho de la creación –expresada- de una obra esta está protegida penalmente, entonces necesariamente se está sancionando penalmente casos que no lo merecen porque los autores no han prohibido la arrogación de derechos patrimoniales por parte de terceros.

El Creative Commons como licencia abierta se caracteriza del siguiente modo:

“Las licencias básicas de Creative Commons, utilizadas para virtualmente todo tipo de contenidos excepto los códigos de software, que permite a los creadores declarar al mundo, desde el principio y con carácter general, que ellos conceden permiso para ciertos usos de una obra en particular. Todas las diferentes versiones de licencias CC [Creative Commons] otorgan permiso a los usuarios para copiar, distribuir, exhibir, ejecutar los trabajos de forma pública y digital, hacer copias exactas de ellas en otro formato, e incorporar las obras (en forma no modificada) en obras colectivas, siempre y cuando de sé el debido crédito al creador original [Atribución]. Además de estos permisos estándar, los creadores también pueden optar por especificar tres condiciones principales –No-Comercial, No-Derivados y Compartir-Semejantes- que limitan cómo el contenido puede ser utilizado.



Atribución. Se permite a las personas copiar, distribuir, exhibir, ejecutar, y mezclar la obra protegida por el derecho de autor, siempre y cuando se dé el debido crédito de la forma como el autor lo requiera. Todas las licencias CC contienen esta condición.



No-Comercial. Se permite a las personas copiar, distribuir, exhibir, ejecutar, y mezclar la obra para usos no comerciales. Si se quiere usar la obra para usos comerciales, se deberá contactar al autor para obtener un permiso.



Compartir-Semejantes. Se permite a las personas crear mezclas y trabajos derivados basados en la obra original, siempre y cuando sólo se distribuyan bajo la misma licencia Creative Commons en el que la obra original fue publicada.



No-Derivados. Se permite a las personas copiar, distribuir, exhibir, y ejecutar copias exactas de la obra –no se permite hacer obras derivadas basadas en la obra original. Si se desea alterar, transformar, ampliar o mezclar la obra, se deberá contactar al autor para obtener un permiso.”<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Malone, Phil, “An Evaluation of Private Foundation Copyright Licensing Policies, Practices and Opportunities”, *A Report from the Berkman Center for Internet & Society at Harvard University, to The William and Flora Hewlett Foundation, The Ford Foundation and The Open Society Institute*, August 2009 [http://cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/OCL\\_for\\_Foundations\\_REPORT.pdf](http://cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/OCL_for_Foundations_REPORT.pdf), (visto con fecha 2010.12.09), p. 6.

<sup>26</sup> “Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 226.

<sup>27</sup> Malone, *An Evaluation*, ob. cit. loc. cit.

La interpretación de la Corte Suprema considera consecuencia necesaria de la creación de una obra la protección penal, pero con ello se acepta a su vez, necesariamente, la punibilidad de la arrogación de derechos cuyo titular autoriza su copia y reproducción –Creative Commons-, es decir, considera necesariamente punible comportamientos que constituyen ejecución del contenido patrimonial de la propiedad intelectual pero que se encuentran consentidos por el titular. La única forma de evitar sancionar penalmente la arrogación del contenido patrimonial cuando ello no es merecido, es distinguir correctamente cuando la obra está registrada a través de licencias obligatorias y de licencias abiertas. Precisamente esto es lo que se puede demostrar a través de la inscripción de la propiedad intelectual, esto es, que el titular de la obra no ha consentido en el uso de la propiedad intelectual, o bien que se ha registrado con CC con las tres condiciones. Podría objetarse a esta interpretación lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la LPI, que en el fondo requieren para que un sujeto ejecute el contenido patrimonial de la propiedad intelectual que corresponde a un tercero, que se cuente con su autorización expresa. No obstante la redacción conclusiva de estas dos disposiciones, debe quedar en evidencia que lo que aquí está regulando la LPI es el tradicional Copyright o derecho de autor, y no incluye desde luego el tipo de licencias abiertas como el Creative Commons, porque si lo incluyera entonces se producirían los problemas a los que hemos aludido. La única forma de mantener la distinción entre licencias abiertas y licencias obligatorias –y por ende no negar la evolución de la propiedad intelectual en el derecho y en el comercio internacional- es entender que los artículos 18 y 19 de la LPI se refieren a las licencias obligatorias.

La interpretación de la Corte Suprema tiene los siguientes problemas:

*Problema (a):* al no distinguir qué obras son objeto de protección penal y cuáles no, olvida respecto de estas últimas que no hay bien jurídico que proteger, puesto que el titular del bien ha ejercido precisamente sus facultades de dueño y ha dispuesto de las facultades cuya arrogación no consentida es penalmente sancionada. La propiedad intelectual como bien jurídico es ciertamente un bien jurídico disponible, al sancionar penalmente el uso de esta propiedad cuando el dueño ha manifestado su voluntad, no lo reconoce ni trata como un ser autónomo que se auto-determina sobre derechos disponibles, y que sus decisiones cuentan como forma de elegir como quiere vivir su vida. La interpretación de la Corte Suprema reduce la capacidad volitiva del individuo a la capacidad de un menor que no puede legítimamente disponer de sus bienes.

*Problema (b):* uno de los principios que emanan del principio de legalidad es el mandato de determinación, en virtud del cual la conducta prohibida debe estar lo suficientemente descrita. Para el derecho penal continental europeo y también para Sud-América, esto se ha entendido como una prohibición dirigida al legislador para evitar que los tribunales determinen lo que ha de ser prohibido. Indirectamente, bajo esta interpretación, lo que se resguarda no es sino otro de los mandatos que emanan del principio de legalidad, a saber, la prohibición de la creación jurisprudencial de prohibiciones penales, así por ejemplo Roxin:

Un precepto penal que tuviera v. gr. el siguiente tenor: "el que infringiere el bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años", convertiría en superfluos múltiples parágrafos del StGB, pero sería un precepto nulo, ya que no permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible.

La punibilidad no estaría "legalmente determinada" antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable.<sup>28</sup>

En el derecho anglosajón, este principio se interpreta en relación a lo que es justo imputar a un sujeto de acuerdo a unas normas de juego "limpias" –fair rules-, es decir, el principio de legalidad pretende asegurar que el sujeto pueda conocer antes de realizar el delito cuales son las conductas por las que puede ser hecho penalmente responsable. Esto explica la existencia de la doctrina *void-for-vagueness-doctrine*, en virtud de la cual puede declararse inconstitucional una ley siempre que se demuestre que en el caso concreto la descripción del delito no es lo suficientemente clara como para que un sujeto común y corriente pueda entender qué conducta está prohibida, de esta forma, se evita, además, una aplicación arbitraria y discriminatoria de la ley:

<sup>28</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Civitas, España, 1997, p. 141.

El primer punto del test [para determinar si concurre el defecto de descripción lo que permite la declaración de inconstitucionalidad de la ley] incluye el objetivo básico del advertencia requerida por la Cláusula del Debido Proceso.

Esta advertencia permite a los ciudadanos distinguir entre el comportamiento lícito y el ilícito. Adicionalmente, una definición clara de las conductas ilícitas impide que los ciudadanos le den un sentido muy amplio que los haga abstenerse de desarrollar conductas protegidas constitucionalmente.<sup>29</sup>

En el fondo ambas interpretaciones son compatibles entre sí, el principio de legalidad impide que el juez cree derecho penal siempre que especifique suficientemente las conductas prohibidas, al mismo tiempo advierte a los ciudadanos cuales son las conductas socialmente nocivas que pueden acarrearles responsabilidad penal, por último evita que se abstengan de realizar comportamientos constitucionalmente protegidos.

Con la interpretación de la Corte Suprema se faculta a los jueces a crear tipos penales no legalmente descritos, porque no toda arrogación del contenido económico de los derechos que emanan de la propiedad intelectual está sancionada penalmente, sino sólo en aquellos casos en que el titular no ha consentido en ello, es decir, sólo en aquellos casos en que el derecho está amparado por el copyright o bien es objeto de una licencia abierta con restricciones comerciales. Cuando el bien es objeto de una licencia abierta sin restricción comercial, el autor consiente en que los terceros puedan ejercer las facultades patrimoniales que se reconocen a los titulares de la propiedad intelectual. Sólo a través de la demostración de que no se trata de una licencia abierta puede razonablemente imputarse el conocimiento de la falta de autorización. Tampoco permite a los ciudadanos distinguir claramente aquellos comportamientos que les pueden acarrear sanción penal de aquellos que no, naturalmente, ello también incentiva que los ciudadanos se abstengan de realizar comportamientos protegidos por la constitución. Como vimos tampoco respeta la voluntad de la persona como expresión de un sujeto autónomo que se auto-determina. Por último, distinguir entre licencias abiertas y obligatorias es la base para poder calcular perjuicios legítimos que de acuerdo a la LPI tiene derecho a percibir el titular en caso de una arrogación no autorizada, pues si se condena a X por una distribución comercial en caso de que el titular Y ha autorizado la distribución, Y no puede tener derecho a una indemnización de perjuicios, precisamente porque ha renunciado a ellos al permitir la ejecución de los derechos patrimoniales de la propiedad intelectual, de este modo se evita un "pago de lo no debido".

Todos estos problemas se generan por la existencia de las licencias abiertas y la negativa de la Corte Suprema a considerar los efectos que ello tiene en la determinación de la tipicidad de los comportamientos.

Ahora bien, hay dos tesis respecto de las funciones de este registro y su prueba en juicio:

- a. *La función de la inscripción es otorgar protección penal*: La protección penal sólo se activa cuando la obra se registra, porque esto constituye una manifestación del individuo de gozar de protección penal. La función de la inscripción sólo consiste en separar ambas cuestiones, de allí por ejemplo que si un autor inscribe su propiedad como Creative Commons, carezca en todo caso de protección, pues se trata de una licencia abierta que posibilita un uso libre de las facultades patrimoniales del art. 18 de la LPI. Podría argumentarse que lo mismo vale para la responsabilidad extracontractual, pero esto olvida que la argumentación que aquí se sostiene sólo es aplicable al derecho penal, porque sólo en el derecho penal rige el principio de legalidad penal para efectos de hacer responsable a un individuo, este principio no existe tratándose de la responsabilidad extracontractual.
- b. *La función de la inscripción es probar que tipo de licencia rige la obra*: la función de la inscripción es determinar desde un punto de vista probatorio que hay o que no

<sup>29</sup> Sparks, Sarah, "Deteriorated vs. deteriorating: the void-for-vagueness doctrine and blight takings Norwood v. Horney", *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 75 (2007), p. 1772. En un sentido similar Jakobs alude a la función del principio de legalidad como protección de la confianza "La libertad de acción sólo tiene pleno valor allí donde no existe peligro de que se vinculen al comportamiento consecuencia gravosas no calculables.", Jakobs, Gunther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1997. P. 81

hay lesión de la propiedad intelectual. Si la obra está registrada bajo una licencia abierta, entonces de ello se sigue que sólo puede haber protección penal cuando el autor haga uso de alguna de las tres condiciones que señalaba Malone –No-Comercial, No-Derivados y Compartir-Semejantes-, pues de lo contrario se considera que el autor no tiene la intención de explotar la obra de forma monopólica. Por el contrario, de encontrarse la obra registrada bajo licencias obligatorias, entonces queda demostrado el interés del titular de la propiedad intelectual por un uso monopólico del derecho, y por ende, el carácter penalmente lesivo de la arrogación del contenido patrimonial del bien.

- (V) La interpretación de la Corte Suprema, de ser correcta, niega la institución del patrimonio cultural común, pues no se podría contar el plazo mientras no se sepa la fecha en que se creó la obra, ¿desde cuándo se cuentan los 70 años sino es desde la fecha de inscripción? De hecho una persona podría además fraudulentamente extender la fecha de protección eliminando las obras originales y creando una de fechas posterior.

En la medida que se estime que la crítica es acertada, debe concluirse que hay dos clases de argumentaciones. Una primera referente a la necesidad de la prueba de (1)-(3), en efecto, esta prueba sólo sería innecesaria si toda obra original expresada estuviera protegida por la LPI chilena. Si este es el alcance que se considera correcto de la protección legal chilena, entonces no es necesario la prueba de (1)-(3). Pero incluso dejando de lado la exigencia de prueba de (1)-(3), es decir, incluso asumiendo que todas las obras por el solo hecho de la creación expresada quedan protegidas por la LPI, aún es necesaria la prueba de que la licencia es obligatoria o no, porque tratándose de una licencia abierta en que no rigen las “tres condiciones” la arrogación de los derechos patrimoniales no es constitutiva de delito. Luego, no puede presumirse el conocimiento de la falta de autorización por el sólo hecho de tratarse de copias “artesanales” y que no se probó la autorización expresa, debe determinarse si se tratan de obras sujetas a licencias abiertas o no, y de qué clase.

En suma, respecto de (1)-(3) es posible y correcto argumentar que se requiere de inscripción, salvo que se quiera asumir que la extensión de la protección de la LPI es “total”. Respecto de (4) debe determinarse si se trata de licencias obligatorias y abiertas, tratándose de estas últimas debe probarse que el autor registró la obra bajo las “tres condiciones” o no. De lo contrario, debe asumirse que se producen serios problemas interpretativos –detallados en los numerales (I)-(V)- y formularse una interpretación bajo la cual estos no se produzcan, lo que no parece posible.

## **6. INFRACCIONES PENALES**

Las infracciones penales establecidas por la Ley se encuentran previstas en los arts. 79, 79 bis, 80 y 81.

De acuerdo con el art. 85 G de la LPI, los delitos sancionados en la ley, son de acción penal pública:

Artículo 85 G. Existirá acción pública para denunciar los delitos sancionados en esta ley.

Debe destacarse que una de las principales dificultades que plantea esta ley es la determinación de las diferencias en relación con la ley anterior, pues para determinar qué puede ser considerado delictivo y qué no, hay que precisar antes que nada el alcance de la supresión del antiguo art. 80 de la LPI, que era el delito de mayor aplicación práctica. Algunas de las disposiciones se modificaron únicamente en términos formales, otras disposiciones fueron eliminadas, la pregunta entonces es si lo que se sancionaba continúa hoy bajo la regulación vigente siendo delito. En razón de lo anterior, se revisarán en forma apartada cada uno de los delitos que establece la LPI.

### **6.1. El delito del art. 79 (a)**

Párrafo II

De los Delitos Contra la Propiedad Intelectual

Artículo 79. Comete falta o delito contra la propiedad

a) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice 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 artículo 18.

### 6.1.1. Tipo Objetivo

#### 6.1.1.1. Extensión

El primer problema que plantea el art. 79 de la LPI consiste en determinar el límite entre lo que es una falta y lo que constituye delito, esta es una cuestión común a todos los delitos dispuestos en este artículo. Una forma de precisar este límite es atender a las reglas de determinación legal de la pena contenidas en el CP. El principio regulativo subyacente parece vincular la naturaleza del precepto a la magnitud de la pena, entonces, si de acuerdo al art. 21 del CP en relación al art. 60 del mismo cuerpo legal, la pena aplicable a las faltas es la prisión, de ello se sigue que todos los delitos del art. 79 de la LPI a los que se aplique el n° 1 del mismo artículo constituyen faltas. Ello ya demuestra la necesidad de que el persecutor demuestre la existencia de los perjuicios que se produjeron, pues es la única forma de determinar si lo que se imputa constituye una falta o un delito.

La importancia de la calificación del hecho como “falta”, entre otras, son las siguientes:

- tratándose de faltas, los únicos casos de participación delictiva múltiple sancionados son la co-autoría, autoría mediata y complicidad<sup>30</sup>, no se sanciona el encubrimiento.
- tratándose de faltas, estas se sancionan sólo cuando están consumadas<sup>31</sup>. La importancia práctica asociada a esto radica en cómo se interprete el carácter de los delitos establecidos en la LPI, pues si se consideran como delitos de resultado no bastaría por ejemplo con estar en posesión de un bien protegido por la LPI para estimar que hay una “publicación” en el sentido del art. 18 letra a) en relación al art. 79 a), y que por ende deba ser penalmente sancionada, sino que se requeriría de una publicación efectiva de la obra a través de un medio de comunicación al público y que éste reciba la transferencia de información. Que el tipo exija perjuicio efectivo, es una buena razón para argumentar además que el tipo es de lesión y que por lo tanto exige la producción de perjuicios efectivos.

Lo expresado en este número 6.1.1.1., es aplicable a todos los delitos establecidos en el art. 79 LPI, al igual lo que se expondrá, con mínimas variaciones, en el número 6.1.2.

#### 6.1.1.2. Acción típica

El delito se comete por el hecho de “utilizar” una obra inédita o publicada por cualquiera de las formas establecidas en el art. 18 LPI:

“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) Reproducir la 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.

<sup>30</sup> Lo anterior se sigue de una interpretación apegada al texto de los arts. 17 y 498 del CP. El art. 17 del CP establece que “Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de **un crimen o de un simple delito** o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes.” El art. 498 del CP dispone que “**Los cómplices en las faltas serán castigados** con una pena que no exceda de la mitad de la que corresponda a los autores.”. Sólo se puede concluir de ello que el encubrimiento no está sancionado en las faltas, lo que en el caso de la LPI tiene bastante importancia si se considera que muchos casos de receptación de estos bienes pueden ser re-conducidos a las figuras generales de encubrimiento, de lograrse esto y siendo la pena una multa, habrá bases suficientes para afirmar que algunas de aquellas conducta no son punibles bajo las reglas del CP.

<sup>31</sup> El CP dispone en el Art. 9. “Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas.”

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.”

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 que se formula y a lo complejo de la redacción, debe entenderse que la utilización penalizada consiste en la ejecución de cualquiera de los derechos patrimoniales en la forma como lo dispone el art. 18 de la LPI, de forma tal que si falta alguno de los elementos que se enuncia respecto de cada derecho, no hay delito.

Hay dos posibilidades interpretativas respecto del alcance de esta disposición, la primera sugerida por Etcheberry, la segunda desarrollada en esta minuta:

*(i) La utilización requiere de publicidad:*

Esta exigencia es evidente tratándose de los derechos establecidos en las letras (a), (d) y (e) del art. 18. No obstante, no se exige que la publicación (a), ejecución pública (d) o distribución (e) sean hechas a título oneroso, ni que generen provecho para el infractor o perjuicio para el titular. Tampoco se exige una especial tendencia interna trascendente o intensificada.

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 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.

*(ii) La utilización constituye un uso de la propiedad intelectual de carácter económico, por lo tanto afecta o puede afectar la pretensión de exclusividad de los derechos patrimoniales del titular:*

El argumento es sencillo, la utilización sancionada por la LPI está referida a la arrogación que hace un tercero no autorizado de los derechos patrimoniales que la ley le reconoce al titular. Si el uso que el sujeto hace de estos derechos es un uso económico –que le permite o puede permitir un provecho económico-, se afecta la pretensión de exclusividad del titular de la propiedad, por ende podrá afirmarse la tipicidad del comportamiento cuando el sujeto que se arroge el uso de estos derechos patrimoniales obtenga o al menos pueda obtener ganancias económicas. Cuando no existan ganancias económicas –o al menos la expectativa de este tipo de ganancias, en caso que se considere como delito de mera actividad respecto del perjuicio- no hay utilización de facultades patrimoniales, por ende no se afecta la pretensión de exclusividad del titular. Entonces, no basta la simple copia de una obra protegida por la LPI para que esta pueda ser considerada como un comportamiento punible, sino que esa copia debe ser parte de una actividad desarrollada por el sujeto que le genere o pueda generar una ganancia económica. Esta tesis es la base para considerar que subjetivamente se exige en el sujeto el conocimiento de que está ejecutando un derecho patrimonial del que se siguen o pueden seguirse beneficios económicos.

6.1.1.3. *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 LPI (p. ej., libros, obras dramáticas, composiciones musicales, fotografías, periódicos, pinturas, esculturas, obras cinematográficas, etc.).

6.1.1.4. *Bien jurídico protegido*

El bien jurídico protegido consiste en los derechos patrimoniales que se conceden al autor de la obra o sus cesionarios y que se establecen en el art. 18 de la LPI. No se trata de la protección de las facultades morales del creador ni de la protección de intereses colectivos. El tipo penal prohíbe que un tercero no autorizado se arroge las facultades patrimoniales que le corresponden al autor de la obra, es decir, usurpe, a través del ejercicio del contenido de alguno de estos derechos, la posición que le corresponde al

titula de la propiedad intelectual y con ello afecte la pretensión de exclusividad de la explotación del bien.

#### 6.1.1.5. *Sujeto activo:*

Se trata de un delito común (“el 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, muestra la existencia de una distinción legal entre obras registradas bajo licencias obligatorias y aquellas abiertas sin el uso de las “tres condiciones”. En ambos casos la arrogación por parte del tercero requiere una autorización expresa en los términos de los arts. 19 y 20 de la Ley<sup>32</sup>. Esta autorización expresa, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 19, sólo debiera ser necesaria cuando la utilización significa una distribución pública. Tratándose de obras registradas con licencias abiertas sin las “tres condiciones”, naturalmente, siempre debe considerarse la arrogación de terceros como autorizada –el titular renuncia a la pretensión de exclusividad-, precisamente porque la no inclusión de estas condiciones cuenta como la manifestación de voluntad del titular, en virtud de la cual autoriza dicha arrogación.

#### 6.1.2. **Tipo Subjetivo**

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.435, la doctrina nacional consideraba que el tipo no exigía ánimo de lucro. Bajo la antigua regulación como la pena no dependía del monto de los perjuicios causados, esta era una tesis no del todo incorrecta, porque además no estaba claramente distinguida la afectación del derecho moral de los derechos patrimoniales, aún así no era la única tesis posible de sostener. En efecto, ya entonces podía argumentarse que el uso de cualquiera de las facultades que corresponden al titular de la propiedad, por tratarse de facultades de carácter patrimonial, involucra el conocimiento por parte del tercero que se arrogaba su uso sin autorización, que se ejecutaba dichas facultades afectando o pudiendo afectar los intereses patrimoniales del titular, y que por ende era exigible la prueba de que el comportamiento efectivamente le originaba beneficios económicos o que al menos podía originarle dichos beneficios.

El efecto práctico de la exigencia de conocimiento que la arrogación involucra o puede involucrar beneficios económicos –lo que se desprende de la naturaleza de los derechos que el tercero no autorizado se arroga-, consiste en que debe acreditarse por el persecutor que el imputado sabe que está ejecutando un derecho patrimonial de otra persona –ciertamente sin autorización- y que de dicha utilización se están generando consecuencias patrimoniales o que al menos pueden generarse. La prueba de los hechos a partir de los cuales puede hacerse la inferencia de conocimiento por parte del sujeto activo –y por ende considerar que ha conocido-, es cualquier actividad subsumible en el art. 18 de la LPI y que involucre al menos la expectativa de generar utilidades económicas, en efecto, en la medida que las circunstancias objetivas de acaecimiento de los hechos permitan concluir que el sujeto obtuvo una ganancia económica a consecuencia de la ejecución de derechos patrimoniales, la prueba del tipo subjetivo estará satisfecha, no es, entonces, una prueba imposible ni de rendir ni de obtener. Esto es ni más ni menos lo que exige se demuestre el art. 79 a), en la medida que se considere imprescindible la generación efectiva de perjuicios.

---

<sup>32</sup> “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.”

Hay varios argumentos que permiten sostener que si bien no se exige explícitamente un ánimo de lucro, la actividad infractora de la LPI para poder ser objeto de reproche penal en conformidad al art. 79 de la LPI, necesita ser desarrollada en un contexto que genere p pueda generar utilidades económicas para el sujeto, y que en el contexto del art. 79 a) exige que estos se produzcan de manera efectiva. Sin esta exigencia no se puede considerar que se afecte la pretensión de exclusividad que el titular tiene sobre la explotación del bien. Desde el punto de vista subjetivo esto significa que el sujeto debe conocer que su arrogación constituye una actividad comercial o lucrativa. En el contexto particular del art. 79 a) ello significa que se generen efectivamente beneficios económicos, pero respecto del resto de las disposiciones de la LPI, dependiendo de lo requerido por el tipo objetivo, la exigencia puede bastar en que del comportamiento se hayan podido generar dichos beneficios, de modo que se manifieste al menos la existencia de un peligro de afectar la pretensión de exclusividad de la explotación por parte del titular. Desde el punto de vista práctico la situación es similar a la exigencia del ánimo de lucro –y como se verá, al requerimiento del art. 81 de la LPI referido a la tenencia para comerciar- porque al consistir en una tendencia interna trascendente no se exige que el lucro realmente se obtenga como requisito de la punibilidad de la conducta, por ende, desde el punto de vista procesal, tampoco se exige prueba a este respecto.

Los argumentos para sostener que el dolo incluye el conocimiento de la ejecución de un derecho patrimonial del que se siguen o pueden seguirse consecuencias lucrativas son los siguientes:

*(i) El tipo es un delito de resultado y de lesión*

Como se dijo con anterioridad es plausible interpretar que el delito es uno de resultado, es decir, que su parte objetiva exige “utilizar” una obra en el sentido del art. 18 de la LPI y que ello genere perjuicios. El tipo no sólo exige utilizar la obra de acuerdo al art. 18 de la LPI, si fuera así el delito debería concebirse como uno de resultado y de peligro respecto del daño patrimonial, no obstante, el tipo al exigir un perjuicio efectivo, debe entenderse que es parte del tipo objetivo no el resultado de peligro de afectar el patrimonio del titular, sino el resultado de lesión efectiva de dicho patrimonio, esto al menos respecto del art. 79 a). En consecuencia, subjetivamente, la producción de perjuicios debe ser abarcada por la intención del sujeto activo, lo que sólo puede entenderse en el sentido de que la intención del sujeto no sólo incluye la expectativa de obtener una ganancia económica, sino que dicha posibilidad se concrete en una ganancia determinada y que naturalmente deba probarse en el proceso penal.

*(ii) Determinación de si se trata de un delito o falta*

Como ya se adelantó en el punto 6.1.1.1., la determinación de la naturaleza de lo que se imputa, es decir, si se trata de una falta o un delito, necesariamente requiere la prueba de los perjuicios que se hayan generado, ello supone entonces que el sujeto al arrogarse la posición del titular sin su autorización le genera perjuicios económicos. La arrogación, entonces, debe incluir el conocimiento de que la ejecución de los derechos que se “usurpan” es susceptible de producir perjuicios económicos, es decir, el sujeto sabe que usurpa derechos de naturaleza patrimonial en un contexto del que se generan o pueden generarse utilidades económicas. La prueba de este conocimiento provendrá de las circunstancias objetivas que demuestren que en el contexto en el que se ejecutaron los hechos, era –al menos- razonable esperar la obtención de un beneficio económico. De hecho lo más probable, tratándose de la protección de derechos patrimoniales, es que la motivación de la usurpación consista en obtener beneficios económicos.

*(iii) Utilizar supone necesariamente la arrogación de derechos exclusivamente de carácter patrimonial, por ende, si se trata de arrogación de intereses patrimoniales el sujeto tiene la intención de obtener un provecho económico*

Este argumento se refiere al contenido de aquello que debe entenderse por “utilizar”, y que demuestra de forma evidente de que se trata un *utilizar* de contenido patrimonial. Esta es la importancia de delimitar adecuadamente el bien jurídico protegido. En efecto, cuando se trata de intereses patrimoniales las únicas formas a través de las cuales es posible “utilizar” una obra y por ende realizar el tipo, son, en principio, precisamente los derechos patrimoniales que corresponden al titular del derecho protegido, así lo dispone la LPI:

CAPITULO V

Derecho patrimonial, su ejercicio y limitaciones

#### Párrafo I

##### Del derecho patrimonial en general

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) Reproducir la 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, 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.

De este modo, aún cuando la ley chilena no disponga expresamente “con perjuicio de otro” o el “ánimo de lucro”, como sí lo hace por ejemplo el Código Penal español, la realización de conductas que constituyen la arrogación de facultades referidas exclusivamente a derechos patrimoniales, no puede no incluir desde el punto de vista subjetivo el ánimo de aprovechamiento. De otro modo el legislador habría incluido la utilización de facultades que no constituyen arrogación de derechos patrimoniales, como derechos propiamente morales –como por ejemplo arrogarse la paternidad de la obra-, pero la arrogación de este tipo de facultades ya está explícitamente sancionada en el art. 79 bis de la LPI<sup>33</sup>, pero no en el art. 79 que se analiza en este apartado. De hecho la presencia de esta exigencia constituyó una preocupación durante el debate del proyecto. Durante el Segundo Trámite Constitucional, Informe de la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología El Director de la ONG Derechos Digitales, Alberto Cerda señaló su inquietud porque no se indicaba ningún tipo de interés comercial que es el que normalmente persigue el sujeto que vulnera la LPI:

Al respecto, propone reemplazar el número 1, del inciso segundo, del artículo [p. 350] 79 por el siguiente texto: “Cuando el monto del perjuicio causado sea superior a una unidad tributaria mensual e inferior a las 4 unidades tributarias mensuales, la pena será de multa de 10 a 100 unidades tributarias mensuales”.

De esta forma, explicó que cuando el ilícito sea de un monto inferior a 4 unidades tributarias mensuales, debe ser sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 78 del mismo proyecto de ley, esto es, con una multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales.

En este mismo orden de ideas, planteó circunscribir el ilícito de la piratería a los usos con fines comerciales, ya que la redacción actual del artículo 79 sanciona a quien hace uso de las obras sin autorización de su titular, sea que actúe con o sin fines comerciales. La intervención penal debe ser racionalizada en este extremo, circunscribiendo la aplicación de una pena a quienes hacen uso ilegítimo de las obras con pretensiones comerciales.

Consideró que la intervención penal debe tener lugar sólo cuando el ilícito se comete con fines comerciales, en caso contrario, arguyó que sólo debería aplicarse la responsabilidad civil del infractor, a fin de reclamar la respectiva indemnización de perjuicios. Al efecto, sugirió en letra b), del inciso primero del artículo 79 reemplazar la frase “El que, sin estar expresamente facultado para ello,” por “El que, sin estar expresamente facultado para ello y con fines comerciales”.<sup>34</sup>

Si bien esta moción no fue considerada, porque de hecho en la historia de la ley queda en evidencia que el legislador pretendía facilitar la sanción de estos delitos eliminando la referencia al ánimo de lucro, no cabe duda de que el sujeto sí persigue de algún tipo de lucro o beneficio económico si se exige que el sujeto conozca el hecho de la arrogación

<sup>33</sup> Artículo 79 bis.- El que falsifique obra protegida por esta ley, o el que la edite, reproduzca o distribuya 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, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 10 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

<sup>34</sup> “Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 351.

de derechos patrimoniales sin autorización, porque la arrogación de derechos patrimoniales supone necesariamente una expectativa de utilidad económica. Es esta expectativa de utilidad económica implícita en la arrogación del contenido patrimonial del derecho de autor, lo que permite inferir que el sujeto al ejecutar los derechos patrimoniales actúa motivado por un ánimo o intención de obtener alguna ganancia económica<sup>35</sup>. No es posible separar la expectativa objetiva del sujeto de obtener una ganancia económica de la intención de arrogarse los derechos patrimoniales que corresponden al autor, porque no es cualquier arrogación de derechos lo que se protege, sino que se trata de derechos cuya naturaleza es estrictamente patrimonial y cuya arrogación afecta la pretensión de exclusividad de explotación del titular. De esta vinculación entre arrogación de derechos patrimoniales, protección de la exclusividad de la explotación de un bien y el interés en obtener beneficios económicos emerge una determinada interpretación de la ejecución de derechos patrimoniales sancionada penalmente: toda ejecución de derechos del art. 18 de la LPI por parte de un tercero no autorizado y que es objeto de sanción penal, supone la expectativa de obtener un beneficio económico.

La interpretación que aquí se formula puede apoyarse en dos tesis diferentes:

- *Primera tesis*: siempre la reproducción de una obra protegida –y en general cualquier ejercicio de contenido patrimonial de acuerdo al art. 18 de la LPI- involucra un ánimo de lucrarse. Esta tesis es coherente con la forma de evaluación de los perjuicios dispuesta en la LPI, a saber, que debe indemnizarse aquello que al autor habría debido pagársele si el infractor hubiera comprado el bien en el mercado regular. De hecho el conjunto de excepciones de la LPI dan a entender que en la mera reproducción hay un perjuicio patrimonial, pero que al ser interpretado como excepción no genera responsabilidad, por ejemplo cuando se reproduce y comunica por ejemplo una película en un ámbito familiar.
- *Segunda tesis*: existe una reproducción que no constituye ejercicio patrimonial de acuerdo al art. 18 de la LPI. Desde luego ello podría sustentarse en la medida que se restrinja la noción de “reproducción” a aquella que es realizada con ánimo de lucro. Desde este punto de vista, entonces, habrían dos tipos de reproducciones:
  - (A) una que al ser realizada con ánimo de lucro constituye el ejercicio de derechos patrimoniales
  - (B) otra que al ser realizada sin ánimo de lucro no constituye ejercicio de derechos patrimoniales pero que todavía es considerada reproducción según la LPI

La reproducción (B) es una reproducción en “sentido bruto”, es decir, hay reproducción en el sentido del art. 5 de la LPI pero no hay ejecución de derechos patrimoniales. Hay razones de peso para considerar que lo que garantiza<sup>36</sup> la LPI al titular como derecho patrimonial es precisamente la reproducción con ánimo de lucro, es decir, (A); ya que la LPI resguarda penalmente la exclusividad de la explotación económica de un bien, lo que se dispone como facultad exclusiva del dueño del monopolio no puede ser sino el reconocimiento de la exclusividad de obtener beneficios económicos por el uso de tal facultad, luego, el ejercicio exclusivo garantizado es aquel de cuyo uso se sigue una utilidad económica. Precisamente esto último es lo que no es posible detectar en la reproducción hecha sin fines de lucro, no hay pretensión económica de arrogarse una facultad patrimonial de otro, de lo contrario, de generarse un incremento patrimonial, entonces ya no puede hablarse del desarrollo de una actividad sin fines lucrativos.

La relativamente seguro que la tesis correcta es la segunda, porque el gran problema de la primera tesis, entre otros, es que niega en forma absoluta el “derecho a la copia privada”.

*(iv) Dependencia de la pena de la magnitud de los perjuicios causados*

<sup>35</sup> En el caso del art. 79 a) ello parece sencillo, porque al entenderse como un delito de resultado y de lesión, debe probarse que obtuvo algún aprovechamiento económico.

<sup>36</sup> Garantizar quiere decir que la víctima tiene la posibilidad activar el sistema de justicia criminal para buscar protección sólo cuando la arrogación sin autorización fue realizada con la intención de obtener un beneficio económico. Esto es consistente con afirmar que la reproducción (B) también es objeto de protección jurídica civil, lo que se afirma es que sólo respecto de (A) el ordenamiento jurídico institucionaliza una garantía “penal”, y no en el caso de (B).

En la antigua ley 17.336 la pena no dependía en forma alguna de la magnitud de los perjuicios causados, lo que permitía sostener que el uso sin autorización de la propiedad intelectual, bajo alguna de las modalidades del art. 18 de la LPI, no requería desde el punto de vista subjetivo ninguna referencia a algún tipo de ganancia económica. Hoy esto ya no puede sostenerse, es decir, que desde el punto de vista subjetivo se exige una referencia a algún tipo de ganancia económica, pues necesariamente de la ejecución de derechos patrimoniales es esperable como resultado que se obtengan o puedan obtenerse ganancias económicas, lo que se debe a una de las características de la nueva regulación, a saber, que la magnitud de la pena está en directa relación con el perjuicio económico provocado. De la dependencia entre la magnitud de la pena, con el perjuicio económico provocado y el daño a indemnizar se desprende:

- que el legislador considera que necesariamente para que se cometa un delito o falta, de la arrogación de derechos patrimoniales por parte de un tercero no autorizado, se generen o puedan generarse perjuicios económicos al titular
- que cuando no exista o no pueda existir perjuicio evaluable según las reglas del art. 79 n° 1, 2 y 3 de la LPI, es decir, cuando no exista o no pueda existir perjuicio provocado al titular, no hay pena posible de aplicar, porque las penas previstas por el art. 79 de la LPI exigen que se produzca un perjuicio económico

Esta interpretación es coherente con lo que demuestra la historia de la ley. En efecto, establecer un marco diferenciado de aplicación de la pena en razón de los perjuicios producidos constituyó uno de los objetivos de la Ley 20.435:

La indicación número 133, del Honorable Senador señor Arancibia, sustituye el encabezamiento por el siguiente:

"Artículo 79. Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 20 a 500 unidades tributarias mensuales." [p. 617]

En discusión, la Ministra de Cultura sostuvo que la indicación propuesta por el Honorable Senador señor Arancibia apunta a sancionar con una pena única los delitos penados por esta ley, pero conforme se desprende del Mensaje de Su Excelencia la Presidenta de la República, este proyecto busca sancionar de manera diferenciada, según la gravedad de la conducta.

En otras palabras, la indicación en discusión vuelve a la lógica actualmente vigente de contar con una sola pena.

Además, el proyecto contempla una agravante especial en caso de actuar concertado, así el artículo 79 define el uso ilícito estableciendo una escala de penas que se establece como criterio para determinar la pena del perjuicio causado.

El Honorable Senador señor Chadwick sostuvo que, según lo propone el Ejecutivo, se debe determinar la existencia y el monto del perjuicio como elemento del tipo.

Por su parte, el Honorable Senador señor García agregó que le parece del todo razonable la existencia de una escala de penalidad, ya que no todas las conductas son de igual gravedad.

El Honorable Senador señor Chadwick señaló que esta norma, de contemplar el perjuicio como elemento del tipo, está beneficiando a los artistas buenos, y perjudicaría a aquellos de menor convocatoria.

El Honorable Senador señor Vásquez consultó a los representantes del Ejecutivo si las conductas del artículo 80 son de menor gravedad que las del artículo 79. Agregó que, en su parecer, es más grave el perjuicio al derecho moral.

El asesor de la Ministra de Cultura, indicó que el artículo 79 propuesto constituye una novedad, cuya finalidad es dar aplicación práctica a la norma, dando racionalización a la pena, considerando el perjuicio material causado que se sanciona diferenciadamente, según sea un vendedor callejero o un falsificador establecido.

Además, respondiendo a la inquietud del Honorable Senador señor Vásquez, señaló que, sobre la base de un criterio de proporcionalidad jurídica, se opta por dar mayor protección al perjuicio material que al moral, sancionando sólo con multa la afectación de derechos morales.

- En votación la indicación número 133 es rechazada por la unanimidad de los miembros presentes de las Comisiones unidas, Honorables Senadores señores Chadwick (como [p. 618] miembro de ambas Comisiones), García (como miembro de ambas Comisiones), Letelier y Vásquez.<sup>37</sup>

Podría cuestionarse que el tipo exija esta dependencia de acuerdo a dos argumentos:

<sup>37</sup> "Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual", Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 618.

- Podría contra-argumentarse que el delito no requiere un mínimo de perjuicio económico. Es decir, existiría al menos una arrogación en la que ni si quiera es posible constatar un perjuicio mínimo en el titular:

Las conductas señaladas serán sancionadas de la siguiente forma:

1. Cuando el monto del perjuicio causado sea inferior a las 4 unidades tributarias mensuales, la pena será de prisión en cualquiera de sus grados o multa de 5 a 100 unidades tributarias mensuales.

El problema de aceptar que el tipo no exige que se genere o que pueda generar un perjuicio implica aceptar a su vez que siempre hay un injusto penalmente relevante cuando un tercero sin autorización, se arroga la posición del titular de una propiedad intelectual –de sus derechos patrimoniales- y a consecuencia de ello se producen beneficios económicos para el mismo titular. En efecto, si el argumento es que el tipo literalmente permite la punibilidad sin perjuicio –cuando este ni si quiera es constitutivo de mínimo perjuicio patrimonial-, tampoco, literalmente, excluye la punibilidad en el caso que la arrogación le genere al titular beneficios económicos, es decir, tampoco cabe excluir la existencia de perjuicios cuando de la venta “ilícita” se siguen ganancias económicas para la víctima. Esto puede parecer ridículo, pero lo cierto es que hay evidencia empírica de que la distribución gratuita de música ha llevado a ciertos grupos musicales a incrementar sus ganancias<sup>38</sup>. La conclusión se vuelve aún más absurda cuando se analiza la situación de la indemnización del perjudicado, en efecto, ¿puede seriamente sostenerse que hay algún perjuicio que deba ser indemnizado cuando la víctima está obteniendo ganancias económicas?<sup>39</sup>

- Podría contra-argumentarse que lo que se trata de indemnizar son los perjuicios causados a consecuencia de la lesión de los derechos morales del autor. No obstante, ya se ha demostrado que al menos el art. 79 de la LPI no pretende resguardar frente a la infracción de los derechos morales sino exclusivamente los derechos patrimoniales, y que la tesis de la necesaria conjunción entre los dos tipos de intereses –morales y patrimoniales- es falsa.

En consecuencia, descartados estos dos contra-argumentos, debe desecharse que el delito se comete sin que sea necesaria una arrogación que no genere o pueda generar lesiones patrimoniales, el comportamiento necesariamente para ser punible debe generar o poder generar consecuencias patrimoniales para el titular, de lo contrario no se afecta la pretensión de exclusividad de explotación del titular.

La ventaja de esta interpretación para la defensa –siempre que se asuma también que el punto (i) es correcto- es que el monto del perjuicio de acuerdo a la LPI se calcula de acuerdo a lo que efectivamente ha obtenido el sujeto, es decir, el perjuicio no es por lo que el titular hubiera ganado en el mercado, sino que el monto del perjuicio está en función de lo ganado por el sujeto, en definitiva, por el beneficio económico que se buscó y que se obtuvo. Si bien la LPI no es tajante al respecto de la forma de evaluar los perjuicios tal como aquí se sugiere, es plausible interpretar de este modo las disposiciones respectivas. De hecho sancionar por lo que el autor hubiera percibido, significaría atribuirle al imputado algo que no ha hecho, a saber, percibido lo que legítimamente le correspondía al titular percibir, en todo caso, este problema se produce en los casos que se interprete que el tipo sólo requiere que se genere peligro respecto de los perjuicios.

Por último, esta tesis, es coherente con la preocupación del legislador por la aplicación de las penas privativas de libertad por perjuicios de monto tan bajo, lo que se produciría de aceptar que el delito se comete aún cuando no se produzcan perjuicios económicos:

La indicación número 138, de los Honorables Senadores señores Núñez, Ominami, Naranjo y Navarro, reemplaza, en el inciso segundo, el número 1 por el siguiente:

“1. Cuando el monto del perjuicio causado sea superior a una unidad tributaria mensual e inferior a las 4 unidades tributarias mensuales, la pena será de multa de 10 a 100 unidades tributarias mensuales.”.

<sup>38</sup> Moohr, *The crime of copyright*, p. 745, citando a Lieberman, David, “How Dangerous are Pirates? Music Industry Blames DyingcSales on Copying”, in *USA Today*, B 01.

<sup>39</sup> Esto es absolutamente incoherente con seguir la tesis monista que asume que el bien jurídico protegido en estas disposiciones es la exclusividad de la explotación sobre un determinado bien, y validaría el pago de lo no debido.

En discusión, el Honorable Senador señor Letelier, manifestó su inquietud en el sentido de que esta conducta no debería ser sancionada con penas privativas de libertad en atención a la baja de la cuantía del perjuicio que causa.

Por su parte, el Honorable Senador señor García expresó que, conforme al texto del proyecto, el juez está facultado para aplicar la multa sólo de estimarlo pertinente, por lo cual las penas privativas de libertad no son las únicas que se pueden imponer.

- Puesta en votación la indicación número 138 es rechazada por cinco votos en contra y uno a favor. Votaron en contra los Honorables Senadores señores Chadwick, Coloma, García (como miembro de ambas Comisiones) y Vásquez. Voto a favor el Honorable Senador señor Letelier.<sup>40</sup>

De la historia de la ley queda relativamente claro que el legislador consideraba que el juez podía imponer una multa en casos de infracciones leves, pero en estos casos la aplicación de la multa supone necesariamente un perjuicio causado o al menos un perjuicio que objetivamente haya podido producirse. Según la tesis que aquí se desarrolló, si no se causa o pudo causarse perjuicio no puede aplicarse la multa y mucho menos una pena privativa de libertad.

*(v) La evaluación de los daños en relación al perjuicio causado asegura la posibilidad de justificación de la decisión judicial*

Uno podría argumentar que se exige un perjuicio económico porque de esta es la única forma de objetivizar el tipo de daño que el juez establece al fallar. Ya que el daño se correlaciona al monto del perjuicio el daño se torna objetivable, por ende, también la decisión del juez al cuantificar el daño. Considerar que el juez no está sujeto a parámetros objetivos de evaluación a partir de los cuales fija la multa, equivale a negar que el juez deba justificar la evaluación de la aplicación de la multa. En efecto, si cada juez puede fijar la multa como le venga en gana, y cada justificación sólo responde a su propia intuición entonces no sería posible cuestionar a través del sistema de recursos que establece el CPP, la corrección de la decisión del juez en la determinación del daño. De encontrarse el juez libre para decidir el quantum de la pena, no sería posible considerar que hay una "falta de fundamentación", porque cada vez que el juez cuantifique el daño lo justificará en su propia intuición. La única forma de interpretar que el juez cumple correctamente su deber de justificar es considerar que en esta labor puede ser objeto de control, para ello se requiere contar con un parámetro obligatorio y objetivo. Sólo bajo estos requerimientos es posible considerar que la intuición del juez al aplicar la multa está equivocada, o lo que es lo mismo, esta es la única forma de entender que el juez está obligado a fallar de acuerdo a la ley.

En consecuencia, de no generarse o haber podido generarse perjuicio, no puede aplicarse la pena de modo racional. Esta argumentación tiene respaldo en la historia fidedigna de la ley:

"Artículo 85 A. El monto de los perjuicios que se refieren en este Título se determinará en base al valor legítimo de venta al detalle de los objetos protegidos.

Cuando se trate de objetos protegidos que no tengan valor de venta legítimo, el juez deberá prudencialmente determinar el monto de los perjuicios para efectos de aplicar la pena."

La indicación número 153, del Honorable Senador señor Arancibia, plantea suprimirlo. [p. 626]

La Ministra de Cultura señaló que esta indicación se opone a todo el sistema de escalas en las penas, que se ha aprobado en el presente proyecto, y que, por lo tanto, debiese ser rechazada.

El Honorable Senador señor Chadwick explicó que, según lo propuesto por la indicación del Honorable Senador señor Arancibia, al suprimir el artículo la materia queda remitida a las reglas generales en materia de daños, que son más amplias.

Por su parte, el Honorable Senador señor Ruiz-Esquide destacó la necesidad de determinar qué se entiende por valor legítimo, concepto que no debiese ser expresado en dicha forma, ya que así expresado se estaría dando legitimidad al valor de mercado.

A su vez, el Honorable Senador señor Núñez se manifestó de acuerdo con lo expresado por el Honorable Senador señor Ruiz-Esquide, en consideración a que le parece inapropiado legitimar el valor del mercado.

El Honorable Senador señor Vásquez señaló que, en su opinión, la norma permite objetivar el criterio en materia de perjuicios

Por último, el asesor de la señora Ministra aclaró que el objetivo del artículo es regular el valor que se debe considerar a la hora de determinar los perjuicios, ya que existen fallos

<sup>40</sup> "Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual", Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 619.

contradictorios, en los cuales se ha estimado como el monto para calcular los daños el precio de los discos compactos piratas, es decir los mil pesos que cobran por cada CD en el comercio ilegal.

- En votación la indicación número 153 es rechazada por cinco votos en contra y dos abstenciones. Votaron en contra los Honorables Senadores señores García, Letelier, Núñez, Ruiz-Esquide y Vásquez. Se abstuvieron los Honorables Senadores señores Cantero y Pizarro.<sup>41</sup>

(vi) *Principio de proporcionalidad y exclusión de supuestos de bagatela*

Restringir la arrogación –penalmente sancionada- de derechos patrimoniales a aquella que se realiza en un contexto que genera o puede generar beneficios económicos, es necesario porque es la única forma de delimitar la aplicación de la ley penal según la gravedad del acto, es decir, es la única forma de separar los casos de infracciones sujetas a responsabilidad penal de aquellas sujetas a responsabilidad civil. Es unánime en la doctrina comparada la exigencia del ánimo de lucro –o como se ha sostenido aquí, de conocimiento de que la arrogación que el sujeto hace constituye una actividad en la que obtiene o puede obtener un beneficio económico- como forma de manifestación del principio de proporcionalidad, es decir, que no se deben sancionar penalmente los supuestos de afectación de derechos patrimoniales leves. En efecto, la única forma, según la doctrina, de establecer qué conductas lesivas de estos derechos son graves es acudir a la exigencia del ánimo de lucro, precisamente porque tratándose de derechos patrimoniales los comportamientos que se realizan sin ánimo de lucro no conllevan necesariamente un incremento del riesgo de lesión de estos derechos, riesgo que si está presente en los comportamientos que se realizan con ánimo de lucro. Por lo demás, estas son las únicas dos formas de interpretar que hay una afectación de la pretensión de exclusividad de la explotación del bien.

Durante la discusión del proyecto se dejó constancia de este problema, así Alberto Cerda, director de la ONG Derechos Digitales en el Primer trámite constitucional, durante el Primer Informe de Comisión de Economía (Informe de las comisiones unidas de economía, fomento y desarrollo y de cultura y de las artes), cuestionó implícitamente la legalidad y constitucionalidad de la forma de evaluar los perjuicios dispuestos en el art. 79 LPI:

Respecto de la sanción penal, dijo, lo primero que salta a la vista es la incoherencia sistémica del artículo 79 propuesto. En efecto, este artículo vulnera el principio de lesividad, según el cual la intervención penal se justifica sólo cuando la entidad del daño no puede ser reparado por un medio menos afflictivo que la sanción penal. Aquí, en cambio, el número 1 no fija un mínimo de perjuicio que impida la configuración del delito, lo cual priva de todo sentido al artículo 78, ya que la hipótesis prevista en éste nunca tendrá lugar.

Esta disposición, el artículo 79, también vulnera el principio de proporcionalidad en relación con la figura penal que le sirve de sustento: el hurto. La intención legislativa es homologar las sanciones del hurto a las de la utilización no autorizada de las obras, pero en verdad las penas sobrepasan las previstas para el hurto en el artículo 446 del Código Penal y no contemplan una salida similar al hurto falta del artículo 494 del Código Penal. Peor aún si consideramos que en el hurto, a diferencia de las infracciones al derecho de autor, hay una apropiación que impida el goce de la obra por su legítimo titular y que, adicionalmente, en las infracciones al derecho de autor puede inclusive no mediar enriquecimiento (v. gr. en todos aquellos casos en que la conducta no obedece a fines de lucro).

La importancia de este texto de la historia de la ley, es que hace explícito el problema de la proporcionalidad de la respuesta penal cuando se trata de casos de “bagatela” que no debieran merecer sanción penal. La doctrina comparada considera que el criterio a través del cual se diferencia los supuestos relevantes de aquellos que no lo son es precisamente el ánimo de lucro. El ánimo de lucro caracteriza la conducta como una afectación grave de los derechos patrimoniales:

La conducta sancionada por el Código Penal antes referida, completada por ejemplo con la norma mercantil como distribución de la obra amparada por el derecho de exclusividad, comprende el derecho a vender la obra con ánimo de lucro, de modo que, en principio cualquier venta de una obra artística, en cualquier tipo de soporte, no autorizada por el titular, supone una infracción de la propiedad intelectual. Ahora bien, no toda infracción a la ley de propiedad intelectual es constitutiva de delito. Si así fuera carecerían de contenido las normas protectoras del derecho que nos ocupa en la LPI (art. 138 y ss.). El delito solo lo configuran aquellas conductas infractoras de los derechos de propiedad intelectual que por su gravedad justifiquen la aplicación del derecho penal. Tal conducta es el último eslabón de otra que sí sería constitutiva del delito señalado en el Código Penal, cual es la reproducción en masa de la

<sup>41</sup> “Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 627.

obra artística amparada por el derecho, sin la autorización del titular del mismo, supuesto éste que no parece muy factible en el mundo de la obra plástica.<sup>42</sup>

Esta gravedad si tiene una manifestación en la tipificación del delito, en particular en el tipo subjetivo, el ánimo de lucro desde un punto de vista probabilístico apunta a un incremento potencial desmesurado de las ganancias que el sujeto pretende obtener, desde este punto de vista es revelador de un peligro mayor para los intereses patrimoniales de exclusividad de la explotación que corresponden al titular de los derechos. El peligro que se sigue de la exigencia de conocimiento de que se usan derechos patrimoniales y de lo cual se obtienen o pueden obtenerse beneficios económicos, es el mismo. Esta interpretación es la que se sostuvo en la historia de la ley para incorporar la exigencia del ánimo de lucro en el art. 82 de la LPI:

Inciso segundo

“El que con ánimo de lucro fabrique, importe, interne al país, tenga o adquiera para su distribución comercial las copias a que se refiere el inciso anterior, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales.”.[p. 622]

La indicación número 146, del Honorable Senador señor Arancibia, suprime, en el inciso segundo, la frase “con ánimo de lucro”.

El Honorable Senador señor Vásquez, se manifestó conforme con la indicación pues esta exigencia de ánimo de lucro subjetiviza el tipo penal haciendo más difícil la prueba.

El asesor de la Ministra de Cultura, sostuvo que, en la práctica, no es difícil la prueba del ánimo de lucro. Agregó que, por coherencia en la política criminal, es un elemento que debe estar presente, toda vez que el ánimo de lucro, en cuanto elemento subjetivo, debe considerarse exija en razón de las penas impuestas.

-La indicación número 146 es rechazada por mayoría de los miembros presentes de las Comisiones unidas, por cinco votos en contra y uno a favor. Votaron en contra los Honorables Senadores señores Coloma, Chadwick, García (como miembro de ambas Comisiones), y Letelier. Votó a favor el Honorable Senador señor Vásquez.<sup>43</sup>

*(vii) Equilibrio entre los bienes resguardados por la propiedad intelectual*

El problema que plantea una interpretación absolutamente ilimitada y extensiva de los mecanismos de protección de la propiedad intelectual, que considera penalmente relevante la arrogación sin la expectativa de obtener un beneficio económico, y que por ende estima innecesario la prueba del perjuicio o de que pudo generarse perjuicio, consiste en determinar en qué punto se logra el justo equilibrio de los intereses de los creadores por el control al acceso de sus creaciones y el interés de la sociedad por el acceso a estas. Paulo Slachevsky, Director General de Editores de Chile, expresó con gran precisión la extensión del problema durante el Primer trámite constitucional, en el Primer Informe de Comisión de Economía (Informe de las comisiones unidas de economía, fomento y desarrollo y de cultura y de las artes):

“... el problema va más allá que el tema del precio. La creación, y más aun la investigación, se nutren de creaciones previas, y para poder crear se requiere cierta libertad de tomar, de apropiarse. Las legislaciones de derechos de autor deben velar por los derechos del creador no sólo como pasado, como algo estático, ya creado, sino también en su posibilidad de ser semilla de nuevas creaciones. La excesiva extensión de estos derechos es uno de los problemas. El jurista norteamericano Richard Postner señala: “Si el derecho de autor fuera perpetuo, James Joyce o su editor se hubieran visto en un litigio con los herederos de Homero por haberse basado en La Odisea.. Si las patentes fueran perpetuas, los herederos de Leonardo da Vinci seguramente en este momento se estarían litigando por derechos sobre tecnología básica de aviación”. Así también la parodia, el collage, o una recreación como Homero, Iliada de Alessandro Baricco, podría ser sancionada.

Estamos ante un tema complejo; limitar excesivamente el acceso entorpece el desarrollo científico y creativo, y al otro extremo, no tener un marco regulatorio limita los justos derechos de los creadores.”<sup>44</sup>

Precisamente el enfoque interpretativo que se considera en este trabajo, trata de dar cuenta de esta problemática al proveer de una interpretación restrictiva de los tipos penales establecidos en la LPI, cuya descripción de conductas prohibidas ya es

<sup>42</sup> Arahetes de Benito, José Antonio, “La propiedad intelectual y el artista plástico. Delitos contra la propiedad intelectual: algunas, y breves consideraciones”, en *Revista de derecho de Extremadura N° 5 (2009)*, p. 168.

<sup>43</sup> “Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 623.

<sup>44</sup> “Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 92.

suficientemente amplia como para proteger adecuadamente los intereses morales y patrimoniales de los creadores.

En conclusión, si bien el tipo no exige desde el punto de vista subjetivo ánimo de lucro, dado la naturaleza de los derechos que el tercero no autorizado se arroga como suyos, en consideración al principio de proporcionalidad y los fundamentos que justifican la protección de la propiedad intelectual, es que debe exigirse que el sujeto que se arroga estos derechos sin autorización debe hacerlo en el marco de una actividad comercial, sea que obtenga o pueda obtener beneficios económicos. Luego, si el sujeto está regalando copias por ejemplo, no hay lesión penalmente relevante de estos derechos.

## **6.2. El delito del art. 79 (b)**

b) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice 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.

### **6.2.1. Tipo Objetivo**

#### *6.2.1.1. Sujeto activo*

Es un delito común (“los que”).

#### *6.2.1.2. Acción típica*

*Utilizar.* Aquí también valen las observaciones hechas con ocasión del tipo del art. 79 (a).

#### *6.2.1.3. Bien jurídico protegido*

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”<sup>45</sup>. 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 la intención de obtener un beneficio económico (p. ej., art. 66 y art. 68).

Respecto de las expresiones utilizadas por el tipo (“con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios”) valen las mismas observaciones hechas con ocasión del tipo del art. 79 (a).

### **6.2.2. Tipo subjetivo**

Aquí valen las observaciones hechas con ocasión del tipo del art. 79 (a).

## **6.3. El delito del art. 79 (c)**

c) El que falsificare o adulterare una planilla de ejecución.

### **6.3.1. Tipo Objetivo**

#### *6.3.1.1. Sujeto activo*

Es un delito común (“el que”).

#### *6.3.1.2. Acción típica*

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

<sup>45</sup> Etcheberry, *Aspectos penales*, op. cit., p. 517.

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;<sup>46</sup>
- (ii) Adulterar una planilla de ejecución. Comprende las falsificaciones materiales: borraduras, intercalaciones, adiciones, etc.<sup>47</sup>

A diferencia del art. 79 a) es difícil interpretar este delito como uno de resultado y de lesión, parece más de resultado pero de peligro. En todo caso, esta calificación exige que se demuestre no sólo la falsificación y adulteración, sino que efectivamente estas se utilizaron en algún contexto que le pudo generar al titular un determinado perjuicio económico.

#### 6.3.1.3. *Bien jurídico protegido*

En este caso si bien no se trata directamente de la afectación de los derechos patrimoniales que la ley le reconoce al titular de la propiedad intelectual, si se pretende evitar la adulteración de las planillas que sirven de base para el monto que debe pagarse por derecho de autor o conexos, o lo que es lo mismo, es una forma indirecta de proteger los derechos patrimoniales del autor. Así lo entiende también la doctrina nacional:

“Estas disposiciones tiene por objeto asegurar la recaudación y evitar la evasión del pago de las “utilizaciones secundarias” de los fonogramas o sus reproducciones que efectúa el Departamento del Pequeño Autor, DAIC, a favor de compositores, artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas...”<sup>48</sup>

#### 6.3.2. **Tipo subjetivo**

Aquí valen las observaciones hechas con ocasión del tipo del art. 79 (a), con la diferencia de que en este caso el conocimiento se imputa en referencia a la conducta de falsificar y alterar una planilla de ejecución. En este caso se revela como evidente que la intención es de obtener un beneficio económico a través de la falsificación, puesto que de producirse disminuye el pago que se debe realizar al titular, con lo cual puede obtenerse un provecho patrimonial.

### 6.4. El delito del art. 79 (d)

d) El que falseare datos en las rendiciones de cuentas a que se refiere el artículo 50.

#### 6.4.1. **Tipo Objetivo**

##### 6.4.1.1. *Sujeto activo*

Es un delito común (“el que”).

##### 6.4.1.2. *Acción típica*

El art. 50 de la LPI dispone lo siguiente:

Artículo 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.

Si la conducta consiste en “falsear los datos” de la rendición de cuentas del art. 50 de la LPI, entonces la falsificación delictiva sólo puede consistir en falsear o (1) el número de

<sup>46</sup> Etcheberry, *Aspectos penales*, op. cit., p. 520.

<sup>47</sup> Id.

<sup>48</sup> Sierpe Herrera, Dina, *Propiedad intelectual. Derechos de autor. Ley N° 17.366 y sus modificaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1999, p. 194.

ejemplares impresos, (2) el de ejemplares vendidos, (3) el saldo existente en bodegas, (4) librerías, (5) depósito o (6) en consignación, (7) el número de ejemplares destruidos por caso fortuito o fuerza mayor y (8) el monto de la participación pagada o debida al autor. De este modo, la rendición falsa que recaiga sobre otro elemento de los que obliga a dar cuenta el art. 50 sólo podrá dar lugar a acciones civiles o a multa administrativa.

Nuevamente, en tanto delito de resultado y de peligro, para su consumación no sólo se requiere de un falseamiento, sino que este se haga efectivo en un contexto determinado y del que pueda seguirse un perjuicio patrimonial para el titular.

#### 6.4.1.3. *Bien jurídico protegido*

Se trata, de forma similar a la letra anterior, de proteger indirectamente los derechos patrimoniales del autor, pues la correcta rendición de cuentas pretende evitar que quien deba rendirlas no le entregue al autor la participación que la establece como su derecho.

#### 6.4.2. **Tipo subjetivo**

Aquí valen las observaciones hechas con ocasión del tipo del art. 79 (a), con la diferencia de que en este caso el conocimiento se imputa en referencia a la conducta de falsear los datos de la rendición de cuentas. Al igual que en el caso anterior, también es evidente que la intención es de obtener un beneficio económico, pues a través de la falsificación de los datos se disminuye lo que se debería pagar al titular.

### 6.5. **El delito del art. 79 (e)**

e) El que, careciendo de autorización del titular de los derechos o de la ley, cobrarse derechos u otorgase licencias respecto de obras o de interpretaciones o ejecuciones o fonogramas que se encontraren protegidos.

#### 6.5.1. **Tipo Objetivo**

##### 6.5.1.1. *Sujeto activo*

Es un delito común ("el que").

##### 6.5.1.2. *Acción típica*

La ley sanciona el cobrar derechos u otorgar licencias de obras protegidas, es decir, obras que se encuentran protegidas por la LPI. La LPI no regula el otorgamiento ni de licencias ni la percepción de derechos por el uso de alguno de los derechos patrimoniales que se reconocen al autor, no obstante, no cabe duda que lo que debe considerarse incluida en esta disposición son los derechos que el autor puede ceder a través de los contratos de edición y de representación, los que no incluyen otros derechos que aquellos descritos en el art. 18 de la LPI. De este modo el problema consiste en precisar la forma como se diferencia el cobro de derechos u otorgamiento de licencias debe del uso delictivo de los derechos patrimoniales que sanciona en la letra a) del art. 79 de la LPI.

Una forma de diferenciar estos supuestos es entender que la percepción de un derecho y el otorgamiento de una licencia no consiste en la ejecución directa, por parte del sujeto que se beneficia, del contenido patrimonial del derecho de propiedad intelectual, sino que es otro sujeto, diferente de aquel que sin autorización se arroga el contenido patrimonial de la propiedad intelectual, quien utiliza el bien. Lo peculiar de la sanción de estas conductas, es que el cobro de derechos u otorgamiento de licencias por la utilización de una obra protegida –por utilización se entiende la realización del contenido patrimonial de la propiedad intelectual, art. 18 de la LPI-, en tanto contrato que recae sobre la propiedad intelectual, no está explícitamente regulada por la LPI. No obstante la falta de regulación, es posible interpretar que la LPI sanciona dos tipos de conductas diferentes:

- no sólo se sanciona el caso en que X cobra directamente de Y el uso que este hace de un derecho patrimonial de Z para el que no está autorizado
- también se sanciona el caso en que X otorga una licencia a Y para que este sea quien haga uso de los derechos patrimoniales que corresponden a Z

En el primer supuesto es X quien percibe directamente los beneficios económicos de la arrogación de la posición de Z –el titular de la propiedad protegida-, en el segundo supuesto es Y quien los percibe.

### 6.5.1.3. Bien jurídico protegido

En este caso la LPI pretende resguardar los derechos patrimoniales del autor o cesionario. Claramente estos derechos son los que permiten otorgar licencias y percibir derechos, lo que tiene irreductiblemente una significación económica.

### 6.5.2. Tipo subjetivo

Aquí valen las observaciones hechas con ocasión del tipo del art. 79 (a), también es evidente que el sujeto actúa en un contexto en el que hay una expectativa de obtener un beneficio económico. No parece existir obstáculo para entender que se trata de un delito de resultado y de lesión.

## 6.6. El delito del art. 79 bis

Artículo 79 bis.- El que falsifique obra protegida por esta ley, o el que la edite, reproduzca o distribuya 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, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 10 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

### 6.6.1. Tipo Objetivo

#### 6.6.1.1. Sujeto activo

Es un delito común ("el que").

#### 6.6.1.2. Acción típica

El delito establece tres supuestos típicos diferenciados: (i) ostentar falsamente el nombre del editor autorizado; (ii) suprimir o cambiar el nombre del autor o el título de la obra; (iii) alterar maliciosamente el texto.

Un problema interpretativo plantea la primera acción típica, es decir, determinar en qué consiste *falsificar* una novela, un poema, una obra teatral<sup>49</sup>. De acuerdo con Etcheberry<sup>50</sup>, se *falsifica* una obra en el sentido del tipo 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. Puede formularse entonces un concepto de plagio subyacente a esta disposición y capaz de explicar que es lo que se sanciona: el plagio consiste en la omisión del deber de atribuir la autoría de una obra al autor que corresponde<sup>51</sup>. Si lo delictivo consiste en omitir el *deber de atribución*, el *falsificar* no tiene una significación independiente si se la desvincula de las acciones típicas que se establecen en el mismo enunciado. Bajo esta interpretación, las demás acciones –supuestos (ii) y (iii)- prescritas por el tipo son diferentes modalidades que asume la omisión del deber de atribución, salvo el supuesto (i), pues en este caso no hay lesión alguna de derechos morales, sino el riesgo de lesiones patrimoniales del editor autorizado, puesto que la facultad de editar, reproducir y vender son las facultades patrimoniales que la ley le reconoce al editor autorizado en el art. 49 de la LPI.

Lo curioso de esta regulación es que reproduce el mismo problema que ya tenía la legislación anterior que no sistematizaba adecuadamente el tipo de lesión de acuerdo a la clase de derecho que se era lesionado, lo que se explica porque este artículo no fue elaborado en el proyecto, sino que fue preservado de la antigua LPI. Por lo demás, mezcla la protección de bienes jurídicos diferentes al incluir el supuesto (i) que garantiza exclusivamente los derechos patrimoniales del editor, junto a los supuestos (ii) y (iii) que además protegen los derechos morales del autor.

#### (i) Ostentar falsamente el nombre del editor autorizado

Este primer supuesto sanciona la usurpación de la posición del editor autorizado. El editor autorizado tiene las facultades de imprimir, publicar y vender la obra objeto del contrato de edición en conformidad al art. 49 de la LPI, de ahí que no tenga sentido entender que se realiza el tipo con las acciones de reproducir y editar que son las que designa la LPI, puesto que estas facultades no le competen al editor. De este modo, si se realizan estas

<sup>49</sup> Etcheberry, *Aspectos penales*, op. cit., p. 518.

<sup>50</sup> Id.

<sup>51</sup> Green, Stuart P., "Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights", en *Hastings Law Journal*, Vol. 54 (November 2002), p. 173. Se le denominará en lo que sigue *deber de atribución*.

acciones –editar y reproducir- estas no pueden considerarse típicas bajo esta disposición, porque no son parte de aquel ámbito del que el editor autorizado es competente. Si el editor editara y reprodujera ya no se trataría de un editor autorizado, y si ya no se trata de una suplantación de un “editor autorizado”, que es lo que sanciona la ley, entonces estas acciones ya no pueden considerarse delictivas recurriendo a este precepto.

(ii) Suprimir o cambiar el nombre del autor o el título de la obra

(iii) Alterar maliciosamente el texto

Estos dos supuestos delictivos lesionan los derechos morales del autor. Respecto de estos supuestos las acciones típicas sólo pueden consistir en reproducir y distribuir, porque la edición sólo está reservada para el primer supuesto. Esta restricción se justifica al precisar cuáles son los derechos morales del titular que se ven lesionados. Los derechos morales del autor están regulados en el art. 14 de la LPI:

#### CAPITULO IV

##### Derecho Moral

Artículo 14.- El autor, como titular exclusivo del derecho moral, tiene de por vida las siguientes facultades:

- 1) Reivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido;
- 2) Oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin expreso y previo consentimiento. No se considerarán como tales los trabajos de conservación, reconstitución o restauración de las obras que hayan sufrido daños que alteren o menoscaben su valor artístico;
- 3) Mantener la obra inédita;
- 4) Autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa, previo consentimiento del editor o del cesionario si los hubiere, y
- 5) Exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima mientras ésta no pertenezca el patrimonio cultural común.

De este modo, lo sancionado penalmente es la lesión del derecho moral 1) y 2)<sup>52</sup>, a través de las acciones de reproducción o bien de distribución. El supuesto (ii) afecta el derecho a reivindicar la paternidad de la obra, pues priva al autor de la posibilidad de asociar a su obra su nombre o seudónimo conocido. El supuesto (iii) afecta el derecho a mantener la obra íntegra, pues la modificación del texto impide al autor oponerse a la deformación, mutilación, u otra modificación de aquella.

A diferencia de los casos del art. 79 de la LPI, en estos delitos al no exigirse generación de perjuicio –al menos explícitamente-, no puede considerarse como parte del tipo, pero en la medida que se siga la tesis monista, si puede exigirse que se demuestre el daño patrimonial potencial, o lo que es lo mismo, que se pruebe que se creó un riesgo relevante de daño patrimonial. Esto es evidente tratándose del falseamiento del nombre del editor, es decir el supuesto (i), pero también puede predicarse respecto de los supuestos (ii) y (iii), ya que al suprimirse o cambiarse el nombre del autor o el título de la obra, también puede existir un riesgo patrimonial, pues evidentemente, estas acciones permiten que otros sujetos incumplan su deber de atribución y se beneficien económicamente de ello.

##### 6.6.1.3. Bien jurídico protegido

Este es uno de los pocos artículos que sanciona explícitamente la afectación de los derechos morales del autor, precisamente por ello es que el cálculo de la multa a imponer escapa, en principio, a la regla general que establecen los artículos 79, 80 y 81. No obstante lo anterior, en la medida que se recurra a las argumentaciones de los apartados 2 y 6.1.2., la afectación relevante puede reformularse en términos de una exigencia de riesgo de generación de perjuicio económico de modo que tanto en los supuestos (ii) y (iii) se exija la generación de peligro para los derechos patrimoniales del autor, esto es evidente, en todo caso, en el supuesto (i). Particularmente importantes son los argumentos (v), (vi) y (vii) del punto 6.1.2., porque excluyen los supuestos bagatelarios –(vii)-, establecen un equilibrio razonable entre los intereses implicados en la protección de la propiedad intelectual, y más importante aún, racionalizan la aplicación de la multa por parte del juez –(v).

<sup>52</sup> Así también, Sierpe, *Propiedad intelectual*, p. 194, en referencia al antiguo art. 79 c de la LPI, que tipificaba el mismo comportamiento que hoy es punible en el art. 79 bis de la LPI.

En el caso que no se generen estos riesgos económicos, demostrativos de la relevancia necesaria para la protección penal, sólo se genera responsabilidad extracontractual.

#### 6.6.2. Tipo subjetivo

En principio, y a diferencia de los delitos previstos en el art. 79 de la LPI, no parece existir ninguna referencia a algún tipo de actividad económica o contexto en el que se puedan afectar derechos patrimoniales y por ende la pretensión de exclusividad de la explotación monopólica del bien. En todo caso, parece posible recurrir al mismo tipo de argumentación que se sostuvo en el punto 6.1.2., puesto que se trata de derechos morales secundariamente protegidos. Como se ha demostrado –*vid. supra 2.*–, es plausible entender que la protección penal es escalonada, de modo que se requiere tanto la afectación de derechos patrimoniales y morales, por ende, subjetivamente, el sujeto debe conocer que lo que se arroga son facultades de cuyo ejercicio se pueden seguir beneficios económicos –se trata de beneficios que se “pueden seguir de”, porque el injusto sólo requiere en este caso de un peligro, no que este se materialice efectivamente–, exigencia que entonces pasa a integrar el tipo subjetivo. De este modo, se requeriría probar no sólo alguno de los tres supuestos, que estos además eran susceptibles de generar serios daños patrimoniales al autor y que el sujeto conocía dicha aptitud.

#### 6.7. El delito del art. 80 a

Artículo 80. Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de multa de 25 a 500 unidades tributarias mensuales:

a) El que, a sabiendas, reproduzca, distribuya, ponga a disposición o comunique al público una obra perteneciente al dominio público o al patrimonio cultural común bajo un nombre que no sea el del verdadero autor.

##### 6.7.1. Tipo Objetivo

###### 6.7.1.1. Sujeto activo

Es un delito común (“el que”).

###### 6.7.1.2. Acción típica

El tipo objetivo consiste en reproducir, distribuir, poner a disposición o comunicar 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 2°, 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)).

En conformidad a la interpretación de la tesis monista del bien jurídico protegido, el tipo parece exigir al menos la creación de un riesgo para los intereses patrimoniales de la colectividad –*vid. supra 2.4.*–, como condición del adecuado incentivo al desarrollo de la creatividad.

###### 6.7.1.3. Bien jurídico protegido

El bien jurídico resguarda los derechos morales del autor de una obra que ha pasado a integrar el patrimonio cultural común, como condición de la protección de aquel. Lo que se pretende proteger es la paternidad de la obra desde el punto de vista de una tercera persona, el patrimonio cultural común, pero sobre la base de la protección del interés del autor original. Ello presupone, en todo caso, que se conozca el nombre del autor cuya propiedad ha pasado al dominio público.

### 6.7.2. Tipo subjetivo

Como una de las particularidades del tipo, este exige dolo directo pues emplea la expresión "a sabiendas", el autor debe tener la intención precisa de usurpar los derechos morales del autor, es decir, su dolo debe incluir el conocimiento de que al reproducir, distribuir, poner a disposición o comunicar una obra perteneciente al patrimonio cultural común, lo hace bajo un nombre que no es el del verdadero autor.

Del mismo modo que en delito analizado en el apartado 6.6., a consecuencia de no requerirse el perjuicio efectivo y por ende la lesión efectiva de los intereses patrimoniales del autor, a lo más, podría requerirse que el sujeto obre con la intención de producir un peligro a los intereses patrimoniales del titular del derecho colectivo –ver el punto 6.8.1.3. Por lo mismo, también son particularmente importantes son los argumentos (v), (vi y (vii) del punto 6.1.2.

### 6.8. El delito del art. 80 b

Artículo 80. Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de multa de 25 a 500 unidades tributarias mensuales:

b) El que se atribuyere o reclamare derechos patrimoniales sobre obras de dominio público o del patrimonio cultural común.

#### 6.8.1. Tipo Objetivo

##### 6.8.1.1. Sujeto activo

Es un delito común ("el que").

##### 6.8.1.2. Acción típica

Atribuirse derechos patrimoniales sobre bienes que integran el patrimonio común, implica arrogarse la posición del titular de una obra que ha pasado al patrimonio cultural común, es decir, pretender ejecutar el contenido del derecho patrimonial de estos bienes de acuerdo al art. 18 de la LPI.

Si bien la redacción del tipo no zanja la caracterización del tipo objetivo, su realización parece presuponer, al menos, la lesión de la exclusividad de estos derechos, es decir, requiere que el sujeto efectivamente ejecute estos derechos. No basta, en este sentido, que el sujeto profiera alguna expresión cuyo contenido pretenda reclamar un derecho patrimonial para sí mismo, el delito exige que el sujeto con su comportamiento de inicio a la ejecución de alguna parte del contenido patrimonial del derecho de autor. Es, entonces un delito de resultado y de lesión.

##### 6.8.1.3. Bien jurídico protegido

En este caso no es claro cuál es el bien jurídico protegido, parece propio de un ilícito civil, pues lo que se sanciona es arrogarse la posibilidad de incrementar el propio patrimonio a través del ejercicio de una facultad patrimonial, pero cuando se trata de bienes que pertenecen al "dominio público" éstos ya no exigen el pago de una contraprestación para su uso.

Podría llegar a producirse un daño cuando un sujeto pretenda la exclusividad del uso de los derechos que generan estos bienes, puesto que de esta forma se restringiría el acceso a esta información, que es precisamente lo contrario de la finalidad de este tipo de bienes. En efecto, lo que se denomina "patrimonio cultural común" o más en general "dominio público", es la contrapartida del reconocimiento de la pretensión de exclusividad de la explotación económica del bien. Cuando se establece el derecho a un uso exclusivo a un bien, que es lo que concede la propiedad intelectual, la sociedad no puede acceder libremente a estos conocimientos, por lo tanto se priva a los creadores la utilización de todo el conocimiento en un momento dado. Pero una vez transcurrido el plazo de protección al creador ya no se le reconoce la exclusividad de la explotación de dichos bienes, el acervo cultural común pasa a incrementarse cuando una obra ingresa a éste, y por ese hecho, su uso pasa a estar disponible para todos sin la necesidad de una contraprestación.

Para producirse un daño al libre acceso de bienes que constituyen la base del conocimiento sobre el que se genera nuevo conocimiento, no basta con que un sujeto pretenda obtener un beneficio económico con la ejecución de una de las facultades patrimoniales que se reconocen al creador de un bien objeto de protección por la LPI, sino

que también se requeriría que con ello impida el acceso. No obstante el tipo no parece exigir la obstaculización a este libre acceso, sino que se satisface con sancionar a quien se atribuye derechos patrimoniales sobre un bien que corresponde al patrimonio cultural común. En este sentido, la acción típica sólo genera este riesgo de obstaculizar el libre acceso, por ende, sólo debieran considerarse típicas acciones que sean susceptibles de provocar este riesgo –y por tanto probarse que ese riesgo se creó con la acción del imputado. En todo caso, en este precepto queda claramente aceptado por el legislador la tesis monista del bien jurídico protegido.

#### **6.8.2. Tipo subjetivo**

Aquí valen las observaciones hechas con ocasión del tipo del art. 79 (a), también es evidente que el sujeto actúa en un contexto en el que hay una expectativa de obtener un beneficio económico.

### **6.9. El delito del art. 80 c**

Artículo 80. Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de multa de 25 a 500 unidades tributarias mensuales:

c) El que obligado al pago en retribución por la ejecución o comunicación al público de obras protegidas, omitiere la confección de las planillas de ejecución correspondientes.

#### **6.9.1. Tipo Objetivo**

##### *6.9.1.1. Sujeto activo*

Es un delito común (“el que”).

##### *6.9.1.2. Acción típica*

Omitir la confección de una planilla de ejecución, consiste en su no elaboración por quien tiene el deber de hacerlo. Lo curioso de esta infracción es que a pesar de resguardar indirectamente los aspectos patrimoniales de la propiedad intelectual, no hay una dependencia directa entre la efectiva producción de un perjuicio ni el *quantum* de la multa<sup>53</sup>. No obstante, los tribunales deberían aplicar las multas en relación a los perjuicios que la omisión de la confección de la planilla de ejecución hubiera permitido generar en el autor que tenía derecho a una participación económica. Se trata de un injusto similar a los casos anteriores que se funda en el riesgo de afectación de un derecho patrimonial.

##### *6.9.1.3. Bien jurídico protegido*

El bien jurídico está asociado al deber que tiene un individuo de confeccionar la planilla de ejecución. La tipificación de esta conducta sigue la estructura de los delitos de infracción de un deber, pues circunscribe al sujeto que es competente de la infracción a aquel que está “obligado al pago en retribución por la ejecución o comunicación al público de obras protegidas”, es decir, sólo puede ser autor la persona obligada al pago de la retribución por derecho de autor o conexos derivados de la ejecución de obras musicales.

#### **6.9.2. Tipo subjetivo**

Lo peculiar de este delito es que claramente es una forma de afectación indirecta de los derechos patrimoniales de igual naturaleza que el delito analizado en el apartado **6.3.**, por lo tanto vale aquí lo señalado para aquel delito.

### **6.10. El delito del art. 81 inciso primero**

Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 unidades tributarias mensuales, el que tenga para comercializar, comercialice o alquile directamente al público copias de obras, de interpretaciones o de fonogramas, cualquiera sea su soporte, reproducidos en contravención a las disposiciones de esta ley.

#### **6.10.1. Tipo Objetivo**

##### *6.10.1.1. Sujeto activo*

Es un delito común (“el que”).

<sup>53</sup> Así también se sorprende Etcheberry “A pesar del evidente carácter patrimonial de la infracción, en ésta, al igual que en las anteriores, no se exige la efectiva producción de un perjuicio ni el logro de un lucro, y su eventual concurrencia no influye sobre la pena.”, Etcheberry, *Aspectos penales*, op. cit., p. 520.

#### 6.10.1.2. *Acción típica*

Este artículo viene a sustituir al antiguo art. 80 de la LPI, que era el precepto básico para la sanción de las infracciones a la LPI consistentes en la venta en la calle de reproducciones de obra protegidas por la LPI, sin contar con la autorización del titular de los derechos. El antiguo art. 80 de la LPI disponía lo siguiente:

“Art. 80: Cometten, 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.”

La supresión del art. 80 de la LPI del ordenamiento jurídico-penal plantea varias interrogantes, entre ellas, la más importante que se plantea, es si todas las conductas que eran punibles bajo el antiguo art. 80 de la LPI, continúan siéndolo bajo la nueva regulación. Antes que nada parece necesaria hacer un breve análisis de lo positivo y lo negativo de la nueva regulación:

*Lo positivo:*

- i. La nueva regulación suprime el término “intervenir”, que en el antiguo art. 80 de la LPI no dejaba claro la clase de conducta que el tipo exigía como condición de punibilidad. En efecto, dejaba lugar a dudas si este término complementaba las disposiciones de la parte general del CP sobre autoría y participación o si era un término irrelevante
- ii. Suprime la conducta de adquirir un bien protegido por la LPI con fines de venta, aunque, como es obvio, se mantiene la punibilidad de tener con fines de venta

*Lo negativo:*

- i. Se adelanta la consumación del delito a un momento anterior a la generación de perjuicio para el autor<sup>54</sup>, pues basta con tener para la venta un objeto reproducido en contravención a la LPI, para que el delito se consuma
- ii. Si bien el tipo no lo describe expresamente, al tratarse de infracciones patrimoniales el monto de la multa debe estar vinculado a la cantidad de perjuicio producido

Las modalidades de la nueva acción típica incluyen dos clases de supuestos que deben concurrir copulativamente. Una primera clase A se vincula al ejercicio de derechos patrimoniales, de allí que para realizar el tipo la acción que recaiga sobre la propiedad intelectual debe consistir en: A.1) tener para comercializar, A.2) comercializar o A.3) alquilar directamente al público. Una segunda clase B exige que todas las acciones sobre derechos patrimoniales que quepa considerar incorporadas a la clase A, involucren necesariamente una reproducción en contravención a la LPI.

En suma, es constitutivo de delito, de acuerdo al art. 81 de la LPI, todo acto comercial que se ejecute sobre copias de obras –A.1, A.2 y A.3-, interpretaciones o fonogramas, cualquiera sea su soporte, y que estén B) reproducidos en contravención a las disposiciones de esta ley.

El criterio para diferenciar los supuestos A.1) y A.2) parece ser uno de tipo temporal. Es decir, no sólo se sanciona –como delito consumado- a aquel que se encuentra actualmente comercializando bienes protegidos por la LPI, sino también a aquellos que tienen los bienes dispuestos para comercializar pero que todavía no dan inicio a tal actividad. El propósito del adelantamiento es similar al adelantamiento en los delitos contra la propiedad, se pretende evitar que el sujeto sea sorprendido en la arrogación de la posición del propietario como condición necesaria para interpretar que el delito está consumado. Desde un punto de vista práctico, entonces, esto equivale a sancionar la tentativa de la comercialización de un bien protegido por la LPI como delito consumado.

<sup>54</sup> En todo caso, como se verá, es discutible que se genere siempre perjuicio para el autor.

Para considerar que hay delito los bienes al menos deben ser susceptibles de provocar el peligro de lesión de los derechos patrimoniales que el sujeto activo pretende arrogarse. Alguna doctrina considera, en este sentido, que las copias burdas o mal editadas no son capaces de generar este peligro:

Se podría relacionar esta cuestión con la de la capacidad de inducir a confusión que mencionaré más ampliamente al referirme a los delitos contra la propiedad industrial, pero, en mi opinión, hay que hacer una diferencia: en los casos de copias de CD, vídeos, etc., por burda que sea la copia, su contenido sigue siendo la obra artística original (las canciones, la película, etc.), mientras que en la oferta en el mercado de burdas imitaciones de productos de marcas prestigiosas no hay nada original. De ello no se deriva inmediatamente una consecuencia para el castigo o la impunidad de unas u otras conductas, pero puede que resulte menos evidente la insignificancia o inidoneidad, basada en el carácter burdo de la copia, para vulnerar los derechos correspondientes en el primer caso que en el segundo.<sup>55</sup>

Respecto del significado de A.3), la REA equipara alquilar al significado de arrendar:

Dar a alguien algo, especialmente una finca urbana, un animal o un mueble, para que use de ello por el tiempo que se determine y mediante el pago de la cantidad convenida.<sup>56</sup>

Es decir, el tipo exige que se trate de un contrato por el que un sujeto X le cede el uso y goce de un bien a Y, siempre que Y le pague a X un precio como contraprestación. Respecto de las exigencias de riesgo valen las mismas precisiones enunciadas respecto de A.1) y A.2).

Por último hay que determinar qué es lo que debe entenderse por reproducción:

Artículo 5º- Para los efectos de la presente ley, se entenderá por:

u) Reproducción: la fijación permanente o temporal de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.

De este modo una reproducción en “contravención a las disposiciones” de la LPI comprende básicamente la copia de una propiedad intelectual fijada en un medio físico de transmisión –de dicha información-, que es lo que ocurre cuando se copia música en un CD o una película en un DVD.

Para determinar la “contravención” hay que distinguir si se trata de derechos registrados bajo Copyright o CC con expresa mención de las 3 condiciones principales, o bien es si es una licencia abierta sin mención a aquellas condiciones principales. De este modo, la segunda parte de la frase “en contravención a las disposiciones de esta ley o a los derechos que ella protege”, si bien pudiera parecer redundante, no lo es, pues con ello se alude a la previa distinción entre copias de obras que proviene de licencias abiertas de copias de obras que proviene de licencias obligatorias –*vid. supra apartado 2*. Naturalmente, debe de tratarse de copias que infrinjan el derecho de autor –en el sentido del copyright o licencias obligatorias- pero también en el caso que se trate de licencias abiertas en que se infrinjan las condiciones especiales con las que haya registrado el autor su obra, pues como ya se ha visto, el autor puede incorporar una serie de restricciones al uso del bien que pueden conducir a la punibilidad de ciertos comportamientos referidos a ellos.

En conclusión, la condición B exige determinar si hay o no consentimiento del titular para la ejecución de los derechos patrimoniales que la LPI reconoce a los autores en el art. 18.

Puede estimarse que los supuestos A.1) y A.3) se asemejan con los delitos previstos en el art. 79 de la LPI, en el sentido de que puede considerarse que el perjuicio es un elemento del tipo, por lo tanto podría argumentarse que debe demostrarse en la comercialización o alquiler la obtención de un beneficio económico –esto por la aplicación analógica de los argumentos detallados en el apartado 6.1.2. El supuesto A.2), en este sentido, se diferenciaría de los anteriores en que al no exigir explícitamente la obtención del beneficio, el perjuicio no sería integrante del tipo, es decir, A.1) y A.3) serían delitos de resultado y de lesión, A.2) de resultado y de peligro. Respecto de A.2), debería acreditarse que la tenencia es susceptible de generar un grado de peligro suficiente de lesión de los derechos patrimoniales del titular, el que se habría materializado en el caso de comercializarse efectivamente dichos bienes.

<sup>55</sup> Díaz y García Conlledo, Miguel, “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial Especial atención a la aplicación práctica en España”, en *Derecho Penal y Criminología*, No. 88 (June 2009), p. 120.

<sup>56</sup> “Diccionario de la Lengua Española”, [http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=alquilar](http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=alquilar) (visto con fecha 2010.12.02).

### 6.10.1.3. Bien jurídico protegido

La acción típica indica que el bien jurídico protegido indudablemente está referido a los beneficios económicos que se siguen de la utilización de la propiedad intelectual, por ende, necesariamente implica que el sujeto activo de este delito se arroga la ejecución de los derechos patrimoniales que corresponden a la posición del titular de la propiedad intelectual.

### 6.10.2. Tipo Subjetivo

El tipo subjetivo de los delitos contra la propiedad intelectual es probablemente la materia que requiere de mayor análisis bajo la regulación que establece la nueva ley, precisamente porque uno de los objetivos del legislador consistió en suprimir la exigencia de ánimo de lucro, así puede verse en la historia de la ley, durante el Primer Trámite Constitucional en el Mensaje del Ejecutivo:

“Cabe destacar que, a diferencia de la anterior iniciativa del Ejecutivo, para la configuración de estos ilícitos no se contempla la exigencia del elemento subjetivo del tipo -“ánimo de lucro”. De esta forma se facilitará el procesamiento y sanción de este tipo de infracciones.”<sup>57</sup>

No obstante la pretensión del legislador de suprimir el ánimo de lucro como exigencia del tipo, existía la preocupación de que clase de estado mental se requeriría para sancionar al autor, pues se estimaba que de no exigirse ninguno se infringiría el precepto constitucional que prohíbe la presunción de responsabilidad penal. Así en el Primer trámite constitucional, en la Discusión General, el diputado Renán Fuentealba dijo lo siguiente:

El artículo 81 del proyecto propuesto señala que comete delito contra la propiedad intelectual y que será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 unidades tributarias mensuales, “el que tenga para comercializar, comercialice o alquile directamente al público copias de obras”, etcétera.

En el inciso segundo, vuelve a emplear la expresión “el que tenga”. En este sentido, quiero llamar la atención del Ejecutivo a fin de corregir y subsanar cualquier defecto que esta redacción pudiera ocasionar durante el segundo trámite constitucional en el Senado. La expresión el que tenga sólo significa la posesión material de una determinada cuestión. No quiere decir ánimo o dolo por tratar de causar un perjuicio. Esto tiene importancia, porque para que una conducta constituya delito, el artículo 19, N° 3° de la Constitución Política, y el artículo 1° del Código Penal exigen la existencia de voluntad o intencionalidad de cometer esa infracción. Habría que modificar esta redacción para que el día de mañana la interpretación no quede entregada a los tribunales de justicia.”<sup>58</sup>

Cabe observar que con anterioridad a la modificación de la Ley N° 20.435 la única disposición que aludía expresamente al ánimo de lucro era el art. 80 b) de la LPI, precisamente la que durante la discusión del proyecto se eliminó del ordenamiento jurídico y que ahora corresponde, a grandes rasgos a la disposición del nuevo art. 81.

Desde el punto de vista del derecho penal sustantivo la característica central de este especial elemento subjetivo denominado “ánimo de lucro” es que se trata de una “tendencia interna trascendente”. Es una “tendencia interna” porque constituye una intención del sujeto, y es “trascendente” porque va más allá de lo que exige el tipo objetivo para su consumación. De este modo, para considerar que el sujeto ha realizado el tipo el “lucro” no necesariamente debe haber sido obtenido, es decir, que el provecho económico a consecuencia de la actividad realizada no tiene un correlato en la faz objetiva del tipo, esta se completa con la mera expropiación –realizada subjetivamente con la intención de expropiación y ánimo de aprovechamiento. De exigir el ánimo de lucro la obtención del beneficio económico debería acreditarse no sólo que el sujeto realizó una actividad lucrativa, sino que su patrimonio efectivamente se incrementó a consecuencia de esta. Ya que se trata de la arrogación de los derechos patrimoniales que corresponden al titular, el lucro de que se trata sólo puede constituir un lucro referido a utilidades económicas.

Como ya se dijera en el punto 6.1.2., desde el punto de vista procesal penal, y en particular, desde el punto de vista de la prueba, la exigencia del ánimo de lucro no debía ser demostrada, en el sentido que no se debía demostrar la obtención de un lucro. Lo que debía demostrarse era una situación fáctica que revelara el ánimo del sujeto, lo que podía lograrse recurriendo a la prueba del hecho de que el sujeto estaba realizando una

<sup>57</sup> “Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 11.

<sup>58</sup> “Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 246.

actividad comercial con los bienes protegidos por el derecho de autor, tal como lo demuestra el siguiente fallo:

SEXTO: Que, los hechos establecidos precedentemente son constitutivos del delito previsto y sancionado en el artículo 80, letra b), de la Ley N°17.336, sobre propiedad intelectual, en relación con el artículo 18 del mismo cuerpo legal, en grado de consumado; pues el agente fue sorprendido ofreciendo al público copias de discos fonográficos y de videogramas no autorizadas, y portando otras copias de la misma naturaleza, contenidas en sendos discos compactos, con fines de venta; de lo que se desprende el ánimo de lucro.

En efecto, la pericia efectuada a las copias de videogramas y fonogramas que se incautaron de poder del acusado, demostraron que no emanaban de las entidades autorizadas por la ley para su reproducción, puesto que no contaban con los sellos y advertencias utilizados por los distribuidores autorizados, ni se encontraban en las cajas originales. Igual cosa aconteció con las carátulas de discos compactos reconocidos en juicio, las que a simple vista impresionan como meras fotocopias en reducción.<sup>59</sup>

El que la ley hoy haya suprimido la exigencia de ánimo de lucro pero requiera que el sujeto se involucre en una actividad comercial o se disponga a hacerlo, desde el punto de vista probatorio constituye una modificación superflua, porque el hecho a partir del cual es posible inferir que el sujeto ha obrado con ánimo de lucro es el mismo, sólo que ahora este hecho es parte integrante del tipo objetivo, por lo que lo que antes era una alternativa para el MP desde el punto de vista de lo que debía probar para convencer al juez, hoy se ha transformado en una exigencia legal.

Esta superfluidad de la modificación –la eliminación de la exigencia ánimo de lucro- está captada implícitamente en la historia de la ley. En el Segundo Trámite Constitucional, durante el Segundo informe de las Comisiones de Economía y Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, unidas, el Senador Vázquez manifestó su preocupación de que al eliminarse la exigencia del ánimo de lucro podía hacerse punible hechos que no atentaban contra la propiedad intelectual, como tener la mera intención de comerciar con bienes protegidos por la LPI. El Senador Chadwick dejó en claro que los actos por los que las personas podían ser imputadas estaban claramente descritos en la ley:

Artículo 81

Inciso primero

“Artículo 81. Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 unidades tributarias mensuales, el que tenga para comercializar, comercialice o alquile directamente al público copias de obras, de interpretaciones o de fonogramas, cualquiera sea su soporte, reproducidos en contravención a las disposiciones de esta ley.

Las indicaciones números 140, de los Honorables Senadores señores Chadwick, Frei y Girardi, y 141, del Honorable Senador señor Espina, sustituyen el inciso primero por el siguiente:

“Artículo 81. El que con ánimo de lucro comercialice al público copias de obras, de interpretaciones, de fonogramas, de videogramas, de programas de computación, o libros reproducidos en contravención a la ley, cualquiera sea su soporte, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales.”.

En discusión, los Honorables Senadores presentes de las Comisiones unidas debatieron sobre la prueba del ánimo de lucro, señalando que, para tal finalidad, es necesario actos positivos, porque no basta la mera intención.

El Honorable Senador señor Chadwick señaló que el tipo contemplado por el Ejecutivo ya contiene todas las conductas antes descritas. [p. 620]

Por su parte, el Honorable Senador señor Vázquez indicó que el ánimo de lucro es un elemento subjetivo que resulta difícil probar, motivo por el cual anunció su intención de votar en contra de la indicación.

El Honorable Senador señor Letelier, expresó que es partidario de que en la norma se señalen ejemplos de las conductas, existen obra protegidas que quedan fuera de la descripción.

El asesor de la Ministra de Cultura explicó que el proyecto contempla tres categorías protegidas: obra propiamente tal, fonogramas e interpretaciones. La conceptualización correcta implica hablar y utilizar estas tres categorías.

El Honorable Senador señor Chadwick indicó que aprobará la indicación para efectos de que se produzca debate en la Sala.

--Las indicaciones números 140 y 141 son rechazadas por la mayoría de los Honorables Senadores presentes, por cuatro votos en contra, uno a favor y una abstención. Votaron en contra los Honorables

<sup>59</sup> [Tribunal oral en lo penal de Talca. 15 de septiembre de 2006, rit 72-2006](#), disponible en LexDefensor.

Senadores señores García (como miembro de ambas Comisiones), Letelier y Vásquez. Votó a favor el Honorable Senador señor Chadwick. Se abstuvo el Honorable Senador señor Coloma.<sup>60</sup>

No queda duda entonces que la intención del agente, es decir, el tipo subjetivo, incluye el conocimiento de actos a través de los cuales se puede obtener un beneficio económico, pues el tipo objetivo exige que el sujeto despliegue un comportamiento de modo que se: A.1) tenga para comercializar, A.2) comercialice o A.3) alquile directamente al público. No cabe duda, entonces, que el ánimo de aprovechamiento que tiene el sujeto es exclusivamente un ánimo de aprovechamiento patrimonial, lo que es coherente que lo que el sujeto objetivamente hace, pues desde el punto de vista objetivo el sujeto se arroga el ejercicio de derechos patrimoniales previstos en el art. 18 de la LPI, afectando la pretensión del titular de la exclusividad de explotar en forma monopólica un determinado bien.

#### **6.11. El delito del art. 81 inciso segundo**

El que con ánimo de lucro fabrique, importe, interne al país, tenga o adquiera para su distribución comercial las copias a que se refiere el inciso anterior, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

##### **6.11.1. Tipo objetivo**

###### *6.11.1.1. Sujeto activo*

Es un delito común (“el que”).

###### *6.11.1.2. Acción típica*

La acción típica puede tener 4 modalidades: (1) Fabricar, (2) importar, (3) internar al país, (4) tener para su distribución comercial, (5) adquirir para su distribución comercial, siempre que se trate de aquella clase de copias a que se refiere el inciso anterior.

##### **6.11.2. Tipo subjetivo**

El problema que plantea este artículo que es que si se desvincula el supuesto (4) y (5) del objetivo político criminal de este inciso se vuelve absolutamente irrelevante el delito del inciso primero. En efecto, el inciso primero buscar sancionar la “comercialización o tenencia para comercializar”, lo que naturalmente incluye la distribución de bienes protegidos por la LPI con la intención de obtener un beneficio económico. De acuerdo a la historia de la ley, uno de los objetivos del proyecto era suprimir la exigencia de “ánimo de lucro” para facilitar el procesamiento de estos delitos, resultaría absolutamente contrario a esta finalidad entender incorporada la exigencia al inciso primero, que es el precepto que reemplaza al antiguo art. 80 de la LPI –en todo caso, desde un punto de vista estratégico, es plausible recurrir a esta interpretación.

Como se ha visto, en todo caso, dicha finalidad resultó superflua al incorporarse la exigencia de “tenencia para comercializar”, y por lo demás, en el resto de los tipos del art. 79 y 79 bis, también puede exigirse racionalmente lo mismo, pues se trata de la arrogación de derechos patrimoniales por parte de un tercero no autorizado. No obstante, tratándose del inciso segundo, el ánimo de lucro debe ir referido a las alternativas (1)-(5), luego el tener (4) o adquirir (5) debe entenderse incorporado al proceso de fabricación, importación e internación de mercaderías al país.

## **7. OTRAS MODIFICACIONES Y ASPECTOS DE LA LPI**

### **7.1. Supresión del delito previsto en el art. 81 ter**

La ley 20.435 suprimió el delito previsto en el art. 81 ter, que el que disponía lo siguiente:

“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

<sup>60</sup> “Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 621.

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.<sup>61</sup>

Las conductas penadas eran las que estaban descritas en el art. 81 bis de la LPI antes de la modificación, esto es, consistían en:

- 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.
- 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.

Estas conductas ahora generan exclusivamente responsabilidad civil:

Artículo 84. Incurrirá en responsabilidad civil el que, sin autorización del titular de los derechos o de la ley y, sabiendo o debiendo saber que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos, realice alguna de las siguientes conductas:

- a) Suprima o altere cualquier información sobre la gestión de derechos.
- b) Distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga 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.
- c) Distribuya o importe para su distribución, información sobre la gestión de derechos, sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido alterada sin autorización.

El que realice alguna de las conductas descritas en los literales precedentes, será sancionado con pena de multa de 25 a 150 unidades tributarias mensuales.

## 7.2. Concursos

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*).

El resto de las situaciones concursales relevantes ocurren normalmente entre la LPI y el Código Tributario, en relación al delito de comercio clandestino. Para una adecuada forma de solución de estas situaciones concursales, puede acudir al informe en derecho elaborado por María Soledad Krause Muñoz para la Defensoría Penal Pública, denominado "Sistemática del Concurso en Sede de Comercio Ilegal".

A continuación se presentan las argumentaciones de la autora de forma resumida, las que proponen, naturalmente, que no puede aplicarse a las sanciones previstas en la LPI –lo que deben vincularse principalmente con el nuevo art. 80 de la LPI- conjuntamente con las del Código Tributario:

1. Las especies que constituyen efecto de un delito no son susceptibles de comercio en los términos del artículo 3° del Código de Comercio:

Dada la existencia de una prohibición de enajenación de los efectos de un delito, cualquier acto jurídico que se celebre en relación con los mencionados bienes adolece de objeto ilícito, en los términos dispuestos por los artículos 1461 y 1464 N°1 del Código Civil, y [p. 11] puede reclamarse su nulidad absoluta, en aplicación de los artículos 1682 y siguientes del mismo Código.

---

<sup>61</sup> Artículo 81 bis.- Incurrirá en responsabilidad civil el que, sin autorización del titular de los derechos o de la ley y, sabiendo o debiendo saber que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos, realice una o más de las siguientes conductas:

- a) Suprimir o alterar cualquier información sobre la gestión de derechos; o
- b) 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; o
- c) Distribuir, importar para su distribución, emitir, comunicar o poner a disposición del público copias de obras o fonogramas, sabiendo que la información sobre la de gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización."

Lo mismo puede afirmarse en relación con las especies elaboradas o que se detentan, con fines comerciales, en contravención con los derechos de propiedad intelectual o industrial de sus titulares. Ellas no constituyen especies susceptibles de comercio, ni pueden ser objeto de actos jurídicos válidos ni vinculantes, sea de los generales de que trata el Código Civil, sea de aquellos sometidos a la reglamentación mercantil.<sup>62</sup>

2. La circulación material de especies que son efectos de un delito no infringe la norma imperativa que subyace al tipo penal ni puede lesionar el bien jurídico protegido:

En otras palabras, sólo puede merecer un reproche la falta de cumplimiento de deberes de registro e información en relación con aquellas actividades cuyo ejercicio se encuentra sometido a dichas cargas.

Toda vez que no hay deber de registro ni información de actividades ilícitas, es evidente que no podemos estimar que concurre incumplimiento o infracción alguna, y el que ellas se ejerciten al margen del sistema jurídico no infringe ni puede infringir la norma imperativa que subyace al tipo penal del artículo 97 N°9 del Código Tributario.<sup>63</sup>

3. Consideraciones relativas a la improcedencia de la tributación sobre ingresos ilícitos y de realidad tributaria demuestran la corrección de la solución propuesta a la luz de nuestro ordenamiento jurídico:

En relación con la precitada polémica, estimamos que la única solución posible en nuestro sistema jurídico pasa por afirmar que las rentas de origen ilícito no se encuentran sometidas a tributo. Pese a la definición amplia que contempla el artículo 2° de la Ley del ramo, no es posible concebir que concurre renta en aquellos supuestos en que el beneficio o el incremento patrimonial tiene una fuente que resulta contraria al ordenamiento jurídico. El Estado no puede prescindir, ni aun en materia tributaria, del significado de los hechos y de los actos jurídicos, ni aceptar los efectos de los mismos en determinados ámbitos para reprimirlos, a un mismo tiempo, en otros.<sup>64</sup>

“... en los supuestos de hecho relevantes para este informe [delitos contra la propiedad intelectual] no tiene lugar un incremento patrimonial efectivo para los imputados, toda vez que se disponen en el proceso penal todas las medidas destinadas a incautar y posteriormente destruir las especies que violentan los derechos de propiedad industrial o intelectual, así como los demás efectos del delito común. De este [p. 22] modo, y toda vez que nunca podría devengarse el impuesto respecto de los referidos bienes, carece de sentido sancionar a los inculcados por el incumplimiento de los deberes accesorios que tienden, precisamente, a asegurar su cumplimiento en el caso en que sea procedente.”<sup>65</sup>

4. La circulación material de especies que constituyen efectos de un delito es atípica a la luz del artículo 97 n° 9 del Código Tributario. No hay concurso posible con los delitos que protegen la propiedad intelectual e industrial:

Según se ha señalado con anterioridad, dichas especies no son susceptibles ni de comercio ni de industria en el sentido técnico al que alude la precitada disposición; su circulación material no se encuentra sujeta a registro ni información desde que no se encontraría sometida a tributo y, de este modo, las actividades relativas a las mismas no pueden ejercerse clandestinamente en los términos que señala la ley y, en cualquier caso, esas actividades, en tanto desarrolladas al margen del sistema socioeconómico y sin efecto vinculante, no se encuentran en condiciones de lesionar ni de poner en peligro el orden público económico en el ámbito tributario o impositivo, que es el bien jurídico que protege el tipo penal.

Dado que la conducta materia del presente informe no tipifica la conducta sancionada por el artículo 97 N°9 del Código Tributario, podemos afirmar, dando respuesta al problema planteado al inicio de este informe, que no nos encontramos frente a un problema de concurso. La venta en la vía pública de especies que violentan la propiedad industrial o intelectual de sus titulares sólo podría configurar, llegado el caso, alguno de los tipos penales del artículo 80 letra b) de la Ley 17.336 o 28 letra a) de la Ley 19.039 y, de ser procedente, deberá ser sancionada exclusivamente en mérito a los mismos.<sup>66</sup>

5. Solución subsidiaria: nos encontramos frente a una hipótesis de concurso aparente de leyes penales:

En cualquier caso, y para el evento de estimarse que la venta de especies en relación con las cuales se ha violentado la propiedad intelectual o industrial de sus titulares puede enmarcarse dentro de un acto de comercio de aquellos regulados en el artículo 3° del Código de Comercio, debe estimarse que la concurrencia de las disposiciones contenidas en el numeral 9 del artículo

<sup>62</sup> Krause Muñoz, María Soledad, “Sistemática del Concurso en Sede de Comercio Ilegal”, *Informe en Derecho N° 1 Abril-2010*, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, p. 12. La interpretación de la autora tiene hoy apoyo explícito del art. 85 C de la LPI, el que declara que estos bienes “no pueden ingresar al comercio”.

<sup>63</sup> Krause, *Sistemática*, p. 13.

<sup>64</sup> Krause, *Sistemática*, p. 21.

<sup>65</sup> Krause, *Sistemática*, p. 23.

<sup>66</sup> Krause, *Sistemática*, p. 23.

97 del Código Tributario y los artículos pertinentes de las Leyes de Propiedad Industrial e Intelectual debe solucionarse aplicando las normas del concurso aparente de leyes penales.

Si se efectúa un análisis comparativo de ambos grupos de disposiciones se advierte que todas ellas sancionan —en relación con el grupo de casos analizado en el presente informe, y según la prevención del inicio— una misma y única conducta: la circulación, con ánimo de lucro, de determinadas especies. Las reglas relativas a la propiedad intelectual e industrial centran el disvalor de los tipos penales que consagran en el objeto de esa comercialización: especies que lesionan los derechos de propiedad intelectual o industrial de un determinado agente; mientras que el delito tributario lo hace en las condiciones en las que se efectúa esa actividad: al margen de los deberes de información y registro. Sin embargo, y en la medida en que ambos tipos penales sancionan una misma conducta, énfasis aparte, no es posible aplicarlos conjuntamente al mismo hecho en razón del principio de non bis in idem<sup>63</sup>.

La hipótesis de concurso aparente de leyes penales también resulta admisible en la especie si se atiende a que los dos grupos de delitos tutelan el orden público económico<sup>64</sup>.

Como ya se adelantó, si bien las figuras contempladas en la Ley 17.336 y 19.039 protegen, de acuerdo con la doctrina, la propiedad intelectual o industrial de sus titulares, lo cierto es que estas especies de propiedad tienen un componente supraindividual de relevancia que emana de su propia naturaleza, y que permite afirmar que conforma de manera fundamental el orden socioeconómico de un determinado Estado.<sup>67</sup>

### 7.3. Agravante de participación

El art. 83 de la LPI dispone lo siguiente:

Artículo 83. Tratándose de los delitos previstos en el artículo 81, la pena aumentará en un grado si el responsable formare parte de una agrupación o reunión de personas para cometer dichos delitos, sin incurrir en los delitos de asociación ilícita.

En el caso del artículo 293 del Código Penal, se aplicará además una multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales y de 50 a 500 unidades tributarias mensuales en el caso del artículo 294 del Código Penal.

Respecto de esta agravante pueden exigirse los mismos requisitos que respecto del tipo de asociación que está sancionada por el art. 19 de la Ley 20.000, para lo cual puede verse el informe en Derecho de Héctor Hernández, titulado “Algunos aspectos de la ley N° 20.000”. Sintéticamente, el autor concluye lo siguiente:

En consecuencia, puede sostenerse que la agravante de formar parte de una agrupación o reunión de delincuentes sin incurrir en el delito de asociación ilícita no puede prescindir de la necesaria permanencia de la agrupación o reunión que es exigida por dicha figura delictiva, en particular en cuanto implica la finalidad de cometer un número indeterminado de delitos, porque tanto respecto del tipo asociativo como de la agravante esa nota es la única que permite una distinción segura y no meramente intuitiva con las hipótesis de co-autoría.

Algo diferente rige, en cambio, para las exigencias puestas al grado de organización del grupo. Pues si bien, como se ha dicho, un cierto grado de organización es inherente al ejecutar conjunto, no lo es que éste se exprese en una estructura jerárquica rígida ni en una disciplina vigorosa. Mientras que estas últimas exigencias han sido consideradas indispensables para la configuración del delito de asociación ilícita, tal como lo sugiere inequívocamente la diferente respuesta penológica para quienes ejercen mando y para quienes no lo hacen, no se aprecia que deba serlo también para una agravante que se construye vía simplificación de dicha figura delictiva. Sin que corresponda hacer aquí una valoración al respecto, puede constatar que con esto el legislador se hace cargo de una de las mayores dificultades probatorias que debe enfrentar el tratamiento de las imputaciones por asociación ilícita, como es que, más allá de una organización permanente, ésta se estructure de un modo relativamente complejo.

Así las cosas, debe concluirse que una agrupación o reunión de delincuentes en los términos del art. 19 letra a) es una agrupación más o menos permanente de sujetos concertados para la comisión de un número indeterminado de delitos, pero que no cuenta con el grado de organización propio de una asociación ilícita, en términos de jerarquía y disciplina internas.<sup>68</sup>

Naturalmente debe existir vinculación entre la asociación y el delito, esto excluye penar la mera asociación y la pura intención de asociarse sin que efectivamente se haya facilitado la comisión del delito. Esto por lo demás, es un tema que debe examinarse de cerca según las reglas de autoría y participación, así quedó en evidencia en la historia fidedigna de la ley:

Las indicaciones números 148, de los Honorables Senadores señores Chadwick, Frei y Girardi, y 149, del Honorable Senador señor Espina, intercalan, en el inciso primero, a continuación de la expresión “artículo 81,” la frase “por el sólo hecho de asociarse,”.

<sup>67</sup> Krause, *Sistemática*, p. 27.

<sup>68</sup> [Hernández Basualto, Héctor, “Algunos aspectos de la ley N° 20.000”, en \*Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2007\*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, p. 155.](#)

El Honorable Senador señor Chadwick señaló que existe una proposición del Ministerio Público para evitar caer en la figura de asociación ilícita, utilizando la de agrupación, que es de un estándar más bajo. [p. 623]

Por su parte, el Honorable Senador señor Letelier, expresó que él no es partidario de estos tipos penales, ya que lo que se penan son los actos.

Agregó que esta tentativa de asociación ilícita es propia de la ley sobre propiedad intelectual, tal vez no lo sería de en una ley sobre terrorismo o sobre narcotráfico.

El Ejecutivo propuso aprobar la indicación con modificaciones, acogiendo su propuesta, que es del siguiente tenor:

“Artículo 83. Tratándose de los delitos previstos en el artículo 81, la pena deberá ser aumentada en un grado si el imputado formare parte de una agrupación o reunión de personas para cometer dichos delitos, sin incurrir en los delitos de asociación ilícita.”.

- En votación las indicaciones números 148 y 149, son aprobadas, con modificaciones, conforme a la propuesta efectuada por el Ejecutivo, por cinco votos a favor y uno en contra. Votaron a favor los Honorables Senadores señores Coloma, Chadwick, García (como miembro de ambas Comisiones) y Vásquez. Votó en contra el Honorable Senador señor Letelier.<sup>69</sup>

#### 7.4. Reincidencia

El art. 82 de la LPI dispone lo siguiente:

Artículo 82. En caso de reincidencia de los delitos previstos en esta ley, se aplicarán las penas máximas contempladas para cada uno de ellos. En estos casos, la multa no podrá ser inferior al doble de la anterior, y su monto máximo podrá llegar a 2.000 unidades tributarias mensuales.

#### 7.5. Evaluación de los perjuicios

Al respecto la LPI establece lo siguiente respecto de la base de determinación de los perjuicios:

Artículo 85 A. El monto de los perjuicios a que se refiere este Título se determinará en base al valor legítimo de venta al detalle de los objetos protegidos.

Cuando se trate de objetos protegidos que no tengan valor de venta legítimo, el juez deberá prudencialmente determinar el monto de los perjuicios para efectos de aplicar la pena.

Este artículo plantea la interrogante de determinar cuáles son los tipos de bienes que tienen -valor de venta legítimo y aquellos que no lo tienen. Presumiblemente los primeros son aquellos que por la calidad de la reproducción probablemente se venderían a valor de mercado, los segundos serían aquellos que por su calidad de reproducción no pueden equipararse a aquellos originales que se venden en el mercado. De la historia de la ley esto es más o menos lo que puede concluirse al respecto:

Artículo 85 A

“Artículo 85 A. El monto de los perjuicios que se refieren en este Título se determinará en base al valor legítimo de venta al detalle de los objetos protegidos.

Cuando se trate de objetos protegidos que no tengan valor de venta legítimo, el juez deberá prudencialmente determinar el monto de los perjuicios para efectos de aplicar la pena.”.

La indicación número 153, del Honorable Senador señor Arancibia, plantea suprimirlo. [p. 626]

La Ministra de Cultura señaló que esta indicación se opone a todo el sistema de escalas en las penas, que se ha aprobado en el presente proyecto, y que, por lo tanto, debiese ser rechazada.

El Honorable Senador señor Chadwick explicó que, según lo propuesto por la indicación del Honorable Senador señor Arancibia, al suprimir el artículo la materia queda remitida a las reglas generales en materia de daños, que son más amplias.

Por su parte, el Honorable Senador señor Ruiz-Esquide destacó la necesidad de determinar qué se entiende por valor legítimo, concepto que no debiese ser expresado en dicha forma, ya que así expresado se estaría dando legitimidad al valor de mercado.

A su vez, el Honorable Senador señor Núñez se manifestó de acuerdo con lo expresado por el Honorable Senador señor Ruiz-Esquide, en consideración a que le parece inapropiado legitimar el valor del mercado.

El Honorable Senador señor Vásquez señaló que, en su opinión, la norma permite objetivar el criterio en materia de perjuicios. Por último, el asesor de la señora Ministra aclaró que el objetivo del artículo es regular el valor que se debe considerar a la hora de determinar los perjuicios, ya que existen fallos contradictorios, en los cuales se ha estimado como el monto

<sup>69</sup> “Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 624.

para calcular los daños el precio de los discos compactos piratas, es decir los mil pesos que cobran por cada CD en el comercio ilegal.

- En votación la indicación número 153 es rechazada por cinco votos en contra y dos abstenciones. Votaron en contra los Honorables Senadores señores García, Letelier, Núñez, Ruiz-Esquide y Vásquez. Se abstuvieron los Honorables Senadores señores Cantero y Pizarro.<sup>70</sup>

En todo caso, la forma de determinar el significado del valor legítimo o ilegítimo puede objetivarse tal como se ha expuesto en el punto **6.1.2.**, es decir, considerarse que la evaluación se hace respecto de lo que el imputado efectivamente obtuvo. Ahora bien, el caso es más complejo cuando se considera que el delito es de peligro respecto de los perjuicios, porque en estos casos la evaluación es hipotética, es decir, debe determinarse cuanto habría ganado el titular de haber ejecutado sus derechos patrimoniales.

Respecto a cuales otros factores puede el juez recurrir para determinar los perjuicios, el art. 85 de la LPI establece lo siguiente:

Artículo 85 E. Al determinar el perjuicio patrimonial el tribunal considerará, entre otros factores, el valor legítimo de venta al detalle de los bienes sobre los cuales recae la infracción.

El tribunal podrá, además, condenar al infractor a pagar las ganancias que haya obtenido, que sean atribuibles a la infracción y que no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios.

Con independencia de la existencia de un perjuicio patrimonial, para efectos de la determinación del daño moral, el tribunal considerará las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión, el menoscabo producido a la reputación del autor y el grado objetivo de difusión ilícita de la obra.

El inciso primero de este artículo no podría utilizarse como contra-argumento de la interpretación que se ha sugerido sobre la naturaleza del bien jurídico protegido desde el punto de vista penal. En efecto, si bien es indudable que la LPI establece un derecho a obtener una indemnización, independiente del efectivo daño a los derechos patrimoniales, y a consecuencia de producirse un perjuicio de carácter moral, este perjuicio a los derechos morales es independiente del perjuicio a los derechos patrimoniales, independientemente de cómo estos sean concebidos. De acuerdo a lo anterior es compatible con sostener la independencia de los perjuicios a los derechos patrimoniales la independencia de los perjuicios morales.

Por último se concede al titular la posibilidad de que se le entreguen los bienes objeto de explotación ilícita:

Artículo 85 F. Al hacer efectiva la indemnización de perjuicios, el tribunal podrá ordenar, a petición de parte y sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer terceros, la incautación y entrega al titular del derecho del producto de la recitación, representación, reproducción, ejecución o cualquier otra forma de explotación ilícita.

Esto debe interpretarse en el sentido el inciso segundo del art. 85 E, en el sentido de que sean ganancias "atribuibles a la infracción".

## **7.6. Disposiciones procesales penales**

Se entiende que las acciones previstas en el art. 85 B y C de la LPI, las tiene la víctima una vez que se ha dictado sentencia condenatoria:

Párrafo III

De las Normas Aplicables al Procedimiento Civil y Penal

Artículo 85 B. El titular de los derechos reconocidos en esta ley tendrá, sin perjuicio de las otras acciones que le correspondan, acciones para pedir:

- a) El cese de la actividad ilícita del infractor.
- b) La indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados.
- c) La publicación de un extracto de la sentencia, a costa del demandado, mediante anuncio en un diario de circulación comercial de la Región correspondiente, a elección del perjudicado.

Artículo 85 C. El tribunal, a solicitud del perjudicado, ordenará que los ejemplares que hubieren sido producto de alguna infracción o delito contenido en esta ley sean destruidos o apartados del comercio.

Estos ejemplares sólo podrán ser destinados a beneficencia por el tribunal cuando cuente con autorización del titular de los derechos. En este caso, el tribunal podrá decretar las medidas

<sup>70</sup> "Historia de la Ley N° 20435. Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual", Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 627.

necesarias para garantizar que no reingresen al comercio, ordenando el marcado de los ejemplares y decretando la prohibición de enajenarlos por parte del beneficiario.

En cuanto a las medidas precautorias que el ofendido dispone, estas se rigen por las reglas generales del CPP:

Artículo 85 D. El tribunal podrá ordenar, en cualquier estado del juicio, las siguientes medidas precautorias:

- a) La suspensión inmediata de la venta, circulación, exhibición, ejecución, representación o cualquier otra forma de explotación presuntamente infractora.
- b) La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados, incluyendo la prohibición de publicitar o promover los productos o servicios motivo de la presunta infracción.
- c) La retención de los ejemplares presuntamente ilícitos.
- d) La retención o secuestro de los materiales, maquinarias e implementos que hayan sido destinados a la producción de ejemplares presuntamente ilícitos, o de la actividad presuntamente infractora, cuando ello sea necesario para prevenir futuras infracciones.
- e) La remoción o retiro de los aparatos que hayan sido utilizados en la comunicación pública no autorizada, a menos que el presunto infractor garantice que no reanudará la actividad infractora.
- f) El nombramiento de uno o más interventores.
- g) La incautación del producto de la recitación, representación, reproducción o ejecución, hasta el monto correspondiente a los derechos de autor que establezca prudencialmente el tribunal.

En lo no regulado por el inciso precedente, la dictación de estas medidas se regirá por las normas generales contenidas en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Las medidas establecidas en este artículo podrán solicitarse, sin perjuicio de las medidas prejudiciales de los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, como medidas prejudiciales, siempre que se acompañen antecedentes que permitan acreditar razonablemente la existencia del derecho que se reclama, el riesgo de una inminente infracción y se rinda caución suficiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil.