

Delitos contra los derechos de autor en Chile

Criminal copyright infringement in Chile

ANDRÉS GRUNEWALDT CABRERA
Abogado Asociado, Silva y Cía.

RESUMEN El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis crítico de los delitos contra los derechos de autor y conexos contenidos en la Ley 17.336, adentrándose en el bien jurídico protegido, sus principales características, la escasa doctrina y jurisprudencia relevante existente, sus falencias, para terminar con una breve referencia a algunos aspectos procesales, todo ello teniendo en consideración el entorno tecnológico en el cual muchas veces dichos delitos son cometidos.

PALABRAS CLAVE Derecho de autor, delitos, *streaming*, *linking*, ripeo, *peer to peer*, Chile.

ABSTRACT The paper at hand aims to analyse from a critical point of view the copyright crimes set forth in Law 17.336, in a deep study of the legal interest protected, the main features of this kind of crimes, the few relevant case law and doctrine available, its pros and cons, and some procedural issues, having in mind the technological environment in which these crimes are often committed.

KEYWORDS Copyright, criminal infringement, streaming, linking, ripping, peer to peer, Chile.

1. INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual es una disciplina que —en el contexto de un mundo globalizado e interconectado, donde las nuevas tecnologías han pasado a ser parte de la vida cotidiana de las personas y de las empresas— juega un rol clave en el funcionamiento de la economía de los países.

La innovación, concepto tan escuchado por estos días, y que hoy maneja la economía global, descansa sobre la propiedad intelectual (Abbot y otros, 2001: 1). Prueba de ello es el hecho de que las principales empresas multinacionales tienen como sustento la protección de la propiedad intelectual de sus activos, como por ejemplo la industria farmacéutica, las empresas ligadas al mundo del entretenimiento o las compañías de tecnología.

En este escenario, los conflictos cuyo objeto es justamente la propiedad intelectual cobran particular importancia, siendo muchas veces bastante complejo determinar, por ejemplo, la existencia de una infracción específica en la cual sea posible imputar responsabilidades a los intervinientes. En este sentido, la venta de un disco compacto en la calle es mucho más simple que la existencia de una página web que se dedica a poner a disposición del público contenidos protegidos sin contar con autorización por parte de los titulares de los derechos de propiedad intelectual afectados.

En este escenario, el presente trabajo pretende revisar el tratamiento jurídico que la Ley 17.336 de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI) le ha dado a las infracciones criminales, analizando, entre otros aspectos, las modificaciones que tuvieron lugar el año 2010, la numerosa pero paradójicamente deficiente jurisprudencia existente, la escasa doctrina nacional, y los problemas que a diario los operadores jurídicos deben enfrentar cuando se topan con un caso de este tipo.

A fin de cumplir con tal objetivo, se propone en un comienzo la revisión del marco normativo aplicable, para luego analizar el bien jurídico protegido por esta clase de delitos, sus principales características, para posteriormente abocarse al estudio de los tipos penales contemplados en la LPI en particular, con sus principales falencias y algunas propuestas de mejoras, con referencia a jurisprudencia extranjera en determinados tópicos dado el déficit de fallos nacionales.

1.1. MARCO NORMATIVO

Como punto de partida, la propia Constitución Política en los incisos primero y segundo del artículo 19 número 25 asegura a todas las personas «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». De la lectura de los citados incisos es posible señalar que, a nivel constitucional, se consagra en forma expresa la propiedad artística e intelectual, la cual se materializa en el derecho del autor sobre las creaciones intelectuales y artísticas, contemplando una protección desde un punto de vista patrimonial y moral, mencionando como objeto de protección tanto la propiedad de la obra como los restantes derechos asociados, señalando a modo ejemplar la paternidad de la obra, la edición o autorización para hacerla pública, y la integridad de la misma.

A su vez, el Código Civil en los artículos 582 y siguientes, después de consagrar el derecho de propiedad sobre las cosas corporales, dispone que sobre las cosas incorporeales también existe una especie de propiedad, señalando en el artículo 584 que las producciones del talento o del ingenio son de propiedad de sus autores, la cual se regirá por leyes especiales. El cuerpo normativo especial al cual hace alusión el Código Civil es justamente la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual.¹

Ya desde la publicación de esta ley se contemplaban infracciones a los derechos de autor de tipo administrativo y también penal. Respecto de estas últimas, con una deficiente redacción —al punto de vulnerar los principios de legalidad y tipicidad penal— el artículo 79 del texto legal aprobado en aquella época señalaba que «los delitos de violación de los derechos de autor o los derechos conexos serán penados con multas de dos a diez sueldos vitales anuales, escala A, del departamento de Santiago». A su vez, el inciso segundo de la citada norma tipificaba —esta vez de un modo más detallado— el delito de falsificación de las planillas de ejecución, remitiéndose a las penas del delito de estafa, previsto en el artículo 467 del Código Penal.

1. Publicada en el *Diario Oficial* el 2 de octubre de 1970.

Por su parte, los artículos 80 y 81² describían infracciones vinculadas a la comercialización sin el debido registro de la obra y relacionadas con las obras pertenecientes al patrimonio cultural común, respectivamente, imponiendo en ambos caso sólo multas en sueldos vitales.

Esta deficiente tipificación de los atentados contra el derecho de autor cambia de manera importante con la publicación de la Ley 18.443 el 17 de octubre de 1985, la cual mediante la modificación de los artículos 78, 79, 80 letra b) y 82, estableció la primera gran reforma desde el punto de vista criminal, buscando brindar una mayor protección al titular de los derechos de autor y derechos conexos, tipificando para ello determinadas conductas que a juicio del legislador de la época afectaban de manera importante los derechos consagrados en la LPI, estableciendo penas privativas de libertad y también multas.

Posteriormente, el 5 de marzo de 1990 se publicó la Ley 18.957, que incorporó los programas computacionales dentro del objeto material de la conducta ilícita prevista en el artículo 80 letra b).

Una nueva reforma legislativa de relevancia tiene lugar el 19 de noviembre de 2003, fecha en la que se publicó la Ley 19.914, que tuvo por objeto introducir adecuaciones a diversas normas a fin de hacerlas concordantes con el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y los Estados Unidos de Norteamérica,³ introduciendo, por ejemplo, un nuevo tipo penal en el artículo 81 ter.⁴

Finalmente, el 4 de mayo de 2010 se publicó la Ley 20.435, considerada como la segunda gran reforma a la LPI desde un punto vista penal y procesal, al haber modificado varios tipos penales cuyo alcance se analizará en detalle más adelante al revisar la actual redacción de estos ilícitos.

2. Desde ahora en adelante, salvo mención en contrario, las referencias a artículos se entenderán hechas a las respectivas disposiciones de la Ley 17.336.

3. Este tratado se aprobó mediante Decreto 312 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual fue promulgado el 1 de diciembre de 2003 y publicado en el *Diario Oficial* el 31 de diciembre del mismo año.

4. «Artículo 81 ter. El que realice cualquiera de las conductas descritas en los literales a), b) y/o c) del artículo anterior sin autorización y a sabiendas que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos protegidos por esta ley, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 5 a 100 UTM.» Se hace presente que este artículo fue derogado por la Ley 20.435.

Por último, a nivel internacional, se destaca la existencia de acuerdos internacionales suscritos y firmados por nuestro país en esta materia,⁵ y la existencia de capítulos especiales dentro de los tratados de libre comercio que nuestro país ha firmado⁶ que regulan en forma detallada variados aspectos vinculados a la propiedad intelectual.

A nivel multilateral, se destaca el Convenio de Berna como tratado marco, el cual sentó las bases de las regulaciones internacionales posteriores, siendo hoy en día el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio —conocido bajo la sigla ADPIC, o TRIPS en idioma inglés— el instrumento multilateral más relevante sobre la materia, con una sección tercera relativa a la observancia de los derechos de propiedad intelectual en donde se regulan entre otros temas los procedimientos y recursos civiles y criminales, las llamadas medidas provisionales o precautorias, y las medidas de frontera.

5. A modo ejemplar es posible mencionar los siguientes acuerdos:

a) Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas promulgado por Decreto Supremo 266 de 1975 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el *Diario Oficial* el 5 de junio de 1975.

b) Convención Internacional para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, de los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión de 1961, promulgada por el Decreto Supremo 390 de 1974 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y publicada en el *Diario Oficial* el 26 de julio de 1974.

c) Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1967, contenido en el Decreto Supremo 265 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el *Diario Oficial* el 23 de mayo de 1975.

d) Convención Universal sobre Derecho de Autor aprobada en Ginebra en 1952, promulgada por el Decreto Supremo 75 de 1955 del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile y publicada en el *Diario Oficial* el 26 de julio de 1955.

e) Acuerdo de Marrakech, contenido en el Decreto Supremo 16 de 1995 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el *Diario Oficial* el 17 de mayo de 1995. Por medio de este acuerdo se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), y dentro de sus Acuerdos Anexos se establece en su Anexo 1C el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio.

6. Dentro de los múltiples acuerdos de libre comercio que Chile ha firmado, se destaca el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica y el Acuerdo de Asociación con la Comunidad Europea, aprobado mediante Decreto Supremo 28 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el *Diario Oficial* el 1 de febrero de 2003.

1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Antes de entrar a analizar el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, es importante tener presente que la LPI utiliza la expresión «propiedad intelectual» para referirse en realidad a los derechos conferidos a los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, es decir, la ley consagra y protege los derechos de autor como asimismo los derechos conexos a éste.⁷

Lo anterior descansa justamente en el artículo primero de la LPI, del cual se desprende que lo protegido por la citada norma son los derechos que, por el sólo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras literarias, artísticas y científicas, como asimismo los derechos conexos que ella determina, para señalar luego en el inciso segundo que el derecho de autor comprende los derechos patrimoniales y morales, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra.

Esta última frase es sumamente importante, ya que la ley protege por un lado el derecho patrimonial del autor, el cual conforme el artículo 17 de la LPI confiere a su titular las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros. A su vez, el artículo 14 de la LPI consagra el derecho moral del autor, el cual se traduce en la posibilidad de reivindicar la paternidad de la obra; oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación hecha sin su expreso y previo consentimiento; mantener la obra inédita; entre otras prerrogativas.⁸

7. La afirmación anterior es de suma relevancia, ya que está zanjado a nivel doctrinario que la propiedad intelectual es un género que comprende al menos el derecho de autor y la propiedad industrial, situación que no se produce en nuestro país, donde a la luz de la regulación prevista tanto en la Constitución Política como también en la LPI, la propiedad intelectual tiende a vincularse en forma errónea únicamente a los derechos de autor (De la Maza, 2006: 53-74). En similar sentido, el profesor colombiano Martín Uribe Arbeláez sostiene que la propiedad intelectual es un género que comprende los derechos de autor, la propiedad industrial, el *know how* o secreto empresarial, los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales y la propiedad intelectual indígena (Uribe, 2005: 44). En este sentido, cada vez que en este trabajo se realice una referencia al derecho de propiedad intelectual, en realidad se estará haciendo una referencia al derecho de autor en toda su extensión.

8. La protección del derecho de autor desde esta doble perspectiva, patrimonial y moral, se conoce en derecho comparado como la teoría dualista (Ferreti, 2008: 25).

En base a lo anterior, frente a la disyuntiva de determinar cuál es el bien jurídico protegido por los delitos establecidos en los artículos 79 y siguientes de la LPI, si bien en principio es posible sostener que lo que se tutela es el derecho de propiedad intelectual, a la luz de la misma Constitución y de la Ley de Propiedad Intelectual, lo que en realidad se protege es el derecho de autor, incluyendo desde luego los derechos conexos a éste.

A nivel jurisprudencial se ha podido constatar la aplicación del mismo criterio, pudiendo citar a modo referencial un fallo de nuestra Excelentísima Corte Suprema, la cual conociendo de un recurso de casación en el fondo señaló en su parte pertinente que, atento lo planteado, los hechos de la causa, y comprensivos tanto la acusación de oficio formulada en contra del acusado, como la particular del Servicio de Impuestos Internos, se enmarcan en las dos hipótesis típicas que se han mencionado, esto es, el artículo 80 letra b) de la Ley 17.336 y artículo 97 número 9 del Código Tributario, normas que no pueden estimarse en relación de especialidad desde que ellas protegen bienes jurídicos diversos, el primero dice relación con la protección de la creación intelectual en sus diversas formas y el segundo el orden público económico, ambos si bien emergen de las mismas conductas, y por tanto existen en razón de la unidad fáctica establecida en autos, ellas no se excluyen y por tanto deben ser objeto de diversa valoración jurídica, y sujetas su correcta calificación a las dos normas penales indicadas, cuya punitiva está dada por el artículo 75 del Código Penal, tal cual lo plantea el recurrente.⁹

Por lo demás, en este mismo sentido han razonado diversos autores en el derecho comparado, sosteniendo por ejemplo en España que el objeto de protección jurídico penal «lo constituye en principio el conjunto de facultades inherentes a la persona del autor por el sólo hecho de la creación de su obra y las facultades de explotación y disposición libre de la misma, es decir, el derecho de autor» (Bajo y Bacigalupo, 2001: 436).

Despejado el tema principal, esto es, la determinación del bien jurídico protegido, surge a continuación la necesidad de delimitar el alcance de esta expresión en el ámbito penal. Si bien —como ya se señaló— nuestro ordenamiento jurídico consagra el derecho de autor desde una

9. Excelentísima Corte Suprema, rol 3415-05, fallo dictado en el marco de un recurso de casación en el fondo el 10 de enero de 2007.

doble perspectiva, patrimonial y moral, resulta pertinente preguntarse si la protección penal abarca las dos vertientes del derecho de autor, se inclina por una en desmedro de la otra, o bien derechamente protege una sola de ellas. Para responder esta pregunta es necesario revisar la tipificación y los distintos elementos que conforman los ilícitos penales que la LPI consagra, ya que por regla general la utilización de elementos subjetivos del tipo¹⁰ y elementos normativos¹¹ surgen como verdaderos indicios para establecer el ámbito de protección de la norma penal.

De la revisión de distintos delitos aparece en principio una inclinación hacia la protección del derecho de autor desde un punto de vista patrimonial. Prueba de ello es la utilización de expresiones como «ánimo de lucro» en el artículo 81; la referencia a los derechos conexos al derecho de autor (los cuales tienen un contenido netamente patrimonial); o la referencia que el artículo 79 letra a) hace al artículo 18 a la hora de tipificar las conductas punibles, norma última que se encuentra dentro del primer párrafo del capítulo V, referido justamente a los derechos patrimoniales de autor.

En forma paralela, también es posible encontrar —aunque en menor medida— atisbos de protección penal al derecho moral del autor en el mismo artículo 79 letra a), el cual no obstante remitirse al artículo 18, el que como ya se señaló se encuentra dentro del párrafo de los derechos patrimoniales, consagra como derecho exclusivo del autor en la letra c) la adaptación de la obra o su utilización en cualquier forma que entrañe

10. Siguiendo al profesor Bacigalupo, el desvalor de la acción del delito doloso en el ámbito subjetivo puede no agotarse en el dolo. En efecto, en ciertos casos se requiere, además del conocimiento y voluntad de la realización del tipo, que el autor haya actuado con una determinada intención, una determinada motivación o un determinado impulso (Bacigalupo, 1999: 336).

11. Dentro de las clasificaciones de los elementos del tipo, una de ellas distingue entre los elementos descriptivos y los normativos. Mientras los primeros son aquellos que el autor puede conocer y comprender predominantemente a través de sus sentidos, en los segundos lo que predomina es una valoración, por ende, no pueden ser percibidos sólo mediante los sentidos. Los elementos normativos se clasifican a su vez en culturales y jurídicos. Mientras los primeros requieren una valoración que se realiza con normas culturales ajenas al derecho (por ejemplo, honestidad, valor artístico), los segundos exigen una valoración realizada, precisamente, en relación con una norma jurídica (por ejemplo, cónyuge, cosa mueble, matrimonio, edición, reproducción) (Cury, 2005: 280).

una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, lo que apunta a la integridad de la obra; o la tipificación de manera imperfecta (como se explicará más adelante) de la figura de plagio en el artículo 79 bis, la cual desde luego busca proteger la paternidad de la obra.

En base a todo lo anteriormente expuesto, es posible sostener que el bien jurídico protegido por los delitos contemplados en la LPI es el derecho de autor (incluidos los derechos conexos) en su vertiente eminentemente patrimonial, sin perjuicio de existir delitos que de alguna forma protegen el contenido moral de este derecho.¹²

Sin perjuicio de tratarse de un bien jurídico predominantemente patrimonial de naturaleza individual, resulta importante también señalar que algunos autores han extendido su alcance a otra esfera, sosteniendo que las conductas que atentan contra la propiedad intelectual también afectan la economía nacional, ya que desincentiva a los creadores a usar su talento para el impulso y el progreso del país, relacionándose de manera directa con la libre competencia y la competencia desleal. Además, afectarían a la hacienda pública mediante la evasión de impuestos frente a las miles de transacciones irregulares que a diario se hacen en el marco del fenómeno que comúnmente se ha denominado «piratería».

Los anteriores argumentos permitirían conectar esta clase de delitos con aquellos que atentan contra el orden socioeconómico, incluyéndose dentro de la esfera del derecho penal económico (Rodríguez, 2007: 120-39). Ésta por lo demás es la postura que tomó el legislador español en el Código Penal de 1995, al incluir estos delitos dentro del título XIII, relativo a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, específicamente en el capítulo XI, sobre los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.¹³

12. Una interesante discusión sobre este punto se produjo en España con la entrada en vigencia del Código Penal de 1995. En efecto, si bien hasta antes de la entrada en vigencia de este cuerpo legal existía consenso en orden a la protección penal del derecho de autor en su doble manifestación, la situación cambió a la luz de la nueva redacción de los delitos contemplados en los artículos 270 y siguientes, debido principalmente a la inclusión del ánimo de lucro y el perjuicio a terceros como elementos del tipo penal, lo cual fue interpretado por la doctrina mayoritaria como un vuelco hacia una protección penal netamente patrimonial del derecho de autor (Martínez, 2005: 158-60; Muñoz Conde, 2002: 474-6).

13. Esta decisión del legislador español ha sido criticada por gran parte de la doctrina,

Sin entrar de lleno a esta discusión, que sobrepasa la finalidad de este trabajo, se estima que, sin perjuicio de compartir ciertos argumentos de esta postura, es posible sostener que los fundamentos para incardinar estos delitos dentro del orden socioeconómico se ajustan de mejor forma a los delitos contra la propiedad industrial, existiendo efectos en el campo de la propiedad intelectual pero más difusos y vinculados a otras temáticas —distintas de las penales— dentro del derecho de propiedad intelectual.

1.3. CARACTERÍSTICAS DE ESTOS DELITOS

Como punto de partida, resulta interesante constatar que los ilícitos contra la propiedad intelectual se encuentran regulados en el segundo párrafo, relativo a los delitos contra la propiedad intelectual, dentro del capítulo II, referido a las acciones y procedimientos, en los artículos 78, 79, 79 bis, 80 y 81, contemplando el primero de ellos una infracción administrativa y las restantes normas ilícitos penales.

Llama la atención el hecho de que la agrupación de delitos realizada en el artículo 79 sin un hilo conductor o un nexo que permita explicar su agrupación en una sola norma, contemplando cinco delitos en cada una de sus letras que tipifican conductas de utilización, falsificación, omisión de información, o el otorgamiento indebido de licencias. Estos delitos contienen, ya sea en su misma redacción o bien mediante el reenvío a otras disposiciones de la ley, una exhaustiva y extensa regulación de las conductas típicas, utilizando de manera recurrente elementos normativos jurídicos del tipo, cuyo sentido y alcance se encuentra en otros pasajes de la misma ley, siendo necesario hacer un barrido por toda la LPI para complementar y delimitar el alcance de la conducta punible respectiva. Ejemplos de ello es posible constatar en el artículo 79 letra c), figura que castiga la falsificación de una «planilla de ejecución» cuya definición se encuentra descrita en el artículo 5 letra r); o en el artículo 79 letra a), el cual se remite al artículo 18 de la ley para la determinación de los verbos rectores.

la cual ha señalado que esta opción se debe más bien a una finalidad político criminal que no se funda en la tutela del bien jurídico técnicamente tutelado, sino más bien en la idea de sistematizar y reunir las llamadas propiedades especiales (Martínez, 2005: 160).

En relación con lo anterior, una de las falencias más importantes que posee el artículo 79, la cual va a ser abordada con mayor detalle más adelante, es la ausencia de elementos subjetivos adicionales del tipo, lo cual se traduce en el establecimiento de figuras sumamente amplias, las cuales abarcan gran parte de la regulación del derecho de autor y los derechos conexos. Esta forma de redacción en la práctica resulta un tanto excesiva y extensiva, en especial teniendo en cuenta que se está en presencia de figuras penales, situación que se ve agravada por el taxativo tratamiento que la ley contiene en materia de excepciones al derecho de autor, las cuales no se ajustan en determinadas situaciones a la realidad actual de la propiedad intelectual y a las nuevas tecnologías.

En cuanto al sujeto activo de estos delitos, en términos generales es posible afirmar que pueden cometerse por cualquier persona, salvo algunas excepciones, como por ejemplo el artículo 79 letra d), el cual necesita que sobre el sujeto activo recaiga la obligación de rendición de cuentas a que se refiere el artículo 50. A su vez, el sujeto pasivo de este delito se identifica en términos generales con el autor, es decir, la persona que crea una obra, y el titular del derecho de autor, el cual se define como la persona a la que pertenece el derecho de autor sobre la obra.

Esta distinción tiene importancia, ya que de la lectura de los artículos 14 y 15 es posible sostener que el titular del derecho de autor no goza de los derechos morales, los que le pertenecen en forma exclusiva al autor, salvo que esta titularidad recaiga en el cónyuge sobreviviente o en los sucesores abintestato por transmisión por causa de muerte (Herrera, 1999: 54), lo cual puede llegar a ser bastante relevante en materia penal ya que, como se verá más adelante, hay ciertas figuras que protegen el derecho moral del autor, situación en la cual el carácter de víctima sólo podrá recaer en el autor de la obra.

Por otro lado, también es posible agrupar dentro del sujeto pasivo a los titulares de los derechos conexos al derecho de autor, los cuales según lo dispuesto en los artículos 65 y siguientes se vinculan con los artistas, intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión y televisión.

Siempre dentro de la determinación del sujeto pasivo, resulta interesante constatar la dificultad para su determinación en el delito previsto en el artículo 80, ya que este ilícito protege las obras del patrimonio cultural común, las cuales según lo dispone el inciso final del artículo 11

pueden ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra. En este sentido, frente a un ataque a este tipo de obras sería la sociedad toda la que se ve afectada.¹⁴

En cuanto a la naturaleza de estos delitos, sin perjuicio de las dificultades que conlleva la clasificación de figuras que en ocasiones pueden presentar características disímiles, en general es posible sostener que se trata de delitos de mera actividad, en los cuales la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y, por lo tanto, no se produce un resultado separable de ella (Roxin, 2003: 328), pudiendo citar a modo ejemplar las figuras descritas en los artículos 79, 80 y 81.

Por su parte, es posible sostener en términos generales que se trata de delitos de lesión, los cuales requieren que el objeto de la acción sea realmente dañado para estar en presencia de un hecho consumado (Roxin, 2003: 336).

En efecto, a la luz del bien jurídico protegido delimitado en el punto anterior, las conductas descritas en los artículos 79 y siguientes lesionan en forma efectiva los derechos de autor, los cuales por lo demás nacen por el sólo hecho de la creación de obra unido a su exteriorización, generándose la protección del mismo por el tiempo que señala en artículo 10 de la ley. Sin perjuicio de lo anterior, existen algunas conductas que se podrían encuadrar dentro de los delitos de peligro, como por ejemplo la segunda hipótesis del artículo 81 inciso primero de la LPI, la cual sanciona al que tenga para comercializar especies que vulneran la propiedad intelectual, no siendo necesario que se verifique el acto de comercialización para estar en presencia de un delito consumado.

En cuanto a las penas que la LPI establece, se trata de simples delitos, en atención a la existencia de penas privativas de libertad que no superan la sanción de presidio o reclusión menor. También se contemplan multas, las cuales se expresan en unidades tributarias mensuales (en adelante UTM). Llama la atención el hecho de no existir uniformidad a la hora de determinar la penalidad asociada a estos delitos, lo cual se ve graficado, por ejemplo, en el artículo 79, que consagra una regla para determinar la pena por tramos similar a la consagrada para el delito de hurto en el Código Penal, mientras que el resto presenta una penalidad fija.

14. En este mismo sentido, Mahú (1999).

1.4. ESTADÍSTICAS

Durante los años 2007 a 2012 se ha verificado el siguiente número de ingresos por este delito:

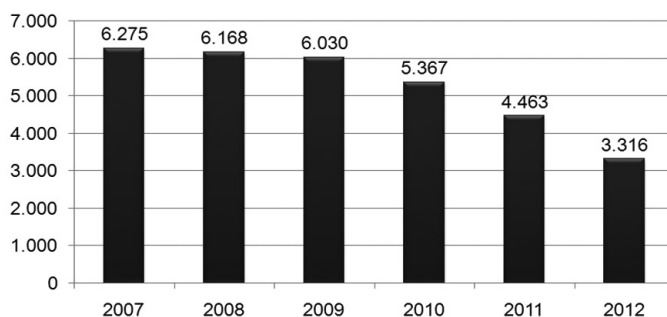


Gráfico 1. Delitos ingresados por propiedad intelectual.

Fuente: Ministerio Público de Chile.

A primera vista, llama poderosamente la atención la importante baja que este tipo de delitos ha sufrido en los últimos años. Si bien existen algunos factores que podrían influir en esta curva decreciente, como por ejemplo el fortalecimiento de la persecución de estos delitos mediante la creación de la Brigada Investigadora de Delitos contra la Propiedad Intelectual el año 2008, o bien el efecto preventivo del endurecimiento de las penas el año 2010 por la Ley 20.435, se estima que la principal causa de esta aparente baja radica en el crecimiento exponencial de las nuevas tecnologías.

En efecto, hoy en día muchos consumidores por ejemplo de películas o *software* piratas que adquirirían dichos productos en la calle, han modificado su patrón de conducta, bajando los mismos contenidos a través de Internet, o mirando las películas vía *streaming* en páginas lícitas como Netflix o ilícitas como Cuevana. Lo anterior, sumado al exponencial aumento de la penetración de Internet en nuestro país¹⁵ y el incremento de

15. Conforme a datos entregados el año 2013 por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la penetración de Internet en Chile llegó a 44,4 por cada 100 habitantes, 9,3 puntos porcentuales más que el semestre anterior. Un dato relevante se relaciona con la conectividad 3G, la cual ha alcanzado 31,6 conexiones por cada 100 habitantes en el primer semestre de 2013 (fuente: <http://www.subtel.gob.cl/images/stories/apoyo_articulos/notas_prensa/informe_seriesq2_2013_vfinal2.pdf>).

la velocidad de banda ancha promedio,¹⁶ dan como resultado el traslado de la piratería desde la calle a Internet, con la dificultad para detectar, denunciar, configurar y perseguir este tipo de ilícitos que las nuevas tecnologías plantean.

En base a lo anterior, da la impresión que la tendencia decreciente en el ingreso de estos delitos no refleja necesariamente una baja efectiva en su comisión. Por otro lado, es importante hacer presente que no es necesario modificar toda la legislación, incluyendo los tipos penales, por el hecho de que estos delitos se cometan por medios tecnológicos. La misma regulación cobra plena vigencia y aplicación en un entorno digital, sin necesidad de grandes cambios.

2. DELITOS CONTEMPLADOS EN LA LPI

Dada la pluralidad de comportamientos que la Ley de Propiedad Intelectual tipifica, no resulta fácil reducir estas conductas a categorías científicamente inteligibles y merecedoras de una exposición sistemática y correcta, por lo que para efectos de analizar cada una de ellas se optó por seguir el orden numérico de sus artículos, descartando la agrupación de figuras atendida la existencia de elementos comunes o derechos protegidos.

2.1. INFRACCIÓN CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 78

«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.»

Como punto de partida, la LPI consagra una figura genérica, que no describe conducta alguna, remitiéndose a las infracciones a la presente ley y las contravenciones a su reglamento, técnica legislativa que si bien es utilizada en otro tipo de legislaciones,¹⁷ plantea la interro-

16. Según el Barómetro Cisco 2.0, la banda ancha promedio en Chile creció de 7,13 Mbps en 2012 a 7,68 Mbps en 2013, siendo líderes en Sudamérica. En efecto, Brasil presenta un promedio de 4,88 Mbps, Colombia 2,51 Mbps y Argentina sólo 2,40 Mbps (fuente: <http://www.df.cl/velocidad-de-conexion-a-internet-suben-chile-y-triplica-a-argentina/prontus_df/2013-10-23/213442.html>).

17. A modo meramente ejemplar, podemos citar el artículo 18 del Decreto Supremo

gante en orden a determinar la naturaleza penal o administrativa de esta figura.

Para responder esta pregunta, en primer lugar resulta necesario acudir a un principio básico de derecho penal, acuñado originariamente por Feuerbach, que señala lo siguiente: *nullun crimen, nula poena sine legem*, es decir, no hay crimen ni pena sin que previamente una ley así lo haya determinado.

Esta regla se materializa en nuestra legislación por medio del principio de legalidad, consagrado a nivel constitucional en el artículo 19 número 3 inciso final de la Constitución, el cual señala que «ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella»; y a nivel legal en el inciso primero del artículo 1 del Código Penal, el cual dispone que «es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley». Este principio se traduce en que sólo una ley formalmente dictada con anterioridad al hecho puede determinar que esa conducta es delito, la sanción aplicable y, quizás la característica más importante para estos efectos, la ley debe contener descripción expresa y precisa del hecho punible, aspecto último que en doctrina se conoce como *principio de tipicidad*, que es más bien una especificación del principio de legalidad vinculado a la descripción el hecho punible (Garrido, 2005: 34).

En este sentido, es importante tener presente que, en términos generales, la estructura de una norma penal se compone de dos partes: la definición del supuesto de hecho punible y el establecimiento de la consecuencia jurídica o sanción. En ocasiones parte de esta estructura (generalmente parte del supuesto de hecho) no se contiene en la propia ley penal, sino que ésta se remite a una norma distinta, la cual puede ser de igual o menor jerarquía, dando origen a las llamadas leyes penales en blanco (Muñoz Conde y García Arán, 2004: 112). A nuestro juicio, el artículo 78 ni siquiera podría catalogarse como una ley penal en blanco,

4.363, el cual en su parte pertinente dispone que «el empleo del fuego en contravención a lo establecido en el artículo anterior y en el reglamento a que dicho precepto se refiere, será sancionado administrativamente con una multa de hasta doce sueldos vitales mensuales para el empleado particular de la industria y el comercio del departamento de Santiago». Lo interesante es que en el citado cuerpo jurídico, además de la citada infracción administrativa, se establecen tipos penales.

ya que se requiere que la norma al menos entregue una descripción genérica del hecho punible, situación que no ocurre en este caso, existiendo una remisión absoluta a la LPI y su reglamento en términos bastante genéricos. En este sentido, y siguiendo en este punto a Etcheberry (1992: 53), es posible sostener que la redacción del artículo 78 atenta contra el principio de tipicidad, al no estar descrita expresamente la conducta en la norma, constituyendo más bien una infracción de tipo civil.

En efecto, este artículo ha sido aplicado en varias oportunidades por jueces civiles en el marco de demandas presentadas generalmente por la Sociedad Chilena del Derecho de Autor, en las cuales se solicita por un lado una indemnización de perjuicios por el no pago del royalty por la utilización de obras que forman parte de su repertorio y, por otro, la aplicación de la multa en comento.

2.2. DELITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 79

Esta norma contempla cinco hipótesis delictivas, las cuales abordan ámbitos de protección distintos, imponiendo para todas ellas una pena gradual en atención al perjuicio sufrido.

Artículo 79 letra a): infracción al derecho de autor

«Artículo 79 letra 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.»

a) Sujeto activo. En cuanto al sujeto activo, la norma utiliza la expresión «el que», por lo que puede ser cualquier persona, no siendo necesario ostentar alguna calidad especial para cometer este ilícito. Incluso, es posible que el propio autor pueda cometer una infracción cuando se trate de una trasgresión vinculada a los derechos patrimoniales, en el evento que haya cedido su derecho a otra persona que ostente la calidad de titular del derecho de autor.

b) Falta de autorización. A continuación, señala que la conducta debe ser realizada sin estar expresamente facultado para utilizar la obra, condición que para Etcheberry «es una simple referencia redundante a la necesaria antijuricidad de todo delito, puesto que si el sujeto está expre-

samente facultado su conducta estará justificada conforme al artículo 10 número 10 del Código Penal, y se limitará a ejercer legítimamente su derecho. A lo más pudiera pensarse que la ley no se satisface con una autorización tácita o presunta, sino que exige que se manifieste en términos formales y explícitos. Debe ser dada por la ley, o bien por el titular del derecho respectivo, y siempre que la ley no prohíba la disponibilidad del derecho respectivo» (Etcheverry, 1992: 515; compartida por Mahú, 1999).

Al respecto, de una interpretación armónica de las distintas disposiciones de la LPI, la facultad para utilizar una obra puede tener origen en la autorización del titular del derecho de autor prevista en el artículo 18 y regulada en el artículo 20,¹⁸ o bien, en una autorización legal, mediante las excepciones al derecho de autor previstas en los artículos 71 letra a) y siguientes.

Sobre el particular, se estima que la frase «sin estar expresamente facultados para ello» utilizada por el legislador se encuentra expresada en términos generales, incluyendo desde luego una autorización convencional o legal, formando parte del tipo penal al estar expresamente incluida en su redacción. En base a lo anterior, en el evento que una persona utilice una obra amparada en la autorización previa del titular del derecho o en una excepción expresamente establecida en la ley, la conducta sería atípica, por faltar justamente uno de los elementos del tipo penal, no teniendo mayor sentido catalogar la conducta como típica para posteriormente sostener la antijuricidad de la misma.¹⁹

La adopción de una postura u otra tiene algunas consecuencias, siendo quizás una de las más relevantes los efectos que se generan en el tratamiento del error, ya que si se opta por sostener que el consentimiento o la autorización legal integra el tipo, el error sobre éste debería recibir el tratamiento de un error de tipo, para después resolver sobre su eventual

18. El inciso primero del artículo 20 señala: «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».

19. En la doctrina nacional se pronuncia en este mismo sentido Moreira (2006: 12). En el derecho comparado español esta misma postura ha sido adoptada de forma mayoritaria, pero limitada a la falta de autorización del titular, principalmente porque el tipo penal del artículo 270 del Código Penal señala en forma expresa como elemento del tipo penal la falta de autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual (Martínez, 2005: 161; Bajo y Bacigalupo, 2001: 443).

inevitabilidad por parte del sujeto activo y así catalogar como típica la conducta. En cambio, si se sostiene que el consentimiento o la autorización legal forma parte de la antijuricidad de la conducta, se configuraría como una causal de justificación, debiendo por ende recibir el tratamiento de un error de prohibición, con todo lo que ello implica.

Es importante tener presente que en el caso de que la autorización del titular sea otorgada con posterioridad a la realización de la conducta típica, si se cumplen con los restantes elementos del delito, éste de todas formas se podría configurar, pudiendo la autorización tardía plantearse, a lo sumo, como una circunstancia atenuante de responsabilidad penal.

c) Objeto material. Respecto del objeto material, se salvaguardan las obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas,²⁰ esto es, las obras señaladas genéricamente en el artículo 1 y descritas en el artículo 3, siendo importante destacar el hecho de que, conforme lo dispone el artículo 1, la ley le otorga protección a los titulares del derecho de autor por el sólo hecho de la creación de la obra unida a su exteriorización, no siendo necesario la inscripción en algún registro especial para gozar de la protección legal, situación que, por ejemplo, no ocurre en materia de propiedad industrial, donde para ser titular de una marca comercial o una patente de invención necesariamente se requiere realizar una inscripción ante el Instituto Nacional de Propiedad Industrial para acceder a la protección que la Ley 19.039 contempla.

En este punto resulta interesante citar un caso conocido por el Juzgado de Garantía de Iquique, en que se sorprendió a una persona con 1.120 docenas de toallas, las cuales contenían figuras similares a Barbie, El Demonio de Tasmania, Winnie The Pooh, El Conejo de la Suerte y La Dama y El Vagabundo, sin la rotulación y los empaques utilizados en productos genuinos de estas figuras. Frente a estos hechos, la Fiscalía presentó un requerimiento para proceder conforme a las normas del

20. Sobre este punto, Herrera señala: «Por obra intelectual debemos entender la producción de la inteligencia, en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera sea su forma de expresión y que reúna los requisitos de creatividad y originalidad. Dentro de este concepto se incluyen también la adaptación, traducción y demás transformaciones. A modo de ejemplo, la LPI en su artículo 3 señala algunas de ellas, sin que esa enumeración agote el catálogo de obras protegidas» (1992: 191).

juicio simplificado, imputando entre otros el delito previsto en la letra a) del artículo 79.

El tribunal absolvió al imputado, siendo pertinente citar los argumentos esgrimidos en el considerando séptimo, referidos al objeto material del delito en comento, señalando:

Se ha formado controversia en cuanto a la legislación aplicable al caso, sostiene el Ministerio Público y querellante que lo sería la ley de propiedad intelectual, en tanto, la defensa indica que lo sería la de propiedad industrial, dada la naturaleza de las prendas en cuestión [...] de la interpretación armónica de estas normas, concluye el suscrito, que estas toallas de reproducción masiva y estandarizada, no constituyen una obra literaria, científica o artística, última expresión que pudiera tener alguna semejanza, pero que a concepto de esta magistratura se refiere a un hipótesis distinta a la que nos convoca, requiriendo que la inteligencia humana aplicada a la materia o cuerpos reúna el carácter y calificación de arte como resultado, asemejándose al concepto de únicos como lo serían *La Monalisa*, de Leonardo, *El pensador* de Rodan, etcétera, pero en lo absoluto podemos concluir que es obra artística cuyos derechos son protegidos durante la vida del creador y hasta setenta años después, la reproducción y aplicación masiva y estandarizada de colores con figuras sobre un género.²¹

En este caso, el tribunal comete un craso error al confundir la obra intelectual —en este caso, los dibujos de Disney— con el objeto material sobre el cual recae la obra, esto es, una toalla. La protección del derecho de autor se encuentra en la obra y no en el objeto material sobre el cual ésta recae.²² Por lo demás, consagra un alto estándar de originalidad

21. Juzgado de Garantía de Iquique, RIT 5270-2004, fallo dictado el 16 de diciembre de 2006.

22. Adicionalmente, este fallo aborda el fenómeno de la protección acumulada dentro de la propiedad intelectual, tema que en materia penal debiera ser tratado bajo las normas y principios que rigen esta disciplina, esto es, verificar si eventualmente existe un concurso de delitos o de leyes penales, aplicando las normas contenidas tanto en el Código Penal, como en el Código Procesal Penal. Esta afirmación se sustenta además en el artículo 89 de la LPI, norma que se encuentra dentro del capítulo referido a las contravenciones y sanciones, disponiendo que «los derechos otorgados por esta ley a los titulares de derechos de autor y conexos, no afectan la protección que les sea reconocida por la Ley de Propiedad Industrial y otras disposiciones legales vigentes que no se deroguen expresamente».

sin entregar mayores justificaciones respecto de su procedencia, lo que resulta bastante cuestionable. En efecto, la LPI no regula este importante tema, por lo que no existe fundamento legal alguno para sostener el alto estándar de originalidad que este juez argumenta.

d) *Verbos rectores*. En cuanto al verbo rector, nos encontramos con una ley penal en blanco,²³ ya que si bien se emplea la expresión «utilizar», en realidad los verbos rectores y las conductas se encuentran descritas en las cinco hipótesis del artículo 18 de la ley, norma que, ubicada dentro del capítulo V del título I referido a los derechos patrimoniales, consagra las facultades del titular del derecho de autor, siendo éste el sujeto pasivo del delito en comento.

d.1) *Publicación y comunicación al público*. La letra a) se refiere a la publicación de una obra 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.

Como punto de partida, se sanciona la publicación de una obra, concepto que se encuentra definido en el artículo 5 letra o), norma que señala lo siguiente: «publicación de una obra, interpretación o ejecución fijada o de un fonograma significa la oferta al público de la obra, interpretación o ejecución fijada o del fonograma, con el consentimiento del titular del derecho, siempre que los ejemplares tangibles se ofrezcan al público en cantidad suficiente».

Llama la atención la última frase de la definición, la cual si bien apunta más bien a fonogramas, de su lectura se puede extraer el hecho de que las obras se deben ofrecer al público en una cantidad suficiente, concepto que a nuestro juicio cobra especial relevancia en materia penal, ya que frente a la amplitud y detalle de los delitos contra la propiedad intelectual, tanto éstas como las restantes conductas deben cumplir entre otros con el *principio de proporcionalidad*, el cual se traduce en el hecho

23. Para el profesor Tiedemann, el empleo de leyes penales en blanco es característico del derecho penal económico, sobre todo en tipos penales del derecho penal complementario, es decir, fuera del Código Penal, donde las verdaderas normas de conducta no son para nada expresadas en el tipo penal, sino en disposiciones separadas del tipo penal o en otra ley, alejándose incluso en ocasiones del concepto tradicional de ley penal en blanco (Tiedemann, 2007: 24).

de que la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político-criminales perseguidos (Etcheberry, 2005: 49).

d.1.1) Streaming. La letra a) también sanciona la comunicación al público, concepto que se encuentra definido en el artículo 5 letra v) como «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».

Esta norma permitiría, en principio, sancionar conductas de *streaming* no autorizado, concepto que es definido por la enciclopedia libre Wikipedia como «la distribución de multimedia a través de una red de computadoras de manera que el usuario consume el producto al mismo tiempo que se descarga. La palabra *streaming* se refiere a una corriente continua (sin interrupción) [...] Esto se contrapone al mecanismo de descarga de archivos, que requiere que el usuario descargue por completo los archivos para poder acceder a su contenido».²⁴

En este sentido, en el evento de que uno o más sujetos realicen actos positivos encaminados a comunicar de forma masiva contenidos protegidos por el derecho de autor sin contar con autorización alguna, mediante una página web que posibilite el acceso directo y expedito al contenido, se podría sostener la existencia de una infracción al artículo 79 letra a), en relación al artículo 18 letra a) de la LPI. Adicionalmente, es importante tener presente que para que se esté frente a una comunicación pública no es necesario que los destinatarios de la misma se encuentren reunidos en un mismo lugar, pudiendo acceder en el tiempo y lugar que los usuarios estimen pertinente, lo cual calza perfecto con la utilización masiva de un servicio de *streaming* en cientos o miles de hogares conectados a Internet.

A nivel jurisprudencial, la investigación de mayor connotación pública en nuestro país fue el denominado «caso Cueva». En efecto, mediante el sitio web <www.cueva.tv>, se ofrecía al público la posi-

24. Véase <<http://es.wikipedia.org/wiki/Streaming>>.

bilidad de ver más de 2.500 películas y aproximadamente 250 series de televisión con prácticamente todos sus episodios, mediante *streaming* con una muy buena calidad.

Los contenidos se encontraban almacenados y alojados en diversos servidores, y en definitiva lo que Cuevana hacía era ofrecer una plataforma en la cual mediante sólo un par de clics era posible acceder libre, gratuitamente y en la misma página, sin necesidad de abrir una segunda página en el computador del usuario, a un vasto catálogo de series y películas cuyo derecho de reproducción y principalmente comunicación al público estaba siendo vulnerado.

El caso fue objeto de una acción criminal, la cual terminó con la detención del imputado, su formalización y el posterior término de la investigación mediante una suspensión condicional del procedimiento en la cual se establecieron las siguientes condiciones: destrucción de los discos compactos que contenían las reproducciones cinematográficas y de series televisivas de las cuales el imputado no mantenía autorización de los titulares de las obras, efectuar dos charlas tituladas «El arte y la propiedad intelectual» en liceos de Pudahuel y abstenerse de realizar actividades en la página web <www.cuevana.tv> como administrador o usuario, lo que sería controlado por la unidad de Ciberdelito de la Policía de Investigaciones.²⁵

Lamentablemente —como es la tónica en estos delitos— la gran mayoría de los casos complejos termina mediante salidas tempranas o alternativas,²⁶ lo cual impide elaborar una jurisprudencia de calidad que sirva de guía para interpretar de mejor forma los elementos del tipo.²⁷

25. Resolución dictada por el Primer Juzgado de Garantía de Santiago el 8 de mayo de 2012 en causa RIT 1091-2012.

26. Esto conforme a la información estadística entregada por el Ministerio Público de Chile.

27. Si bien en los casos de mayor gravedad se estima que el establecimiento de una sanción penal sería adecuado, también es importante tener presente que la proliferación de este tipo de páginas es un fenómeno bastante complejo y que presenta múltiples razones, siendo quizás una de las más importantes la incapacidad de la industria del entretenimiento para adecuar sus productos a las nuevas tecnologías, lo cual genera que frente a una falta de oferta de calidad, muchos usuarios opten por ver contenidos en páginas que no tienen las licencias respectivas para comunicarlos al público, lo cual si bien no es un eximente de responsabilidad, es una realidad que explica en parte el problema. Una

d.1.2) Linking. Un segundo tema controvertido se refiere a la posible sanción a nivel criminal de conductas vinculadas con el *linking*, esto es, la actividad de utilizar texto o imágenes en un sitio web con el objeto de posibilitar el acceso a otro documento o bien a un contenido en Internet. Sin ir más lejos, Internet funciona en base a constantes enlaces de contenidos, por lo que es una herramienta clave en el entorno digital actual.

El tratamiento de los enlaces en Internet es un tema tan amplio que justifica la existencia de un artículo independiente sobre la materia, excediendo con creces su tratamiento en el presente trabajo. Asimismo, la eventual existencia de una infracción por el hecho de enlazar un contenido protegido es un tema complejo²⁸ y en varios casos bastante dudoso que debe ser analizado caso a caso.²⁹

Sin perjuicio de lo anterior, una hipotética infracción tendría que sustentarse en el derecho de comunicación al público o bien en el derecho de reproducción, dependiendo de la participación del eventual infractor en proceso de vincular un contenido, el que básicamente se desarrolla en una primera etapa en la cual se pone a disposición del público el material protegido por el derecho de autor; una segunda consistente en el hecho de suministrar un *link* a fin que sea posible acceder a ese contenido; y una tercera en la cual el usuario accede al servidor donde se encuentra almacenado el contenido en cuestión.

A su vez, un hipotético caso probablemente tendría que apoyarse en una forma comisiva en base a la hipótesis de autoría del artículo 15 número 3 del Código Penal, norma que sanciona como autores a los que, concertados para la ejecución del delito, facilitando los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

crítica en la línea de la falta de adecuación de la industria, pero vinculada a la música, se encuentra en Ruiz (2008: 71-2).

28. Hace sólo un par de meses, en España se presentó un proyecto de ley que modifica diversas normas del Código Penal, siendo una de ellas la vinculada con los delitos contra el derecho de autor, buscando sancionar, entre otras conductas, a los administradores de páginas web que, con ánimo de lucro, se dediquen a enlazar contenido protegido por derechos de autor. Para más antecedentes, véase el proyecto en la página web del Congreso Español, paradójicamente, bajo el siguiente enlace: <http://www.congreso.es/public_oficiales/10/cong/bocg/a/bocg-10-a-66-1.pdf>.

29. Sin ir más lejos, aunque con una finalidad netamente académica y de investigación, en el presente trabajo se incluyen varios enlaces en el listado de referencias.

Sin perjuicio de ello, esta norma plantea algunos problemas que deberán analizarse caso a caso.

En nuestro país no existe doctrina ni jurisprudencia que aborde el tema, por lo que resulta necesario acudir al derecho comparado para tener más luces, destacándose varios fallos contradictorios en España que han condenado en algunos casos y absuelto en otros.

A modo meramente ejemplar, resulta interesante citar un fallo de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual confirmó el sobreseimiento definitivo dictado por el Cuarto Juzgado de Instrucción de la misma ciudad. En su parte pertinente, la Audiencia señaló que la empresa denunciada, de nombre Sharemule, únicamente proveía el servicio de enlaces, sin llegar a alojar archivos ni realizar directamente la descarga, limitándose únicamente a facilitar una dirección donde se puede descargar la obra, conducta que a juicio del citado tribunal no infringe la propiedad intelectual.³⁰

En similar sentido se ha pronunciado el Séptimo Juzgado Mercantil de Barcelona, el cual al rechazar la responsabilidad civil de los administradores del sitio web <www.elrincondejesus.com>, señaló en su parte pertinente: «En definitiva, no hay que olvidar que se trata de un mero intercambio de archivos entre particulares, sin ánimo de lucro directo o indirecto (pues difícilmente puede establecerse una necesaria relación de causalidad entre descarga y ausencia de compra de la obra) a través de un medio como es la red de Internet, que a diferencia de otras tecnologías obsoletas (intercambio o copia de cassette a cassette), se ha tornado masivo y de ámbito mundial, como también lo es la distribución, por el mismo medio, publicidad, acceso y comunicación autorizada de obras por sus autores y gestores con los correspondientes beneficios económicos y de difusión cultural».³¹

En sentido contrario se pronunció el Juzgado de lo Penal número 4 de Castellón, el cual en el considerando segundo señaló: «El argumento de las defensas en el sentido de que al ser contenidos que están en la red son contenidos accesibles para cualquiera y que los acusados se limitaban a

30. Audiencia Provincial de Madrid, causa 582/2008, fallo dictado con fecha 11 de septiembre de 2008.

31. Séptimo Juzgado Mercantil de Barcelona, procedimiento 261/2009, sentencia 67/10, fallo dictado el 9 de marzo de 2010.

informar de que las obras estaban disponibles en otro servidor (similar, dicen, a la reseña de películas de un periódico) no es admisible en ningún caso. Con su intervención técnica y tras haber indexado, clasificado y comentado las obras, lo que hacían era poner a disposición de manera directa la descarga. Es decir, era su actuación directa y no su labor de intermediación la que lograba el resultado del acceso a la obra en cuestión. En este sentido entendemos con los recurrentes que esta actuación directa está contemplada en la LPI art. 20 como un supuesto de comunicación pública y que en tal sentido configura el tipo penal que refleja el art. 270 CP». ³²

d.2) Reproducción. La letra b) sanciona la reproducción de la obra por cualquier procedimiento, expresión que se encuentra definida en la letra u) del artículo 5 como la «fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento».

Conforme al artículo 18, la ley entrega al titular del derecho de autor y a quien él autorice el derecho de reproducir una obra, por lo que en principio no resulta posible realizar una copia de una obra sin contar con la autorización del titular. Esta regla general presenta excepciones que se encuentran taxativamente enunciadas en los artículos 71 A y siguientes, consagrando en términos generales el denominado derecho de cita de fragmentos breves de obras; reproducciones realizadas en beneficio de personas con discapacidad visual, auditiva, o de otra clase que le impidan el normal acceso a la obra; excepciones vinculadas a obras de arquitectura, monumentos y obras que se encuentren en lugares públicos; reproducciones vinculadas a bibliotecas y archivos sin fines lucrativos; reproducciones con fines educacionales; la copia de un programa computacional necesaria para su uso; y la reproducción provisional de una obra.

La inexistencia de elementos subjetivos adicionales que permitan limitar el tipo penal, sumado a un sistema de excepciones taxativas y de derecho estricto, permiten constatar un serio problema: nuestra legislación no consagra ni permite hacer una copia privada de una obra sin ánimo de lucro ni fines comerciales, derecho que sí se encuentra establecido con

32. Juzgado de lo Penal número 4 de Castellón, Juicio Oral 161/11, Sentencia 453/13, fallo dictado el 30 de octubre de 2013.

determinadas limitaciones en tratados internacionales sobre la materia³³ y en legislaciones comparadas, como por ejemplo la norteamericana mediante el «fair use»³⁴ y la española mediante la «copia privada».³⁵

Otro tema relevante en esta materia se vincula a la necesidad de una reproducción total o parcial de la obra. En otras palabras, surge la pregunta en orden a determinar si es necesaria la copia de un 100% de la obra para estar frente a una infracción criminal, o basta reproducir parte de ella.

Lamentablemente no existe doctrina ni jurisprudencia nacional que aborde de buena forma este tema, sin perjuicio de lo cual, siguiendo la doctrina norteamericana, la respuesta acerca del porcentaje de la obra suficiente para estar frente a una infracción se encuentra en el criterio de similitud sustancial, el cual acude a criterios cualitativos y cuantitativos. En efecto, la sustancialidad en ocasiones no va a estar necesariamente vinculada a una apropiación de un porcentaje relevante de la obra, sino más bien a los elementos sustanciales que la constituyen.

Al menos la definición de reproducción del artículo 5 letra u), al referirse a la realización de copias, señala que pueden ser de toda o parte de

33. Los tratados internacionales en esta materia por regla general le entregan a cada uno de los Estados la facultad (no obligación) de permitir la reproducción de una obra, siempre que no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (artículo 9 del Convenio de Berna). Similar situación se presenta a nivel europeo, donde la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 22 de mayo de 2001, entrega a los diferentes Estados la facultad de incorporar una serie de excepciones al derecho de autor, dentro de las cuales se encuentra la copia privada (véase Malmierca, 2005).

34. En los Estados Unidos de Norteamérica el denominado «fair use» se encuentra reconocido en el artículo 107 de la Copyright Act.

35. La Ley de Propiedad Intelectual española fue reformada algunos años atrás por la Ley 23/2006, la cual vino a perfeccionar la regulación de la copia privada en el artículo 31, señalando en el numeral segundo: «No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador». Disponible en <<http://www.boe.es/boe/dias/2006/07/08/pdfs/A25561-25572.pdf>>.

la obra, lo que al menos podría servir para sostener que no se requiere una copia literal.

En el derecho norteamericano, la similitud sustancial ha tratado de ser resuelta mediante varias fórmulas, siendo el test de abstracción (patrones comunes que funcionan en una obra)³⁶ y la comparación entre estructura general, secuencia y organización no necesaria o única para el funcionamiento general de la obra,³⁷ los más utilizados.

d.2.1) Ripeo. Frente a la copia de un disco compacto original en un disco en blanco, por ejemplo para tener esa copia en el automóvil, o frente a la transformación de todas o algunas de las canciones del mismo disco original en un archivo para poder escucharlo en un reproductor de música digital, actividad comúnmente conocida como «ripeo», en estricto rigor el sujeto estaría haciendo una copia sin contar con la autorización del titular del derecho ni estar amparado bajo alguna excepción, cumpliendo por ende con este elemento objetivo del tipo penal.

Sin perjuicio de lo anterior, se estima que conductas de esta naturaleza, al menos en materia penal, deben cumplir con mucho más que un requisito objetivo del tipo para que sean punibles, debiendo desde luego tener presente el cumplimiento de los elementos subjetivos del tipo penal y adecuarse a los principios generales del derecho penal que resultan aplicables en este caso, siendo pertinente citar el principio de lesividad u ofensividad, el cual exige que la conducta desplegada por el agente atente de forma efectiva contra el bien jurídico protegido. Adicionalmente, la afectación al bien jurídico ya descrito debe tener cierta importancia o significancia, en armonía con el principio de proporcionalidad ya mencionado y explicado (Grunewaldt, 2008: 375).

De la mano con los anteriores principios se encuentra el de adecuación social, el cual fue desarrollado originariamente por Welzel el año 1939, señalando que aquellas acciones que se mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético social de la vida en comunidad, y que por lo tanto son socialmente adecuadas, no pueden

36. El fallo más relevante en este punto en el derecho norteamericano es *Nichols v. Universal Pictures Corp.* 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

37. Este criterio se utiliza principalmente frente a usos indebidos de programas computacionales, siendo uno de los casos más relevantes *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*, 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986).

encajar nunca en el tipo, aunque atendido su tenor literal se las pudiera subsumir en el mismo. Esta teoría, desarrollada en extenso al interior del derecho penal alemán, encuentra varios detractores, principalmente por la imprecisión de sus criterios, la peligrosidad que implica para la seguridad jurídica, la superflua relación con los métodos reconocidos de interpretación, y su alejamiento del principio de legalidad (Roxin, 2003: 293).³⁸

En este punto, resulta importante tener presente que la protección a los bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico contempla no se realiza únicamente mediante el derecho penal, debiendo cooperar con esta finalidad todo el ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista, el derecho penal es la última de todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución judicial social del problema, como por ejemplo acciones de tipo civil o infracciones administrativas, las cuales se encuentran expresamente contempladas al interior de la LPI. Es por esto que la doctrina en forma unitaria señala que la sanción penal es la «última ratio» de la política social, debiendo aplicarse en forma subsidiaria en los términos anteriormente planteados (Roxin, 2003: 65).

La norma anteriormente citada se encuentra en sintonía con un principio procesal que se aplica desde hace algunos años en nuestro país en el marco del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio: el *principio de oportunidad*, el cual faculta al Ministerio Público, frente a la noticia de un hecho punible o incluso ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, a no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o política criminal (Horvitz y López, 2003: 48).

Sobre este importante principio, Maier ha señalado: «la aplicación del principio de oportunidad no resulta una postulación injusta, por referencia a la igualdad ante la ley de todos los habitantes, propia del Estado de derecho, sino, por el contrario, un intento por conducir la selección según fines concretos (uno de ellos puede ser, precisamente,

38. En este sentido, este autor distingue las llamadas acciones insignificantes y socialmente toleradas de modo general, perteneciendo a este grupo, por ejemplo, el pequeño regalo que se hace al cartero a fin de año, los juegos de azar con apuestas muy pequeñas o las injurias expresadas dentro del núcleo familiar.

corregir la aplicación práctica desigual de la ley), sin dejarla abandonada al arbitrio o al azar» (Maier, 2004: 835).

En base a lo anterior, la hora de sancionar conductas como las descritas mediante la imputación de un ilícito penal, sin perjuicio de la acreditación de los elementos objetivos del tipo, se debe tener en cuenta los elementos y principios anteriormente descritos, lo cual desde luego debe ser estudiado caso a caso.

Recapitulando, si bien resulta bastante discutible sostener la aplicación del principio de adecuación social propuesto por Welzel, el cual debido a su imprecisión genera una inseguridad jurídica que puede resultar peligrosa, además de lesionar el principio de legalidad imperante en nuestro sistema penal, se estima que a la hora de determinar si, por ejemplo, la realización de la copia de las canciones de un disco fonográfico en formato digital puede ser sancionada al interior del derecho penal, más que detenerse en el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo, el factor clave radica en verificar si el bien jurídico protegido se encuentra efectivamente lesionado, si esta lesión tiene la significancia o envergadura que la haga merecedora de un reproche penal, y si dentro del ordenamiento jurídico existen otras vías para contener esta situación.

A la luz de estas últimas consideraciones, resulta sumamente discutible y dudoso sancionar la realización de una copia digital de un fonograma, lo cual no obsta a que dicha situación pueda generar eventuales responsabilidades de tipo civil.

d.2.2) Copias RAM. Otro tema vinculado a las nuevas tecnologías y la reproducción se relaciona con la existencia de las copias RAM, las cuales conforme a la Electronic Frontier Foundation «son los archivos que se copian automáticamente en las computadoras (en la memoria RAM o en un búfer de vídeo, etcétera) durante el curso de operaciones rutinarias».³⁹

Desde un punto de vista técnico, es necesario hacer copias temporales de prácticamente todos los contenidos que visualizamos en nuestros dispositivos electrónicos, lo que desde luego genera problemas a la hora de determinar posibles infracciones al derecho de reproducción, en especial respecto de la temporalidad de la copia, las cuales en ocasiones

39. Véase <http://www.hiperderecho.org/wp-content/uploads/2013/04/tpp_copias-temporales.pdf>.

se almacenan segundos o minutos en un computador para luego ser eliminadas.

La LPI contempla una excepción expresa frente a este tipo de copias en el artículo 71 O, permitiendo la reproducción provisional de una obra sin necesidad de autorización del titular, siempre que sea transitoria o accesoria, forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y tenga 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.

En el evento que se cumplan con los requisitos que la norma señala, se estaría frente a un eximente de responsabilidad penal, siendo importante recalcar el hecho de que debe tratarse de una finalidad lícita, por lo que esta excepción no procedería, por ejemplo, frente al intercambio no autorizado de obras protegidas en Internet.

Lamentablemente no existe jurisprudencia ni doctrina sobre el tema, siendo pertinente referirse brevemente a un par de fallos norteamericanos a fin de ilustrar de mejor forma el tratamiento de las copias temporales. El primer pronunciamiento relevante es el caso *MAI Systems Corp v. Peak Computer, Inc.*, en el cual el acusado ofrecía el servicio de reparación de computadores, actividad que implicaba la realización de copias temporales del sistema operativo en la memoria RAM. Para la Corte del Noveno Circuito, la carga del *software* en la memoria RAM vulneraba el derecho de reproducción del titular, conclusión que significó incluso la introducción de una nueva excepción en la ley derecho de autor norteamericana a fin de permitir las copias que son necesarias para ejecutar un *software*.⁴⁰

Otro caso sumamente relevante es *Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc.*, en el cual la empresa Cablevisión fue objeto de una demanda por parte de varios titulares de derechos de autor por el ofrecimiento de servicios de DVR, un equipo ayudaba a grabar, adelantar y retroceder contenidos, mediante servidores conectados entre sí. La demanda señaló en su presentación que el búfer de datos de *streaming* creaba copias en la memoria RAM no autorizadas, fuera de las copias de obras en los discos duros de la empresa Cablevisión.

40. *MAI Systems Corp. v Peak Computer Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993). Para más detalles sobre este fallo, véase Leaffer (2010: 302).

La denunciada fue finalmente absuelta, siendo uno de los principales argumentos el hecho de que las copias no cumplían con el requisito de fijación exigido en la ley, ya que estaban solamente unos segundos en los servidores para luego ser transmitidas a otros servidores y así sucesivamente en cadena hasta llegar nuevamente al primer servidor.⁴¹

d.3) Adaptación. La letra c) se refiere a la adaptación de la obra a otro género, o a la utilización en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción.

Si bien esta letra se encuentra dentro del artículo 18, referido a los derechos patrimoniales del autor, de su lectura se desprende más bien que lo protegido es la integridad de la obra, derecho que a su vez forma parte del ámbito moral, el cual como ya se señaló en su oportunidad sólo puede ser vinculado al autor de la obra y no al titular del derecho de autor de la obra.

d.4) Ejecución pública. La letra d) consagra el derecho a ejecutar públicamente una obra mediante la emisión por radio o televisión en cualquier soporte material y por cualquier medio, facultad que también debe ser interpretada a la luz de las excepciones al derecho de propiedad intelectual que la ley contempla, en particular la prevista en el artículo 71 N, el cual dispone que «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».

d.5) Distribución. Por último, la letra e) consagra 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, norma que debe relacionarse con la letra q) del artículo 5, que define la distribución como «la puesta a disposición del público del original o copias tangibles de la obra mediante su venta o de cualquier otra forma de transferencia de la propiedad o posesión del original o de la copia».

41. *Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008). Para más detalles sobre este fallo, véase Leafer (2010: 301).

Ambas letras fueron agregadas el año 2003 por la Ley 19.914, constituyendo una importante modificación que vino a llenar un vacío legal frente a ciertas conductas vinculadas al fenómeno de la piratería que hasta esa fecha eran consideradas atípicas. Esto, ya que el antiguo delito de piratería, previsto en el derogado artículo 80 letra b) de la LPI, limitaba su objeto material a determinados elementos,⁴² quedando fuera, por ejemplo, las prendas de vestir que contenían figuras protegidas por el derecho de autor, los libros,⁴³ los juguetes y otros objetos que se encuentran protegidos por la LPI.

Sin perjuicio de lo anterior, con la redacción del actual delito de piratería en el artículo 81, el cual presenta un objeto material amplio, la citada modificación pasó a ser secundaria.

d.6) Artículo 18 inciso final: agotamiento del derecho. Por último, resulta sumamente importante citar el inciso final del artículo 18, el cual dispone que «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». Este inciso consagra el sistema de agotamiento de los derechos de propiedad intelectual, siendo pertinente aclarar en forma previa los distintos sistemas que se reconocen en derecho comparado, para luego revisar la postura que nuestro país adoptó.

En materia de propiedad intelectual existen distintos sistemas para abordar el alcance del monopolio legal del titular, surgiendo el concepto del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual, el cual puede ser de tipo territorial o nacional, regional o internacional (Álvarez, 2006: 331-56; Madrid, 2005).

El agotamiento nacional o territorial es el más estricto de los tres sistemas. Bajo este mecanismo el derecho del titular se agota después de la primera comercialización de los productos protegidos dentro de los límites del Estado donde se encuentra reconocido el derecho, pero no cuando la comercialización se ejecuta fuera del país. En otras palabras,

42. El objeto material de este delito se circunscribía a fonogramas, videogramas, discos fonográficos, cassetes, videocassetes, filmes o películas cinematográficas o programas computacionales.

43. Cabe tener presente que en materia de libros la Ley 19.227 establecía un tipo penal en el artículo 11, al cual se hará una breve referencia más adelante.

el titular no puede impedir que la mercancía una vez puesta en el mercado sea comercializada dentro de la geografía nacional por cualquier distribuidor en las condiciones y lugares que éste estime, respetando desde luego las reglas de la competencia desleal, sin embargo, su derecho recobra vida o no se entiende agotado cuando la mercancía es puesta en el comercio en un segundo país, y una tercera persona intenta importarla al país del titular.⁴⁴

A su vez, el agotamiento regional se produce cuando el titular de los derechos realiza la primera venta del producto en una región determinada, manteniendo la facultad de prevenir su ingreso a la región cuando la puesta en el comercio se haya hecho por fuera de la región de que se trate. Éste es el caso de la Comunidad Europea.

Por último, bajo la teoría del agotamiento internacional, una vez que el titular del derecho ha puesto su mercancía en el comercio y recibido el valor de la misma, pierde cualquier posibilidad de control o intervención sobre su destino, siendo irrelevante el lugar de la comercialización del bien legítimo. Éste es el sistema que ha sido adoptado por la Comunidad Andina,⁴⁵ y también por nuestro país mediante la dictación de la Ley 19.914, por medio de la cual se consagró de forma expresa tanto en la Ley de Propiedad Intelectual como en la Ley de Propiedad Industrial el agotamiento internacional de los derechos, posibilitando la realización

44. Si bien hasta hace poco Estados Unidos era el principal defensor de este sistema, al menos en materia de derecho de autor la situación cambió drásticamente hace unos meses con la dictación por parte de la Corte Suprema de un importantísimo fallo que aceptó el agotamiento internacional de los derechos de autor. En efecto, en *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons*, 568 U.S. (2013), fallo dictado el 19 de marzo de 2013, la Corte determinó que los titulares de derechos de autor no pueden prohibir la reventa dentro del país de libros originales que eran traídos por un estudiante desde Tailandia para ser comercializados en Estados Unidos a través de eBay.

45. La Decisión 486 de la Comunidad Andina adopta esta postura en materia de propiedad industrial. Si bien el artículo 158 de la citada Decisión se refiere a marcas, igual es útil citarlo para efectos de conocer el criterio: «Artículo 158. El registro de una marca no dará el derecho de impedir a un tercero realizar actos de comercio respecto de un producto protegido por dicho registro, después de que ese producto se hubiese introducido en el comercio en cualquier país por el titular del registro o por otra persona con consentimiento del titular o económicamente vinculada a él, en particular cuando los productos y los envases o embalajes que estuviesen en contacto directo con ellos no hubiesen sufrido ninguna modificación, alteración o deterioro».

de «importaciones paralelas», siendo perfectamente posible comercializar obras protegidas por la LPI en los términos que establece el inciso final del artículo 18.

La postura del legislador va por el camino correcto y encuentra sus fundamentos en la propia Constitución, la cual si bien consagra y reconoce el monopolio legal que se entrega al titular del derecho de autor para utilizar y disponer de su obra por un tiempo determinado, el alcance de esta facultad debe interpretarse teniendo en cuenta otras garantías vinculadas a la libre circulación de los bienes, como, por ejemplo, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, y la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

e) *Faz subjetiva*. La norma no contempla ningún elemento subjetivo especial, por ende, aplicando las reglas generales, la conducta deberá ser cometida con dolo, esto es, el sujeto activo debe conocer los distintos elementos objetivos del tipo penal y querer realizar la conducta descrita. Ésta es una de las principales falencias que presenta este tipo penal, ya que su redacción es tan amplia que, en teoría, cualquier vulneración a los derechos patrimoniales de autor podría ser constitutiva de una infracción penal. Por lo mismo, resulta sumamente difícil diferenciar una infracción administrativa de tipo civil a un delito que puede llegar a tener una pena privativa de libertad.

En este sentido, resulta necesario introducir un elemento subjetivo adicional que limite y permita aplicar este injusto frente a las afectaciones más graves al bien jurídico protegido, tal cual como se establece en el derecho comparado. En este sentido, resulta pertinente citar a la profesora española Luz María Puente, la cual señala que «partiendo de que se prohíben las mismas modalidades de comportamiento en la Ley de Propiedad Intelectual y en el Código Penal, es exigible configurar algún elemento distintivo en uno de los dos textos legales, puesto que en ellos se prevén consecuencias legales de muy distinta naturaleza [...] ha de ser la norma penal la que prevea el elemento distintivo necesario, de acuerdo con el carácter de ‘ultima ratio’ del derecho penal» (Puente, 2008).⁴⁶

46. En este mismo artículo se presenta una interesante discusión sobre si el perjuicio debe ser efectivo o potencial, y sobre el carácter de elemento objetivo o subjetivo del tipo.

Dicho lo anterior, se debiera introducir la expresión «fines comerciales» como elemento subjetivo adicional, a la luz de las obligaciones internacionales que Chile ha contraído en esta materia, siendo pertinente citar dos cuerpos normativos clave: por un lado el artículo 17.22 del Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante, TLC), el cual dispone que se deberá establecer sanciones penales para la infracción maliciosa al derecho de autor y derechos conexos con fines de beneficio comercial o ganancia económica; y por otro, el artículo 61 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, el cual obliga a los Estados miembros a establecer procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de infracciones lesivas del derecho de autor a escala comercial.

Por último, se descarta la configuración de figuras culposas, las cuales son excepcionales en nuestra legislación, requiriendo una alusión expresa a los conceptos de culpa o negligencia, cosa que en el caso del tipo penal en análisis no ocurre.

f) Antijuricidad. Respecto de la antijuricidad formal de la conducta, en base a los argumentos ya señalados, se estima que la autorización del titular del derecho de autor o la posibilidad de utilizar la obra vinculada a una excepción legal, forma parte del tipo penal, por estar expresamente señalada en su redacción, descartando la existencia de una causal de justificación.

Por otro lado, en cuanto a la acreditación de la antijuricidad material de la conducta punible, frente a la amplitud del delito previsto en la letra a), resulta de suma importancia acreditar la efectiva lesión al bien jurídico protegido delimitado en el subtítulo anterior.

Artículo 79 letra b): infracción a los derechos conexos

Artículo 79 letra b). «El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los

Teniendo en cuenta los verbos rectores, la autora señala que el perjuicio potencial pareciera ser la respuesta, sin perjuicio que serán los tribunales los que deberán desarrollar a fondo este elemento del tipo.

titulares de los derechos conexos, con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios establecidos en el título II».

a) *Sujeto activo*. En cuanto al sujeto activo, la norma nuevamente utiliza la expresión «el que», pudiendo cometer este delito cualquier persona penalmente imputable. A continuación, la norma señala que la conducta debe ser realizada «sin estar expresamente facultado» para utilizar la obra, remitiéndose a los comentarios realizados al tratar este punto en la letra a) relativo a la inclusión como elemento del tipo de esta autorización voluntaria o legal.

b) *Verbo rector*. En cuanto al supuesto de hecho que la norma plantea, aparece nuevamente una ley penal en blanco, haciendo una referencia a los derechos conexos al derecho de autor que, de acuerdo al artículo 65 y siguientes, son los que la ley otorga a los artistas, intérpretes y ejecutantes para permitir o prohibir la difusión de sus producciones y percibir remuneración por el uso de las mismas; los otorgados a los productores de fonogramas; y a los organismos de televisión y radiodifusión.

En cuanto a los productores de fonogramas, la ley en los artículos 67 y siguientes les otorga el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por hilo o por medios inalámbricos, del fonograma o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en dicho fonograma.

Además, detentan el derecho de autorizar o prohibir la reproducción, el arrendamiento, el préstamo y demás utilidades de sus fonogramas, incluyendo la distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su fonograma que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley, frase última que consagra nuevamente como limitación el agotamiento internacional del derecho ya explicado a propósito del artículo 79 letra a).

En otras palabras, la comercialización y/o distribución de fonogramas obtenidos de forma lícita, en virtud del agotamiento internacional del derecho, se encontraría autorizada, no siendo pertinente aplicar la figura penal en comento.

Los derechos de estos titulares deben interpretarse a la luz de las excepciones consagradas en la ley, siendo nuevamente relevante la limitación prevista en el artículo 71 N, el cual dispone que «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».

En base a lo anterior, en el evento que, por ejemplo, una persona o entidad difunda un fonograma por la radio u otra forma de comunicación, y ésta no se realice en los lugares señalados en el contexto previsto en el artículo 71 N, la citada conducta cumpliría con los elementos objetivos del tipo, debiendo ver si se cumplen los restantes elementos para evaluar si la conducta podría ser sancionada penalmente.

A su vez, en el caso de fonogramas falsificados o que no cumplan con los requisitos que la ley establece, es importante tener presente que la reproducción, distribución al público, introducción al país, o la adquisición o tenencia con fines de venta de fonogramas, realizada con ánimo de lucro, se encuentra expresamente tipificada en el artículo 81, por lo que en virtud del principio de especialidad, debiera aplicarse esta última norma en desmedro del artículo 79 letra b).

En el caso del *peer to peer*, surge la duda frente a conductas que se realicen mediante la puesta a disposición del público, por hilo o por medios inalámbricos, del fonograma o sus interpretaciones o ejecuciones en un contexto digital, en especial por medio de redes de ordenadores *peer to peer* (o p2p), esto es, redes que aprovechan, administran y optimizan el uso de banda ancha que acumulan de los demás usuarios en una red por medio de la conectividad entre los mismos usuarios participantes de la red, obteniendo como resultado mucho más rendimiento en las conexiones y transferencias que con algunos métodos centralizados convencionales, donde una cantidad relativamente pequeña de servidores provee el total de banda ancha y recursos compartidos para un servicio o aplicación. Estas redes son útiles para muchos propósitos, pero se usan muy a menudo para compartir toda clase de archivos que contienen audio, video, texto, *software* y datos en cualquier formato digital (Carey y Rodríguez, 2006: 95-120).

Frente a la posibilidad de encuadrar la conducta realizada por un usuario *uploader* de una red p2p en el tipo penal contemplado en la letra b) del artículo 79, en principio dicha situación cumpliría al menos con los elementos objetivos del tipo, en la medida en que mediante el acto de subir a la red una reproducción digital de un determinado fonograma y ponerlo a disposición del público en los términos del artículo 67 bis,

estaría utilizando la obra por alguna de las formas y con algunos de los fines establecidos en el título II de la LPI; concretamente, en primer lugar reproduciendo la obra, y en segundo poniéndola a disposición del público por medios inalámbricos, de forma que cada miembro del público —los cuales en este caso se identifican con los usuarios de la red p2p— pueda tener acceso a dicho fonograma.

Sin perjuicio de lo anterior, no obstante poder cumplir —según el caso concreto— con los elementos objetivos del tipo, estimamos importante reiterar los argumentos expresados en la letra a) del artículo 79, principalmente por el hecho de tratarse de hipótesis que, para ser sancionadas dentro del campo penal, deben cumplir con los elementos subjetivos del tipo y tener como referencia los principios de lesividad, proporcionalidad y última ratio ya descritos.

En este sentido, e insistiendo en el hecho de que las normas deben ser aplicadas teniendo en cuenta el caso concreto, se estima que el desvalor de la acción y la afectación al bien jurídico pueden ser efectivamente dañados frente a sujetos que ponen a disposición del público una cantidad importante de archivos que contienen copias de fonogramas sin cumplir con los requisitos ni contar con los permisos que la ley exige.

Por último, en tercer lugar la norma también sanciona conductas vinculadas a los organismos de radiodifusión y televisión, los cuales conforme al artículo 69 gozan del derecho de autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones y la reproducción de las mismas, teniendo además derecho a retribución por la retransmisión de las emisiones de dichos organismos o su comunicación al público en locales a los que éste tenga libre acceso.

La situación anteriormente descrita cobra especial importancia frente a la proliferación de sitios de Internet administrados por personas que, sin tener la autorización del titular del derecho conexo recién descrito, transmiten espectáculos deportivos (principalmente partidos de fútbol) o películas de estreno, vulnerando desde luego la regla prevista en el artículo 69.

En cuanto a la jurisprudencia existente, como es de suponer, a nivel local no existen casos, siendo necesario recurrir al derecho norteamericano que es donde se ha desarrollado este tema con mayor fuerza. El caso más conocido es Napster, el primer gran servicio de distribución de archivos de música en formato mp3. Creado en 1998, permitía a una persona previa descarga de un *software* conectarse con millones de

usuarios que utilizaban el mismo programa para compartir archivos de música en formato digital. Estos archivos eran almacenados en carpetas ubicadas en los computadores de cada usuario, cumpliendo Napster la función de administrar el sistema —Napster no almacenaba contenido protegido—, asegurando la conexión y búsqueda (Elbert, 2012: 269).

El caso llegó hasta la Corte del Noveno Circuito, la cual condenó a los creadores de Napster señalando que no obstante que el sistema era capaz de proveer usos lícitos, su funcionamiento se encuadraba dentro de la responsabilidad vicaria y contributiva, principalmente en base al conocimiento real y constructivo de las prácticas de sus usuarios en orden a compartir archivos de música, fallando en establecer medidas razonables para revenir dicha actividad.⁴⁷

Luego de Napster, el segundo gran caso, que esta vez llegó incluso a la Corte Suprema, fue Grokster. En esta oportunidad los titulares de derechos de autor demandaron a Grokster y SteamCast, dos empresas que ofrecían a través de Internet programas de intercambio de archivos que permitían a los usuarios intercambiar —entre otras cosas— archivos musicales y audiovisuales protegidos por el derecho de autor.

Las empresas demandadas no recibían ingresos de los usuarios, sino que generaban utilidades mediante la venta de espacio publicitario y luego direccionando la publicidad a sus usuarios. La gran diferencia de este nuevo programa con Napster radicaba en el hecho de que utilizaba un sistema descentralizado, mediante el cual cada persona tenía su propio método para indexar, no siendo posible controlar los actos de los usuarios.

En este caso los fallos de primera y segunda instancia fueron favorables para los acusados, sin embargo, la Corte Suprema finalmente los condenó, instaurando en materia de derecho de autor el sistema de responsabilidad por inducción, sancionando a los administradores del sistema entre otros argumentos por el hecho de alentar a los usuarios a intercambiar obras protegidas. En este caso, el sistema buscó cautivar a los usuarios huérfanos de Napster, incentivando su uso, ya que de esa forma generaban ingresos por publicidad. La Corte finalmente señaló que los demandados no desarrollaron filtros ni sistemas preventivos vinculados a archivos con obras protegidas, lo cual reforzó su responsabilidad en los hechos.⁴⁸

47. A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (2001).

48. MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005).

c) *Faz subjetiva*. En este punto, Etcheberry señala que la remisión al título II de la LPI complementa el tipo penal en comento, contemplando como verbos rectores el hecho de reproducir, grabar, transmitir, retransmitir, difundir y fijar, unido a la utilización de la expresión «utilizar por cualquier otro medio» por parte del artículo 66, implica exigir ánimo de lucro, el cual restringe a sus justos límites el alcance del delito (Etcheberry, 1992: 517).

Sin perjuicio de compartir el objetivo buscado por Etcheberry, se estima que dicha interpretación atenta contra el principio de legalidad, ya que esta exigencia no se encuentra señalada en forma expresa ni en la letra b) del artículo 79 ni incluso en los artículos 66 y siguientes. En este sentido, no se contemplaría ningún elemento subjetivo especial, debiendo cometer el hecho con dolo, descartando desde luego figuras imprudentes.⁴⁹

En este sentido, se reiteran las críticas ya esbozadas respecto de la amplitud del tipo penal, principalmente por la ausencia de elementos subjetivos adicionales de tipo patrimonial que permitan limitar la conducta punible.

d) *Antijuricidad*. Respecto de la antijuricidad formal de la conducta, se insiste, al igual que en el delito previsto en la letra a) del artículo 79, en el hecho de que la autorización del titular del derecho de autor o la posibilidad de utilizar la obra vinculada a una excepción legal, forman parte del tipo penal, por estar expresamente señaladas en su redacción, descartando la existencia de una interpretación vinculada a una posible causal de justificación.

Por otro lado, en cuanto a la acreditación de la antijuricidad material de la conducta punible, frente a la amplitud del delito previsto en la letra b), resulta de suma importancia nuevamente acreditar la efectiva lesión al bien jurídico protegido delimitado en el subtítulo anterior.

Artículo 79 letra c): falsificación de una planilla de ejecución

Artículo 79, letra c): «El que falsificare o adulterare una planilla de ejecución». En cuanto al sujeto activo del delito, si bien se utiliza la expresión «el que», la cual es indicativa de un sujeto indeterminado, por lo

49. En este mismo sentido se pronuncia Moreira Dueñas (2006).

general las personas interesadas en falsificar o adulterar una planilla van a ser las obligadas al pago de una retribución al titular del derecho.

La hipótesis que el legislador quiso regular se encuentra en el contexto de la facultad que la ley le entrega al titular el derecho autor o conexo para percibir una remuneración por la ejecución de obras musicales, actividad que en la práctica se realiza por las organizaciones de gestión colectiva (en nuestro país, la Sociedad Chilena de Derechos de Autor), las cuales deben preocuparse de gestionar y cobrar una suma de dinero a los usuarios que, previa autorización, utilicen determinadas obras protegidas, las cuales se enumeran en una lista denominada planilla de ejecución, definida en el artículo 5 letra r) como «la lista de las obras musicales ejecutadas mencionando el título de la obra y el nombre o seudónimo de su autor; 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».

Debido a la dificultad para fiscalizar la efectiva utilización de obras musicales, la ley entrega a los usuarios la obligación de confeccionar una planilla con una lista de las obras ejecutadas, para efectos del cobro por su uso en los términos que la ley establece.

La afectación al derecho de propiedad intelectual en este caso radica en la falsificación o adulteración de la planilla de ejecución, situación que por lo general se va a traducir en la adulteración del número de obras musicales utilizadas, para así disminuir el canon a pagar. En este sentido, la falsificación puede ser tanto material como también ideológica, siendo una excepción a la regla general que en materia de falsificación se observa en el Código Penal, en virtud de la cual los instrumentos o documentos privados sólo pueden ser objeto de una falsedad de tipo material.⁵⁰

Sin perjuicio de lo anterior, es una figura de nula aplicación práctica, desconociendo la existencia de jurisprudencia en la materia.

50. Etcheberry señala que la doctrina mayoritaria sostiene que respecto de los instrumentos privados, «solamente los casos de los 1,5 y 6 del artículo 193 quedan incluidos en esta disposición» (2005: 174).

Artículo 79 letra d): falsificación de datos en rendiciones de cuentas

Artículo 79, letra d): «El que falseare datos en las rendiciones de cuentas a que se refiere el artículo 50». Nuevamente se utiliza la expresión «el que», por lo que el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona capaz de ser imputable penalmente.

A continuación, la figura tipifica la falsificación de datos en las rendiciones de cuenta a que se refiere el artículo 50, norma que se encuentra dentro de la regulación del contrato de edición, mediante el cual el titular del derecho de autor entrega o promete entregar una obra al editor y éste se obliga a publicarla, a su costa y en su propio beneficio, mediante su impresión gráfica y distribución, y a pagar una remuneración al autor.

En este contrato, las partes pueden fijar la remuneración libre, sin perjuicio de lo cual 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, debiendo el editor 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.

De todas estas obligaciones llama la atención que la ley haya tipificado y sancionado en forma expresa una conducta que en la práctica ha tenido nula aplicación práctica. En este sentido, de no estar expresamente tipificada esta conducta, igualmente podría ser sancionada por el delito de estafa en cualquiera de sus modalidades, por lo que se considera innecesaria su inclusión como delito.

Artículo 79 letra e): cobro indebido de derechos o licencias

Artículo 79 letra 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». Se trata de una figura introducida recientemente por la Ley 20.435, la cual protege una forma específica de violación a la LPI aduciendo tener derechos de autor sobre obras ya sea cobrando un

royalty por una licencia, o bien autorizando el uso de una obra sin estar facultado para ello.

De la lectura de la misma, se aprecia un patrón más bien defraudatorio, mediante el cual el sujeto activo pretende cobrar dinero sin tener un justo título para ello, situación que podría ser encuadrada en el delito de estafa. Sin perjuicio de lo anterior, con la introducción de esta nueva letra se adelanta la barrera punitiva, al sancionar al autor por el sólo hecho de otorgar una licencia respecto de una obra cuyo titular de los derechos de autor es un tercero.

Penalidad aplicable a estas figuras

Por último, resulta interesante hacer presente que la Ley 20.435 introdujo un nuevo sistema para determinar la pena en función del perjuicio causado, estableciendo una pena gradual muy parecida a la consagrada en el Código Penal para el delito de hurto.

En efecto, el inciso final del artículo 79 dispone que las conductas señaladas serán sancionadas de la siguiente forma:

- 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.
- Cuando el monto del perjuicio causado sea igual o superior a 4 unidades tributarias mensuales y sea inferior a 40 unidades tributarias mensuales, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 20 a 500 unidades tributarias mensuales.
- Cuando el monto del perjuicio sea igual o superior a 40 unidades tributarias mensuales, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

Esta decisión del legislador probablemente obedece a los compromisos internacionales tomados por Chile, en particular el artículo 61 del ADPIC, el cual en su inciso primero señala: «los miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias sufi-

cientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente».

El establecimiento de una penalidad gradual busca sancionar con mayor o menor gravedad a los infractores conforme al desvalor de la acción y la afectación del bien jurídico protegido, lo cual en principio pareciera ser una buena política criminal. No obstante de lo anterior, llama la atención que una figura que no presenta ningún elemento patrimonial dentro del tipo, a la hora de establecer la pena establezca como base para calcularla el perjuicio.

Además, supeditar la aplicación de la pena a la determinación del perjuicio plantea una serie de problemas prácticos vinculados al desconocimiento de algunos jueces y fiscales de la normativa de propiedad intelectual, lo que desde luego impone una exigencia adicional cada vez que se condena a un imputado. Si bien como política criminal es interesante, en la práctica es una regla que trae problemas de aplicación.

En cuanto a la determinación de este elemento, el artículo 85 A dispone que se determinará en base al valor legítimo de venta al detalle de los objetos protegidos, obligando al juez en el inciso segundo a determinar el perjuicio de manera prudencial aunque se esté en presencia de obras que no tengan valor de venta legítimo.

Esta norma surge a partir del artículo 17.11.8 letra b) del TLC con Estados Unidos, el cual dispone que «al determinar el daño al titular del derecho, las autoridades judiciales considerarán, entre otros, el valor legítimo de venta al detalle de las mercancías infringidas». En cuanto al alcance de este concepto, da la impresión de que el valor legítimo de venta al detalle es el valor comercial de las obras protegidas.

Por último, es importante tener presente que, a la luz de la redacción de los tipos penales, y de la ubicación de la voz «perjuicio» en el inciso final dentro de la penalidad aplicable, es posible sostener que el perjuicio en este caso no se configura ni como un elemento del tipo ni como una condición objetiva de punibilidad, sino más bien como una regla de determinación de la pena, conclusión relevante por ejemplo a la hora de acreditar del delito, *iter criminis*, participación, dolo, entre otros elementos.

Artículo 79 bis: protección a los derechos morales

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».

a) *Sujeto activo*. En cuanto al sujeto activo, nuevamente se utiliza la expresión «el que», pudiendo cometer este delito cualquier persona penalmente imputable.

b) *Objeto material*. Respecto del objeto material, la norma habla de las obras protegidas por esta ley, sean literarias, artísticas o científicas, siendo bastante amplia la referencia, abarcando todas las obras previstas genéricamente en el artículo 1 y descritas con detalle en el artículo 3.

c) *Verbos rectores*. La figura contempla dos grandes hipótesis, siendo la primera la falsificación de las obras protegidas por la LPI. Sobre este punto, falsificar significa «falsear, adulterar o contrahacer». A su vez contrahacer significa «hacer una cosa tan parecida a otra que con dificultad se distinga», esto es, «imitar, remediar, fingir» (Herrera, 1999: 193).

En relación con esta figura, para falsificar algo es necesario contar en forma previa con un ejemplar original que sea objeto de la falsificación, la que puede ser por imitación o alteración. Aceptado lo anterior, resulta pertinente citar la opinión de Etcheberry, para quien «su eventual falsedad sólo viene a surgir 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, etc. [...]. Aplicando este criterio a la figura que estudiamos, llegamos a la conclusión de que la primera hipótesis, la de simple falsificación a secas, carece de significación *penal independiente*, si se la desvincula de la *segunda hipótesis*» (Etcheberry, 1992: 519).

En base a lo anterior, para Etcheberry la norma plantea una sola hipótesis, siendo la segunda parte una especificación y complemento de la primera. En realidad, la primera parte de este artículo persigue sancionar una conducta que ya se encuentra descrita en forma expresa en el artículo 79 letra a), en relación con el artículo 18 letra b), esto es, la reproducción de una obra protegida. En este sentido, se estima innecesario

sario, redundante y confuso el establecimiento de esta primera parte, la cual debiera ser derogada frente a una futura reforma, manteniendo la segunda parte del artículo, la cual protege los derechos morales de autor, plasmados en este caso en la paternidad e integridad de la obra.

Aclarado lo anterior, corresponde analizar la segunda parte de la norma, la cual sanciona las vulneraciones al derecho moral de autor consagrado en el artículo 14 de la LPI.⁵¹

En efecto, como punto de partida tipifica el hecho de ostentar falsamente el nombre del editor, hipótesis sumamente cuestionable, ya que el editor no detenta derechos morales, luego, mal se puede proteger la paternidad de la obra respecto de una persona que no detenta dicho derecho. En este sentido, lo que correspondía era incluir derechamente al autor, eliminando al editor como sujeto pasivo.

A continuación, se sanciona el hecho de suprimir o cambiar el nombre del autor o el título de la obra, o alterar maliciosamente su contenido, figuras que vienen a consagrar en forma expresa la protección a la paternidad e integridad de la obra como derechos morales que le pertenecen en forma exclusiva al autor —y no al titular de derechos de autor— de una obra.

Con la protección de la paternidad del autor se sanciona el delito de plagio,⁵² el cual ha sido definido por la doctrina como la suplantación

51. El artículo 14 señala que el autor, como titular exclusivo del derecho moral, detenta los siguientes derechos:

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.

5) Exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima mientras ésta no pertenezca el patrimonio cultural común.

52. Si bien la figura de ostentar falsamente el nombre del autor describe de mejor forma la figura de plagio, al no estar incluido el autor en la primera parte de la figura se debe relacionar necesariamente al plagio con el hecho de suprimir o cambiar su nombre, hipótesis que si se incluye en forma expresa.

de la personalidad del autor, que se suprime y aniquila como creador, poniendo a otro en su lugar (Bajo y Bacigalupo, 2001: 442).

La labor de determinar qué tipo de conductas se encuadran dentro de esta figura presenta algunas complicaciones vinculadas a la distinción entre el plagio y la falta de originalidad en una obra, sobre todo teniendo en cuenta que en determinadas áreas no hay nada nuevo bajo el sol y que, en general, el artista o creador se nutre con las obras de sus profesores o antecesores, siendo bastante complejo lograr la originalidad absoluta, situación que grafica de muy buena forma la frase: «si alguien copia a uno comete plagio, mientras que si copia a muchos, hace una tesis doctoral» (Bajo y Bacigalupo, 2001: 432).

En definitiva, el análisis caso a caso y el criterio de la identidad sustancial entre la obra original y la plagiada es el norte a seguir en este tema.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, los casos en que se ha sancionado a un imputado por su participación en este delito obedecen más bien a situaciones de comercialización de productos falsificados (piratería) antes de la reforma del año 2010, principalmente libros, los cuales producto de una deficiente interpretación fueron encuadrados en esta figura y no en el delito previsto en el artículo 11 de la Ley 19.227, respecto del cual se realizará una breve referencia más adelante.⁵³

Sin perjuicio de lo anterior, existe un par de fallos sumamente interesantes en los cuales se discutió la existencia del delito de plagio, bajo su antigua redacción. Si bien se terminó condenando por el delito previsto en el artículo 79 letra a), resulta igualmente interesante su análisis.

En cuanto a los hechos, en el mes de mayo del año 2008 la imputada redactó y puso a la venta la obra titulada *Iconografía chilena*, en la cual se reprodujeron sin autorización alguna de su titular un gran número de dibujos, así como párrafos completos, de una memoria para obtener el título de arqueóloga de doña Myriam Paola González Carvajal titulara «Diseños cerámicos diaguita-incas: Estructura, simbolismo, color y

53. A modo meramente ejemplar es posible citar entre otros los siguientes fallos: Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 754-2005, fallo dictado el 7 de noviembre de 2006; Juzgado de Garantía de Viña del Mar, RIT 618-2004, fallo dictado el 12 de febrero de 2004; Juzgado de Garantía de Concepción, RIT 1714-2004, fallo dictado el 10 de junio de 2004; Juzgado de Garantía de Linares, RIT 3058-2005, fallo dictado el 24 de octubre de 2007.

relaciones culturales» de la Universidad de Chile. En concreto, la obra contenía un análisis de la estructura, color y relaciones culturales de los diseños de la cerámica diaguíta, sin perjuicio de que para lograr dicho objetivo, se copiaron dibujos realizados a mano, en tinta de colores blanco, negro y rojo cuyos derecho de autor le pertenecían a un tercero.

El caso llegó finalmente a juicio oral simplificado, escenario en el cual el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago el año 2010 condenó a la imputada por el delito previsto en el artículo 79 letra a) de la LPI, a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo.⁵⁴

Este fallo fue objeto de un recurso de nulidad, el cual prosperó, siendo uno de los argumentos el hecho de que «en el presente caso, no hubo razonamiento respecto de la causa excluyente de responsabilidad que contempla el actual texto del artículo 71 B, de la Ley de Propiedad Intelectual, por lo que estos sentenciadores son de opinión que se ha incurrido en la causal de invalidación que de oficio se ejerce, por la cual procederá la anulación del fallo impugnado».⁵⁵

Finalmente, en el segundo juicio oral se volvió a discutir el caso, el que si bien terminó con una condena al autor nuevamente por el delito previsto en el artículo 79 letra a), es interesante ya que el tribunal hace un análisis más acabado de la figura prevista en la letra c) (actual artículo 79 bis), entregando una definición de plagio en los siguientes términos: «La apropiación de una obra ajena, haciéndola pasar como propia o bien utilizando los elementos creativos de aquella para la elaboración de una nueva creación de carácter ilegítima».⁵⁶

En cuanto a la eventual configuración de este ilícito, el tribunal señaló que no existían pruebas al respecto, puesto que ninguno de los testigos presentados por el ente persecutor y querellante tuvo la virtud de acreditarlo, incluso el perito no pudo determinar si hubo plagio respecto del libro de la imputada sobre la obra de la querellante, por no constarle las fechas de ambos textos, solamente se pudo presumir una copia.

54. Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 2858-2009, fallo dictado el 2 de agosto de 2010.

55. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol 1785-2010, fallo dictado el 30 de noviembre de 2010.

56. Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 2858-2010, fallo dictado el 27 de mayo de 2011.

Por otro lado, el fallo hace un interesante análisis de la excepción de cita como posible eximente de responsabilidad penal, señalando que para que proceda es necesario que la mención de la fuente, título y autor sea hecha en cada fragmento reproducido, con el objeto de que el lector sepa inmediatamente la autoría de ese fragmento reproducido, puesto que de lo contrario podría presumirse que es propio del autor del libro que se está leyendo. En el caso en comento, la obra impugnada solamente poseía una mención en la bibliografía general, no siendo suficiente a juicio del tribunal para constituir una eximente.

Por último, se hace presente que la figura de plagio se vincula con el delito contemplado en el artículo 214 del Código Penal, norma que sanciona al «que usurpare el nombre de otro será castigado con presidio menor en su grado mínimo, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderle a consecuencia del daño que en su fama o intereses ocasionare a la persona cuyo nombre ha usurpado». En este sentido, se podría configurar un concurso aparente de leyes penales que podría resolverse a la luz del principio de especialidad.

d) Faz subjetiva. Nuevamente se trata de un delito que sólo puede ser cometido dolosamente, descartando la exigencia de elementos subjetivos adicionales, como por ejemplo el ánimo de lucro o la intención de perjudicar patrimonialmente al titular del derecho.

Resulta interesante destacar que la última de las hipótesis revisadas exige que la conducta se realice «maliciosamente», surgiendo la interrogante si la utilización de esta expresión implica la exigencia de dolo directo en el actuar del sujeto activo, o si por el contrario también se admitiría la posibilidad de sancionar esta conducta en base a dolo eventual.

Para algunos, expresiones como por ejemplo «maliciosamente» o «a sabiendas» tienen como finalidad reforzar el elemento subjetivo del tipo en el sentido que el dolo no se presume o no se deriva de la sola realización de la conducta, sino que es necesario probarlo, afirmación que se sustenta en la interpretación del artículo 1 del Código Penal chileno, el cual que fue tomado del Código Penal español de 1848.

En este sentido, el profesor Etcheberry señala al respecto:

Para una tercera posición, mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia, la presunción del art. 1 es una presunción de dolo. Esto es, las acciones penadas por la ley se reputan dolosas, a no ser que conste lo

contrario. A veces, sin embargo, esta regla sufre excepciones. De ordinario ocurre esto cuando la ley ha introducido términos como «maliciosamente», «a sabiendas», «intencionalmente», «con conocimiento de causa», etcétera. Estas expresiones se emplean por lo general para advertir al intérprete que habitualmente las acciones típicas descritas se realizarán sin dolo (v. gr., el juez que falla contra la ley, art. 223), y que, en consecuencia, en tales casos no se aplicará la presunción de dolo, y la concurrencia de éste deberá justificarse. A la misma conclusión llega Labatut, aunque por distinto camino (cree ver la exigencia de un dolo específico que no se presume) (1999, 309-10).

Por lo tanto, para este autor la inclusión de esta expresión reafirmaría la intención del legislador en orden a que en estos casos el dolo —ya sea directo o eventual— se pruebe, en razón de que no resulta aplicable la presunción contenida en el artículo 1 del Código Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, a nivel jurisprudencial la Excelentísima Corte Suprema ha sostenido en reiteradas oportunidades que la inclusión de la expresión «maliciosamente» implica la exigencia de dolo directo, siendo pertinente citar a modo ejemplar un fallo dictado en el marco de una investigación por delito previsto en el artículo 28 de la Ley 19.039, de Propiedad Industrial, el cual señaló en su parte pertinente que «según sostiene correctamente el recurso, obrar maliciosamente significa tanto como hacerlo con dolo directo (la expresión dolo específico no tiene, por el contrario, significado aprovechable alguno), lo cual en el caso de autos supone saber que se va a usar una marca cuya titularidad pertenece a otro, que la ha registrado con arreglo a la ley, y querer hacerlo».⁵⁷

e) Antijuricidad. En este caso el tipo penal no contempla una referencia genérica a alguna causal de justificación, por lo que a diferencia de los dos casos anteriores, la autorización del titular del derecho o bien la eventual aplicación de alguna de las excepciones al derecho de autor si es posible encuadrarlas como una causal de justificación.

57. Excelentísima Corte Suprema, Rol 234-00, fallo dictado en el marco de un recurso de casación en el fondo el 9 de mayo de 2000.

Artículo 80: protección a las obras del patrimonio cultural común

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

a) Sujeto activo. Nuevamente esta figura presenta un sujeto activo indeterminado, pudiendo ser cualquier persona. A su vez, teniendo en cuenta que según lo dispone el inciso final del artículo 11 este tipo de obras pueden ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra, frente a un ataque a este tipo de obras es la sociedad toda la que se ve afectada, la cual en teoría sería un sujeto pasivo de este delito.

b) Objeto material. En cuanto al objeto material, la ley protege las obras pertenecientes al patrimonio cultural común, las cuales conforme al artículo 11 son aquellas cuyo plazo de protección se encuentre extinguido; las obras de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folclórico; las obras cuyos titulares renunciaron a la protección que otorga esta ley; las obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior que no estén protegidos en la forma establecida en el artículo 2; y las obras que fueren expropiadas por el Estado, salvo que la ley especifique un beneficiario.

Resulta particularmente interesante la protección que le entrega la ley a este tipo de obras, ya que solamente el delito se configura cuando la reproducción, distribución o comunicación al público se realiza bajo un nombre que no sea el del verdadero autor, conducta que atenta contra la paternidad de la obra, afectando el derecho moral respectivo.

En cuanto a la letra b), referida a la reclamación de derechos patrimoniales sobre obras de dominio público, da pie para sostener la existencia de una sanción en nuestro país al fenómeno del «copyfraud», el cual se presenta al «alegar falsamente un derecho de autor sobre una obra que

está en el dominio público» (Mazzone, 2006: 1058). En efecto, este fenómeno se presenta muchas veces en el caso de museos que digitalizan obras como pinturas o grabados que pertenecen al patrimonio cultural común, aduciendo tener derechos patrimoniales sobre los mismos.

Por último, llama bastante la atención la hipótesis de la letra c), el cual sanciona al sujeto 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, situación que en la práctica es difícil que se presente, ya que este tipo de obras le pertenecen a la comunidad toda, siendo lícita su utilización sin necesidad de pedir permiso alguno, siempre y cuando se respeten los derechos de integridad y paternidad de la obra.

c) *Faz subjetiva*. En cuanto al elemento subjetivo del tipo, la ley utiliza la expresión «a sabiendas»,⁵⁸ surgiendo al igual que en el caso del delito previsto en el artículo 79 bis la interrogante si la utilización de esta expresión implica la exigencia de dolo directo en el actuar del sujeto activo, o si por el contrario también se admitiría la posibilidad de sancionar esta conducta en base a dolo eventual, esto ya que, para algunos, expresiones como por ejemplo «maliciosamente» o «a sabiendas» tienen como finalidad reforzar el elemento subjetivo del tipo en el sentido que el dolo no se presume o no se deriva de la sola realización de la conducta, sino que es necesario probarlo, pero en ningún caso implica exigir dolo directo, remitiéndose a los comentarios realizados al tratar la figura prevista en el artículo 79.

c) *Antijuricidad*. Por último, la conducta típica será antijurídica en la medida en que lesione el bien jurídico protegido por la norma, el cual en este caso se vincula al resguardo de la paternidad de las obras pertenecientes al patrimonio cultural común. En este mismo sentido razona el inciso final del artículo 11, el cual señala que estas obras podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra.

58. Esta expresión es utilizada por distintos tipos penales para representar el dolo, citando a modo de ejemplo el artículo 212 del Código Penal, que sanciona al que a sabiendas presentare en juicio criminal o civil testigos o documentos falsos.

Artículo 81: piratería

Artículo 81: «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.

«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.»

Esta norma consagra el delito conocido como «piratería», el cual concentra gran parte de los ingresos del Ministerio Público y del Poder Judicial en materia de infracciones contra el derecho de autor.

a) Sujeto activo. En cuanto al sujeto activo del delito, la figura nuevamente menciona a «el que...», pudiendo ser cualquier persona.

b) Hipótesis de piratería menor. En el inciso primero se sanciona la piratería a menor escala, planteando tres hipótesis (comercialización, tenencia con fines de comercialización y alquiler), configurándose el delito frente a la ejecución de cualquiera de ellas. En este sentido se pronuncia la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas, al señalar que «el artículo 81 inciso primero de la antes citada ley, corresponde a un delito de tres hipótesis, y se satisface con la ejecución de cualquiera de ellas, ejecutadas y concretadas de la manera que la misma disposición establece, sin la autorización de los respectivos titulares de los derechos de autor, pero sin exigir que la materialidad de las obras sean falsificadas».⁵⁹

Se destaca dentro de los verbos rectores la tenencia con fines de comercialización, situación que si bien implica un leve adelantamiento de las barreras punitivas, su aplicación práctica por parte de fiscales y jueces es sumamente valiosa por las dificultades que plantea la acreditación de la comercialización efectiva.

A su vez, el año 2010 con la Ley 20.435 se introdujo como verbo rector el alquiler directamente al público, lo cual constituyó una importante

59. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol 126/2012, fallo de fecha 7 de diciembre de 2012.

y necesaria modificación que ya había sido observada por el Ministerio Público en atención a los crecientes casos de establecimientos comerciales que se dedicaban al arriendo de obras falsificadas.

En cuanto al objeto material del delito, se sancionan los actos respecto de cualquier obra protegida, modificación que se introdujo recién el año 2010 nuevamente por la Ley 20.435 y que vino a subsanar una grave falencia que presentaba en ese entonces el antiguo artículo 80 letra b), el cual limitaba el objeto material del delito de piratería básicamente a fonogramas, videogramas y programas computacionales. A su vez, se hace una referencia al soporte de la obra en términos bastante amplios, posibilitando por ejemplo la eventual configuración de este delito en un ambiente tecnológico.

Por último, en cuanto a la pena, se establece la de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 unidades tributarias mensuales. En cuanto a la multa, se estima necesario hacer presente que prácticamente todas las sentencias definitivas que se han dictado en materia de propiedad intelectual estando vigente el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal han condenado por este delito a imputados que por lo general tienen una condición socioeconómica baja, aplicando la normativa contemplada en el artículo 70 del Código Penal,⁶⁰ la cual permite rebajar la pena bajo el mínimo establecido en la ley. En este contexto, una pena de multa cuyo tramo mínimo sea levemente más bajo podría en la práctica recibir mayor aplicación que una multa cuyo tramo mínimo parta en 50 UTM, lo cual es elevado para infractores de escasos recursos.

c) *Hipótesis de piratería a mayor escala*. El inciso segundo de la norma en comento consagra la piratería masiva, castigando al que con ánimo de lucro fabrique, importe, tenga o adquiera para su distribución comercial o alquiler las copias a que se refiere el inciso primero del artículo 81, con lo cual se quiere sancionar con mayor severidad a las personas

60. El inciso primero del artículo 70 señala lo siguiente: «En la aplicación de las multas el tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable. Asimismo, en casos calificados, de no concurrir agravantes y considerando las circunstancias anteriores, el juez podrá imponer una multa inferior al monto señalado en la ley, lo que deberá fundamentar en la sentencia».

que se encuentran en el tramo superior de la cadena ilícita de comercialización de productos falsos.

En este caso se pretende castigar a los proveedores de los comerciantes callejeros o bien a los sujetos que tienen montado un verdadero «laboratorio» de falsificación de obras protegidas, y no a los que venden dichos productos en las calles, los cuales debieran ser sancionados en base al inciso primero.

A continuación se sanciona la distribución comercial, figura que se encuentra prevista no sólo en el artículo 79 letra a) en virtud de la referencia que esta norma hace al artículo 18, en este caso a la letra e), sino que adicionalmente también en el artículo 79 letra b), por la referencia que este artículo hace al título II de la ley, dentro del cual se encuentra los artículos 66 y 68 que justamente se refieren a la distribución. En ambos casos se constata la existencia de un cúmulo de protección penal mediante el establecimiento de normas que se superponen unas con otras, fenómeno que se explica por la excesiva extensión del tipo penal del artículo 79, situación ya advertida.

Frente a la disyuntiva de decidir, por ejemplo, cuál de las dos figuras resulta aplicable en materia de distribución al público de una obra, se deberá atender a las particularidades del caso concreto, ya que, por ejemplo, si se trata de una distribución al público de una película, si dicha conducta se realiza con ánimo de lucro se podría barajar la posibilidad de aplicar el artículo 81, pero si no se cumple con esta exigencia, si es el derecho de autor el afectado, se podría instar por la aplicación de la letra a) del artículo 79, o si la conducta afecta los derechos conexos, podría resultar aplicable la letra b) del artículo 79.

Se podrían dar muchos ejemplos más, pero en definitiva lo importante es atender el caso concreto teniendo muy claro cuáles son los elementos objetivos y subjetivos de cada uno de los objetos ilícitos de este estudio.

Por último, la norma en esta primera hipótesis se refiere a la introducción al país, concepto que no se encuentra definido en la ley, y que desde luego implica un adelantamiento de la barrera punitiva, al sancionar uno de los inicios de la cadena de producción y distribución de obras que no cumplen con los requisitos exigidos por la ley.

En cuanto a la penalidad, se establece derechamente la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 50 a 1000 UTM, la mayor sanción que la LPI contempla, lo cual se basa en el mayor desva-

lor de la acción cometida por sujetos que son verdaderos empresarios de productos «pirateados».

d) *Faz subjetiva*. En esta figura el dolo se integra por el conocimiento que la acción realizada hace recaer sobre alguno de los objetos que enumera la ley y además se debe estar en conocimiento que no se es titular o cesionario del derecho de propiedad intelectual correspondiente. En cuanto a la posibilidad de sancionar actos de piratería cometidos con dolo eventual, siguiendo la doctrina tradicional sobre la materia, al no utilizar la ley expresiones como «maliciosamente» o «a sabiendas», no se divisa en teoría inconveniente alguno en que se sancione actos de piratería en este contexto.

Adicionalmente, en la segunda hipótesis descrita se requiere que la conducta se realice con ánimo de lucro, concepto que en materia de propiedad intelectual ha sido definido como aquella tendencia subjetiva del autor tendiente a obtener una ventaja patrimonial por la apropiación de una cosa con valor económico. Por su parte, la segunda hipótesis requiere que la conducta se realice con fines de venta, exigencia que también apunta a la obtención de un incremento patrimonial producto de la actividad ilícita.

A nivel jurisprudencial cabe destacar un pronunciamiento del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, el cual ha señalado: «la máxima experiencia y el común de los sentidos nos llevan a considerar ilógico que una persona con el sólo afán de escuchar música, deba portar tal cantidad de CD y, aún más, por cada uno de ellos tenga varias copias; por el contrario, esos antecedentes nos resultan conducentes para estimar que los discos compactos falsificados estaban destinados a su comercialización y bajo un claro propósito de lucro».⁶¹

Un poco más restrictivo ha sido el criterio de la Corte de Apelaciones de Arica, la cual conociendo de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de un imputado que había sido absuelto por la Juzgado de Garantía de la citada ciudad, señaló en su parte pertinente: «en el hecho relatado en el requerimiento se le atribuye al imputado el haber sido sorprendido ingresando al país 524 discos compactos falsificados, de distintos autores e intérpretes, con sus respectivas carátulas falsificadas. Sin embargo,

61. Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, causa RIT 116/2005, fallo dictado el 20 de diciembre de 2005.

si bien el elemento del tipo: ‘ánimo de lucro’, que el Ministerio Público asevera que es ‘un elemento subjetivo del tipo’, a juicio de estos sentenciadores, debe indicarse inequívocamente en la relación de los hechos, puesto que el mismo puede manifestarse en un sinnúmero de conductas, a saber, vender, arrendar, permutar, etcétera, teniendo presente que la sola introducción al país del material de que se trata, no importa deducir tal ánimo, puesto que también pudo ser ingresado para donarlo, regalarlo, facilitarlo sin retribución alguna, etcétera, sobre todo si en el caso que nos preocupa, el imputado aceptó su responsabilidad en los hechos tal como han sido relatados en el requerimiento, sin reconocer que era para efectuar ninguna de las conductas que significan que concurra ese ánimo de lucro, como aparece claramente de sus dichos contenidos la grabación de la audiencia que se adjunta en el disco compacto remitido en esta Corte». ⁶²

En este último caso, la interpretación del ánimo de lucro se restringe debido a que la conducta investigada era la importación, la que al generar un adelantamiento de las barreras punitivas se interpreta en forma limitada.

A su vez, es importante tener presente que la norma no exige que se materialice una venta efectiva, sino que solamente se verifique en el sujeto activo la finalidad de venta como elemento subjetivo del tipo. Esta postura también ha sido ratificada a nivel jurisprudencial, pudiendo citar a modo ejemplar un fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles, el cual ha señalado que «los hechos anteriores han sido calificados jurídicamente como constitutivos del delito establecido en la letra b) del artículo 80 de la Ley 17.336, desde que sanciona, entre otras conductas, a los que en contravención a las disposiciones de dicha ley o derechos que ella protege, tengan con fines de venta, entre otros, filmes o películas cinematográficas, que fue lo que precisamente ocurrió el día 6 de septiembre de 2005, en la cual un tercero fue sorprendido por Carabineros en la vía pública de Los Ángeles, ofreciendo a la venta al público que transitaba por el lugar —calle Rengo— cuarenta y tres discos compactos que contenían películas falsificadas en manifiesta contravención a los derechos de autor que protege la Ley 17.336». ⁶³

62. Ilustrísima Corte Apelaciones de Arica, Rol 61-2006, fallo dictado el 7 de marzo de 2006.

63. Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles, RIT 06/2006, fallo dictado el 17 de marzo de 2006.

Por último, como ya se anticipó, la falta de ánimo de lucro no necesariamente implica la atipicidad de la conducta, ya que según el caso concreto eventualmente los hechos investigados podrían ser constitutivos de alguno de los delitos previstos en las letras a) y b) del artículo 79 de la ley, los cuales no exigen este elemento subjetivo especial.

e) *Antijuricidad*. Respecto de la antijuricidad de la conducta, se insiste, al igual que en los delitos previstos en la letras a) y b) del artículo 79, en el hecho de que la autorización del titular del derecho de autor o la posibilidad de utilizar la obra vinculada a una excepción legal forman parte del tipo penal, por estar expresamente señaladas en su redacción, descartando la existencia de una interpretación vinculada a una posible causal de justificación.

f) *Otros temas relevantes en el delito de piratería*. Por último, a nivel jurisprudencial se han presentado dos temas sumamente interesantes que merecen ser comentados: en primer término la necesidad de contar con peritajes para acreditar la falsedad de las obras ofrecidas o comercializadas, y en segundo lugar la valoración de las especies ilícitas.

Respecto del primer punto, la Corte de Apelaciones de Arica ha señalado: «teniendo en consideración las normas legales precedentemente citadas, que para acreditar la circunstancia de ser falsificados los discos compactos incautados al acusado, por ser evidente la misma, no era necesario el informe de peritos, en que se fundamentó el fallo absolutorio, en este caso, atendidas las evidencias que la prueba indicada permite, sin ellos, teniendo en consideración también las circunstancias del caso, esto es, que el imputado, como se dijo en la audiencia, portaba tal material en un bolso y procedía a su comercialización en la vía pública, que se trataba obviamente de discos compactos falsificados como aparecía notoriamente de su presentación».⁶⁴

En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado: «dados los testimonios policiales y la precisa exposición del perito, pretender que no está acreditado el hecho materia de la acusación contraviene los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, de manera que resulta inaceptable la conclusión a que ha arribado el fallo recurrido incurriendo de esta forma en la causal de nulidad prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal en relación con el artículo 342 letra

64. Ilustrísima Corte Apelaciones de Arica, Rol 61-2006, fallo del 7 de marzo de 2006.

c) y 297 del mismo texto legal. [...] Que si se aceptara, como lo hace la sentencia impugnada de nulidad, que no está probado el hecho materia de la acusación, significa aceptar que no son falsos los discos compactos de películas vendidos en la vía pública, en bolsas nylon, con carátulas de mala calidad, fotocopias, sin sus respectivos logos, ni indicación de directores ni las advertencias legales que contienen los originales, conclusión que en opinión de esta Corte es irrefragablemente absurda».⁶⁵

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas ha ido incluso un poco más allá, señalando que en la figura del artículo 81 no es necesario acreditar la falsedad, por no formar parte integrante del tipo penal en comento. En un fallo dictado el año 2012, la citada Corte en el considerando tercero señaló: «los sentenciadores concuerdan con el planteamiento del recurrente Ministerio Público, en orden a que el delito objeto de la acusación no exige para su establecimiento la falsedad del objeto material sobre el que recae, sino la ilegitimidad de las conductas que en él se contemplan, de tenencia para comercializar, comercialización o se alquile directamente al público copias de obras, de interpretaciones o de fonogramas, cualquiera sea su soporte, reproducidos en contravención a las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual, esto es, sin contar con la imprescindible autorización de los titulares de los derechos de autor de éstas».⁶⁶

Estos fallos marcan una postura que cada día tiene mayor acogida en nuestros tribunales, en el sentido de prescindir de la realización y presentación de un peritaje para acreditar la reproducción ilícita de un disco de música, una película o un *software*, cuando ésta es burda y es posible percibirla a través de los sentidos, interpretación que por lo demás se ajusta al sistema de apreciación de la prueba vigente en el marco del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio.

Por su parte, en cuanto a la valoración de las especies falsificadas, es un tema que con la modificación del año 2010 ha cobrado fuerza para efectos de determinar la penalidad aplicable.

En el año 2008, nuestra Corte Suprema se pronunció sobre este punto a propósito del delito de comercio clandestino previsto en el artículo 97

65. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 269-2006, fallo del 23 de marzo de 2006.

66. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol 126/2012, fallo del 7 de diciembre de 2012.

número 9 del Código Penal, señalando que «en lo que concierne al castigo pecuniario, la prueba pericial rendida a fojas 76 y 77, sólo será considerada como un elemento de apoyo, sin estimarla vinculante, por no reunir las condiciones exigidas en los artículos 472 y 473 del Código de Instrucción Criminal, por lo que corresponde fijar el menoscabo fiscal prudencialmente. Al efecto no corresponde evaluar las mercancías incautadas con arreglo al valor de mercado, puesto que no se trata de productos originales y son de inferior calidad. [...] En virtud de lo anterior, se aprecia la cuantía en \$1.784.000 (un millón setecientos ochenta y cuatro mil pesos), a razón de \$2.000 (dos mil pesos) cada uno de los soportes digitales».⁶⁷

Este fallo en su oportunidad sembró un manto de dudas y pesimismo entre los titulares de derechos de autor, al ver como obras que en ocasiones podían costar una suma importante de dinero —por ejemplo, un *software* complejo— era reducido a precio callejero, lo cual además traía consigo graves consecuencias a la hora de calcular los perjuicios en el marco de un posible juicio civil indemnizatorio.

Si bien la Excelentísima Corte Suprema no se ha pronunciado nuevamente sobre este tema en particular, con la modificación introducida por la Ley 20.435 el año 2010, específicamente en el artículo 85 E, el cual señala que 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, este criterio debiera modificarse.

De hecho, algunos tribunales ya lo han aplicado, como por ejemplo el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, el cual en el marco de una condena por la reproducción de una tesis de grado ya estudiada al analizar el artículo 79, dispuso en su parte pertinente que «el valor de venta de cada libro *Iconografía chilena* es de \$20.000 según boleta de venta de la librería Catalonia que se acompañó, la cual se acoge para determinar el valor de perjuicio, de tal manera habiéndose editado como primera edición la cantidad de 1.700 ejemplares, según se señala en el propio libro, el monto del perjuicio sería superior a las 40 UTM, cuya pena sería más gravosa, puesto que se sanciona con reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 1.000 UTM».⁶⁸

67. Excelentísima Corte Suprema, Rol 6327, fallo dictado el 12 de mayo de 2008.

68. Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 2858-2010, fallo del 27 de mayo de 2011.

g) *Concurso con el delito de comercio clandestino*. Como ya se ha señalado, el delito previsto en el artículo 81 es por lejos el de mayor ocurrencia dentro de la propiedad intelectual, situación que amerita abordar brevemente otro ilícito que por regla general se configura en estos casos y que complementa la persecución penal del fenómeno de la «piratería».

Este ilícito se encuentra previsto en el artículo 97 número 9 del Código Tributario, norma que sanciona «el ejercicio efectivamente clandestino del comercio o de la industria con multa del treinta por ciento de una unidad tributaria anual a cinco unidades tributarias anuales y con presidio o relegación menores en su grado medio y, además, con el comiso de los productos e instalaciones de fabricación y envases respectivos».

Se trata de una infracción que, como el resto de las figuras que el artículo 97 contempla, es de acción penal pública previa instancia particular, siendo necesaria la presentación de una querrela o denuncia por parte del director del Servicio de Impuestos Internos, situación que efectivamente ocurre frente a casos de comercialización de una cantidad importante de obras falsificadas, surgiendo la duda en cuanto al posible concurso que se podría presentar con el delito previsto en el artículo 81 de la LPI.

Sobre este punto, frente a la disyuntiva de sostener la existencia de un concurso aparente de leyes penales, un concurso material o un concurso ideal de delitos, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han inclinado por esta última posición, descartando la existencia de un concurso aparente fundado en el principio de especialidad, señalando en términos generales que las figuras en comento protegen bienes jurídicos distintos, esto es, el orden público económico en el caso del delito de comercio clandestino y el derecho de autor en el caso del delito previsto en el artículo 81, no siendo posible sostener una relación de género a especie; descartando también la aplicación del principio de consunción, no sólo porque el contenido del injusto tributario o el desvalor de la conducta no puede entenderse subsumido en el delito que protege la propiedad intelectual, sino también porque de intentarlo enfrenta la dificultad de aplicar la pena asignada al delito subsistente (propiedad intelectual), contraviniendo lo dispuesto por el artículo 75 del Código Penal (Navarro, 2005).

También se ha descartado la existencia de un concurso material de delitos, básicamente porque esta figura requiere la existencia de varios hechos realizados por la misma persona, cada uno de ellos constitutivo

de delito, no conectados entre sí, y sin que haya una condena (Etcheberry, 1999: 115), lo cual desde luego no ocurre en este caso, ya que se trata de un solo hecho que resulta ser constitutivo de dos delitos.

Este criterio ha sido confirmado a nivel jurisprudencial por la Excelentísima Corte Suprema en varios fallos, pudiendo citar a modo ejemplar uno dictado el 10 de enero de 2007, el cual señala en su parte pertinente: «atento lo planteado, los hechos de la causa, y comprensivos tanto la acusación de oficio formulada en contra del acusado, como la particular del Servicio de Impuestos Internos, se enmarcan en las dos hipótesis típicas que se han mencionado, esto es, el artículo 80 letra b) de la Ley 17.336 y artículo 97 número 9 del Código Tributario, normas que no pueden estimarse en relación de especialidad desde que ellas protegen bienes jurídicos diversos, el primero dice relación con la protección de la creación intelectual en sus diversas formas y el segundo el orden público económico, ambos si bien emergen de las mismas conductas, y por tanto existen en razón de la unidad fáctica establecida en autos, ellas no se excluyen y por tanto deben ser objeto de diversa valoración jurídica, y sujetas su correcta calificación a las dos normas penales indicadas, cuya punitiva está dada por el artículo 75 del Código Penal, tal cual lo plantea el recurrente».⁶⁹

Artículo 82. Reincidencia

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».

La norma utiliza la voz reincidencia, la cual ha presentado algunos problemas dentro de la jurisprudencia general de la agravante contemplada en el artículo 12 número 16, ya que algunos jueces han entendido que para proceda es necesario no solamente que el imputado haya sido condenado, sino también que cumpla la pena respectiva, lo cual desde luego hace bastante difícil la aplicación de esta regla especial. En este escenario, resulta de suma importancia armonizar este artículo con la

69. Excelentísima Corte Suprema, Rol 3415-05, fallo dictado en el marco de un recurso de casación en el fondo el 10 de enero de 2007.

modificación al Código Penal introducida por la Ley 20.253 (denominada agenda corta), la cual entre otras materias modificó el artículo 12 circunstancia 16.^a del Código Penal, sustituyéndose la expresión «reincidente» por «haber sido condenado el culpable por delitos de la misma especie». Con ello, no queda duda acerca de la aplicación práctica de esta regla.

Por último, a nivel jurisprudencial, se destaca un fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel que anuló un fallo que había condenado al imputado a una multa de 1600 UTM, en circunstancias que la primera condena había sido en base al antiguo artículo 80 letra b), norma que no contemplaba una multa dentro de las sanciones.

En este contexto, la citada Corte anuló el primer fallo, dictando sentencia de reemplazo, siendo pertinente citar los siguientes considerandos: «Primero: Que Paulo Andrés Álvarez Wiliams fue condenado en causa RIT 7325-2006, como autor del delito contemplado en el artículo 80 letra b) de la Ley 17.336, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, al decomiso de 181 discos compactos y a la suspensión de cargo u oficio público, sin que se le aplicare multa por no estar considerada en la ley.

«Segundo: Que, de esta forma y, acorde a lo señalado en el fallo de nulidad, no procede aumentar al doble la pena de multa, toda vez que, como ya se dijo ella no fue impuesta con anterioridad, debiendo, en todo caso, interpretar la disposición de la forma más favorable al condenado, como se hará en lo resolutivo».⁷⁰

Artículo 83. Agravante especial de agrupación de personas.

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».

70. Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 746/2010, fallo dictado el 8 de julio de 2010.

En el inciso primero se contempla una regla especial para determinar la pena, la cual se inspira en una agravante contemplada en la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En efecto, el artículo 19 letra a) de la citada ley señala que tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado, si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16 de la citada ley.

A su vez, en el inciso segundo se hace referencia al delito de asociación ilícita previsto en el Código Penal, incorporando además una multa adicional, confirmando además que este ilícito es factible aplicarlo en este tipo de infracciones, lo cual en todo caso, a la luz de dificultades a nivel jurisprudencial y doctrinario que se han establecido para configurarlo, se ve bastante complejo. Por lo mismo, la regla del inciso primero se divisa de mayor aplicación, dada las menores exigencias para configurarla.

3. DELITOS CONTENIDOS EN OTRAS LEYES

Sin perjuicio que el objeto de este artículo es exponer de forma acabada los distintos delitos contemplados en la LPI, resulta interesante referirse brevemente a dos temas relevantes: por un lado los ilícitos que se encuentran en otros cuerpos legales, lo cual en este caso ocurre con el artículo 11 la Ley 19.227; y los ilícitos que debieran estar en la LPI, pero que no están aún incorporados dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

3.1. ARTÍCULO 11 DE LA LEY DEL LIBRO

Artículo 11 de la Ley del Libro: «Las infracciones y delitos que se cometan en relación a la presente ley, como asimismo sus sanciones, se regirán por lo dispuesto en las leyes 17.336, sobre Propiedad Intelectual, y 16.643, sobre Abusos de Publicidad, en lo que fuere aplicable.

«Igualmente, se castigará conforme a las penas establecidas en el artículo 79 de la Ley 17.336 al que utilice procedimientos engañosos o fraudulentos para acceder indebidamente a los beneficios que otorga esta ley».

Como punto de partida, la norma se refiere a que las infracciones y delitos que se cometan en el marco de la Ley 19.227 se regirán por las normas de la LPI y la Ley 16.643, sobre Abusos de Publicidad, siendo pertinente para estos efectos analizar el citado artículo 11 de la Ley 19.227, en relación con el artículo 79 de la LPI.

En cuanto al supuesto de hecho de la norma, hasta antes de la modificación introducida por la Ley 20.435, contemplaba varias figuras vinculadas a la piratería de libros, las cuales fueron derogadas en concordancia con la ampliación del objeto material del delito de piratería previsto en el artículo 81 de la LPI.

En este escenario, solamente se mantuvo en el inciso segundo la hipótesis de utilización de procedimientos engañosos o fraudulentos para acceder indebidamente a los beneficios que otorga esta ley, los cuales en términos generales se pueden resumir en financiamiento de proyectos, programas y acciones vinculadas al libro y la lectura; la facultad para gozar del sistema simplificado de reintegro a las exportaciones establecido por la Ley 18.480; y el derecho de los editores, distribuidores, libreros y otros vendedores por cuenta propia de rebajar del impuesto de primera categoría un porcentaje del valor de los libros en sus inventarios, el cual aumenta a medida que pasa un año, teniendo la posibilidad de castigar completamente su valor al término del quinto año.

3.2. DELITOS QUE DEBIERAN INCORPORARSE A NUESTRA LEGISLACIÓN

Brevemente, se estima relevante utilizar algunas líneas para referirse a dos situaciones que en derecho comparado sí se encuentran debidamente incluidas dentro de las infracciones al derecho de autor.

Un primer gran tema son las medidas tecnológicas de protección. En efecto, el artículo 17.7.5 del TLC entre Chile y los Estados Unidos de Norteamérica establece la obligación de sancionar en forma expresa en nuestra legislación la elusión de medidas tecnológicas efectivas de protección,⁷¹ con una serie de limitaciones que se encuentran recogidas

71. Estas medidas se definen como cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución, fonograma u otro material protegido, o proteja un derecho de autor u otros derechos conexos y que no pueden, de manera usual, ser eludidos accidentalmente.

en el citado tratado, debiendo además circunscribirse sólo en casos de actos maliciosos realizados con fines comerciales, y con una pena únicamente de multa.⁷²

Esta obligación internacional encuentra un soporte adicional en el Tratado de la OMPI, sobre Derecho de Autor, adoptado el 20 de diciembre de 1996 en el seno de la citada organización internacional, ratificado por Chile mediante Decreto 270 de 28 de noviembre de 2002.

Por otro lado, una segunda obligación no cumplida por nuestro país se vincula con la protección de las señales satelitales portadoras de un programa codificado, la cual se encuentra expresamente señalada en el artículo 17.8 del TLC entre Chile y los Estados Unidos de Norteamérica.⁷³

La anterior obligación se ve reforzada por lo dispuesto en el Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmítidas por Satélite firmado en Bruselas el 21 de mayo de 1974 y aprobado por Chile el presente año 2011, el cual establece obligaciones para los Estados contratantes a fin de adoptar todas las medidas necesarias para impedir que, en o desde su territorio, se distribuyan señales portadoras de un programa, por un distribuidor a quien no esté destinada la señal.

En efecto, en la actualidad existe un problema de palabras mayores respecto de la comercialización y uso de decodificadores y antenas que permiten la captación de señales satelitales burlando los códigos de protección, sin autorización, y sin pagar derecho alguno por dicho uso, generando un perjuicio enorme a los titulares de derechos de autor y a los cableoperadores satelitales, lo cual hace necesario y urgente la adecuación de la legislación en este sentido.

4. CONCLUSIÓN

La LPI contempla un extenso catálogo de delitos que protegen los derechos de autor y conexos en su vertiente eminentemente patrimonial, sin perjuicio de existir un par de infracciones que, en el ámbito del derecho de autor, protegen también el contenido moral del mismo.

72. Esta norma debió haber estado incorporada en la nuestra legislación en el mes de enero del año 2009.

73. Esta norma debió haber estado incorporada en la nuestra legislación en el mes de enero del año 2004.

Si bien estos ilícitos han sido modificados en varias oportunidades, aún persisten importantes falencias que enmendar y obligaciones internacionales que cumplir. En este sentido, las futuras modificaciones no pasan necesariamente por una adecuación a las nuevas tecnologías, ya que la actual redacción en la mayoría de los casos es compatible con la comisión de estos ilícitos en este contexto.

Por último, en vista de la creciente importancia de los derechos de autor en el mundo globalizado actual, se espera y avizora en el futuro cercano un mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los mismos, en especial en un entorno digital.

REFERENCIAS

- ABBOTT, Frederick, Thomas COTTIER y Francis GURRY (2007). *International intellectual property in an integrated world economy*. Aspen Publishers.
- ÁLVAREZ HENRÍQUEZ, Carmen Paz (2006). «Importaciones paralelas y agotamiento de derechos en la jurisprudencia chilena». En Marcos Morales (coord.), *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago, LexisNexis.
- BACIGALUPO, Enrique (1999). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BAJO, Miguel y Silvina BACIGALUPO (2001). *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- CAREY CLARO, Guillermo y Matías RODRÍGUEZ BURR (2006). «Sistemas de transferencia de música por redes P2P». En Marcos Morales (coord.), *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: LexisNexis.
- CHAHUÁN SARRÁS, Sabas (2002). *Manual del nuevo procedimiento penal*. Santiago: Editorial LexisNexis.
- CURY URZÚA, Enrique (2005). *Derecho penal. Parte general*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2006). «Propiedad intelectual, teorías alternativas». En Marcos Morales (coord.), *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: LexisNexis.
- ELBERT, Cristian (2012). «El caso Napster como disparador de un nuevo debate». En Guillermo Cabanellas de las Cuevas (dir.) y Ángel Montes de Oca (coord.), *Derecho de Internet*. Buenos Aires: Helihasta.

- ETCHEBERRY, Alfredo (1992). «Aspectos penales en materia de derechos de autor: ilícitos penales en la legislación chilena». En VII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales. Santiago: OMPI.
- . (1999). *Derecho penal. Parte general*. Tomos I y II. Santiago: Jurídica.
- . (2005). *Derecho penal. Parte general*. Tomos I y IV. Santiago: Jurídica.
- FERRETI, Alessandro (2008). *Diritto d'autore*. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone.
- GARRIDO MONTT, Mario (2005). *Derecho penal. Tomo I. Parte general*. Santiago: Jurídica.
- GRUNEWALDT CABRERA, Andrés (2008). «Infracción a los derechos de autor y conexos por medios tecnológicos: tratamiento penal a la luz de la ley chilena». *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, 12.
- HERRERA SIERPE, Dina (1999). «Propiedad intelectual, derechos de autor, Ley 17.336 y sus modificaciones». Santiago: Jurídica.
- HORVITZ LENNON, María Inés y Julián LÓPEZ MASLE (2003). *Derecho procesal penal chileno. Tomo I*. Santiago: Jurídica.
- MADRID, Luis Ángel (2005). *Importaciones paralelas*. Bogotá: Centro Colombiano de Derechos de Autor.
- MAHÚ, Jorge (1999). *Ilícitos civiles y penales en materia de derechos de autor. Medidas cautelares*. Disponible en <http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_1/Illicitos%20civiles%20y%20penales.pdf>.
- MAIER, Julio (2004). *Derecho procesal penal. I Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MALMIERCA, Marta (2005). «La copia privada digital». *Revista de Internet, Derecho y Política*, 1. Disponible en <<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredondao2.pdf>>.
- MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ, Carlos (2005). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAZZONE, Jason (2006). «Copyfraud». *New York University Law Review*, 81.
- MORALES, Marcos (coord.) (2006). *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: LexisNexis.
- MOREIRA DUEÑAS, Alejandro (2006). Análisis de los delitos contra la propiedad intelectual en la Ley 17.336. Boletín 9 de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado (ULDDECO), Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile.

- MUÑOZ CONDE, Francisco (2002). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARAN (2004). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NAVARRO SOFFIA, Catalina (2005). El delito de comercio clandestino en la jurisprudencia nacional. Boletín 7 de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado (ULDDECO), Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile.
- PUENTE ALVA, Luz María (2008). El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual. *Revista Penal*, 21, Universidad de La Coruña.
- RODRÍGUEZ MONTAÑA, Alfredo (2007). «Algunos aspectos sobre la protección penal de los derechos de autor». En Alfredo Rodríguez Montaña y otros (editores), *Estudios de derecho penal económico*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- ROXIN, Claus (2003). *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Traducción Diego-Manuel Luzon Peña y otros. Madrid: Thomson Civitas.
- RUIZ, Claudio (2008). «El futuro de la descarga de música». En Alberto Cerda y Claudio Ruiz, *Internet, copyright y derecho: Opiniones contingentes*. Santiago: ONG Derechos Digitales.
- TIEDEMANN, Klaus (2007). *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- URIBE ARBELÁEZ, Martín (2005). *La transformación de la propiedad intelectual*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

SOBRE EL AUTOR

ANDRÉS GRUNEWALDT CABRERA es abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Magíster en Derecho (LL.M.) de la Universidad de Duke. Magíster en Derecho Financiero y Tributario de Universidad de Valencia y Magíster (c) en Derecho con Mención en Derecho Económico. Abogado asociado de Silva y Cía. Su correo electrónico es <andresgrunewaldt@gmail.com>.

Este trabajo fue recibido el 18 de noviembre de 2013 y aprobado el 17 de diciembre de 2013.

