



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**CRÍTICA A LA PERSECUCIÓN PENAL DEL TRÁFICO Y COMERCIO DE MERCANCÍAS
INFRACTORAS DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

RAIMUNDO ANDRÉS SOTO ALVARADO Y CRISTÓBAL OSVALDO VERGARA GONZÁLEZ

PROFESOR GUÍA: GERMÁN LUIS OVALLE MADRID

SANTIAGO, CHILE

2020

TABLA DE CONTENIDO

GLOSARIO.....	5
RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I. EL COMERCIO DE PRODUCTOS PIRATEADOS Y FALSIFICADOS EN EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA MUNDIAL	10
1. Contrabando y control aduanero: una relación histórica.....	10
2. Apertura comercial: riesgos e implicancias	11
CAPÍTULO II. LOS MECANISMOS LEGISLATIVOS DE PROTECCIÓN CAUTELAR Y PENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.....	16
1. Consideraciones generales	16
2. Protección cautelar de la propiedad intelectual: las medidas en frontera para la observancia de los derechos de propiedad intelectual.....	18
2.1. Antecedentes de las medidas en frontera en instrumentos internacionales.....	21
2.1.1 Medidas en frontera en el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial y en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.....	23
2.1.2 Medidas en frontera en el contexto de la OMC: el ADPIC.....	24
2.1.3 Las medidas en frontera en el TLC con EE.UU.....	28
2.2 Antecedentes de las medidas en frontera en la legislación nacional.....	29
2.3 Las medidas en frontera de la Ley N°19.912.....	29
2.3.1 Suspensión de despacho a instancia de parte o requerida.....	30
2.3.2 Suspensión de despacho de oficio.....	33
2.3.3 Otras disposiciones de la Ley N°19.912.....	36
3 Protección penal de la propiedad intelectual en relación con el comercio ilícito de mercancías.....	37
3.1 Notas comunes a ambos regímenes de la propiedad intelectual.....	37
3.1.1 Bienes jurídicos protegidos	37
3.1.1.1 Bienes jurídicos de naturaleza individual.....	37
3.1.1.2 Bienes jurídicos de naturaleza colectiva.....	41
3.1.2 Conducta típica: arrogación de facultades de tipo económico.....	42
3.1.2.1 Arrogación de facultades de tipo económico.....	43

3.1.2.2	La generación de beneficios económicos o la posibilidad de que ellos se generen como condición necesaria de imputabilidad en la arrogación.....	44
3.1.2.3	El carácter subordinado del derecho penal en la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial.....	46
3.1.2.4	El rol de la inscripción de derechos en la protección penal de los intangibles	48
3.2	El delito de piratería.....	53
3.2.1	Hipótesis de piratería menor.....	54
3.2.1.1	Tipo penal objetivo.....	54
3.2.1.2	Tipo penal subjetivo.....	58
3.2.2	Hipótesis de piratería mayor.....	59
3.2.2.1	Tipo penal objetivo.....	59
3.2.2.2	Tipo penal subjetivo.....	60
3.3	El delito de uso ilícito de marca registrada.....	61
3.3.1	Tipo penal objetivo.....	61
3.3.2	Tipo penal subjetivo.....	71
CAPÍTULO III. LA ACTUACIÓN DEL SERVICIO ADUANERO EN EL CONTROL DEL COMERCIO EXTERIOR Y PROTECCIÓN PENAL AMPLIA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.....		74
1.	Servicio Aduanero.....	74
1.1.	Potestad aduanera.....	75
1.2.	Destinaciones aduaneras definitivas: el ingreso y egreso de mercancías...75	
1.2.1.	Importación	76
1.2.2.	Exportación	76
1.3.	Espacios físicos de fiscalización.....	77
1.3.1.	Zonas primarias de jurisdicción.....	78
1.3.2.	Zonas secundarias de jurisdicción.....	79
1.4.	Etapas de los procedimientos de ingreso y salida de mercancías del territorio nacional.....	80
1.5.	Destino de las mercancías.....	83
1.6.	Excurso: Aspectos penales y procesales en la actuación de las policías en hipótesis de contrabando flagrante.....	84
2.	El Oficio Ordinario N°19.418 del Servicio Nacional de Aduanas.....	86

2.1.	Contenido del Oficio N°19.418.....	86
2.1.1.	Hipótesis de aplicación de la suspensión de despacho.....	87
2.1.2.	Obligación de denuncia.....	89
CAPÍTULO IV. BASES DOGMÁTICAS PARA UNA COMPRESIÓN REVISITADA DE LA PERSECUCIÓN DEL TRÁFICO Y COMERCIO DE BIENES DE ORIGEN ILÍCITO.....		92
1.	Límites al ius puniendi.....	92
2.	Naturaleza jurídica de las mercancías infractoras de DPI.....	93
3.	Contrabando y otras conductas ilícitas asociadas al tráfico y comercialización de mercancías infractoras.....	97
3.1.	Delitos contemplados en el Código Penal: falsificación de marcas privadas y uso indebido de marcas comerciales.....	97
3.2.	Figuras penales contempladas en la Ordenanza de Aduanas.....	100
3.2.1.	El delito de contrabando.....	101
3.2.1.1.	Contrabando impropio.....	102
3.2.1.2.	Contrabando propio.....	105
3.2.1.3.	Otros aspectos relevantes del delito de contrabando.....	115
3.2.1.4.	El delito de receptación aduanera.....	124
3.3.	Figuras contempladas en el Código Tributario.....	131
3.3.1.	El delito de comercio ilegal o irregular.....	135
3.3.2.	El delito de comercio clandestino.....	139
3.3.3.	Corrección a la tesis mayoritaria: los ingresos provenientes de actividades ilícitas no tributan.....	142
3.3.3.1.	Las consideraciones de orden tributario que sustentan la tesis contramayoritaria.....	143
3.3.3.2.	Tensión de la tesis mayoritaria con garantías fundamentales reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico.....	146
4.	<i>Lege Ferenda</i>	154
CONCLUSIONES.....		159
BIBLIOGRAFÍA.....		162

GLOSARIO

ADPIC: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

CA: Cortes de Apelaciones.

CADH: Convención American de Derechos Humanos.

CC: Código Civil.

CCom: Código de Comercio.

CP: Código Penal.

CPP: Código Procesal Penal.

CPR: Constitución Política de la República.

CT: Código Tributario.

CS: Corte Suprema.

DPI: Derechos de Propiedad Intelectual.

EA: Estatuto Administrativo.

IVA: Impuesto al Valor Agregado.

LIR: Ley sobre Impuesto a la Renta.

MP: Ministerio Público.

PI: Propiedad Intelectual.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

SII: Servicio de Impuestos Internos.

SNA: Servicio Nacional de Aduanas.

OA: Ordenanza de Aduanas.

OMC: Organización Mundial del Comercio.

OMPI: Organización Mundial de Propiedad Intelectual.

TLC: Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

RESUMEN

La presente memoria asume la tarea de examinar la forma en que se persigue y sanciona actualmente en nuestro país el fenómeno delictivo del tráfico ilícito de mercancías piratas y falsificadas a través de nuestras fronteras. En específico, el análisis se centra en el estudio de las herramientas administrativas y penales con las que se ha buscado controlar el contrabando de mercancías de origen ilícito con miras a proteger los derechos de propiedad intelectual (*protección* en términos amplios); debiendo para este objeto abocarse al estudio de distintas fuentes doctrinarias tanto nacionales como comparadas, fuentes jurisprudenciales, y legislación nacional e internacional relativa a la materia.

Para lo anterior, es fundamental la revisión acabada de los estándares que nuestro país ha asumido en relación al resguardo de los derechos de autor y los legítimos intereses de los titulares de marcas comerciales dada la radical importancia que reviste actualmente la defensa de un conjunto de bienes jurídicos asociados a la propiedad intelectual, tales como la ordenación del mercado, la recaudación fiscal, los incentivos al desarrollo intelectual personal, la innovación y el derecho de propiedad.

Así, teniendo en cuenta los estándares de guardia que rigen en la materia, podremos observar cómo el combate llevado adelante por la institucionalidad encargada de controlar, fiscalizar y sancionar la piratería ha perdido el foco, dando lugar a una sobrerreacción administrativa y penal a través de la aplicación de penas penales de tipo pecuniarias y personales por la comisión de delitos de contrabando, en conjunto con figuras delictivas de la Ley de Propiedad Intelectual y Ley de Propiedad Industrial, e incluso con las figuras penales del comercio irregular y clandestino consagradas en el Código Tributario (en adelante CT), lo que se encuentra, de acuerdo a las fuentes estudiadas, a extramuros del marco normativo constituido por los principios que informan el derecho penal moderno.

Finalmente, abordando la criminalidad en esta área de nuestro ordenamiento jurídico, se proponen una serie de medidas y cambios legislativos basados en modelos comparados que permitirían influir con mayores grados de eficiencia y eficacia la labor de la institucionalidad a cargo de guarnecer uno de los cimientos de crucial relevancia para la política económica nacional como lo es la protección de los derechos anteriormente referidos.

INTRODUCCIÓN

Una de las bases de la economía moderna de mercado es la apertura, constitución y resguardo de diversas plataformas de intercambio comercial de bienes y servicios. Ahora, la apertura comercial de redes trae aparejados no solo beneficios, sino también ciertos costos que son amortiguados por la institucionalidad llamada a controlar el tráfico comercial transfronterizo.

Uno de esos costos es precisamente la multiplicación de las actividades delictuales relacionadas a la apertura comercial. En relación con ello, la profesora Silvina Bacigalupo señala que “[e]n este gigantesco mercado al que evoluciona la economía mundial existe una demanda de bienes prohibidos que lo convierten en especialmente idóneo para la proliferación de organizaciones criminales dedicadas a este sector de la economía sumergida”¹.

Dentro de dichas actividades delictuales, puede destacarse el auge de la piratería a pequeña y gran escala, cuestión que hoy en día representa una gran preocupación tanto para las empresas privadas –nacionales e internacionales– desarrolladoras de marcas y productos que ven afectados sus derechos de propiedad intelectual (en adelante DPI), así como también para los diversos estados-naciones, quienes ven amenazados, dado el potencial lesivo de ciertos productos, intereses de diversa índole, como por ejemplo el medioambiente, la salud de las personas y la recaudación fiscal derivada de los impuestos.

En atención a lo anterior, el combate a la criminalidad organizada a través de la constante modernización de los mecanismos de control, el intercambio de información entre entidades públicas y privadas para efectos de localizar las concentraciones de producción y distribución de este tipo de productos, y el efecto disuasorio en el establecimiento de sanciones, ocupan actualmente la agenda operacional y legislativa de un sinnúmero de países.

En este contexto, Chile ha entendido la importancia del asunto, adecuando recientemente la normativa interna de protección de la propiedad intelectual (en adelante PI) y modernizando los controles aduaneros que permiten al Servicio Nacional de Aduanas (en adelante SNA) cumplir con los estándares de protección acordados por la comunidad internacional.

¹ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Ganancias ilícitas y derecho penal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1ª edición, 2002, p.2.

No obstante los esfuerzos asumidos en la materia, nuestras fronteras presentan altos grados de permeabilidad frente a la rápida evolución de las técnicas empleadas por las diversas organizaciones criminales, pudiendo constatarse el ingreso de diversos cargamentos de productos de origen espurio a través de redes de comercio informal. Lo precedente ha llevado a que el control del fenómeno delictual bajo estudio ya no solo sea preventivo, sino también correctivo a través del trabajo de nuestras policías, el Ministerio Público y los tribunales de justicia de competencia criminal.

Llegados a este punto, es necesario destacar el Oficio Ordinario N°19.418 del SNA (en adelante el Oficio), dictado con fecha 30 de diciembre de 2008, que tiene por finalidad orientar y unificar criterios en el ejercicio de las atribuciones de fiscalización preventiva y correctiva que nacen a partir de la dictación de la Ley N°19.912 para hacer frente al ingreso subrepticio de mercancías que vulneren los DPI.

Dentro de dichas atribuciones destaca la obligación de denuncia ante la eventual comisión de un delito, lo que ha derivado en la configuración de una *tesis* que aboga por una protección penal amplísima de los DPI, puesto que en el tráfico y comercio de mercancías ilícitas existiría, de acuerdo al Oficio, una vulneración a las leyes penales *en general*, confluyendo infracciones a delitos comunes del CP (artículos 186 y 190), delitos tributarios, delitos contenidos en la OA y, por supuesto, los delitos previstos en la Ley N°17.336 y Ley N°19.039 (en específico, artículo 81 y artículo 28 letra a) respectivamente).

Tal orientación dada por el SNA y confirmada por diversos fallos de nuestros tribunales de justicia, es el objeto de escrutinio de esta investigación, en la medida en que se dedica a formular y defender críticas a aquella *tesis* de protección penal amplia que aplica una serie de tipos penales comunes y especiales a casos de tráfico de mercancías ilícitas, abogando por la lesión de diversos bienes jurídicos lo que, como veremos oportunamente, es contrario a principios consagrados en nuestra Constitución (en adelante CPR) y en tratados internacionales suscritos por Chile, principios que a su vez son ampliamente reconocidos por la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia como cimientos básicos de nuestro derecho penal moderno. Así, a la corrección penal de este fenómeno delictual se contraponen el respeto a las garantías fundamentales de quienes resulten involucrados en actividades ilícitas de este tipo.

Pues bien, esta investigación pretende ser un aporte crítico para la disciplina de las ciencias penales, vista la escasa literatura nacional existente en la materia, todo, con el fin de determinar si es acaso posible sostener legítimamente una persecución penal de corte amplio sobre estos rubros en atención a los derechos constitucionales que eventualmente pudieren verse vulnerados.

En el Capítulo I, desde un punto de vista descriptivo se desarrollan las implicancias del fenómeno delictual del contrabando y la piratería para el mercado en general y a los DPI en particular.

El Capítulo II, está destinado a estructurar el marco jurídico nacional e internacional de protección de los DPI, desde el punto de vista cautelar como también desde el punto de vista penal.

El Capítulo III, da cuenta de las diversas herramientas legales y los supuestos que habilitan al SNA para fiscalizar el paso fronterizo de mercancías, en conjunto con el instructivo sobre denuncias penales, esto es, el Oficio, que establece las bases de la tesis de persecución penal bajo escrutinio.

El Capítulo IV, buscar sentar las bases doctrinarias que permitan replantear el objeto de estudio, a partir del análisis de cada uno de los tipos penales, comunes y especiales, que son aplicados en la persecución y castigo de tráfico transfronterizo de mercancías de origen ilícito en conjunto con el examen de sentencias de nuestros tribunales de justicia que son fiel reflejo de la tesis bajo crítica.

La presente investigación es de base teórico-descriptiva, por cuanto busca, por una parte, sistematizar una discusión no acabada, incorporando nuevos elementos de análisis hasta ahora obviados por la dogmática penal, y por la otra, valorar críticamente las soluciones normativas penales dadas hasta el momento, obteniendo finalmente una interpretación revisitada de estos asuntos y conforme con el ordenamiento jurídico y el respeto de las garantías constitucionales. Para ello nos apoyaremos, principalmente, en doctrina nacional y extranjera, jurisprudencia de nuestros tribunales, así como también en el análisis sistemático del ordenamiento jurídico local, por cuanto el estudio de estas materias toca tangencialmente diversas áreas de nuestro derecho, tales como la tributaria, civil, comercial, penal, procesal penal, y, de sobremanera, la constitucional. Por tanto, se utilizarán indistintamente textos legales, documentos y opiniones de expertos expresados principalmente en *papers* y publicaciones, como también libros y tratados.

Capítulo I. El comercio de productos pirateados y falsificados en el contexto de la economía mundial

1. Contrabando y control aduanero: una relación histórica

La preocupación por el control del tráfico comercial fronterizo no es algo nuevo ni mucho menos propio de los tiempos que corren. En algún sentido, puede estimarse que control y tráfico son fenómenos que corren en paralelo, debiendo el contrabando su origen a la propia fiscalización que pretende abolirlo: “[e]timológicamente, la palabra contrabando nace de la unión de contra y bando; la palabra contra denota la oposición y contrariedad de una cosa con otra, mientras la palabra bando se define como un edicto o mandato solemnemente publicado de orden superior. Contrabando es, entonces, la cosa hecha contra un bando u orden pública”².

Existen antecedentes históricos³ que dan cuenta de diversas formas en las que se practicaba el contrabando a lo largo de las extensas rutas comerciales controladas por los grandes imperios del mundo antiguo. Bajo el régimen feudal, para no caer en conductas constitutivas de contrabando, el campesino, dependiente del señor feudal, se encontraba vedado de vender los productos sin el pago previo de tributos por el uso de la tierra.

Luego, en la época de auge de la Corona Española y bajo el alero de su poder hegemónico, se dictaron numerosos edictos y decretos reales que tenían por objeto gravar con impuestos los productos provenientes de las colonias que transitaban por las diversas rutas comerciales terrestres y marítimas. Ello, además de aumentar las arcas reales, auspició el surgimiento de redes de contrabando impulsadas por las demás naciones europeas.

De ello da cuenta la Real Cédula dictada por Felipe V en los primeros años del siglo XVII, que reprimía a los contrabandistas franceses en América del Sur, estado de cosas que varió una vez que estalló la guerra de sucesión por la Corona Española, donde esta última admitió el comercio de navíos franceses a cambio de un pago por derechos de internación en consideración a la escasez de productos en América Latina⁴. En los siglos posteriores, el tráfico ilegal de esclavos se institucionalizó como práctica debido, entre otros factores, a los impuestos con que se

² CIFUENTES, Estefanía, ROMÁN, Mario y VALENZUELA, Luis. *El contrabando y su fiscalización en Chile*. Santiago: Trilogía. Ciencia-Tecnología-Sociedad, 2014, p.90.

³ *Ibid.*, p.89.

⁴ LEMUS, Freddy. *Aduana y comercio exterior en Chile (1543-1953)*. Santiago: Ediciones Altazor, 1996, p.51.

gravaron estas operaciones en los canales oficiales del comercio de esclavos.

En revisión de la historia nacional, a comienzos del siglo XIX, se destaca como uno de los primeros antecedentes de control aduanero aplicado a nuestras fronteras “el 21 de febrero de 1811, fecha en la cual se dicta la Primera Ordenanza de Aduana en Chile, en la cual la Junta Provisional de Gobierno, a nombre de Fernando VII, dispuso una serie de normas que regularían el ámbito aduanero, apuntando principalmente a los puertos de Valdivia, Talcahuano, Valparaíso y Coquimbo”⁵. En dicho decreto se restringía el comercio de esclavos y de los cargamentos de los comerciantes a los puertos anteriormente nombrados, así como también se prohibía la importación de ron, cerveza, vinos, aguardientes y sombreros de toda clase, tabaco, polvillo y naipes.

Llegados a este punto, es necesario constatar que el control aduanero, en el contexto de un sistema imperialista, debía su razón de existir principalmente a los anhelos expansionistas y de poder económico hegemónico de las distintas naciones colonialistas. De ahí que los riesgos a los que se enfrentaban las naciones de antaño, derivados de la carrera expansionista, eran básicamente la pérdida de sus zonas de influencia política y económica, el control de las rutas comerciales, provisión de materias primas, tributos, entre muchos otros.

Ahora, bajo la lógica de una economía cuyo motor sigue siendo en gran medida la acumulación de riquezas, tales preocupaciones se adjuntan a un nuevo “grupo” de contingencias que exigen por parte de la institucionalidad el aplicar metodologías eficientes y dinámicas para efectos de reprimir aquellos comportamientos ilícitos reñidos con intereses de carácter público y privado.

2. Apertura comercial: riesgos e implicancias

La economía global de mercado tiene como una de sus principales características el constituirse, para aquellas naciones que participan de ella, en una plataforma de intercambio comercial de bienes y servicios a escala mundial, lo que permite, en último término, que los países se concentren en producir e incentivar la inversión en aquellos bienes y servicios respecto de los cuales cuenten con ventajas comparativas y adquirir, fuera de sus fronteras, aquellos respecto de los cuales no cuenten con dichas ventajas (aplicando criterios de eficiencia asignativa).

⁵ RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. *Delito de contrabando. Principales aspectos y revisión de casos*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, 2015, p.66.

Para *ingresar* a esta plataforma, se requiere como presupuesto basal el contar con una política macroeconómica orientada a la apertura comercial y fronteriza. La anterior premisa se comienza a consolidar en el concierto internacional conformado por los países pertenecientes al mundo occidentalizado solo a partir de la segunda mitad del siglo XX. Con anterioridad, los países optaban por el aislacionismo económico derivado de las profundas desconfianzas que existían entre las naciones producto de las nefastas consecuencias provocadas por las guerras mundiales y la herencia del colonialismo, que generaba fuertes reticencias sobre todo en los países menos desarrollados.

Superado ese estado de aletargamiento, un nuevo espíritu invade las ambiciones de las naciones en pos de un desarrollo económico liberalizado. Es así como “[e]n 1947 se firma la Carta de La Habana, tratado internacional cuyo principal objetivo será el dar un impulso al comercio mundial. En ese mismo año y producto del acuerdo de veintitrés países, se aprueba el Acuerdo General de Aranceles y Comercio GATT que será la base de la Organización Mundial de Comercio y de muchos acuerdos más”⁶.

Siguiendo, diremos que el anhelo por alcanzar estadios de desarrollo económico cada vez más elevados ha requerido por parte de la mayoría de las naciones de importantes esfuerzos por presentar de forma atractiva sus mercados al mundo, esfuerzo que, a lo largo de los años, ha sido canalizado en importantes modificaciones legislativas que implican el abandono de un modelo proteccionista en pos de la apertura de fronteras con el fin de atraer el interés e inversión de capitales extranjeros, así como también el favorecer la suscripción de acuerdos bilaterales y multilaterales de cooperación con países de diversas latitudes y entidades supranacionales para efectos de comercializar productos con rebajas arancelarias o exenciones tributarias, entre muchos otros cometidos.

Por su parte, en directa correlación con lo dicho precedentemente, es dable constatar que el optar por un modelo de estrechamiento de mercados y alianzas internacionales que favorecen y alientan la libre realización de todo tipo de operaciones de comercio exterior tendrá como consecuencia necesaria un aumento significativo del flujo comercial, lo que conlleva a su vez al surgimiento de una serie de riesgos de distinta índole y diverso alcance.

⁶ ÁBALOS ELIZALDE, María Gracia. *Derecho aduanero chileno*. Santiago: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2007, p.28.

En definitiva, la apertura comercial como política de expansión económica es un imán para, entre muchas otras cosas, atraer a “falsificadores y empresas que obtienen grandes beneficios produciendo mercancía falsificada y pirata de gran variedad, desde software, equipos electrónicos y confecciones hasta productos que involucran directamente áreas sensibles como productos farmacéuticos, sanitarios, cosméticos, equipos de telecomunicaciones y repuestos mecánicos para automóviles; es decir, un universo de productos que casi siempre con materiales de inferior calidad, condiciones sanitarias inapropiadas y etiquetado con información falsa, tienen como resultado la generación de riesgo en la seguridad y salud de los consumidores, infracción de derechos de propiedad intelectual de empresas legítimamente constituidas, debilitamiento de la reputación de los bienes que éstas comercializan (Goodwill), así como un menoscabo en la competitividad de éstas empresas formales y los trabajadores que de ella dependen”⁷, entre muchos otros efectos lesivos, como por ejemplo el daño al medioambiente debido a la eliminación de productos tóxicos generados en la fabricación de mercancía pirata o los costos sociales en mayor inversión en seguridad y detección de infracciones.

Por añadidura, y según estudios⁸, los ingresos provenientes de la comercialización de bienes falsificados y la mercancía pirata, provee a quienes participan de él de importantes fuentes de ingresos y de una forma de blanquear capitales.

Más aún, recientemente el comercio clandestino es asociado a otros delitos graves como el narcotráfico y el tráfico de personas, incluso se sugiere que el crimen organizado utiliza rutas y métodos similares para mover las mercancías falsificadas y piratas en conjunto con drogas, armas, personas, etc.; y que además los ingresos provenientes de estos delitos son canalizados en la fabricación, distribución y comercialización de todo tipo de productos pertenecientes al comercio clandestino.

En esa línea, la supervisión de tales riesgos –y la amortización de sus efectos– por medio de una serie de mecanismos de control en la entrada y salida de mercancías, se ha erigido en motivo de preocupación primordial en las agendas de las distintas naciones involucradas.

⁷ MOSQUEIRA CHAUCAS, Christian. *La protección de la propiedad intelectual en el comercio internacional de bienes a través de la aplicación de medidas en frontera. Hacia una redefinición del modelo peruano*. Lima: Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Internacional Económico, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p.4.

⁸ United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI) / International Chamber of Commerce “Business action to stop counterfeiting and piracy” (ICC BASCAP), “Confiscation of the proceeds of crime: a modern tool for deterring counterfeiting and piracy”, disponible en: <http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Bascap/Why-enforce/Links-to-organized-crime/Proceeds-of-Crime>, 2013, p.13.

Se trata, por cierto, de una tarea titánica tomando en consideración la rapidez con que las conductas evasivas mutan y crecen los volúmenes⁹ actuales del comercio clandestino, puesto que “existen no solo pequeñas bandas u organizaciones, sino que, por el contrario, se puede ver cómo es que van apareciendo cada vez más organizaciones delincuenciales que operan a nivel mundial financiando el ingreso y salida de diversas mercancías no solo de libre comercialización, sino que entramos a un campo donde el objeto del delito son bienes restringidos o, en el peor de los casos, prohibidos, lo cual genera un mayor agravio no solo al Estado donde se originó el ilícito, sino que el lugar de destino también se ve perjudicado por el uso o comercialización de dicha mercancía”¹⁰.

En resumen, el fenómeno delictual del tráfico ilícito de mercancías falsificadas preocupa en tanto genera problemas a nivel sistémico en la ordenación del mercado, tanto a nivel nacional como internacional. A su vez, provoca distorsiones en los procesos de intercambio de bienes y un significativo detrimento en las arcas fiscales derivado de la omisión en el pago de las obligaciones de tributación de tales bienes (impuestos y derechos arancelarios). En suma, el contrabando “pretende llevar al informalismo e ilicitud las relaciones comerciales en el sentido de no respetar los parámetros normativos, eludiéndolos, evitándolos y burlándolos, haciendo uso de diversos mecanismos para concretar ese fin ilícito”¹¹.

De todo lo anterior, se colige que “las Administraciones Aduaneras a nivel mundial han pasado de un papel secundario y accesorio a un papel principal al asumir el gran reto de velar por la observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) mediante la aplicación de medidas en frontera, función bastante crítica, debido a que tienen que decidir sobre cuáles de los cientos de embarques que se movilizan a diario por los puertos, aeropuertos y terminales terrestres, deben seleccionar su control ante las sospechas de falsificación o piratería y al mismo tiempo ser expeditivos para no generar sobrecostos en el comercio de mercancía legítima”¹².

⁹ Entre enero y noviembre de 2013, según el programa conjunto de UNODC y la Organización Mundial de Aduanas, más de un tercio de los contenedores (de embarcaciones) que los equipos Container Control Programme (CCP) inspeccionaron y, posteriormente, incautaron en todo el mundo contenía mercancías falsificadas. Además, de acuerdo a datos que maneja la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), los volúmenes de dinero que mueve el mercado de la mercancía falsificada puede alcanzar los 250.000 millones de dólares al año. Sin embargo, esta cifra no incluye el considerable volumen de productos digitales piratas que se distribuye a través de Internet, que harían incrementar la cifra del negocio en forma sustantiva. Para mayor detalle véase Organization for Economic Cooperation and Development, “Magnitude of counterfeiting and piracy of tangible products: an update”, November 2009. Disponible en www.oecd.org/dataoecd/57/27/44088872.pdf.

¹⁰ HUAMÁN SIALER, Marco Antonio. *El delito de contrabando en el Perú y en el contexto internacional*. Lima: Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas, N°18, 2016, p.305.

¹¹ Ídem.

¹² MOSQUEIRA CHAUCAS, ob. cit., p.4.

Dicho papel protagónico es asumido en nuestro país por el Servicio Nacional de Aduanas, en atención a la actualización de la legislación nacional que protege la propiedad intelectual en virtud de la Ley N°19.912, que adecua una serie de cuerpos legislativos en conformidad a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC) suscritos por Chile, normativa que a su vez, se tramita y aprueba en razón de las obligaciones bilaterales internacionales asumidas por el Estado chileno con motivo de la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos en el año 2004 (en adelante TLC).

Capítulo II. Los mecanismos legislativos de protección cautelar y penal de la propiedad intelectual

1. Consideraciones generales

De forma preliminar y para efectos de ordenación, diremos que el estudio de esta memoria se abocará exclusivamente a desarrollar la forma y los alcances de la protección legal que brinda nuestro ordenamiento, por un lado, a las obras artísticas, literarias y científicas; y por el otro, a las marcas comerciales registradas, cuando existen reproducciones ilegítimas de las primeras o cuando estemos frente a un uso malicioso de las segundas, por cuanto estas son las infracciones que a nivel penal se han invocado para combatir el tráfico y comercio ilícito de mercancías piratas y/o falsificadas.

A modo introductorio y en análisis de nuestro ordenamiento jurídico, podemos advertir dos niveles de protección de los DPI en lo referente a este fenómeno delictivo:

El primero, que denominaremos *cautelar*, tiene por objeto evitar que la mercancía presuntamente infractora de DPI entre al circuito comercial local o salga de él sin que exista una revisión judicial previa que determine su naturaleza.

Lo precedente, tiene su expresión legal en la consagración de las medidas de frontera para la observancia de los DPI de la Ley N°19.912, esto es, la propuesta normativa chilena de resguardo cautelar conforme a los lineamientos definidos en el tratado multilateral de mayor importancia en estos rubros: el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (en adelante ADPIC).

Así, el Título II de la Ley N°19.912 representa la particularización estatal de los estándares internacionales definidos por el ADPIC, texto multilateral que sirve de instrumento de adecuación normativa en la definición de pisos mínimos de resguardo, que a su vez fueron mejorados por nuestro legislador en atención a las obligaciones internacionales que surgen para nuestro país con motivo de la firma del TLC con EE.UU en el año 2004.

En definitiva, este nivel primario de protección busca mediante su instrumento primordial –esto es, la suspensión del despacho aduanero de las mercancías presuntamente infractoras– ser una

medida judicial tendiente, en primer lugar, a evitar la creación de los riesgos advertidos en el ingreso de mercancía pirata y/o falsificada a nuestro país y, en segundo lugar, hacer efectivos los derechos de los titulares cuya lesión, en caso de ingreso de la mercancía al circuito comercial formal, será eventualmente determinada en un pronunciamiento de fondo¹³.

Por su parte, el segundo nivel de protección o nivel *penal* se configura en la convergencia, muchas veces complementaria, de los intereses estatales representados en delitos de orden aduanero y tributario, y los intereses de los titulares de derechos que son asistidos por nuestro ordenamiento mediante todo un entramado de delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.

Pues bien, este segundo nivel opera bajo diversos supuestos. Uno de ellos, se da cuando los funcionarios del SNA, en virtud de las facultades de oficio que dispone la Ley N°19.912, encuentran de forma flagrante mercancía que eventualmente infringe DPI. En estos supuestos, el funcionario fiscalizador procede a formular la denuncia respectiva, principalmente, por el delito de contrabando propio (artículo 168 inciso segundo de la Ordenanza de Aduanas), produciéndose, a nuestro juicio, una sobrerreacción penal en torno a proteger los DPI, conjugándose, por un lado, las pretensiones punitivas estatales por denuncias referentes a delitos aduaneros –y en ciertas ocasiones por el delito tributario del comercio clandestino– y, por el otro, las eventuales denuncias y querellas de privados en defensa de sus derechos de propiedad intelectual o industrial.

Otro grupo típico de casos vinculados al tráfico de mercancías de este tipo, viene dado por los controles policiales que se realizan rutinariamente en las diversas rutas terrestres de nuestro país a automóviles (sobre todo camiones y/o buses que provienen del extranjero) y donde se descubre, entre otras cosas, mercancía presuntamente infractora.

En estos casos, la persecución penal se basa en los derechos que hacen valer, por un lado, el SNA en lo referente al delito de receptación aduanera, puesto que el imputado al ser descubierto en el transporte oculto de mercancía no puede acreditar la adquisición de la mercancía o su legal permanencia o transporte, asociándose, la receptación, a la hipótesis del contrabando impropio clandestino, en cuanto se ingresan al territorio nacional mercancías de lícito comercio sin que

¹³ Al igual que cualquier otra medida cautelar, la finalidad de la suspensión es asegurar la efectividad de los derechos que pudiese el titular reclamar en un posterior juicio de fondo (sea este civil o penal).

estas hayan sido presentadas a control aduanero y ello tiene por resultado la defraudación a la Hacienda por los montos no enterados relativos a derechos, impuestos, tasas y demás gravámenes que les afectan.

Luego, el Servicio de Impuestos Internos (en adelante SII), se hace parte del proceso alegando que el imputado ejerce clandestinamente una actividad ilícita (artículo 97 N°9 del Código Tributario) ya que se asume, dada la gran cantidad de mercancía que fue ingresada en contravención a la ley, la intención de el o los imputados en orden a comercializar las mercancías al margen del sistema tributario y sin cumplir las obligaciones tributarias relacionadas a ellas.

Otra forma que comúnmente activa la protección penal es en los casos donde un representante de una determinada empresa realiza una denuncia ante funcionarios policiales al advertir la distribución al público de reproducciones no autorizadas que tienen apuestas una marca respecto de la cual es legítimo titular. Y a reglón seguido, con dicha denuncia se activa el interés estatal representado, en primer lugar, por el SII en base al delito tributario de comercio irregular o ilegal (artículo 97 N°8 del Código Tributario) en tanto los imputados ponen productos en el comercio a sabiendas de que no se ha cumplido con las obligaciones tributarias respectivas a dicha actividad y, en segundo lugar, por el SNA respecto del delito de receptación aduanera (artículo 182 de la OA), en el entendido de que el imputado posee mercancías que han sido internadas en contravención a la ley (su origen proviene del contrabando propio), cuestión que el imputado conocía o debía conocer.

2. Protección *cautelar* de la propiedad intelectual: las medidas en frontera para la observancia de los derechos de propiedad intelectual

Primeramente, previo a ahondar en la protección cautelar nos gustaría destacar los esfuerzos con que el Estado chileno ha buscado actualizar la legislación que protege a los DPI con miras a alcanzar los estándares mínimos fijados en el concierto internacional en estas materias. De ahí que salta inmediatamente a la vista la Ley N°19.912 que incluye en su Título II las medidas de frontera para la debida observancia de los DPI.

Dicho título establece, en términos simples, una protección administrativa-cautelar *amplia* de los DPI mediante un procedimiento judicial a instancia de parte. Luego, sin limitarse a la protección de los intereses del titular de derechos, la “misma ley establece facultades para actuación de

oficio de la Aduana con el objeto de suspender el despacho de mercancía, cuando del simple examen de la misma, resultare evidente de que se trate de mercancía de marca falsificada. En tal caso, la Aduana debe notificar al titular para que este ejerza los derechos que le confiere la ley, sin perjuicio del deber del Servicio de formular la denuncia correspondiente”¹⁴.

Decimos *amplia* en el entendido de que, en primer lugar, el procedimiento tiene por objeto primordial el poner punto suspensivo al despacho aduanero, el cual está dado por el conjunto de actos, formalidades y gestiones que deben realizarse por parte de los agentes de comercio ante las autoridades aduaneras con relación a todo tipo de destinaciones aduaneras¹⁵.

En segundo término, la protección es *amplia* porque brinda resguardo ante cualquier infracción a los derechos de propiedad industrial (incluyéndose todas las categorías contempladas en la Ley N°19.039) y/o los derechos de autor y conexos a este garantizados en la Ley N°17.336.

Ahora, ¿cuáles fueron las motivaciones que llevaron a nuestro legislador a llevar adelante tal actualización legislativa? ¿Cuáles son las razones que sustentan la promulgación de la Ley N°19.912? Para responder a dichas interrogantes deberemos ahondar en los cuerpos normativos internacionales más relevantes de la materia y en la historia legislativa que explican el cumplimiento de obligaciones de regulación por parte de nuestro país.

Pues bien, estas obligaciones de regulación tienen por fuente primaria la creación de la OMC, organismo que en conjunto con la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (en adelante OMPI) lideran el poder regulatorio de la PI desde el año 1994. Siguiendo, como fuente secundaria tenemos dentro de los Anexos a la creación de la OMC el texto multilateral de mayor relevancia para la PI con relación al comercio mundial y que sirvió de base para la legislación con la que actualmente cuenta nuestro país en estos rubros, a saber, el ADPIC.

Desde su creación, el ADPIC se erige como “el denominador común de estándares normativos mínimos sobre propiedad intelectual que los Estados miembros se comprometieron a implementar en sus respectivas legislaciones; y se logró brindar seguridad y certeza jurídica en

¹⁴ GONZÁLEZ HOLMES, Rodrigo y RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. *Manual de derecho aduanero*. Santiago: Thomson Reuters, 2014, p.27.

¹⁵ Es decir, no existe un número cerrado de gestiones que quedan afectas a este procedimiento, pudiendo referirse a cualquiera.

un área particularmente sensible para el comercio internacional, más aún en una época en que los bienes que se comercializan a nivel internacional incorporan cada vez más elementos (como tecnología) y conocimientos protegidos por la propiedad intelectual”¹⁶.

A su vez, el ADPIC –entendido como cuerpo normativo mínimo exigible¹⁷ para los países miembros que lo suscriben– establecía plazos de adecuación normativa¹⁸ distintos de acuerdo con el desarrollo económico de cada uno de los suscribientes. Debido a ello, y pese a que Chile ratificó el Acuerdo que crea la OMC y sus Anexos mediante el Decreto Supremo N°16 de 17 de mayo del año 1995, nuestro país se reservó un plazo de 5 años para reformar la normativa protectora de la propiedad intelectual¹⁹.

De esta forma, no fue sino hasta el año 2003 que en nuestro país se promulgó el cuerpo normativo protector a nivel de frontera de los DPI en concordancia con los estándares internacionales de la materia, lo que fue incentivado en gran medida por las obligaciones bilaterales internacionales asumidas por el Estado chileno con motivo de la firma del TLC con EE.UU.

La negociación y posterior firma de este último tratado supuso para nuestro país la incorporación a la legislación de estándares de protección más elevados que los fijados por el ADPIC. Dicho fenómeno legislativo es conocido como “ADPIC Plus”, y consiste en la adopción de compromisos y/o acuerdos que van más allá de aquello que consolida el texto multilateral mínimo.

Pues bien, ¿cómo se explica la adopción del TLC con EE.UU? Diremos que, los tratados de libre comercio buscan, en general, la homogenización de las disposiciones legales para efectos de reducir costos y simplificar las transacciones económicas entre las partes suscriptoras. Son, en definitiva, un mecanismo legal que permite a los países desarrollados “importar” sus intereses nacionales en aras de proteger áreas de sensible relevancia económica como lo es la producción

¹⁶ SCHMITZ VACCARO, Christian. *Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual*. Bogotá: Revista La Propiedad Inmaterial, 2013, N°17, p.81.

¹⁷ De conformidad al artículo 1.1 del ADPIC, los Estados miembros podrán prever en su legislación nacional una protección más amplia que la exigida por el Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo.

¹⁸ El ADPIC exige la dictación o modificación de la ley interna para efectos de que los particulares puedan exigir los derechos que el Acuerdo les confiere.

¹⁹ Nuestro país adujo en su momento que existía carencia de recursos tecnológicos y falta de capacitación del personal del SNA.

y distribución de bienes que incluyen categorías protegibles de PI, lo que redundará, en último término, en que las empresas que participan de un sinnúmero de industrias puedan proteger sus derechos en la mayor cantidad de países posibles²⁰. Por su parte, para los países en vías de desarrollo, la adopción de estos acuerdos representa una importante fuente de acceso a diversos mercados con mayores grados de competitividad y beneficios.

Por tanto, y a modo de cierre, tenemos que la Ley N°19.912²¹, es el punto cúlmine que viene a adecuar un sinnúmero de cuerpos legislativos de nuestro ordenamiento jurídico de conformidad a los acuerdos de la OMC²² suscritos por Chile. Dicho de otra forma, la Ley N°19.912 es la normativa que concretiza el cumplimiento de las obligaciones de regulación asumidas por nuestro país a nivel internacional, lo que da cuenta, a su vez, de la importancia que significa para nuestro país la apertura comercial como pilar de la economía nacional, como bien señalábamos al comienzo de esta memoria.

2.1 Antecedentes de las medidas en frontera en instrumentos internacionales

Hasta el año 1883 en que se dicta el Convenio de París, la protección de la PI carecía de eficacia, puesto que tenía un acento marcadamente territorial-nacionalista, lo que limitaba en demasía el espacio territorial de protección, así como también los sujetos protegidos por tales normas²³.

En vista de lo anterior, los gremios de comerciantes y artistas de diversas profesiones comenzaron a reclamar más uniformidad en la tutela de sus derechos, con miras a restringir las copias e imitaciones no consentidas, lo que llevó a los gobiernos de la época a aunar esfuerzos

²⁰ SCHMITZ VACCARO, Christian, ob. cit., p.86.

²¹ La Ley N°19.912 que lleva por título "Adecua la legislación que indica conforme a los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio suscritos por Chile", fue promulgada el 24 de octubre de 2003, entrando en vigencia el 4 de noviembre de 2003 (día de su publicación). De acuerdo con el preámbulo de la Ley, el cuerpo normativo citado tiene por objetivo "dar cumplimiento a las obligaciones de regulación asumidas por Chile, de conformidad con el Acuerdo que estableció la Organización Mundial del Comercio y sus Anexos. El Acuerdo por el cual se crea la OMC y los demás anexos fueron adoptados en el Acta Final de la Octava Ronda de Negociaciones Comerciales Multilaterales del Acuerdo General de Aranceles y Comercio, GATT, suscrita el 15 de abril de 1994, en Marrakech, Marruecos, y que corresponden a materias propias de una ley. Tanto el Acuerdo OMC como sus Anexos, fueron promulgados mediante Decreto Supremo N° 16, de 5 de enero de 1995.

²² Actualmente está integrada por 164 países miembros y tienen por misión administrar los acuerdos comerciales multilaterales, servir de foro para facilitar negociaciones comerciales entre sus miembros y resolver disputas, entre otros. Para mayor información visite https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm. (Consultado 06.06.2018).

²³ "La protección solo se extendía a los inventores y autores nacionales en su respectivo territorio, y no a territorios ni a personas extranjeras, razón por la cual con el tiempo las invenciones y obras de mayor utilización eran las extranjeras, dado que al no gozar de protección su utilización se volvía más económica, pues no requerían autorización para su uso, ni pago de precio o regalía". En SCHMITZ VACCARO, Christian, ob. cit., p.68.

en el sentido de suscribir tratados internacionales de protección, como el comentado Convenio de París y el Convenio de Berna.

Estos tratados multilaterales, que siguen vigentes en la actualidad, y que han sido actualizados en numerosas ocasiones gracias a sus normas de revisión periódica, constituyen la base del sistema internacional de protección de sus respectivos derechos intelectuales²⁴.

Luego, en 1893 las Secretarías de ambos convenios se reúnen en una sola, formándose así la Oficina Internacional Unida para la Protección de la Propiedad Intelectual o BIRPI (por sus siglas en francés: *Bureaux Internationaux Réunis pour la protection de la propriété intellectuelle*), produciéndose, en consecuencia, el primer contacto institucional de ambos subsistemas de la PI, lo que facilitó enormemente la integración y tratamiento uniforme de materias en el contexto de la creciente importancia que los gobiernos le daban a este tipo de asuntos.

Con el paso de los años, los textos multilaterales base, fueron ampliados mediante la celebración de “una serie de tratados relativos a materias específicas de propiedad intelectual, y que continuaron la tarea de armonizar las legislaciones nacionales y de mejorar la cooperación administrativa a fin de mejorar la protección de la propiedad intelectual a nivel internacional”²⁵. Algunos de estos tratados tienen por objeto erigirse en fuentes de protección jurídica internacional para los países miembros, otros buscan facilitar dicha protección a través de sistemas de cooperación y otros establecen clasificadores internacionales²⁶.

Todos estos cuerpos normativos son administrados en la actualidad por la OMPI²⁷, organismo sucesor de la BIRPI, el cual fue creado una vez que las oficinas de esta última pasan a formar parte integrante del sistema de Naciones Unidas mediante el Acuerdo entre las Naciones Unidas

²⁴ Para un mayor detalle de las características propias de cada uno de estos Convenios véase SCHMITZ VACCARO, ob. cit., pp.69-73.

²⁵ SCHMITZ VACCARO, ob. cit., p.73.

²⁶ Para un mayor análisis de los contenidos de cada uno de estos Tratados en específico y en general respecto a la evolución de la regulación internacional de la Propiedad Intelectual véase SCHMITZ VACCARO, ob. cit., pp. 73-79 y HOHMANN HEWSTONE, Melissa y VENTURELLI SANTA MARIA, Valentina. *Régimen de propiedad industrial en la legislación chilena, Análisis comparativo con el ADPIC y tratados de libre comercio suscritos por Chile*. Santiago: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2008, pp.9-13.

²⁷ Organismo especializado de las Naciones Unidas dedicado a fomentar el uso y la protección de las obras del intelecto humano en todo el mundo, mediante la cooperación internacional. Uno de sus principales objetivos es mantener y mejorar el respeto por la propiedad intelectual en todo el mundo, evitando erosiones a los actuales niveles de protección y buscando simplificar y abaratar la adquisición de protección como su aplicación práctica.

y la OMPI que entró en vigencia el 17 de diciembre del año 1974²⁸ y que hoy por hoy congrega a 191 países miembros.

2.1.1 Medidas en frontera en el Convenio de París²⁹ para la protección de la propiedad industrial y en el Convenio de Berna³⁰ para la protección de las obras literarias y artísticas

Por una parte, el Convenio de París establece en sus artículos 9³¹ y 10³² normativa relacionada a las medidas en frontera. Estas normas tratan, en síntesis, acerca del comiso de mercancías que lleven ilícitamente una marca o nombre comercial, así como también aquellas que lleven una indicación geográfica falsa. No obstante, la técnica empleada en este articulado no es del todo certera en la medida que no establece en qué momento y a instancia de qué autoridad o persona debe practicarse, como tampoco señala los indicios que debe presentar la mercadería para que esta sea potencialmente infractora de derechos³³.

Por la otra, el Convenio de Berna, determina expresamente el comiso de mercancía infractora en su artículo 16.1, el cual establece: “Toda obra falsificada podrá ser objeto de comiso en los países de la Unión en que la obra original tenga derecho a la protección legal”. No obstante, el

²⁸ Chile adhiere en el año 1975.

²⁹ Nuestro país pasó a ser Estado miembro de este Convenio en el año 1991 mediante Decreto Supremo N°425 de 8 de abril de ese año del Ministerio de Relaciones Exteriores (publicado en el Diario Oficial el 30 de septiembre del mismo año).

³⁰ Chile ingresa como Estado miembro en el año 1975 mediante Decreto N°266 de 3 de abril de ese año del Ministerio de Relaciones Exteriores (publicado en el Diario Oficial 5 de junio de 1975).

³¹ El artículo 9 dispone que: 1) Todo producto que lleve ilícitamente una marca de fábrica o de comercio o un nombre comercial será embargado al importarse en aquellos países de la Unión en los cuales esta marca o este nombre comercial tengan derecho a la protección legal. 2) El embargo se efectuará igualmente en el país donde se haya hecho la aplicación ilícita, o en el país donde haya sido importado el producto. 3) El embargo se efectuará a instancia del Ministerio público, de cualquier otra autoridad competente, o de parte interesada, persona física o moral, conforme a la legislación interna de cada país. 4) Las autoridades no estarán obligadas a efectuar el embargo en caso de tránsito. 5) Si la legislación de un país no admite el embargo en el momento de la importación, el embargo se sustituirá por la prohibición de importación o por el embargo en el interior. 6) Si la legislación de un país no admite ni el embargo en el momento de la importación, ni la prohibición de importación, ni el embargo en el interior, y en espera de que dicha legislación se modifique en consecuencia, estas medidas serán sustituidas por las acciones y medios que la ley de dicho país concediese en caso semejante a los nacionales. Disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=288515#P172_32501. (Consultado el 05.06.2018).

³² El artículo 10 señala que: 1) Las disposiciones del artículo precedente serán aplicadas en caso de utilización directa o indirecta de una indicación falsa concerniente a la procedencia del producto o a la identidad del productor, fabricante o comerciante. 2) Será en todo caso reconocido como parte interesada, sea persona física o moral, todo productor, fabricante o comerciante dedicado a la producción, la fabricación o el comercio de ese producto y establecido en la localidad falsamente indicada como lugar de procedencia, o en la región donde esta localidad esté situada, o en el país falsamente indicado, o en el país donde se emplea la indicación falsa de procedencia. Disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=288515#P172_32501. (Consultado el 05.06.2018).

³³ MOSQUEIRA CHAUCAS, Christian, ob. cit., pp.14-15 y PARRAGUEZ RUIZ, Rodrigo. *Estudio de Caso “Análisis de la ley 19912, sobre medidas en frontera para la observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual”*, Santiago: Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, Magister en Estrategia Internacional y Política Comercial, 2013, p.14.

texto internacional entrega a la legislación nacional de los estados miembros la forma en que debe practicarse dicha medida, lo que no se regulaba en nuestro país sino hasta fechas recientes.

2.1.2 Medidas en frontera en el contexto de la OMC: el ADPIC

El ADPIC, qué duda cabe, asoma como el primer instrumento internacional que regula en forma acabada las reglas de aplicación mínima relativas a los mecanismos dirigidos a la observancia de los DPI.

En detalle, en la sección Tercera del Acuerdo figuran las obligaciones generales de los Estados miembros respecto a la observancia de los derechos (artículo 41), normas relativas a procedimientos y recursos civiles y administrativos (artículos 42 a 49), disposiciones acerca de los procedimientos penales (artículo 61), medidas provisionales (artículo 50), y por último las pautas referentes a las medidas en frontera (artículos 51 a 60).

Ahora, es necesario destacar que, todas estas disposiciones buscan un justo equilibrio entre, por un lado, los legítimos intereses de los titulares de derechos y la pretensión estatal de acotar el comercio ilícito, y por el otro, no coartar indebidamente la libertad para comerciar que asiste a los importadores y exportadores, lo que es coincidente con el espíritu que mueve a toda la regulación administrada por la OMC en aras a no entrapar el comercio en la búsqueda de un mayor desarrollo y bienestar de la economía a escala mundial.

En específico, en cuanto al articulado relacionado a las medidas en frontera, podemos observar que el mecanismo predilecto utilizado por el texto multilateral para amparar a los DPI es la suspensión del proceso de despacho aduanero. Es así, como el artículo 51 del ADPIC mandata a los países suscribientes a que adopten procedimientos³⁴ para que aquel titular de derechos que tenga motivos válidos para sospechar que se prepara la importación de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, o mercancías pirata que lesionan el derecho de

³⁴ Tal obligación, en la aplicación de procedimientos en frontera, no será aplicable cuando se trate de mercancías puestas en el mercado en otro país por el titular del derecho o con su consentimiento. Lo anterior, como lo veremos en su oportunidad, dice relación con el fenómeno de las importaciones paralelas y el agotamiento de los derechos de distribución.

autor³⁵, pueda presentar a las autoridades competentes, administrativas o judiciales³⁶, una demanda por escrito con objeto de que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías para su libre circulación.

De igual forma, y en el entendido que el contenido de estas disposiciones son el piso mínimo al cual pueden optar los miembros, el ADPIC abre la posibilidad para que la demanda presentada con el objeto de suspender el despacho pueda ser extendida a aquellas mercancías que supongan “otras infracciones a los derechos de propiedad intelectual” y no solo aquellas que lesionan a las marcas y/o derechos de autor y conexos (como ocurre precisamente en nuestra legislación) y, además, se posibilita ampliar el campo de aplicación a la destinación aduanera de exportación (en este punto, y como se mencionó más arriba, nuestra Ley N°19.912, va más allá, extendiéndola a cualquier gestión realizada ante la autoridad aduanera inserta en un proceso de despacho).

De cualquier manera, a los ojos del ADPIC, la infracción deberá justificarse por el demandante en la medida en que la acción debe presentar antecedentes suficientes que permitan concluir que se está frente a mercancía infractora, junto con una descripción suficientemente detallada de las mercancías que han de ser objeto de la medida provisoria (artículo 52).

A su vez, con miras a disminuir las trabas al comercio legítimo y a restringir posibles conductas desleales o anticompetitivas, el artículo 53 exige la rendición de una fianza o garantía equivalente, que en ningún caso podrá ser disuasiva a la utilización de este recurso. Asimismo, el artículo 56 establece que el o los demandantes deberán pagar una indemnización a favor del importador, consignatario y/o dueño de las mercancías cuando se haya iniciado el procedimiento de forma infundada, o cuando hayan transcurrido los plazos máximos de suspensión sin que se haya presentado por la parte demandante acciones conducentes a pronunciarse respecto al

³⁵ Por lo que se refiere a los supuestos en que deberá aplicarse estos procedimientos tenemos, por un lado, a las “mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas” que de acuerdo al mismo artículo son “cualesquiera mercancías, incluido su embalaje, que lleven apuesta sin autorización una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca válidamente registrada para tales mercancías, o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de esa marca, y que de ese modo lesione los derechos que al titular de la marca de que se trate otorga la legislación del país de importación” y, por el otro, a las “mercancías pirata que lesionan el derecho de autor” que son “cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación”.

³⁶Nuestro país optó, como veremos, por judicializar este procedimiento, lo que trajo consigo una serie de consecuencias.

fondo del asunto o que la autoridad debidamente facultada (en nuestro caso el Ministerio Público) no haya adoptado medidas provisionales que justifiquen la prolongación de la suspensión, todo de conformidad al artículo 55³⁷.

También, el texto internacional busca no dilatar indebidamente los procedimientos fijando plazos máximos para la suspensión de despacho. Así, se extenderá solamente por 10 días, pudiendo prolongarse en igual cantidad de días si se está frente a circunstancias calificadas de conformidad al artículo 55³⁸.

En otro orden de ideas, en respeto a los principios de inmediación y contradictoriedad, el ADPIC garantiza a la parte demandante y demandada el derecho de inspección e información de las mercancías objeto del procedimiento.

Por otra parte, en miramiento a la realidad del fenómeno del tráfico ilícito de mercancías y sabiendo que las autoridades aduaneras son las primeras en tomar contacto material con la infinidad de mercancías que circulan en los pasos fronterizos, es que el ADPIC da la opción a que los países miembros puedan autorizar actuaciones de oficio con el fin de “hacer más efectiva la detención de las suspensiones en frontera, ante la falta de información y medios que tienen los representantes para detectar los embarques y desembarques de mercadería que viola los DPI”³⁹.

A propósito de aquello, el artículo 58 prescribe que cuando la autoridad esté facultada para ello, deberán informar inmediatamente de la adopción de la medida tanto al importador como al titular de derechos, pasando la autoridad a tener un rol eminentemente secundario, lo que es concordante con la idea de que son las partes (importador y/o dueño de las mercancías y el titular

³⁷ El artículo 55 en comento señala las condiciones que deben observarse en relación a la duración de la suspensión: “En caso de que en un plazo no superior a 10 días hábiles contado a partir de la comunicación de la suspensión al demandante mediante aviso, las autoridades de aduanas no hayan sido informadas de que una parte que no sea el demandado ha iniciado el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo de la cuestión o de que la autoridad debidamente facultada al efecto ha adoptado medidas provisionales que prolonguen la suspensión del despacho de aduana de las mercancías, se procederá al despacho de las mismas si se han cumplido todas las demás condiciones requeridas para su importación o exportación; en los casos en que proceda, el plazo mencionado podrá ser prorrogado por otros 10 días hábiles”.

³⁸ En forma similar, el artículo 53 del ADPIC admite el despacho previa consignación de fianza o garantía suficiente por parte del demandado cuando la decisión de suspensión no se haya tomado por una autoridad judicial u otra autoridad independiente, y el plazo estipulado en el artículo 55 haya vencido sin que la autoridad debidamente facultada al efecto dicte una medida precautoria provisional.

³⁹ PARRAGUEZ RUIZ, Rodrigo, ob. cit., p.20.

de derechos) las interesadas en el resultado de este procedimiento de conformidad a sus legítimos intereses.

En esa línea, la decisión de la autoridad (por lo demás, exenta de responsabilidad administrativa, siempre que haya actuado de buena fe) es sin perjuicio de los demás derechos que asisten al titular de derechos y a la opción del importador de contradecir tal decisión.

Por último, Aduanas podrá “ordenar la destrucción o eliminación de las mercancías infractoras” con el objeto de disuadir la comisión de nuevas infracciones “de conformidad con los principios establecidos en el artículo 46”⁴⁰ y no permitirá que las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas se reexporten en el mismo estado o sean sometidas a otra destinación aduanera.

Lo anterior, como se esbozó más arriba, es fiel reflejo del papel ordenador que juega el Estado (representado por el accionar de Aduanas) en la misión de desincentivar comportamientos lesivos para los DPI, disponiendo del aparataje estatal en favor de los titulares, cuidando no lesionar los derechos de los agentes que participan del comercio transnacional y, en suma, entendiendo que los verdaderos intereses en juego pertenecen a las partes de un eventual conflicto⁴¹.

Así, “[I]uego de que el Estado cumple su obligación internacional de disponer de medios adecuados para proteger los derechos de propiedad intelectual a nivel de frontera, corresponde que los particulares sean los garantes de esta observancia más allá de los procedimientos que de oficio pueda iniciar Aduanas, que se limitará a notificar de la infracción al importador y al titular del derecho; por lo tanto, una alta permeabilidad de frontera a la entrada de mercancías falsificadas es en parte responsabilidad de los representantes de las marcas”⁴².

⁴⁰ El artículo 46 habilita a las autoridades judiciales “para ordenar que las mercancías que se haya determinado que son mercancías infractoras sean, sin indemnización alguna, apartadas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho, o que sean destruidas, siempre que ello no sea incompatible con disposiciones constitucionales vigentes. Las autoridades judiciales estarán además facultadas para ordenar que los materiales e instrumentos que se hayan utilizado predominantemente para la producción de los bienes infractores, sean, sin indemnización alguna, apartados de los circuitos comerciales de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de nuevas infracciones.

⁴¹ De conformidad al espíritu del ADPIC, otras expresiones que demuestran el rol secundario que juega Aduanas es que los Estados miembros no están obligados disponer de este procedimiento para los casos de importaciones paralelas, mercancías en tránsito o que hayan de exportarse. Misma suerte corre para pequeñas cantidades que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros.

⁴² PARRAGUEZ RUIZ, Rodrigo, ob. cit., p.21.

2.1.3 Las medidas en frontera en el TLC con EE.UU.⁴³

A diferencia del Título II de la Ley N°19.912 que desarrolla la opción legislativa tomada por nuestro país en torno a las medidas en frontera para la observancia de los DPI –que solo se refiere a las condiciones y parámetros que rigen para el procedimiento administrativo cautelar de suspensión de despacho sin extenderse a las eventuales acciones de fondo– el TLC establece en su artículo 17.11 mecanismos tendientes a la observancia de los DPI *en general*.

En efecto, la regulación del texto bilateral incluye todo un entramado normativo acerca de las características que deben reunir los procedimientos llamados a pronunciarse sobre el fondo de los asuntos relacionados a mercancía falsificada o pirata y que competen directamente a las autoridades judiciales de las Partes del TLC. Se trata, en resumen, de que las Partes deberán garantizar procedimientos civiles, administrativos y penales acordes a una serie de estándares de publicidad y debido proceso⁴⁴.

Luego, en lo referente a las medidas en frontera, la Ley N°19.912 presenta un grado de coherencia normativa altísimo con las disposiciones que presenta el TLC. De esta forma, los pocos puntos en los que no coinciden estos instrumentos son básicamente dos, y dicen relación con que el texto bilateral, como se dijo anteriormente, dispone de normas relativas a los procedimientos de fondo llevados ante las autoridades judiciales.

El primer punto diferente es el derecho a la información establecida a favor del titular de la marca, donde el pacto bilateral establece la posibilidad de que a solicitud de la parte interesada la autoridad aduanera deberá comunicar los nombres y direcciones del consignador, importador y consignatario, así como la cantidad de las mercancías de que se trate.

El segundo punto que incluye el TLC y que no contempla nuestra Ley es que salvo casos excepcionales, y una vez que la autoridad judicial haya determinado que la mercancía es pirateada o falsificada, tal mercancía debe ser destruida⁴⁵.

⁴³ Firmado el 6 de junio de 2003, entrando en vigencia el 1° de enero de 2004.

⁴⁴ Para un mayor detalle de estas normas véase el artículo 17.11 del TLC apartados (1) al (6) para las obligaciones generales, (7) al (14) para los procedimientos civiles y administrativos y (22) para los procedimientos penales.

⁴⁵ PARRAGUEZ RUIZ, Rodrigo, ob. cit., p.17.

2.2 Antecedentes de las medidas en frontera en la legislación nacional

Previo a la entrada en vigencia de la Ley N°19.912, los funcionarios de Aduanas, ante eventuales casos de tráfico de mercancía falsificada o pirata, disponían de poco o nulo tiempo para realizar la denuncia de delitos, cuestión que les compete de acuerdo al artículo 175 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) en su calidad de funcionarios públicos, y ello porque, no existía disposición legal alguna que les permitiera suspender de oficio el despacho de las mercancías posiblemente infractoras, ni mucho menos se consideraba la participación de los legítimos titulares de derecho en orden a impedir la entrada o salida de mercancía infractora.

Así, lo que se hacía comúnmente por los funcionarios fiscalizadores de Aduanas, era recurrir al artículo 69 de la Ordenanza de Aduanas (en adelante OA), que permite inmovilizar el despacho aduanero cuando existen motivos fundados para dudar respecto a la veracidad y exactitud de los valores de la mercancía declarados.

Como puede observarse, los motivos establecidos en la OA por los cuales se puede inmovilizar la mercancía no dicen relación con la calidad de la mercancía misma, sino que con las diferencias que presenta la documentación formal presentada por el agente de comercio en cuestión (dado que en muchos casos los aranceles e impuestos al valor agregado del producto a importar superaban ampliamente el valor del bien manifestado por el importador).

De esta forma, con la realización del requerimiento, “el importador se veía obligado a señalar el verdadero origen del bien o a no liberarlo, plazo en el cual la autoridad aduanera efectuaba la denuncia”⁴⁶ y solo una vez que el Ministerio Público se pronunciaba se producía la incautación de la o las mercancías.

2.3 Las medidas en frontera de la Ley N°19.912

Como sabemos, esta ley representa una suerte de bajada de título de los estándares normativos que se han consagrado a nivel internacional, sobre todo, en el instrumento de mayor relevancia; el ADPIC. Y no contento con ello, nuestro legislador en ciertas materias optó, gracias a la posibilidad que establece el mismo texto multilateral, por fijar disposiciones que representan mayores niveles de protección de los DPI en virtud de la suscripción del TLC con EE.UU.

⁴⁶ PARRAGUEZ RUIZ, Rodrigo, ob. cit., p.26.

Expresión primordial de lo anterior, es lo dicho en el preámbulo de la Ley N°19.912 que señala el carácter supletorio de las normas del Acuerdo por el cual se crea la OMC, lo que incluye la normativa contenida en sus Anexos, dentro de los cuales se encuentra el ADPIC. Lo anterior quiere decir que, en los casos en que la ley sea insuficiente o presente lagunas normativas, lo dicho en el texto internacional deberá ser aplicado directamente, o bien servir de base para la interpretación armónica y sistemática de todo el entramado regulatorio.

Pues bien, como ya se ha señalado, el objetivo primordial de esta ley –con miras a proteger a los titulares de derechos– es someter a la mercancía presuntamente infractora a una revisión judicial que permita determinar su verdadera naturaleza y así poder discernir si ella puede o no entrar en forma definitiva al circuito comercial local.

Dicho esto, pasaremos a revisar sintéticamente los puntos de mayor relevancia del procedimiento de suspensión de despacho aduanero.

2.3.1 Suspensión de despacho a instancia de parte o requerida

Como primer punto a destacar de nuestra ley, es que esta extendió la protección dada por el ADPIC en torno a los legitimados activos, gestiones y a las formas lesivas (infracciones) que pueden ser objeto de revisión judicial. De lo anterior puede decirse que la protección que otorga esta ley es *amplia*.

Es amplia, en primer lugar, porque puede accionar cualquier titular de derechos industriales registrados en Chile⁴⁷, así como cualquier titular de derechos de autor y conexos (recordemos que la inscripción en materia autoral no es constitutiva de derechos). En segundo lugar, en el entendido de que cualquiera del conjunto de actos administrativos que pertenecen a un despacho aduanero puede ser objeto de la medida de suspensión en relación con todo tipo de

⁴⁷ Ello no obsta a la protección de los titulares registrados en el extranjero, pues, de acuerdo a los dichos del ex Jefe del Departamento de Propiedad Industrial del Ministerio de Economía, señor Eleazar Bravo, en el Segundo Informe de Economía del Senado se señala que “si bien nuestro régimen de propiedad industrial es de tipo territorial, Chile ha suscrito tratados internacionales, como el Tratado de París, que otorgan protección en nuestro territorio a derechos registrados en otros países. Sin embargo, como de todos modos hay una fase de la tramitación que debe cumplirse aquí, queda abierta la posibilidad de que, en definitiva, un registro extranjero sea rechazado en Chile”. En SENADO. *SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que adecua la legislación que indica conforme a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio.* [En línea] <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5806/>. [Fecha de consulta: 12.06.18]

destinaciones aduaneras⁴⁸. Por último, es amplia, en cuanto asegura resguardo a los titulares ante cualquier infracción a los derechos de propiedad industrial (incluyéndose todas las categorías) y/o los derechos de autor y conexos a este.

Luego, de acuerdo al artículo 8º, pueden ser legitimados pasivos de la acción cautelar cualquiera de las siguientes personas: primero, el importador de las mercaderías, que es aquella persona natural o jurídica que realiza o solicita, personalmente o a través de terceros, el trámite de importación; segundo, el dueño de las mercaderías, que es aquella persona natural o jurídica que ejerce el dominio de las mercaderías, y que será el proveedor extranjero mientras no se realice la tradición real o simbólica de las mismas a favor de otra persona; y, por último, el consignatario de las mercaderías, que es aquella persona natural o jurídica (puede o no coincidir con la persona del importador) que es designada por el proveedor externo para que efectúe la venta a su nombre previa fijación de un precio.

Por su parte, el mismo artículo 8º, establece los requisitos que debe presentar la acción presentada por el sujeto activo ante el juez competente. Tales requisitos son un calco de lo dicho en el ADPIC y se explican por la naturaleza cautelar de la medida. Los requisitos son: a) el solicitante deberá acreditar su calidad de titular del derecho que reclama; b) expresar la acción (de fondo) que se propone interponer y someramente sus fundamentos; c) acompañar los antecedentes que permitan presumir la existencia de la infracción reclamada; d) acompañar una descripción suficientemente detallada de la mercancía a la que se aplicará la medida y; e) en lo posible, identificar el lugar donde se encuentra o el de destino previsto, el puerto o aeropuerto por el cual se presentará, el nombre y domicilio del importador, dueño o consignatario, el país de origen y procedencia, el medio de transporte e identidad de la empresa transportista.

Luego, en cuanto a qué órgano jurisdiccional tiene competencia para el conocimiento y resolución de las solicitudes de suspensión de despacho que se presenten, la ley dice que serán competentes: a) el juez de letras en lo civil del lugar en que se encuentre la aduana ante la cual se haya presentado la destinación aduanera que ampare la mercancía infractora o presuntamente infractora o; b) el juez de letras en lo civil del lugar en que se encuentre la aduana

⁴⁸ La Comisión (de Economía del Senado) “decidió dejar constancia para la historia fidedigna del establecimiento de la ley, de que las medidas en frontera rigen para mercaderías en trámite de importación, de exportación y en tránsito”. En SENADO. *SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que adecua la legislación que indica conforme a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio*. [En línea] <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5806/>. [Fecha de consulta: 12.06.18]

en que se presume se pretende presentar dicha destinación. Sin perjuicio de lo anterior, existe una tercera opción de competencia, puesto que el juez de letras (en materia civil) o el juez de garantía (en materia penal), que esté conociendo causas por infracción a las leyes N°19.039 y N°17.336, podrá decretar la medida en cualquier estado de los procedimientos que sustancien.

Así, diremos que en la práctica las solicitudes de suspensión a instancia de parte se radican generalmente en jueces que ya están conociendo infracciones a la Ley de Propiedad Intelectual y/o Industrial, y ello porque generalmente los titulares de derechos no disponen de los recursos e información necesaria para adelantarse a la posible entrada de mercancía presuntamente infractora, por lo que dependen de las instancias de control aduanero de oficio y de los delitos flagrantes que los funcionarios públicos puedan advertir. Por tal motivo, “si el titular de la marca tiene información sobre la proximidad de un embarque con mercaderías falsificadas (marítimo, aéreo o terrestre), inicia un proceso penal por denuncia o querrela, solicitando, previo cumplimiento de los requisitos del artículo octavo, se notifique a la aduana sobre la proximidad del cargamento para que realice la suspensión del despacho; también puede ocurrir que el importador que ha sido formalizado anteriormente por infracciones de propiedad industrial o intelectual, siga realizando operaciones que atentan contra los DPI, caso en el cual el impulso procesal del antiguo proceso, bastará para decretar la suspensión de los nuevos despachos”⁴⁹.

Luego, requerida la medida y de conformidad al estándar establecido en el ADPIC, el tribunal podrá⁵⁰ exigir una garantía que caucione los eventuales daños y perjuicios que se causen al sujeto pasivo de la acción, si se demostrare posteriormente que la solicitud carecía de fundamentos⁵¹.

Notificada la imposición de la medida, esta tendrá una duración de 10 días⁵² (artículo 11), y transcurrido dicho plazo sin que se haya notificado a la Aduana de la mantención de esta medida, se procederá al despacho de la destinación aduanera (previo cumplimiento de las normas legales y reglamentarias referentes a la destinación de que se trate). En directa correlación, el artículo 13 establece que “[e]l titular deberá presentar una demanda o querrela dentro del plazo de 10

⁴⁹ PARRAGUEZ RUIZ, Rodrigo, ob. cit., p.41.

⁵⁰ Lo anterior es facultativo del juez de la causa, puesto que podrá procederse sin más trámite.

⁵¹ De acuerdo con el artículo 9° la persona que haya constituido la garantía o a quien ella afecte, podrá solicitar en forma fundada y en cualquier momento, que sea modificada, reducida o alzada; y, además, la garantía no podrá de manera

alguna disuadir indebidamente la medida de suspensión.

⁵² Contados desde la notificación de la suspensión a la aduana respectiva, o bien, a contar desde la fecha de la entrega de las mercaderías a Aduanas si es que la medida fue notificada por el tribunal con anterioridad a dicha entrega.

días hábiles contado desde la notificación de la suspensión de despacho a la aduana respectiva y pedir que se mantenga la medida decretada”⁵³. De esta forma, en caso de que no se cumpla con lo anterior o se rechazare la demanda o querrela, la medida quedará sin efecto de inmediato.

Las anteriores normas se justifican en que la medida de suspensión guarda estrecha relación con el tratamiento legal de las medidas prejudiciales precautorias contempladas en nuestra legislación procesal, por lo que su mantención y/o alzamiento dependerá del accionar del titular activo en orden a discutir el fondo del asunto, es decir, determinar si existe infracción en alguna forma de los derechos conferidos por la Ley N°19.039 y/o la Ley N°17.336.

2.3.2 Suspensión de despacho de oficio

En otro orden de consideraciones, nuestra Ley N°19.912 contempla actuaciones de oficio por parte de Aduanas en control del tráfico ilícito de mercancías por las mismas razones que se detallan con anterioridad, y que confirman las mismas facultades oficiales en los instrumentos internacionales⁵⁴.

En detalle, de acuerdo con el texto actual del artículo 16, Aduanas procederá a decretar la medida cuando del simple examen resultare evidente⁵⁵ que se trata de mercancía de marca registrada falsificada o de mercancía que infringe el derecho de autor.

En análisis del apartado anterior varios son los comentarios⁵⁶ que surgen. En primer término, de acuerdo con la historia fidedigna de la ley, existían numerosas prevenciones respecto a que esta medida fuere aplicada en forma abusiva y arbitraria y ello diere cabida a la interposición de sendos recursos de protección. Tales temores se debían a que el artículo preveía la actuación

⁵³ El plazo podrá ampliarse por 10 días hábiles más, por motivos fundados, debiendo solicitarse la mantención de la medida.

⁵⁴ Véase *supra*, p.20 en adelante.

⁵⁵ Pese a que se trate de un simple examen, ello no importa decir en caso alguno que la suspensión solo procederá en aquellos casos en que la piratería o falsificación sea absolutamente burda o grotesca, no pudiendo, en consecuencia, practicarse la suspensión en los casos donde la copia es de una calidad tal que su falsedad no pueda apreciarse simplemente por los sentidos. De esta forma, “lo que es “evidentemente falsificado” dependerá del nivel de capacitación de Aduanas, en especial, que le permita conocer las características de los productos de un determinado tipo, de un titular de derechos de propiedad intelectual.” En DOREN VILLASECA, Sebastián, *Entrenamiento de Aduanas, contexto jurídico e importancia en la lucha contra los productos falsificados*. Santiago: Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Segunda época año I, N°2, 2013, p.196.

⁵⁶ En base a lo dicho en sede legislativa. SENADO. *SEGUNDO INFORME DE LA COMISION DE ECONOMÍA, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que adecua la legislación que indica conforme a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio*. [En línea] <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5806/>. [Fecha de consulta: 12.06.18].

de oficio de Aduanas en forma amplísima, esto es, ante “una infracción del derecho que se reclama, o si hubiera presunciones o antecedentes fundados de la existencia de alguna infracción a los derechos de propiedad industrial o intelectual”. Tal redacción fue objeto de indicaciones, reemplazándose y acotándose a los casos de “mercancía de marca registrada falsificada o de mercancía que infringe el derecho de autor”, que son los casos de mayor ocurrencia, dejando la posibilidad para que los titulares accionen a instancia de parte por estas y otras infracciones a los DPI, lo que es conforme con el ADPIC y el TLC con EE.UU.

Luego, también se objetaba que las obligaciones que impone esta norma a los funcionarios de Aduanas conseguiría, entre otras cosas, distraerlos de sus funciones. Sobre este punto, basta con señalar que Aduanas cumple en estas materias un rol secundario, dado que una vez que se lleva a cabo la suspensión, y dentro de sus funciones de inspección y fiscalización, deberá limitarse a informar de la adopción de esta al titular de derechos interesado para que este último sea quien ejerza los derechos que por ley le asisten, y que además proporcione información acerca de la autenticidad de las mercancías objeto de la medida.

En tercer lugar, el debate legislativo advirtió que la redacción original no contemplaba una obligación para el Servicio en orden a denunciar o entablar una querrela, de forma similar a los particulares, cuando constate en el ejercicio de un aforo físico alguna de las hipótesis de infracción a derechos protegidos por las leyes N°17.336 y N°19.039. Tales advertencias se basaban en que “en este tipo de infracciones legales no sólo están envueltos los intereses de los titulares de derechos de propiedad, pues ellas afectan, además, al orden público económico, a la confianza de los consumidores en cuanto al origen y la calidad de los productos que se transan en el mercado y, en cierta medida, a la fe pública, por cuanto la comercialización de bienes falsificados constituye un engaño al público”⁵⁷.

Ante tales afirmaciones, el entonces Subdirector Jurídico del SNA, señor Mauricio Zelada⁵⁸, precisó que el Servicio no tiene acción para querrellarse como ofendido por el delito, porque la internación o exportación de mercadería falsificada no configura un fraude aduanero en tanto los bienes jurídicos protegidos son distintos (como se verá en su oportunidad, los bienes jurídicos citados en el párrafo anterior se asocian principalmente a los delitos aduaneros tipificados en la OA).

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Ídem.

Sobre este mismo punto, el ex Jefe del Departamento de Propiedad Industrial del Ministerio de Economía, señor Eleazar Bravo⁵⁹, hizo ver que la reforma procesal penal, que se encontraba vigente en al menos cinco regiones del país, incorporaba en la categoría de los delitos de acción pública previa instancia particular, las figuras previstas en la Ley de Propiedad Industrial. Lo anterior tiene por consecuencia, que al menos respecto de los delitos que contempla la Ley de Propiedad Industrial, no es posible proceder sin que el afectado haya hecho, al menos, una denuncia al Ministerio Público.

En resumidas cuentas, para salvar las prevenciones antedichas, a la redacción original de la norma se agregó como obligación para el SNA el realizar la denuncia de conformidad a la ley⁶⁰.

Finalmente, el texto originalmente publicado disponía que la duración de la medida de suspensión decretada de oficio por Aduanas duraba como máximo 5 días hábiles, y transcurridos estos sin que se recibiere notificación que ordenare la mantención de la suspensión, se debía proceder al despacho de la mercancía.

Las críticas a la breve duración de la medida no se dejaron esperar, ya que llevaba a la inacción de los titulares de derechos, además de que no existía razón alguna para establecer un plazo menor al que se aplica para las solicitudes de suspensión que fueren iniciadas por el accionar de un particular. Asimismo, por argumento de autoridad era dable señalar que los plazos establecidos en los tratados y convenios internacionales en caso alguno bajan de los diez días. Por consiguiente, la Ley N°20.997 publicada el 13 de marzo de 2017 modificó dicho artículo extendiendo la duración de la medida hasta por diez días hábiles.

En fin, en concordancia con los comentarios precedentemente reseñados, y en lo que nos interesa destacar, la redacción actual del artículo 16 es la siguiente:

“La autoridad aduanera podrá disponer de oficio la suspensión del despacho de mercancía, cuando del simple examen de la misma resultare evidente que se trata de mercancía de marca registrada falsificada o de mercancía que infringe el derecho de autor. En estos casos, la aduana deberá informar al titular del derecho, si estuviere identificado, la posible infracción, a objeto de

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Lo relativo a los delitos que competen al SNA como legitimado activo se desarrollará en el apartado que analiza los alcances del Oficio N° 19.418 que busca otorgarle una protección penal en general a la PI.

que éste ejerza el derecho a solicitar la suspensión y los derechos que le correspondan de conformidad a las normas precedentes y en especial, a objeto de que proporcione información acerca de la autenticidad de las mercancías. La Aduana deberá, además, efectuar la denuncia, en conformidad a la ley.

La suspensión del despacho que disponga la aduana en conformidad a este artículo tendrá un plazo máximo de diez días hábiles, transcurrido el cual, si no se recibiere notificación ordenando la mantención de la suspensión, se procederá al despacho de la mercancía de conformidad con el artículo 11”.

2.3.3 Otras disposiciones de la Ley N°19.912

La ley en análisis destaca por regular el derecho que tienen tanto los legitimados activos como pasivos en orden a examinar la mercancía en cualquier momento del procedimiento y siempre y cuando se asuman los costos de dicha revisión. Esto no es más que una expresión del principio de inmediación y contradictoriedad que asiste a las partes.

Por último, y como ejemplo expreso de disposiciones del “ADPIC PLUS”, nuestra legislación conforme al artículo 15, contempla que el juez de fondo (civil o penal) que se haya pronunciado en forma positiva respecto a la calidad infractora de la mercancía respecto a DPI, se encuentra imposibilitado (al margen de las medidas establecidas en las leyes N°19.039⁶¹ y N°17.336⁶² que pueden ser decretadas en cualquier etapa del procedimiento y hasta la sentencia definitiva) de ordenar la reexportación⁶³ de la mercancía o someterla a otra destinación aduanera (distinta de la importación), lo que es conforme con el espíritu de los tratados que administra la OMC que buscan proteger los DPI impidiendo que la mercancía infractora vulnere el control aduanero de

⁶¹ El artículo 112 (disposición no taxativa) señala cuáles son las medidas precautorias que pueden ordenarse en cualquier asunto que diga relación con la infracción de los derechos de propiedad industrial: a) la cesación de los actos que constituyan la presunta infracción; b) el secuestro de los productos objeto de la presunta infracción y de los materiales y medios que sirvieran principalmente para cometerla; c) nombramiento de uno o más interventores; d) la prohibición de publicitar o promover, de cualquier manera, los productos motivo de la presunta infracción y; e) retención de los bienes, dineros o valores que provengan de la venta o comercialización de dichos productos. Y de acuerdo con el artículo 113, todas estas medidas en conjunto con las de los títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil podrán solicitarse como medidas prejudiciales.

⁶² Artículo 85 D que establece medidas precautorias que también podrán solicitarse como medidas prejudiciales (sin perjuicio de las medidas prejudiciales de los títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil) a saber: a) la suspensión de la conducta ilícita; b) prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados; c) retención o secuestro de los ejemplares presuntamente ilícitos; d) remoción o retiro de los aparatos que hayan sido utilizados para la comunicación pública no autorizada de la obra; e) el nombramiento de uno o más interventores y; f) la incautación.

⁶³ De acuerdo con la OA reexportación es el retorno al exterior de mercancías traídas al país y no nacionalizadas.

otro Estado Nación, imposibilitando su ingreso al mercado formal internacional cuando es detectada por primera vez.

3. Protección penal de la propiedad intelectual en relación con el comercio ilícito de mercancías⁶⁴

Las figuras penales que normalmente se invocan en el contexto del comercio de mercancía de origen ilícito son las establecidas en el artículo 81 de la Ley N°17.336 que castiga la piratería a menor y gran escala, y el artículo 28 a) de la Ley N°19.039 que sanciona el uso malicioso de marcas comerciales.

Por su parte, es relevante destacar que pese a que nuestro ordenamiento jurídico tiende erróneamente⁶⁵ a reservar la expresión “propiedad intelectual” a los derechos de autor y conexos –dejando fuera del concepto a las patentes comerciales, marcas comerciales y otras categorías propias de la propiedad industrial–, existen ciertas consideraciones que comparten ambas categorías de la PI que es necesario desarrollar previamente al análisis de las figuras típicas.

3.1 Notas comunes a ambos regímenes de la propiedad intelectual

3.1.1 Bienes jurídicos protegidos

3.1.1.1 Bienes jurídicos de naturaleza individual

Examinando por separado los regímenes de PI, es posible afirmar que el tipo penal que proscribe la piratería (artículo 81 de la Ley N°17.336)⁶⁶, busca resguardar los derechos o formas de explotación de reproducción y distribución (artículo 18 de la Ley N°17.336) que la ley confiere a

⁶⁴ Conviene precisar que en este apartado se desarrollarán exclusivamente las figuras penales establecidas en las leyes N° 19.039 y N° 17.336 que consagran tipos que afectan los legítimos intereses de los titulares de derechos. El desarrollo relativo a las pretensiones estatales en la persecución del comercio ilícito de estas mercancías será desarrollado en apartados posteriores.

⁶⁵ Esta independencia de ambas categorías es contraria a los lineamientos doctrinarios que se encuentran asentados en el derecho comparado en orden a incluir la propiedad industrial en un concepto omnicompreensivo de propiedad intelectual. Para un mayor detalle del error doctrinario en el que incurre nuestra legislación véase SCHMITZ VACCARO, Christian. *Propiedad industrial y derecho de autor ¿una división vigente?* En MORALES, Marcos (coord.). *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: LexisNexis, 2006, pp.21-51.

⁶⁶ La conducta en concreto es subsumible al tipo si y solo si ésta se despliega con ánimo de lucro como veremos más adelante.

los autores de obras, artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, es decir, los derechos de autor⁶⁷ y los derechos conexos⁶⁸ a este.

De lo anterior, se colige que lo protegido por el ordenamiento establecido por la Ley N°17.336 no es la obra como objeto exteriorizado, esto es, el derecho de propiedad entendido en términos civilistas como la relación real, exclusiva y perpetua entre el dueño y la cosa, sino más bien el ejercicio exclusivo de derechos (o formas de explotación) que la ley otorga a los autores y titulares de derechos conexos.

En otras palabras, según lo dicho por DE LA MAZA GAZMURI, “el derecho de propiedad articula la relación del autor con su derecho de autor, según lo dispuesto en el artículo 583 del Código Civil, no con la obra. Dicho de otra manera, el autor tiene propiedad sobre su derecho de autor – al menos respecto de los derechos patrimoniales–, pero no respecto de la obra misma”⁶⁹.

En línea con ello, se tiene el artículo 19 N°25 inc. 1° de la CPR que garantiza y asegura a todas las personas “el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señala la ley y que no será inferior a la vida del titular”. Luego, el inciso 2° agrega que tal protección se extiende tanto a los aspectos patrimoniales y morales del derecho de autor, en concreto señala que “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”.

Luego, el Código Civil (en adelante CC), tras regular el derecho de propiedad sobre las cosas corporales, pasa inmediatamente a regular la propiedad sobre las cosas incorporeales en sus artículos 583 y 584. En síntesis, el CC dispone que “sobre las cosas incorporeales también existe una especie de propiedad”, especie de propiedad que se regirá por ley especial, esto es, la Ley N°17.336, y que “las producciones del talento o del ingenio son de propiedad de sus autores”.

⁶⁷ La obra se protege en la medida en que: 1) esta pueda encasillarse en alguna de las categorías de obras susceptibles de protección que la propia LPI define en su artículo 3°; 2) sea exteriorizada en un soporte material; y 3) sea “original” en su forma de expresión, esto es, desde un punto de vista subjetivo que la obra no se copia idéntica de una obra ajena.

⁶⁸ Derechos que nacen de las actividades personales, organizativas o técnico-empresariales que contribuyen a la difusión de las obras y de cuyo resultado surgen bienes intelectuales no creativos, pero protegibles en tanto a ellos se asocian inversiones económicas destinadas a la difusión y distribución de obras. Piénsese por ejemplo en el productor fonográfico de la música original de una obra cinematográfica.

⁶⁹ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Propiedad intelectual, teorías alternativas*. En MORALES, Marcos (coord.). *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: LexisNexis, 2006, p.57.

De esta manera, de acuerdo con el concepto desarrollado, podemos concluir que lo que debe entenderse por la *especie* de propiedad sobre las cosas inmateriales dista diametralmente del concepto dominical de propiedad regulado en la legislación civil.

En coincidencia con lo precedente, tenemos que el derecho de autor⁷⁰, en su faz patrimonial, comprende facultades que exceden⁷¹ el campo de los atributos que se asocian comúnmente a la propiedad de las cosas corporales. Y exceden porque a “diferencia de los bienes materiales en que el control se puede realizar físicamente, la inmaterialidad de la propiedad intelectual exige el reconocimiento de facultades diferentes que signifiquen para el titular un control sobre su propiedad al menos equivalente al que se reconoce al titular de bienes materiales, es por esta razón que el correlativo de estos derechos y facultades constituyen normalmente prohibiciones dirigidas a terceros, para evitar formas de intrusión en la propiedad intelectual que signifiquen una afectación relevante de los derechos del titular”⁷².

Por su parte, desde la óptica de la propiedad industrial, el establecimiento de delitos marcarios en la Ley N°19.039 obedece a la intención de proteger no a la marca comercial (signo distintivo) como entidad en sí misma, sino que, al igual que las normas relacionadas a la propiedad intelectual, derechos consustanciales a ella y que favorecen la posición jurídica-económica del titular⁷³.

Y así, al igual que para la propiedad intelectual, la Constitución Política en su artículo 19 N°25 inciso 3° garantiza la propiedad industrial sobre las marcas comerciales por el tiempo que determine la ley.

Después, la Ley N°19.039 define las marcas comerciales en su artículo 19 como “todo signo que sea susceptible de representación gráfica capaz de distinguir en el mercado producto, servicios o establecimientos industriales o comerciales”.

⁷⁰ Mismo razonamiento aplica para los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión respecto de sus interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y emisiones, respectivamente.

⁷¹ Por ejemplo, el derecho de distribución o el de comunicación de la obra al público.

⁷² FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel. *Minuta, Modificación a los delitos contemplados en la Ley de Propiedad Intelectual (Ley 20.435)*. Santiago: Departamento de Estudios Defensoría Nacional, 2010, p.6.

⁷³ Derecho a la identidad, el posicionamiento o el reconocimiento alcanzado por un establecimiento, producto o servicio, en cuanto está asociado al signo o denominación.

En consecuencia, a partir del espíritu de la definición legal, se sigue que la marca comercial es un instrumento adscrito a diferenciar e identificar bienes, servicios, establecimientos u otros objetos, con miras a evitar confusiones en el público. Bajo esa lógica, y para efectos de asegurar el uso y explotación de los derechos afines a un signo distintivo o denominación, la Ley N°19.039 en su conjunto, busca conjurar el riesgo de confusión, siendo el carácter distintivo de la marca comercial el eje central.

Con todo lo anterior, se quiere señalar que “las figuras penales del Derecho de propiedad Industrial no protegen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales sino derechos patrimoniales derivados de la propiedad sobre objetos de carácter inmaterial en el sentido del artículo 19 N° 25 inciso 3° de la Constitución Política”⁷⁴.

En síntesis, tenemos que, de acuerdo con el sistema registral de la propiedad industrial, solamente el titular inscrito gozará del derecho exclusivo y excluyente de utilizar la marca en el tráfico económico en la forma que se le ha conferido.

Este derecho, a su vez, contempla una faz positiva y una negativa. La faz positiva, de acuerdo con el inciso 1° del artículo 19 bis D de la Ley N° 19.039, implica para el titular la habilitación para usar la marca y así poder distinguir los productos, servicios, establecimientos comerciales o industriales comprendidos en el registro. La faz negativa, por su parte, erige al titular en la posición jurídica de impedir la utilización de la marca por cualquier tercero en el contexto de una operación comercial, marcas idénticas o similares para productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales que sean idénticos o similares a aquellos para los cuales se ha concedido el registro, y a condición de que el uso hecho por el tercero pueda inducir a error o confusión (artículo 19 bis D inciso 2°).

En consecuencia, expuestos los distintos bienes jurídicos⁷⁵, podemos afirmar que, en términos generales, la protección penal de ambas categorías se dirige a resguardar en favor de los titulares

⁷⁴ VAN WEEZEL, Alex. *Principio de especialidad de las marcas y delito marcario*. Santiago: Gaceta Jurídica, 2006, N° 315, p.35.

⁷⁵ Diferencias que se sustentan debido a las distintas áreas del tráfico comercial y jurídico en que pueden ser aplicados cada uno de estos derechos. Para un análisis de mayor profundidad en torno a la evolución histórica y económica de las distintas categorías de la PI véase SCHMITZ VACCARO, Christian. *Propiedad industrial y derecho de autor ¿una división vigente?* En MORALES, Marcos (coord.). *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: LexisNexis, 2006, pp.21-51. Por lo demás, también es plausible considerar que la distinta penalidad de cada figura es una razón más para fundamentar este tratamiento penal diferenciado, cuando estas, independientemente consideradas, no tienen la entidad suficiente para abarcar el daño producido por la conducta.

la exclusividad en el uso y explotación de las facultades económicas derivadas de la propiedad sobre intangibles de PI⁷⁶.

3.1.1.2 Bienes jurídicos de naturaleza colectiva

Existe en el derecho comparado un sector de la doctrina minoritario⁷⁷ que ve en los tipos penales que hemos venido estudiando delitos de carácter pluriofensivo, puesto que señalan que en una conducta lesiva no solo se ven envueltos intereses de tipo personal-patrimonial, sino también intereses socioeconómicos supraindividuales.

Los argumentos que permiten situar estos delitos en la clasificación de aquellos que afectan el orden socioeconómico pueden resumirse en que las conductas usurpatorias de derechos afectarían, por una parte, a la economía nacional por el hecho de producir desincentivos *ex ante* (el tercero ajeno copia sin incurrir en costo alguno) y *ex post* (no existe incentivo para la inversión en mejoras o la comercialización de los activos) en la creación de obras protegidas.

Y, acto seguido, se considera que la sumatoria de este tipo de conductas ilícitas produciría como resultado un detrimento en el progreso económico general del país, sobre todo si se considera cómo los intereses económicos han permeado intensamente durante las últimas décadas la esfera de las creaciones intelectuales en ámbitos tales como las industrias culturales de producción discográfica o cinematográfica.

Por otra parte, existiría un interés supraindividual en la pérdida de ingresos fiscales producto del no pago de impuestos en las transacciones comerciales relativas a estos intangibles y que son efectuadas en redes alternativas a las del mercado formal⁷⁸.

Ahora bien, diremos que las consideraciones de carácter supraindividual se ajustan más al orden de los tipos penales industriales, y en específico, a los delitos marcarios. Lo anterior se afirma,

⁷⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España*. Madrid: Derecho Penal y Criminología, 2009, vol.30, N° 88, p.97.

⁷⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑA, Alfredo. Algunos aspectos sobre la protección penal de los derechos de autor. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007, pp.20-39. Para el delito marcario de uso de marca registrada y su carácter pluriofensivo de acuerdo con nuestra legislación véase MORALES ANDRADE, Marcos. *El delito de uso de marca registrada. Reflexiones introductorias (1)*. Santiago: El Mercurio Legal, Análisis jurídico: Propiedad Intelectual, marcas y patentes, 2014, pp.1-2.

⁷⁸ Como veremos, existen fuertes argumentos para negar la posibilidad de gravar con cargas impositivas operaciones que recaen sobre objetos que se encuentran fuera del comercio por ley.

por un lado, en que, pese a que hoy la protección de intereses lucrativos a nivel sistémico es cada vez más fuerte en el ámbito de la propiedad intelectual, tenemos que el conjunto de la normativa y la técnica en la redacción de los tipos penales hace evidente la protección a nivel primordialmente individual.

Con todo, los delitos consagrados en la Ley de Propiedad Industrial son de acción penal pública previa instancia particular, lo que resalta la idea de que son los bienes jurídicos de naturaleza individual los que se protegen con mayor ahínco por parte de la ley. Por el contrario, los delitos de propiedad intelectual son de acción penal pública, lo que puede deberse, entre otras razones, a la inexistencia de la noción de dominio público en el ámbito marcario⁷⁹.

Ahora, la única consecuencia que pudiere generar el tratamiento diferenciado que hace la ley respecto a la legitimación activa dice relación con la imposibilidad de que se dé una hipótesis de concurso ideal de delitos cuando no se presente una denuncia o querrela por parte del titular de derechos marcarios. Ello es bastante problemático si se considera que en la mayoría de los casos vinculados al comercio ilícito existe una lesión conjunta a derechos que pertenecen a ambos regímenes de la propiedad intelectual, como por ejemplo, una conducta donde “se plagia, con ánimo de lucro y fines comerciales, un dibujo que es a la vez una creación artística y un signo registrado que se utiliza como marca de determinado producto, precisamente para la promoción de un producto de la misma clase”⁸⁰.

3.1.2 Conducta típica: arrogación de facultades de tipo económico

En lo que se refiere a la conducta típica, son dos los elementos centrales que podemos encontrar en cada tipo penal en estudio.

Como se ha dicho anteriormente, el marco regulatorio penal contenido en las leyes de propiedad intelectual e industrial, con miras a proteger el monopolio exclusivo de los titulares de derechos en el uso y explotación comercial de los mismos, ha establecido una suerte de prohibición

⁷⁹ Como no existe limitación temporal en la protección de la explotación exclusiva de derechos en el ámbito de la propiedad industrial (salvo que el registro no se renueve), tampoco existe la necesidad de resguardar hacia futuro la posibilidad de la explotación de tales derechos en favor de la sociedad toda, como sí ocurre en el caso del patrimonio cultural común propio de la propiedad intelectual.

⁸⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, ob. cit., p.112.

genérica a los actos de usurpación que pudiere cometer cualquier tercero no autorizado por el titular de que se trate.

Ahora bien, tales arrogaciones solo serán penalmente relevantes en la medida en que, primero, se verifique el ejercicio de una facultad de orden patrimonial por parte de un tercero no autorizado y, segundo, que de ello se genere una lesión efectiva o al menos una puesta en peligro de los derechos exclusivos del titular⁸¹. Y así, puede concluirse que “los derechos morales no tienen directamente una protección penal, sino que la protección es indirecta, es decir, se protege siempre que el sujeto activo haya realizado algún comportamiento al menos susceptible de provocar un peligro de lesión de los derechos patrimoniales del autor”⁸².

3.1.2.1 Arrogación de facultades de tipo económico

Tras una revisión de los textos legales atinentes, podemos observar una marcada tendencia⁸³ del legislador en orden a proteger el derecho de autor en su faz patrimonial, sin perjuicio de que existan atisbos de protección al derecho moral de autor (artículo 14 de la Ley N°17.336), en los artículos 79 bis e incluso “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 una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, lo que apunta a la integridad de la obra; o la tipificación de manera imperfecta (...) de la figura de plagio en el artículo 79 bis, la cual desde luego busca proteger la paternidad de la obra”⁸⁴.

⁸¹ En similar sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, ob. cit., p.98 y GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; quien señala en *Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual. (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del código Penal)*. Estudios penales y criminológicos, 1990-1991, N° 15, p.112: “(...) todas las conductas castigadas en los arts. 543 bis y sigs., afectan a los derechos económicos de los titulares, bien como delitos de peligro abstracto (“reproducción”, “almacenamiento”, bien de lesión (“comunicación”, “distribución”). Esta afirmación rige igualmente para el “plagio”, que sólo es punible cuando supone un riesgo o menoscabo de los derechos de explotación. Siendo irrelevante jurídicopenalmente cuando no está destinado a ser distribuido ni comunicado públicamente (...) Como los delitos contra la propiedad intelectual afectan siempre a derechos de explotación, y como las infracciones de derechos morales sin repercusiones económicas no constituyen nunca, por sí solas, conductas delictivas, de ahí que sea evidente que aquellos delitos se han creado para proteger prioritariamente intereses patrimoniales y sólo secundaria y esporádicamente los de índole personal”.

⁸² FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel, ob. cit., p.6.

⁸³ Elementos que refuerzan esta inclinación son, por ejemplo, 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. Para mayor detalle en torno al objeto protegido véase GRUNEWALDT CABRERA, Andrés. *Delitos contra los derechos de autor en Chile*. Santiago: Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 2013, vol.2, N° 2.

⁸⁴ GRUNEWALDT CABRERA, Andrés, ob. cit., p.103.

Luego, por añadidura, tenemos que la técnica empleada por el legislador para la tipificación de los tipos penales hace referencia a elementos subjetivos del tipo⁸⁵, que apuntan primordialmente a arrogaciones de tipo material-económico como lo es por ejemplo el “ánimo de lucro”⁸⁶ del artículo 81 de la Ley N°17.336.

En resumidas cuentas, en caso de que se alegue la arrogación de una faceta personal del derecho de autor, deberá probarse que de la usurpación de alguno de los derechos establecidos en el artículo 14 de la Ley N°17.336 –y siempre que la conducta pueda subsumirse en alguno de los supuestos del artículo 79 bis⁸⁷– se sigue una afectación al patrimonio del titular. En conclusión, “la lesión o puesta en peligro del derecho moral (...) sólo puede ser considerada como una condición necesaria de la punibilidad de la conducta, más no una condición suficiente”⁸⁸.

3.1.2.2 La generación de beneficios económicos o la posibilidad de que ellos se generen como condición necesaria de imputabilidad en la arrogación

Antes de que se publicara la Ley N°20.435 en mayo del año 2010 –ley que significó una gran reforma en las conductas penalmente sancionadas en la Ley de Propiedad Intelectual– las penas asociadas a los ilícitos contrarios a los DPI no dependían del monto de los perjuicios causados, por lo que se estimaba que no era necesario acreditar el ánimo de lucro⁸⁹ en sede de tipicidad subjetiva.

Sin embargo, incluso antes de la reforma anteriormente señalada, es dable destacar la necesidad de probar que en el desarrollo de una actividad económica que involucre la utilización ilícita de intangibles existe siempre, al menos, la expectativa en el sujeto activo de generar beneficios económicos, lo que en la práctica procesal penal se asemeja bastante a la prueba del ánimo de lucro.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ Ánimo que, en todo caso, se exige en los demás tipos penales en sede de tipicidad subjetiva como veremos más adelante.

⁸⁷ El art. 79 bis prescribe: “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”.

⁸⁸ FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel, ob. cit., p.6.

⁸⁹ Ánimo de lucro entendido como una “tendencia interna trascendente” en tanto se trata de una intención de aprovechamiento que va más allá de lo exigido por el tipo penal objetivo, por lo que no se exige que el lucro (se dé efectivamente para efectos de penalizar la conducta).

Lo anterior, viene dado porque el agente al arrogarse sin autorización facultades de naturaleza patrimonial (lo que se comprueba mediante la realización de cualquier actividad económica subsumible en los verbos rectores de artículo 18 de la Ley N°17.336) sabe que pueden generarse perjuicios económicos para el titular de derechos o es esperable que ello ocurra⁹⁰.

En efecto, tras la reforma, lo que se daba en la práctica para el órgano persecutor deviene en obligación legal. De esta forma, será siempre necesario el acreditar que la actividad infractora se genera en un contexto donde exista, por lo menos, la expectativa de generación de beneficios económicos. Réditos que deben producirse de manera efectiva cuando se trata de las figuras usurpatorias comunes del artículo 79 a) de la Ley N°17.336, dada la existencia de marcos de pena diferenciados según el monto de los perjuicios causados. Y, para el resto de las infracciones penales, “dependiendo de lo requerido por el tipo objetivo, la exigencia puede bastar en que del comportamiento se hayan podido generar dichos beneficios, de modo que se manifieste al menos la existencia de un peligro de afectar la pretensión de exclusividad de la explotación por parte del titular”⁹¹.

Entonces, el exigir a nivel probatorio tal expectativa es la única vía para justificar que lo lesionado en los delitos que protegen los DPI es la pretensión de exclusividad en la explotación económica del intangible de que se trate. En consecuencia, el exigir o no a nivel legal la prueba del ánimo de lucro no obsta a señalar que, en atención a los bienes jurídicos protegidos (que son los mismos antes y después de la reforma), en toda arrogación sancionada penalmente se supone una expectativa de renta por parte del infractor.

En otras palabras, cuando existe un aprovechamiento de contenido patrimonial, lo que sucede es que el tercero no autorizado utiliza para sí la expectativa económica que por ley es garantizada al titular y que le permite a este último participar del tráfico jurídico-económico con exclusión de los demás.

Luego, el mismo razonamiento puede aplicarse para los delitos marcarios, y en específico, para el tipo penal del uso ilícito de marca registrada del artículo 28 de la Ley N°19.039, y ello porque el sujeto activo en la realización de una actividad económica sabe que en el usurpamiento de derechos de contenido patrimonial, como lo son la identidad, posicionamiento y reconocimiento

⁹⁰ FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel, ob. cit., p.24.

⁹¹ Ibid., p.25.

alcanzado por el establecimiento, producto o servicio, se puede llegar a producir un perjuicio económico al titular de la marca comercial.

Por lo demás, al tratarse de derechos de índole patrimonial, lo más probable es que la usurpación tenga por motivo principal la posibilidad de aprovechamiento de la explotación económica de tales bienes.

El delito de uso ilícito de marca registrada protege el “interés jurídico que se ve afectado cuando uno de los atributos esenciales de la propiedad marcaria –derecho de exclusividad– es conculcado por la utilización que un tercero no autorizado hace de la marca comercial. Ante tal evento, se afecta potencialmente el patrimonio del industrial o comerciante ofendido y/o la reputación de la marca, bien inmaterial que hace posible plasmar los esfuerzos de innovación y competitividad”⁹².

3.1.2.3 El carácter subordinado del derecho penal en la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial

De conformidad a lo señalado precedentemente, las usurpaciones penalmente relevantes para la PI solo serán aquellas arrogaciones que generan un perjuicio económico (artículo 79 letra a) de la Ley N°17.336) o que puedan generar beneficios económicos (las demás conductas infractoras de la Ley N°17.336 y la del delito contemplado en el artículo 28 de la Ley N°19.039). Y esto es así, porque, en general, la tutela penal de los DPI se restringe a los casos de mayor gravedad de conformidad al principio de proporcionalidad que sirve como mandato de ajuste entre la gravedad de la sanción y la entidad del bien jurídico penal afectado o puesto en peligro.

De esta forma, una interpretación restrictiva de los tipos penales exige reservar la aplicación de sanciones a los casos donde exista un ánimo de lucro (inciso 2° del artículo 81 de la Ley de Propiedad Intelectual), o bien, cuando ello no se contemple dentro de la descripción típica, debe demostrarse que el sujeto en el marco de una actividad comercial puede u obtiene beneficios económicos a partir de la explotación no autorizada de derechos. Así, si en los hechos el sujeto aparece, por ejemplo, regalando copias, no hay lesión penalmente relevante de estos derechos⁹³.

⁹² MORALES ANDRADE, Marcos, ob. cit., p.2.

⁹³ FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel, ob. cit., p.24.

Tales postulados se sustentan en la idea de fondo consistente en el carácter subordinado del derecho penal al orden administrativo (y en cierta medida al régimen civil) que protege los DPI.

Respecto de la propiedad intelectual, como orden previo al penal, el artículo 78⁹⁴ de la Ley de Propiedad Intelectual dispone que las sanciones de multa asociadas a las infracciones a la ley y su reglamento que no estén contempladas en los artículos 79 y siguientes (esto es, los tipos penales del Párrafo II del Capítulo II de la Ley), tendrán el carácter de sanción administrativa⁹⁵.

Ahora, si se observa la interrelación de las sanciones administrativas con las sanciones penales, podremos advertir un problema que, a su vez, resalta la importancia del espíritu del legislador en orden a castigar mediante pena penal solo las infracciones de mayor gravedad.

El problema puede resumirse de la siguiente forma: el artículo 79 que establece las figuras usurpatorias comunes, no estableció un mínimo de perjuicio⁹⁶ para tener por configurada la arrogación delictual. Con ello, de acuerdo con la actual regulación, se privaría de todo sentido a la disposición del artículo 78, y dicho sea de paso se configura una clara vulneración al principio de lesividad que informa a nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que la intervención penal solo se encuentra justificada cuando no existe un medio menos lesivo que la propia sanción penal para reparar el daño atendida su magnitud.

Por consiguiente, si se lee el argumento en reversa, tendremos que concluir que los daños originados en los casos de bagatela o de nula significancia, sin perjuicio de que puedan ser castigados como conductas usurpatorias en virtud de que no existe un *minimum* en el perjuicio de acuerdo al número 1 del artículo 79, deberán ser sancionadas como infracciones administrativas cuando no concurra o no pueda ser probado el conocimiento de que en el contexto de una actividad económica que tiene por objeto el ejercicio de derechos no autorizados se generan o pueden generarse ganancias económicas para el infractor.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ Se esbozan los siguientes argumentos respecto a la naturaleza administrativa de estas sanciones para efectos de compatibilizar la normativa con el principio de legalidad y el mandato de determinación: 1) no pueden establecerse por vía reglamentaria delitos; 2) se trata de una sanción genérica a las infracciones a la ley, por lo que afirmar que no se trata de sanciones administrativas tiene el peso de probar cómo es que no se trata de una sanción “no expresamente establecida en la ley”, es decir, no constituye una ley penal en blanco; y, 3) se arguye la posición sistemática de la norma en el párrafo inmediatamente precedente al Párrafo II del Capítulo II de la LPI, el que establece específicamente supuestos de infracciones penales. Para mayor profundidad véase FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel, ob. cit., p.11.

⁹⁶ El número 1 de la norma solo señala cuando “el monto del perjuicio sea *inferior*”.

Luego, en el ámbito de la propiedad industrial el derecho penal también juega un rol secundario y de *ultima ratio*, puesto que “las figuras penales del artículo 28 no tienen por objeto resguardar la limitación y temporalidad de la protección marcaria (acción administrativa de caducidad), el respeto de las prohibiciones establecidas en el artículo 20 (acción administrativa de nulidad), ni perseguir la indemnización de perjuicios derivados de la “infracción de una marca” (acciones civiles del Título X de la Ley N° 19.039). Se trata, en cambio, de castigar penalmente a quien ha afectado los derechos de propiedad industrial del titular creando un riesgo de confusión, es decir, mediante la afectación de una marca en el sentido material del artículo 19”⁹⁷.

3.1.2.4 El rol de la inscripción de derechos en la protección penal de los intangibles

No existen dudas respecto al rol que juega la inscripción de la marca comercial en el registro llevado adelante por el Instituto de Propiedad Industrial (en adelante INAPI) para efectos de que el titular pueda acudir a la protección penal ante una eventual arrogación maliciosa de su marca registrada.

Lo anterior, viene dado porque el registro, como instituto jurídico de la propiedad industrial, significa la constitución de la “propiedad”. En consecuencia, si no hay registro inscrito de la marca comercial, no existe derecho alguno (en el orden administrativo, civil o penal) que el “titular” pudiese reclamar para su tutela efectiva⁹⁸.

Dadas así las cosas, y en razón de que dentro de la descripción típica del uso malicioso de marca registrada se utiliza la expresión “ya inscrita”, es posible afirmar que, a nivel subjetivo, se exige por parte de el o los sujetos activos el conocimiento del registro. En consecuencia, es dable señalar que la inscripción registral funciona como una suerte de garantía para los terceros en orden a que solo podrán ser sancionados si tuvieron la posibilidad de saber que la arrogación se encontraba prohibida, conocimiento que se “presume” en virtud de la publicidad de los derechos registrados.

⁹⁷ VAN WEEZEL, Alex, ob. cit., p.38.

⁹⁸ En esa línea, se tiene el artículo 2 de la Ley N°19.039, que señala en su primera parte que “cualquier persona natural o jurídica nacional o extranjera, podrá gozar de los derechos de la propiedad industrial que garantiza la Constitución Política, debiendo obtener previamente el título de protección correspondiente de acuerdo con las disposiciones de esta ley”.

En cambio, para el régimen de propiedad intelectual, existe discusión en torno a la función que juega la inscripción de la creación intelectual como baremo para determinar el rango legal de protección que otorga la Ley de Propiedad Intelectual.

Tal disyuntiva viene dada por un cuestionable fallo emitido por la Corte Suprema (en adelante la CS) en el año 2007⁹⁹ sobre un caso de reproducciones no autorizadas y distribución al público de discos compactos. En síntesis¹⁰⁰, el máximo tribunal del país en una interpretación armónica con las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual y literal del artículo primero de la referida Ley señala que no será necesario acreditar en juicio quiénes son los titulares de los derechos de autor protegidos, puesto que la Ley activa sus mecanismos de protección desde el momento en que se crea la obra. A su vez, también se desestima la idoneidad de probar que las explotaciones no fueron autorizadas por el titular de derechos, por cuanto se trataba de reproducciones artesanales que lógicamente no contaban con la mencionada autorización.

Pues bien, en este punto toca rebatir¹⁰¹ los fundamentos de la CS postulando que la protección que otorga la ley por el solo hecho de la creación de la obra (artículo 1º de la Ley Nº17.336) no se extiende a la protección penal, ya que para ello se requiere necesariamente la inscripción del derecho y el otorgamiento de una licencia obligatoria o abierta.

En primer lugar, la interpretación de la CS amplía la protección de derechos a cualquier persona autora que “cree una obra original” desconociendo el contenido normativo del artículo 2 de la Ley que consagra el principio de reciprocidad como expresión del fenómeno de la

⁹⁹ Corte Suprema, 2 de octubre 2007, rol 3747-2007.

¹⁰⁰ El razonamiento completo del fallo se encuentra en: “Noveno: Que, en torno a la situación generada, preciso es indicar que lo cierto es que conforme al fallo en revisión, los dos acusados no contaban con las autorizaciones o licencias otorgadas por los titulares de los derechos, y que con ánimo de lucro se reprodujeron y se distribuyeron al público, en formato de discos compactos, lo que de acuerdo a las reglas de la sana crítica, de la lógica y máximas de la experiencia, es posible apreciar ante las evidencias presentadas ante el Tribunal, quien las pudo apreciar directamente, lo que llevaba a concluir que los veintiún discos compactos, sus carátulas y estuches, carecían de originalidad de su correspondiente patente legal, lo que permitía concluir de manera lógica, que se estaba en presencia de reproducciones artesanales, sin que ellas tuvieran autorización por parte de sus autores, productores o de quienes sus derechos representan.

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

¹⁰¹ En base a los argumentos desarrollados en FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel, ob. cit., pp. 15-21.

internacionalización de la PI. En definitiva, solo algunos de los autores de obras originales se encuentran protegidos por la normativa nacional: desde luego los chilenos y los extranjeros domiciliados en Chile, y respecto de los extranjeros no domiciliados en Chile regirá el nivel de protección determinado por las convenciones internacionales que Chile suscriba y ratifique.

Por lo mismo, previo a determinar si existe protección penal, será necesario identificar quién o quiénes son titulares, y en caso de que estos sean extranjeros no domiciliados en nuestro país es preciso determinar si existe o no una convención internacional que ampare sus DPI y de qué forma se encuentran resguardados.

En segundo lugar, el principio de legalidad como mandato de determinación, sirve de garantía para los ciudadanos en cuanto a que estos deben conocer de antemano las conductas por las cuales se puede ser condenado penalmente. En esa línea, y en forma diametralmente distinta a la inscripción de derechos industriales, la inscripción registral de DPI no tiene naturaleza constitutiva (como si lo era bajo el régimen de la antigua ley¹⁰²), sino que únicamente hace presumir la titularidad de derechos en la persona que figure como autor inscrito.

Entonces, si bien “los derechos nacen desde el momento mismo de la creación de la obra, en forma automática, sin que sea necesario realizar ningún trámite administrativo, notarial o de otro orden, bastando solamente la creación de ella”¹⁰³, de ello no se sigue la concesión a título legal de la protección penal, ya que lo que hace el artículo primero es disociar la constitución de la propiedad del momento de su inscripción, no otorgándole efectos constitutivos a esta última.

Derivado de lo anterior, el “proteger por el solo hecho de la creación” del artículo primero no implica la protección penal del intangible de que se trate ante eventuales arrogaciones no autorizadas, puesto que mientras no haya inscripción no es razonable ni posible exigir a el o los sujetos activos de una conducta eventualmente usurpatoria el conocimiento de la creación de la obra.

¹⁰² De acuerdo a la antigua ley, podía darse el siguiente caso: si X inscribía una obra C como original, con posterioridad Y, el verdadero creador de C, no podía aducir prueba alguna para demostrar la paternidad de la obra, porque la propiedad intelectual se constituía con la mera inscripción, es decir, X se constituía en autor original con el solo inscribir la obra, aunque Y fuera el creador original.

¹⁰³ SIERPE HERRERA, Dina. *Propiedad intelectual. Derechos de autor. Ley N°17.366 y sus modificaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 13.

De esta forma, de aceptarse la conclusión contraria se daría el siguiente sinsentido: Y es el verdadero autor de un bien C –en el sentido que lo ha creado primero–. Y no ha inscrito su propiedad y demanda penalmente por la arrogación que X hace de los derechos patrimoniales que le corresponden sobre C. X, por su parte, cree que él ha creado C en forma original, pero desconoce que previamente Y lo había creado. Para poder ser absuelto, X debería recurrir al error de prohibición directo, pero de acuerdo con la Corte, ya que la LPI protege las obras desde su creación y que debe presumirse que el sujeto conoce esta protección –porque conoce que la protección es del momento de la creación de la obra–, entonces no puede recurrir al error de prohibición, y debería ser condenado¹⁰⁴.

En tercer lugar, la CS incurre en un error conceptual al incluir la protección penal dentro de los derechos que la ley concede desde la creación de la obra, cuando en realidad el objeto protegido por la normativa son los derechos patrimoniales y morales que destacan la posición de exclusividad que tiene el autor respecto de la explotación de los réditos económicos de su obra, como ya se ha visto latamente en párrafos precedentes.

En cuarto lugar, la CS, bajo el paradigma de que a partir de la creación de una obra se sigue como consecuencia necesaria su protección penal, desestima la necesidad de probar la circunstancia de que se hayan efectuado reproducciones de la obra (pudiendo ampliar el argumento a las demás formas de explotación) sin contar con la debida autorización¹⁰⁵, lo que tiene por consecuencia el no exigir la determinación precisa de la licencia bajo la cual se registra una determinada obra. En suma, lo que hace nuestro máximo tribunal es asumir que las reproducciones no fueron autorizadas en atención al carácter “artesanal” de las copias.

Tal razonamiento pretende pasar por alto el hecho de que una determinada obra se encuentre registrada bajo una licencia “abierta” que son aquellas que tienen por característica primordial el prohibir excepcionalmente las arrogaciones que pudiere efectuar un tercero.

Las licencias abiertas de mayor renombre son las administradas por *Creative Commons*, organización sin fines de lucro que busca promover el acceso al conocimiento y la promoción de la cultura mediante la creación de un sistema paralelo al de derecho de autor (sistema *Copyright*), con miras a que los distintivos titulares de derechos decidan el cómo quieren compartir su PI.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel, ob. cit., p.16.

¹⁰⁵ Que debe ser *expresa* de acuerdo con los artículos 18 y 19 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Las licencias *Creative Commons* deben su existencia a la libre disponibilidad que asiste a todo legítimo titular de derechos de corte patrimonial (artículo 12 del CC), por lo que muchos¹⁰⁶ autores y titulares de derechos conexos (basándose en diversas motivaciones tales como el altruismo, la beneficencia, el desarrollo de las ciencias, las artes y la cultura o simplemente por que buscan la difusión mediática de sus obras) inscriben sus intangibles por medio de estas licencias que admiten formas de explotación sin autorización previa alguna, y lo que es más importante, sin exigir una contraprestación económica a cambio de la ejecución del contenido patrimonial de los derechos.

Pues bien, dentro del sistema *Creative Commons*¹⁰⁷ existen diversos modelos de contrato de licenciamiento que permiten al titular de derechos compartir de forma fácil y estandarizada su trabajo creativo. Todos estos diversos modelos incluyen la licencia estándar más conocida como “Atribución” que permite a los usuarios (terceros) copiar, distribuir, exhibir, ejecutar los trabajos de forma pública y digital, hacer copias exactas de ellas en otro formato, e incorporar las obras (en forma no modificada) en obras colectivas, siempre y cuando se dé el debido crédito al creador original.

Luego, existen otras tres condiciones que restringen con mayor especificidad la forma en que se comparten los DPI, pudiendo dar lugar de acuerdo a la elección del titular de derechos hasta 6 tipos de licencias diversas¹⁰⁸. La primera de las condiciones es la “No comercial” que admite la totalidad de las modalidades de explotación anteriormente señaladas, siempre y cuando el resultado de ello tenga un uso no comercial. La segunda se conoce como “Compartir-Semejantes” que admite la creación de obras derivadas siempre y cuando el resultado de ello se distribuya bajo la misma licencia *Creative Commons* en el que la obra original fue compartida. Por último, se tiene la licencia “No-Derivados” que como su nombre lo indica no admite la mezcla o creación de obras derivadas, pero sí las demás formas de explotación antes referidas.

¹⁰⁶ De acuerdo con el reporte “State of Commons” del año 2015, existen más de mil millones de obras licenciadas con Creative Commons, número que se ha triplicado en los últimos cinco años. Para más información véase [En línea] <https://stateof.creativecommons.org/2015/translation-xac.csv.html>. [Fecha de consulta: 25.06.18].

¹⁰⁷ MALONE, Phil. *An evaluation of private foundation copyright licensing policies, practices and opportunities*. Harvard, The Berkman Center for Internet & Society at Harvard University, 2009, p.6. [En línea] http://cyber.harvard.edu/sites/cyber.harvard.edu/files/OCL_for_Foundations_REPORT.pdf. [Fecha de consulta: 25.06.18].

¹⁰⁸ De acuerdo con el mismo reporte del año 2015, la licencia más usada es la BY-SA (Atribución-Compartir Semejantes) con un 37%, seguida por BY (atribución) con un 24%, lo que indica que la mayoría de la gente está optando por compartir sus obras de las formas menos restrictivas.

Dicho todo lo anterior, se puede concluir que la interpretación de la CS en torno a la protección penal automática por el solo hecho de la creación es errada, puesto que, al no exigir la prueba de la inscripción y bajo qué tipo de licencia es compartida una determinada obra, no se reconoce la voluntad del creador en torno a la disponibilidad de sus derechos pudiendo, en último término, castigarse conductas donde no existe bien jurídico a proteger, por cuanto respecto de este existió un acto de libre disposición por parte de quien se encuentra legítimamente intitulado para hacerlo.

En definitiva, atender al criterio de la inscripción nos permitirá determinar la posición que el titular desea ocupar respecto de sus derechos. De esta forma, si la creación se encuentra registrada bajo una licencia obligatoria, es clara la intención del creador en el uso monopólico exclusivo de sus derechos y por ende una conducta usurpatoria tendrá un potencial efecto lesivo. En cambio, si estamos frente a una licencia abierta, solo habrá protección penal cuando el autor haga uso de alguna de las tres condiciones anteriormente señaladas.

En definitiva, y aun cuando se sostenga que la inscripción no juega rol alguno en la determinación de si una creación original se encuentra penalmente protegida –puesto que se estima que la protección que otorga la ley es total y sin distinción alguna, desde el momento de la creación–, todavía queda “la prueba de que la licencia es obligatoria o no, porque tratándose de una licencia abierta en que no rigen las “tres condiciones” la arrogación de los derechos patrimoniales no es constitutiva de delito. Luego, no puede presumirse el conocimiento de la falta de autorización por el sólo hecho de tratarse de copias “artesanales” y que no se probó la autorización expresa, debe determinarse si se tratan de obras sujetas a licencias abiertas o no, y de qué clase.”¹⁰⁹.

3.2 El delito de piratería

Pues bien, tenemos como primer tipo penal a desarrollar el denominado delito de piratería del artículo 81 de la Ley de Propiedad Intelectual que viene a reemplazar, desde el año 2010, el antiguo artículo 80 letra b)¹¹⁰ de la referida ley.

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel, ob. cit., p.21.

¹¹⁰ El antiguo tipo penal señalaba: “Cometen, asimismo, delitos contra la propiedad intelectual y serán sancionados con las penas que se indican en cada caso: b) Los que, en contravención a las disposiciones de esta ley o a los derechos que ella protege, intervengan, con ánimo de lucro, en la reproducción, distribución al público o introducción al país, y los que adquieran o tengan, con fines de venta: fonogramas, videogramas, discos fonográficos, cassettes, videocassettes, filmes o películas cinematográficas, o programas computacionales.”

Tal reforma tuvo por objetivo político criminal el distinguir, en términos de castigo penal, entre dos hipótesis de piratería, a saber, la piratería de *menor* escala y la piratería de *mayor* escala, sancionándose esta última de forma más severa. Ahora, el punto de convergencia de ambas figuras es pertenecer a la categoría de los delitos comunes, pudiendo, en consecuencia, incurrir en la conducta ilícita cualquier persona.

3.2.1 Hipótesis de piratería menor, establecida en el artículo 81 inciso primero de la Ley de Propiedad Intelectual¹¹¹

Esta hipótesis, según el criterio del MP, es aplicada principalmente, a la venta callejera de material pirateado.

3.2.1.1 Tipo penal objetivo

a) Bien jurídico protegido

Como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones, lo protegido por la generalidad de los delitos de esta Ley, son los beneficios económicos que se siguen de la explotación de los derechos que la ley otorga en exclusiva al titular.

Por consiguiente, esta norma resguarda, en primer término, la reproducción en contravención a la ley de obras, interpretaciones o fonogramas. Por lo pronto, la reproducción, como derecho de explotación, se define por la ley en el artículo 5 letra u) como “la fijación permanente o temporal de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”.

En consecuencia, cuando alguien reproduce una obra, lo que hace básicamente es obtener “copia de una propiedad intelectual fijada en un medio físico de transmisión –de dicha información–, que es lo que ocurre cuando se copia música en un CD o una película en un DVD”¹¹².

¹¹¹ “Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 unidades tributarias mensuales, el que tenga para comercializar, comercialice o alquile directamente al público copias de obras, de interpretaciones o de fonogramas, cualquiera sea su soporte, reproducidos en contravención a las disposiciones de esta ley.”

¹¹² FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel, ob. cit., p.42.

Luego, el tipo penal castiga tres tipos de conductas o actividades comerciales que tienen por destino la distribución directa al público de las copias ilícitamente obtenidas. Lo anterior puede concluirse a partir de la expresión “directamente al público copias” utilizada por el legislador. De ahí que, el segundo derecho de explotación protegido por la norma es la distribución al público del original o copias tangibles de la obra mediante su venta, o de cualquier otra forma de transferencia de la propiedad o posesión original o de la copia (artículo 5 letra q)).

Siguiendo, lo normal es que en la copia no autorizada de una obra intelectual existan vulneraciones de derechos conexos y por lo mismo, el tipo penal los incluye dentro de los objetos resguardados. Nos referimos, por un lado, al derecho que tiene el productor fonográfico en orden a autorizar o prohibir la reproducción y demás utilidades de sus fonogramas, incluyendo la distribución al público mediante venta del original o de los ejemplares de su fonograma (artículo 68 de la Ley). Y, por el otro, al derecho del artista para autorizar o prohibir la fijación (reproducción) de su interpretación en un fonograma y la reproducción de tales fonogramas, así como también la distribución al público en los términos anteriormente señalados (todo, de acuerdo, a los numerales 2) y 4) del artículo 66 de la Ley).

b) Objeto material

Se trata, primeramente, de cualquiera de las obras del dominio ajeno protegidas por la ley contenidas en el artículo 3 de la Ley N°17.336 (p. ej., libros, obras dramáticas, composiciones musicales, fotografías, periódicos, pinturas, esculturas, obras cinematográficas, etc.).

Luego, se tienen los fonogramas, que son las fijaciones exclusivamente sonoras de los sonidos de una ejecución o interpretación de otros sonidos que realiza el productor fonográfico.

En último lugar, las interpretaciones, se protegen como expresión independiente de la obra interpretada por cuanto el intérprete es el intermediario entre el autor y el público.

c) Conductas típicas

El tipo en comento castiga penalmente la realización de cualquiera de los tres actos comerciales contenidos en la norma, a saber, la tenencia para la comercialización, la comercialización o el arrendamiento de copias de obras, interpretaciones o fonogramas, siempre y cuando tales

reproducciones se hayan efectuado en contravención a las disposiciones de la ley, es decir, sin la autorización expresa del titular de derechos.

Respecto del castigo de la primera de las acciones típicas, es necesario destacar que se trata de un adelantamiento de las barreras punitivas¹¹³, por cuanto el delito se considera consumado respecto de quien tiene los bienes dispuestos para comercializar, pero aún no ha dado inicio a dicha actividad.

d) Antijuricidad

Como ya se dijo más arriba, la reproducción de los objetos protegidos debe hacerse en contravención a las disposiciones de la ley, esto es, sin contar con la autorización expresa por parte de quien se encuentre en posición jurídica de otorgarla, o bien, realizarse fuera de los márgenes de las excepciones legales que admite la ley (Título III de la Ley N°17.336) para la utilización de obras sin autorización.

A partir de aquello, hay quienes¹¹⁴ consideran que la autorización o el amparo en una excepción legal, por pertenecer a la descripción típica de la conducta penada, no excluyen la antijuricidad formal de la conducta y por ende se debe descartar cualquier interpretación relacionada a una causal de justificación, dejando subsistente, por supuesto, la atipicidad de las conductas que reúnan estas características.

Para otros¹¹⁵, la autorización y las excepciones legales funcionarán normalmente como causales de atipicidad de la conducta o, al menos, como causales de justificación del art. 10 N°10 del CP (ejercicio legítimo de un derecho).

Con todo, lo importante aquí es señalar que, la antijuricidad de la conducta dependerá, en último término, de la licencia bajo la cual se encuentre registrado el objeto protegido (obligatoria, abierta con expresa mención de las tres condiciones principales, o bien, si se trata de una licencia abierta sin mención a la totalidad de dichas condiciones o a alguna de ellas). Es así como se exige

¹¹³ El propósito está en el evitar que el sujeto activo se arrogue efectivamente la posición de exclusividad que tiene el titular respecto de sus derechos.

¹¹⁴ GRUNEWALDT CABRERA, Andrés, ob. cit., p.152.

¹¹⁵ FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel, ob. cit., p.23.

determinar en los hechos si existe o no consentimiento por parte del titular para la ejecución de derechos de orden patrimonial, y con ello determinar si se está frente a un injusto penal.

En otro modo, se tiene como condición necesaria de punibilidad el hecho de que las reproducciones hechas en contravención a la ley sean susceptibles de provocar el peligro de lesión de los derechos patrimoniales. Ahora bien, para las conductas de comercialización y de alquiler, tal perjuicio es exigido en tanto se trata de delitos de lesión, en cambio, en el caso de la tenencia para la comercialización, al ser un delito de peligro abstracto, basta con que las copias representen para el objeto protegido un peligro de lesión suficiente.

Respecto a lo anterior, es cada vez más asentado en nuestra jurisprudencia¹¹⁶, el criterio de excluir la prueba pericial destinada a comprobar la falsedad de los productos cuando la copia o imitación es burda y ello puede percibirse a través de los sentidos, lo que, en todo caso, es conforme a nuestro sistema de valoración de la prueba.

No obstante, hay quienes discuten la lesividad social del comportamiento cuando se trata de copias de tal calidad. Así, “hay que hacer una diferencia: en los casos de copias de CD, vídeos, etc., por burda que sea la copia, su contenido sigue siendo la obra artística original (las canciones, la película, etc.), mientras que en la oferta en el mercado de burdas imitaciones de productos de marcas prestigiosas no hay nada original. De ello no se deriva inmediatamente una consecuencia para el castigo o la impunidad de unas u otras conductas, pero puede que resulte menos evidente la insignificancia o inidoneidad, basada en el carácter burdo de la copia, para vulnerar los derechos correspondientes en el primer caso que en el segundo”¹¹⁷.

e) Pena

La pena para este delito es de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 unidades tributarias mensuales.

Respecto a esto, dos consideraciones. La primera es que el monto de la multa, aunque no lo diga el tipo, se determina a partir de la estimación de los perjuicios causados. Esto rige tanto

¹¹⁶ Algunos ejemplos son las sentencias de la Ilustrísima Corte Apelaciones de Arica, Rol 61-2006, fallo del 7 de marzo de 2006; Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 269-2006, fallo del 23 de marzo de 2006; e, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol 126/2012, fallo del 7 de diciembre de 2012.

¹¹⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, ob. cit., p.120.

para esta hipótesis como para la de *mayor* escala, por cuanto el artículo 85 E de la Ley 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.

Lo segundo¹¹⁸, es constatar el hecho de que en la mayoría de las condenas los tribunales han aplicado la normativa del artículo 70 del CP¹¹⁹, ya que los condenados por este delito generalmente son personas de escasos recursos.

3.2.1.2 Tipo penal subjetivo

Como ya se ha dicho anteriormente –*supra* sección 3.1.2.2– a nivel subjetivo el dolo en el delito de piratería se integra por el conocimiento por parte del sujeto activo de la realización de una actividad comercial (comercialización o arrendamiento) o la disposición a realizarla (posesión para la comercialización), es decir, existe un ánimo de aprovechamiento de tipo económico que es coincidente con lo que el sujeto activo objetivamente realiza, esto es, la arrogación no autorizada de derechos patrimoniales de explotación.

A su vez, no existiría inconveniente en sancionar actos de piratería cometidos con dolo eventual, por cuanto el tipo penal no utiliza expresiones tales como “maliciosamente” o “a sabiendas”.

Lo precedente pudiere parecer contradictorio con uno de los principales objetivos que tuvo la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en el año 2010 para facilitar el procesamiento de las conductas infractoras¹²⁰ de la piratería, lo que se pretendía mediante la eliminación de la exigencia del “ánimo de lucro”¹²¹.

Sin embargo, como ya se ha esbozado anteriormente, dicha modificación si bien logró evitar la prueba del ánimo interno de aprovechamiento, la ley exige que el acto de piratería se realice en

¹¹⁸ GRUNEWALDT CABRERA, Andrés, ob. cit., p.148.

¹¹⁹ 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”.

¹²⁰ Historia de la Ley N°20.435, que modifica la ley N°17.336, sobre Propiedad Intelectual. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p.11.

¹²¹ Objeto no exento de críticas formuladas en la discusión legislativa y que apuntaban principalmente a la vulneración del precepto constitucional que prohíbe la presunción de la responsabilidad penal del artículo 19, N° 3° de la CPR y del artículo 1° del CP. Para mayor detalle véase Historia de la Ley N°20.435, ob. cit., p.246.

el contexto de una actividad comercial donde exista, por lo menos, la expectativa de la generación de beneficios económicos, por lo que desde el punto de vista probatorio, la eliminación del ánimo de lucro “constituye una modificación superflua, porque el hecho a partir del cual es posible inferir que el sujeto ha obrado con ánimo de lucro es el mismo, sólo que ahora este hecho es parte integrante del tipo objetivo, por lo que lo que antes era una alternativa para el MP desde el punto de vista de lo que debía probar para convencer al juez, hoy se ha transformado en una exigencia legal”¹²².

3.2.2 Hipótesis de piratería mayor (artículo 81 inciso segundo de la Ley de Propiedad Intelectual)¹²³

Este delito presenta, respecto de la hipótesis de menor escala, diferencias en cuanto a las conductas típicas y en la exigencia a nivel subjetivo de la concurrencia del ánimo de lucro. El resto de los tópicos desarrollados para la figura de piratería menor son idénticos.

3.2.2.1 Tipo penal objetivo

a) Conductas típicas

Como dijimos, este delito pretende castigar con mayor intensidad (reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales) a quienes incurren en conductas de piratería masiva, esto es, “sancionar con mayor severidad a las personas que se encuentran en el tramo superior de la cadena ilícita de comercialización de productos falsos”.

El tipo incluye las siguientes conductas punibles: i) fabricación, ii) importación, iii) tenencia para distribución y, iv) adquisición para distribución.

De la descripción típica surgen algunos comentarios. Ante todo, respecto de la conducta de importación será necesario recurrir a la normativa administrativa-aduanera (OA) para efectos de determinar cuándo puede entenderse que el o los productos pirateados han sido internados a nuestro país. Así, como se analizará debidamente en el apartado correspondiente, la

¹²² FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel, ob. cit., pp.42-43.

¹²³ El inciso segundo del mentado artículo tipifica: “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”.

consumación de la conducta de importación se concretiza cuando el sujeto activo, ha comenzado a salir jurídicamente del extranjero, o bien cuando burla las potestades aduaneras fiscalizadoras.

Luego, la inclusión de las conductas de tenencia y/o adquisición para la comercialización da cuenta de la superposición del castigo de este tipo de conductas en más de una norma dispersa dentro de la Ley N°17.336. En primer lugar, la distribución comercial de obras protegidas se castiga en el artículo 79 letra a), norma que configura en términos amplísimos las formas usurpatorias comunes y que hace referencia a los derechos de explotación comercial contenidos en el artículo 18, en específico la letra e). En segundo lugar, la distribución comercial también es sancionada en el artículo 79 b) cuando dicha forma de explotación se ejecuta sobre fonogramas que pertenecen al productor fonográfico (artículo 66) o bien cuando recaen sobre fijaciones de ejecuciones artísticas (artículo 68).

Esta superposición de tipos penales nos invita a discernir para cada caso concreto cuál ha de ser el tipo penal a aplicar, de suerte 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”¹²⁴.

3.2.2.2 Tipo penal subjetivo

Como ya se ha dicho, el nacimiento de dos hipótesis diferenciadas de piratería responde a la idea de castigar con más fuerza a los proveedores de los vendedores callejeros o quienes montan un “laboratorio” u “oficina importadora” de productos falsificados.

Empero, la descripción típica de ambas figuras genera un sinfín de dudas dado que ambas castigan la tenencia y/o adquisición con fines de venta, por lo que teóricamente el objetivo político criminal propuesto por la reforma del año 2010 deviene en la más absoluta irrelevancia.

Se podría argumentar que solo la hipótesis de piratería mayor integra el ánimo de lucro, esto es “(...) aquella tendencia subjetiva del autor tendiente a obtener una ventaja patrimonial por la

¹²⁴ GRUNEWALDT CABRERA, Andrés, ob. cit., p.149.

apropiación de una cosa con valor económico¹²⁵, por lo que en ausencia de este debería aplicarse la hipótesis de menor escala. Sin embargo, de acuerdo con lo dicho *supra* –sección 3.2.1.2– el argumento cae puesto que a nivel probatorio las modificaciones introducidas por la reforma del año 2010 no introducen nada nuevo en la *praxis* jurídica.

Esto es un problema no menor para quien debe interpretar los hechos y encuadrarlos en alguna de las figuras típicas, puesto que no existirían indicios claros que ayuden a aplicar una de las hipótesis en desmedro de la otra.

3.3 El delito de uso ilícito de marca registrada (artículo 28 letra a) de la Ley N°19.039¹²⁶

3.3.1 Tipo penal objetivo

3.3.1.1 Bien jurídico protegido

De conformidad al principio de distintividad, la marca comercial tiene reconocimiento jurídico como un *medio* que permite distinguir bienes o servicios de una empresa frente a los competidores que operan en el mismo rubro o sector del mercado.

De suerte que, advertida la naturaleza instrumental que cumple el signo distintivo, tenemos que lo protegido por los delitos marcarios no son los signos distintivos en tanto realidad abstracta, sino más bien los derechos derivados de la propiedad sobre bienes inmateriales (*supra* sección 3.1.1).

Pues entonces, la distintividad de la marca tiene por consecuencia otro principio que impera en estas materias y que es aquel que define los alcances de la tutela marcaria. Nos referimos, al principio de especialidad o relatividad que implica que el registro marcario otorga protección únicamente a los productos o servicios para los cuales se concedió el registro¹²⁷.

¹²⁵ *Ibid.*, p.150.

¹²⁶ “Los que maliciosamente usen, con fines comerciales, una marca igual o semejante a otra ya inscrita para los mismos productos, servicios o establecimientos o respecto de productos, servicios o establecimientos relacionados con aquellos que comprende la marca registrada. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 bis E.”

¹²⁷ Ello explica el fenómeno de la coexistencia de las marcas en la posibilidad de convivencia de marcas idénticas o semejantes para distinguir productos o servicios distintos y de distinto titular.

En ese sentido, la actual configuración del artículo 28 letra a) de la Ley de Propiedad Industrial, fruto de las modificaciones introducidas por la Ley N°19.996¹²⁸, confirma la adopción de la perspectiva material de protección a las marcas en concordancia con el principio de especialidad y los tratados internacionales¹²⁹, por cuanto la infracción “presupone el establecimiento de la identidad o del carácter relacionado de los *productos o servicios*, con independencia de la clase en que se encuentren de acuerdo al Clasificador Internacional de Niza o de otras consideraciones meramente formales”¹³⁰.

De esta forma, para efectos de discernir cuándo se está frente a una infracción penal en el ámbito marcario, se hace preciso evaluar la aptitud distintiva del signo a partir de una perspectiva material, es decir, en relación: (i) a la cobertura de productos o servicios para el que ha sido solicitado; (ii) al público que habitualmente consume o use dichos productos o servicios; y, (iii) a los demás signos existentes, apreciando la existencia de posibilidades de confusión¹³¹.

No obstante, hay quienes consideran que en los delitos marcarios y de acuerdo con la función complementaria de garantía que cumple la marca, existiría una protección *mediata o indirecta* a los consumidores que “se traduce en el derecho de éstos a elegir libre e informadamente entre los diversos productos, servicios o establecimientos ofrecidos en el mercado, confiando en la garantía que significa la marca puesta sobre los mismos”¹³².

Pese a ello, la interpretación más conforme a nuestro sistema es sostener que estos delitos protegen derechos inherentes a la titularidad de la marca buscando conjurar, negativamente, el peligro de confusión. En consecuencia, vistas así las cosas, el consumidor funciona, más bien, como un baremo de medición de la capacidad lesiva de la conducta usurpatoria concreta respecto de los derechos del titular.

¹²⁸ Publicada el 11 de marzo del año 2005.

¹²⁹ Artículo 17.2, N°12, letra b) del TLC con EE.UU que señala (b) los productos o servicios no podrán considerarse similares entre sí simplemente sobre la base de que, en algún registro o publicación, aparecen bajo la misma clase de cualquier sistema de clasificación, incluida la Clasificación de Niza.

Por otra parte, los productos o servicios no podrán ser consideradas diferentes entre sí simplemente por el hecho de que, en algún registro o publicación, aparecen en clases diferentes de cualquier sistema de clasificación, incluida la Clasificación de Niza.

¹³⁰ VAN WEEZEL, Alex, ob. cit., p.35.

¹³¹ SCHMITZ VACCARO, Christian. *Distintividad y uso de las marcas comerciales*. *Revista chilena de derecho*, N 39 (1), 2012, p.16. [En línea] <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000100002>. [Fecha de consulta: 05.07.18].

¹³² MORALES ANDRADE, Marcos, ob. cit., p.2.

En otras palabras, la garantía consagrada a nivel marcario abarca únicamente el rol de informar a los consumidores la relación existente entre el producto y el origen empresarial del mismo, es decir, en la adquisición, el consumidor puede dar por cierto de que se trata de un producto de aquellos que tienen idéntico origen empresarial.

Por último, la calidad del origen de los productos o servicios adquiridos no tiene protección a nivel marcario. De esta forma, para los casos de adquisiciones de bienes o servicios de calidad sustancialmente inferior a la que pudiere esperarse respecto a bienes portadores de una marca idéntica solo es punible “en virtud de otras normas del ordenamiento jurídico, como las normas del Derecho del Consumidor, de Competencia, Penal, etc., y para ciertos casos, como por ejemplo, en la publicidad engañosa, el falseamiento de indicaciones sobre calidad incluidas en el envase, o cuando se configura una conducta fraudulenta”¹³³.

3.3.1.2 Objeto material

El objeto material del delito corresponde en forma excluyente a las marcas registradas en el registro que lleva adelante el INAPI. Solo estas marcas gozan del derecho de explotación y uso exclusivo tanto en su faz positiva como negativa (*supra* sección 3.1.2.4).

Por otra parte, el ordenamiento de la propiedad industrial protege en forma excepcional y exclusivamente a nivel administrativo (oposición de registro y acción de nulidad) ciertas categorías de marcas dado que la aplicación irrestricta del principio registral, en complemento con el principio de territorialidad¹³⁴, lleva muchas veces a soluciones inadecuadas, sobre todo en los casos donde agentes se apropian indebidamente de una marca ajena y, amparándose en la propiedad registral, lesionan los intereses de quienes incurrieron en los esfuerzos comerciales tendientes a posicionar la marca en el tráfico económico¹³⁵.

La primera excepción al principio registral son las marcas notorias o notoriamente conocidas, cuya protección se activa cuando en nuestro país se presenta una solicitud de registro de marca

¹³³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y BERTONE, Luis Eduardo. *Derecho de marcas*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2ª Edición, Tomo I, 2003, p. 47.

¹³⁴ Por cuanto el registro y la protección que ello conlleva vale únicamente para el territorio del país donde se efectúa.

¹³⁵ HONORATO TORREALBA, Rodolfo Francisco. *La marca no registrada. Sistema comunitario europeo y derecho chileno*. Santiago: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2010, p.43.

que es idéntica o similar (gráfica o fonéticamente) a una marca extranjera cuyo registro no ha sido solicitado, o bien simplemente no se encuentra registrada en nuestro país.

En específico, nuestro legislador establece que el titular extranjero de la marca notoria podrá oponerse a dicha solicitud cuando la marca goce de notoriedad¹³⁶ en el país de origen, además de que se encuentre registrada en el Estado originario, y que distinga los mismos productos, servicios o establecimientos comerciales para los cuales se solicita en nuestro país¹³⁷. Por añadidura, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 20 letra g) (causal de prohibición de registro) el titular extranjero tendrá el derecho de prioridad de inscripción dentro del plazo de 90 días una vez que se rechace la solicitud o se anule el registro.

En segundo lugar, como excepción al principio de especialidad, en tanto la protección se extiende no solo a los productos, servicios o establecimientos que guardan algún tipo de relación con la marca, sino también para aquellos que son distintos pero que guardan “algún tipo de conexión”, se tiene la protección “reforzada” de las marcas famosas o de renombre.

Respecto de estas últimas existe tal grado de distintividad que lo que se busca por parte de la ley es limitar al mínimo el riesgo de asociación, por cuanto el consumidor tenderá a asociar los productos o servicios o establecimientos al creador original de la marca pudiendo afectarse la reputación de la marca famosa, no solo con relación al público consumidor, sino también ante el público general.

En concreto, de acuerdo al inciso tercero del artículo 20 letra g), los titulares (nacionales o extranjeros) de marcas famosas registradas en Chile tendrán el derecho para oponerse a la solicitud de registro cuando exista identidad o similitud en lo comprendido por el registro, o bien, cuando exista “algún tipo de conexión”¹³⁸.

¹³⁶ Directrices de qué es lo que debe entenderse por notoriedad se encuentran, por ejemplo, en el artículo 8.2 de la Ley española de marcas, que señala: “se entenderá por marca notoria, las que, por su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca”. En similar sentido se tiene lo dicho por el artículo 16.2 del ADPIC.

¹³⁷ Ibid., p.47.

¹³⁸ Como se puede observar, la redacción de esta norma no es del todo clara y existen dudas sobre la extensión de esta norma a los titulares de marcas famosas inscritas en el extranjero, qué es lo que debe entenderse por el tipo de “conexión”, y cuál es el público al que hace referencia. Para un mayor detalle véase HONORATO TORREALBA, ob. cit., pp.47-49.

Por último, se tienen las marcas no registradas o marcas de hecho que son aquellas que importan la simple utilización previa y de buena fe¹³⁹ de un signo no registrado con el fin de individualizar productos o servicios en el territorio donde se verifica ese uso previo¹⁴⁰.

Con relación a estas últimas, el legítimo propietario tiene el derecho a utilizar tal signo distintivo siempre y cuando ello no importe una conducta ilegítima. Es decir, a este último le asiste únicamente la faz positiva del derecho exclusivo de explotación y uso, puesto que al tratarse de una situación puramente fáctica y bajo la lógica de un sistema atributivo de derechos, no es posible prohibir su uso no autorizado.

No obstante ello, sí es posible¹⁴¹ para quien utiliza una marca no registrada oponerse (e incluso recurrir de nulidad) al registro de una marca que sea idéntica o similar al signo utilizado, lo que constituye, en definitiva, una nueva excepción al principio de especialidad.

3.3.1.3 Conductas típicas

Se trata de un delito de mera actividad, y como tal, se entiende consumado con la simple acción de usar maliciosamente una marca ajena (sin la debida autorización) en el contexto de una actividad comercial¹⁴², esto es, mediante la introducción al mercado (puesta a disposición del público consumidor) del producto y/o servicio etiquetado con la marca apuesta, o bien, el establecimiento identificado con dicho signo distintivo.

Dado lo anterior y como la norma no distingue, el “uso malicioso” puede adoptar cualquiera de las siguientes modalidades comitivas, a saber: falsificación (reproducción exacta del signo distintivo: “los mismos productos, servicios o establecimientos”), usurpación (reproducción de los elementos característicos: “relacionados con aquellos que comprende la marca registrada”) e, imitación (creación de signos semejantes: “marca igual o semejante)¹⁴³.

¹³⁹ Esto es, respetando los derechos marcarios registrados.

¹⁴⁰ Definición entregada por HONORATO TORREALBA, ob. cit., p.60.

¹⁴¹ En virtud del artículo 20 letra h) que contempla como causal de prohibición de registro de marcas a “aquellas iguales o que gráfica o fonéticamente se asemejen de forma que puedan confundirse con otras ya registradas o válidamente solicitadas con anterioridad para productos, servicios o establecimiento comercial o industrial idénticos o similares, pertenecientes a la misma clase o clases relacionadas”, y agrega *in fine* “[e]sta causal será igualmente aplicable respecto de aquellas marcas no registradas que estén siendo real y efectivamente usadas con anterioridad a la solicitud de registro dentro del territorio nacional”.

¹⁴² Como vimos en *supra* sección 3.1.1.3, para el sujeto activo debe existir, como mínimo, el conocimiento de la posibilidad del acaecimiento de un rédito económico.

¹⁴³ VAN WEEZEL, ob. cit., p.35.

3.3.1.4 Antijuricidad material

Se debe partir de la premisa de que no todo uso tendrá la entidad suficiente para provocar un riesgo de confusión en el ámbito marcario y que de ello se siga una conducta penalmente relevante. Como ya se esbozó anteriormente, la aptitud distintiva de la marca debe probar su rendimiento desde una perspectiva material (*supra* sección 3.2.1.1).

Pues bien, en primer lugar, habrá que determinar si la marca en cuestión posee o no carácter distintivo, en el entendido de que los conceptos de *marca registrada* y *marca distintiva* no son términos equivalentes o, al menos, no siempre lo son.

De esta forma, existen ciertos signos que se encuentran inscritos pero que carecen del carácter distintivo necesario, como lo es el caso de las inscripciones de denominaciones genéricas. Por otro lado, puede ser que el signo pierda dicha propiedad producto del paso del tiempo¹⁴⁴ hasta el punto de ser utilizado en forma generalizada por las empresas de un cierto rubro y de que la marca apuesta al producto no representa ninguna referencia de identificación u origen para los consumidores¹⁴⁵. En suma, para estos casos y siguiendo lo dicho por VAN WEEZEL no cabría otra opción más que declarar la atipicidad de las conductas por falta de idoneidad del objeto material o, al menos, de los medios, por cuanto del uso del signo resulta absolutamente imposible afectar la distintividad¹⁴⁶.

En segundo lugar, asumiendo que un determinado signo posee caracteres de distintividad, habrá que determinar en qué rango de cobertura tiene tal carácter. En esa dirección, el análisis bajo el alero de la antigua redacción del tipo, que incluía solamente la falsificación y la imitación (se sancionaba el uso malicioso de una marca igual o semejante a otra ya inscrita en la misma clase del Clasificador), se agotaba en el confrontar los productos, servicios y/o establecimientos “marcados” por el agente con la cobertura formal que entregaba la inscripción en el registro, o bien, con las “clases” del Arreglo de Niza.

¹⁴⁴ Ibid., p.36.

¹⁴⁵ Algunas de estas marcas llegan a ser tan famosas que incluso son incorporadas en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española como por ejemplo jacuzzi, ping-pong, teflón, gillete, etc. Para más ejemplos y las implicancias de la pérdida de distintividad por el uso, véase SCHMITZ VACCARO, Christian. *Distintividad y uso de las marcas comerciales*, ob. cit., pp.23-27.

¹⁴⁶ VAN WEEZEL, ob. cit., p.36.

En cambio, tras las modificaciones legales en pos de la perspectiva material de protección, se agrega como conducta punible la reproducción de los elementos característicos (“relacionados con aquellos que comprende la marca registrada”), lo que importa determinar caso a caso estándares que permitan establecer una relación objetiva de rubros. De esta forma, más allá de consideraciones estrictamente formales, se hace necesario formular preguntas del tipo: ¿cómo se relaciona un producto con otro? ¿Se trata de una cuestión de composición, de mercadeo, de canales de distribución, de ubicación física en estanterías, de percepción del consumidor, etc.? ¿Pueden relacionarse entre sí rubros de diferente naturaleza, a saber, productos con establecimientos, servicios con productos o establecimientos con servicios?¹⁴⁷

Respecto de esto último existen varios pronunciamientos de la CS, que conoce y resuelve por vía del recurso de casación en el fondo materias relativas a la relación existente entre rubros específicos y, que a su vez, dan cuenta de la perspectiva material que impera en estos asuntos¹⁴⁸.

En tercer y último lugar, se entiende que existe un riesgo de confusión cuando el uso de la marca genera “la creencia de parte del público consumidor de estar ante un mismo origen empresarial de productos o servicios que no lo tienen”¹⁴⁹.

Esta exigencia pretende asignar peso relativo a la marca frente a otros factores de identificación advertidos por el público que habitualmente consume o usa dichos productos o servicios, es decir, solo será un uso contrario a la norma de conducta del artículo 28 letra a) cuando la marca como signo distintivo tiene un menor peso identificativo frente a tales factores o elementos.

¹⁴⁷ MORALES ANDRADE, Marcos, ob. cit., p.3.

¹⁴⁸ Sin entrar con mayor profundidad en relación a los argumentos que sostienen los distintos pronunciamientos en materias de oposición de registros, se tiene que según la CS el análisis jurídico que ha de efectuarse debe suscribirse a los siguientes márgenes: “Por una parte, deben evaluarse comparativamente las marcas, oportunidad en que los paradigmas del derecho marcario imponen la evaluación teniendo en consideración factores como la apreciación global, que consiste en que ésta debe ser considerada al momento del análisis como un conjunto; la primera impresión, que corresponde a aquella opinión superficial que tiene el público consumidor del signo en el mercado y que se centra, generalmente, en el señalado conjunto del símbolo; y el elemento relevante o principal. De otro lado se encuentra la relación de coberturas, lo que implica el análisis de los ámbitos de protección que abarcan las marcas en conflicto, siendo necesario contemplar en el estudio la clase para la que se requieren, y además, como se ha resuelto previamente por esta Corte, la descripción de los productos o servicios específicos amparados por ambas señas, ya que de establecerse una conexión, nos encontramos en presencia de una excepción a la regla de la especialidad marcaria, que trae como consecuencia negar amparo al signo pedido, lo que debe justificarse suficientemente, acudiendo a factores como la finalidad y naturaleza de los bienes y servicios, los canales de comercialización, los consumidores de los productos o servicios, el sector del mercado que aborda y si se trata de empresas de rubros o áreas competitivos”. Corte Suprema, Causa N°20.398/2016, 06.03.2017. [En línea] <https://bit.ly/2ugg0nJ>. [Fecha de consulta: 10.07.18]. En similar sentido, Corte Suprema, Causa N°27.625/2016, 10.05.2017. [En línea] <https://bit.ly/2uawuO1>. [Fecha de consulta: 10.07.18].

¹⁴⁹ Corte Suprema, Causa N°33.864-2017, 20.12.2017. [En línea] <https://bit.ly/2N73E8r>. [Fecha de consulta: 10.07.18].

Lo que se quiere destacar es que la simple falsificación no tendrá aptitud lesiva cuando las condiciones que rodean al producto hacen imposible la identificación de este con la marca original. Así, puede ser que en un caso tenga un mayor peso “la cuantía de los productos comercializados, del ámbito en el que se produce la comercialización (no es lo mismo la venta directa en mercadillos donde el público es consciente del posible origen irregular de los objetos expuestos en venta, o incluso en tiendas de pequeño tamaño, que en almacenes de venta al por mayor (...)), o de las propias características del signo distintivo falsificado”¹⁵⁰.

Asimismo, atendiendo al carácter accesorio del derecho penal en estos rubros, y además en razón al principio de intervención mínima, tendremos casos donde “la venta en mercadillos a bajo precio pueda causar desprestigio a la marca, pero se entiende que ésta es una cuestión que debe solventarse en la jurisdicción civil a través del resarcimiento de daños, si procede”, y es que se sugiere que “no es evidente que el daño provenga de los productos de la marca original dejados de vender (lucro cesante) a potenciales clientes que “se han pasado” a la falsa, porque precisamente la incapacidad de inducir a error hace que los clientes distingan perfecta y normalmente quien compra productos de la falsa raramente compraría de la genuina y viceversa. Más bien podría aducirse que, más que un desprestigio de la marca original en sí, lo que puede suceder es que, a través de su “popularización” por las imitaciones, algunos clientes dejen de usarla por temor a que no se les reconozca su exclusividad”¹⁵¹.

3.3.1.5 Antijuricidad formal

Como primer comentario, se tiene el hecho de que la autorización de uso por parte del dueño o cesionario de la marca servirá comúnmente como causa de atipicidad o, al menos, como causal de justificación del art. 10 N°10 del CP (ejercicio legítimo de un derecho).

Por otro lado, existe una importante limitación al derecho exclusivo de la marca conocido como el agotamiento de los derechos de marca consagrado en el artículo 19 bis E de la Ley de

¹⁵⁰ Auto AP Madrid 21-10-2002 (jur 2003 90352).

¹⁵¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, ob. cit., pp.125-126.

Propiedad Industrial¹⁵², y que en definitiva importa que un cierto tipo de conductas no puede ser incluida dentro del tipo penal en comento¹⁵³.

El agotamiento¹⁵⁴ es el “efecto que se produce cuando el titular de la marca, por sí o a través de un tercero que obra con su consentimiento, introduce en el comercio un producto protegido con dicha marca, perdiendo por ello la facultad de impedir ulteriormente, sobre la base de los derechos exclusivos que emanan de esa marca, que el producto circule libremente en el mercado”¹⁵⁵.

En concreto, nuestra legislación en el artículo 19 bis E¹⁵⁶ de la Ley N°19.039, establece el agotamiento internacional de derechos marcarios¹⁵⁷, lo que implica la pérdida para el dueño de la marca o el cesionario de la posibilidad de intervenir en el destino comercial del ejemplar del producto una vez que este es ingresado al mercado y ofrecido al público por primera vez, independientemente del lugar en que se realice la operación comercial sobre el bien en cuestión.

Al final, esta limitación busca sopesar los derechos de explotación que la CPR otorga a los titulares de derechos con la garantía del libre desarrollo de cualquier actividad económica y la no discriminación arbitraria que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

¹⁵² Limitación incluida a partir del 11 de marzo del año 2005 por la Ley N°19.996 y que venía en llenar un vacío jurisprudencial dejado por los organismos antimonopolios que exigían la concurrencia de dos condiciones para que el ejercicio abusivo de derechos marcarios pueda enmarcarse en un acto contrario a la libre competencia, a saber: a) el titular que ejerce de forma abusiva sus derechos debe tener poder de mercado y, b) el acto debe ser uno de aquellos que la ley califica como de competencia desleal (por ejemplo, la inscripción registral puramente defensiva con manifiesta intención de entorpecer la competencia).

¹⁵³ El artículo 28 letra a) de la Ley N°19.039 *in fine* señala: “Lo anterior se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 bis E”.

¹⁵⁴ Tendrá distinto alcance territorial según cual sea el régimen de agotamiento de derechos al cual se adscriba. Así, la extensión en el control que tiene el titular en el destino de sus mercancías podrá ser nacional, regional o internacional (siendo el primer sistema el más estricto y el último el más amplio).

¹⁵⁵ÁLVAREZ ENRÍQUEZ, Carmen Paz. *Importaciones paralelas y agotamiento de derechos en la jurisprudencia chilena*. En MORALES, Marcos (coord.). *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: LexisNexis, 2006, p.336.

¹⁵⁶ El mentado artículo señala que el registro de la marca no faculta a su titular para prohibir a terceros el uso de la misma respecto de los productos legítimamente comercializados en cualquier país con esa marca por dicho titular o con su consentimiento expreso.

¹⁵⁷ Asimismo, este efecto se encuentra regulado para el caso de las obras protegidas en la Ley de Propiedad Intelectual. Es así como el inciso final del artículo 18 prescribe: “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”. Siguiendo, el mismo efecto se dispone para los derechos de distribución que detentan los artistas sobre sus ejecuciones e interpretaciones y el producto fonográfico sobre sus fonogramas (artículo 66 numeral 4) y artículo 68 inciso primero de la Ley de Propiedad Intelectual, respectivamente). Para un mayor desarrollo véase GRUNEWALDT CABRERA, Andrés, ob. cit., pp.126-128.

Entonces, de acuerdo con esta limitación, existirían una serie de situaciones de hecho que no pueden incluirse como conductas sancionadas, lo que en último término se encuentra en línea con la idea de fondo de disminuir las barreras a la importación de toda clase de mercancías. En específico, el agotamiento de derechos permite lo que la doctrina denomina como el fenómeno de las “importaciones paralelas” que son aquellas “importaciones de productos auténticos que cumplen con todos los requisitos legales de una importación, pero efectuadas en forma paralela o alternativa a la comercialización realizada por el propietario de la marca y/o su cadena oficial de distribución”¹⁵⁸.

De esta forma, es perfectamente posible sostener la legalidad de las importaciones de productos legítimos a nuestro país efectuadas por cualquier persona natural o jurídica, sin que exista la necesidad de detentar la calidad de licenciatario o de cesionario de los derechos (los comúnmente conocidos como distribuidores autorizados), con la única condición de que los productos que sean objeto de dichas destinaciones aduaneras hayan sido ingresados al mercado¹⁵⁹ por el propio titular del registro o con el avenimiento de este.

En ese entendido, es plausible la importación y posterior comercialización fuera de los canales oficiales de distribución en los siguientes casos¹⁶⁰: a) cuando la empresa productora y comercializadora extranjera es titular del registro marcario tanto en el país extranjero como también en el país receptor de las importaciones (el registro puede estar a nombre de alguna filial de la empresa dueña en el país receptor)¹⁶¹; y, b) cuando el titular del registro marcario en el país receptor es un tercero, distinto a la empresa productora y comercializadora extranjera¹⁶², que comercializa los productos que llevan una determinada marca dentro del mercado nacional.

¹⁵⁸ ÁLVAREZ ENRÍQUEZ, Carmen Paz, ob. cit., p.335.

¹⁵⁹ No es relevante el lugar (mercado territorial específico) en razón del agotamiento internacional de los derechos del artículo 19 bis E Ley N°19.039.

¹⁶⁰ ÁLVAREZ ENRÍQUEZ, Carmen Paz, ob. cit., pp.338-339.

¹⁶¹ En este tipo de casos no existiría un conflicto en relación con la titularidad de la marca por parte de diversas personas que se encuentren en distintas partes del mundo reclamando mejores derechos.

¹⁶² Esta situación es de gran ocurrencia, por cuanto las empresas internacionales no registran en forma inmediata sus derechos en el país donde se van a comercializar sus productos, encargando dicha tarea en distribuidores autorizados (que, eventualmente, cumpliendo con todas las formalidades y requisitos exigidos por la Ley de Propiedad Industrial pueden obtener el registro de la marca con o sin consentimiento de la empresa extranjera pasando a ser distribuidores no autorizados).

3.3.1.6 Penalidad

El o los agentes activos que infrinjan la norma de conducta del artículo 28 letra a) de la Ley de Propiedad Industrial, arriesgan penas de multa a beneficio fiscal que van desde las 25 a las 1.000 unidades tributarias mensuales.

Por consiguiente, la reparación de los daños y perjuicios derivados del ilícito penal deberá perseguirse por el presunto lesionado de conformidad a las reglas establecidas en el Título X Párrafo 1º de la Ley Nº19.039.

En este punto, es preciso recordar que el tipo penal no exige para efectos de su consumación, el acaecimiento de ningún resultado lesivo en específico, por lo que, por ejemplo, es indiferente para el análisis penal la existencia o no de ventas de los productos que llevan apuesta la marca, o la adulteración o realización de cualquier acto tendiente al engaño del público consumidor. En cambio, para el delito civil se hace necesario probar, por parte del actor, el acaecimiento de perjuicios reales y efectivos¹⁶³.

Por otra parte, la Ley de Propiedad Industrial dispone en su artículo 29 las siguientes penas accesorias: la obligación del sujeto activo en el pago de las costas y daños y perjuicios ocasionados al titular (lo que no obsta a la prueba de los mismos en juicio civil), el comiso de los utensilios y los elementos directamente empleados para la falsificación o imitación (será facultad del juez competente decidir sobre su destino, pudiendo ordenar su destrucción o distribución benéfica) y, la destrucción de los objetos que estén etiquetados con la marca ajena.

3.3.2 Tipo penal subjetivo

La norma de conducta sanciona al que maliciosamente utilice una marca ajena con la intención de comerciar.

Por eso se afirma que, en el plano subjetivo, el delito de uso ilícito de marca ajena registrada se integra por el conocimiento del sujeto activo de que la utilización (no autorizada) de una marca le permite explotar la posición de distintividad que le pertenece al titular de la marca en el contexto

¹⁶³ Véase razonamiento de SAP Barcelona 18-2-2002 (JUR 97127) recogido en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, ob. cit., pp.130-131.

de una actividad económica (sea cual sea la forma en que se ofrezcan al público los productos, servicios o los establecimientos en que ellos se distribuyan).

En relación con este punto, cabe mencionar que la discusión en torno a la exigencia de la concurrencia del dolo directo en el delito que nos compete quedó definitivamente zanjada en sede legislativa.

Así, de lo expuesto por el profesor ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, es viable señalar que al igual que los demás delitos que exigen a nivel subjetivo una conducta “maliciosa” o cuando se emplean términos equivalentes a este último, lo que quiere el legislador es dejar en claro que no es posible exigir que el sujeto que despliega la conducta tenga conocimiento previo de que su acción se encuentra tipificada. A contrario sensu, cuando el legislador no utiliza expresiones de ese tipo, se asume que hay voluntariedad del responsable en el despliegue de la conducta, salvo prueba en contrario.

Tal distinción queda explicitada por el siguiente razonamiento: “En lo que concierne específicamente a las marcas, el inciso segundo del artículo 190 del Código Penal, que es muy anterior a las leyes de protección de los derechos de propiedad industrial, sanciona a todo mercader, comisionista o vendedor que “a sabiendas” hubiera puesto en venta o circulación objetos marcados con nombres supuestos o alterados. En cambio, el inciso primero, que castiga al falsificador, no contiene dicha expresión, porque éste no puede sino estar al tanto de la ilicitud de su conducta; pero no es dable presumir que todo el que comercializa un objeto con marca falsa conoce el origen espurio del producto que vende”¹⁶⁴.

Incluso, existió una indicación que pretendía eliminar la expresión “maliciosamente” del tipo penal, indicación que fue íntegramente rechazada en el Primer Informe de la Comisión de Hacienda, por cuanto la exigencia de dolo directo permitiría, eventualmente, excluir del castigo penal a pequeños comerciantes o productores que operando de buena fe comercializan productos iguales, semejantes o relacionados a una marca registrada, sin tener conocimiento del origen ilícito de los mismos¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Historia de la Ley N°19.996, que modifica la ley N°19.039, Propiedad Industrial. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pp.845-846.

¹⁶⁵ Ibid., p.1033.

Sin perjuicio de esta exclusión a priori, la buena o mala fe deberá ser probada en juicio para efectos de que el juez pueda formarse el convencimiento del acaecimiento de un hecho que reviste los caracteres de delito. A este respecto existen ciertos elementos que orientarían de forma indiciaria la concurrencia o no de la buena fe para un caso determinado.

Así, sirven como elementos indicativos, por ejemplo, la forma irregular o no del ingreso de las mercancías decomisadas; la acreditación o no por parte de los sujetos investigados respecto del origen legítimo de las mismas (así, por ejemplo, si los productos fueron adquiridos en páginas de Internet donde el administrador solo dispone del canal de comunicación entre dos agentes económicos, es más probable que se trate de mercancía ilegítima, en contraposición a sitios administrados por distribuidores autorizados, entre otros); la existencia o no de documentación que respalde la adquisición y compra (facturas, boletas, etc.); el oficio de los imputados, puesto que si se trata de comerciantes profesionales es dable inferir que no podían sino conocer el origen espurio de los productos que ofrecen al mercado y de los precios que corresponden a los originales en comparación con los falsos.

Capítulo III. La actuación del Servicio Aduanero en el control del comercio exterior y protección penal amplia de la propiedad intelectual

1. Servicio Aduanero

En nuestro país, el SNA¹⁶⁶ es la agencia estatal que tiene encargada por ley, entre otras funciones, supervisar las operaciones de comercio exterior.

En efecto, el servicio aduanero, desde la óptica de las funciones que por ley le competen, puede ser definido como “el conjunto de acciones y prestaciones de carácter administrativo que realiza la aduana con la finalidad de facilitar el flujo de ingresos y salidas de mercancías del territorio nacional, cautelando el interés fiscal”¹⁶⁷. Ahora bien, ¿en qué consisten esas acciones o prestaciones de naturaleza administrativa?¹⁶⁸.

Ante todo, el SNA es un servicio público¹⁶⁹ dotado de potestades fiscalizadoras cuyo objeto es resguardar el correcto cumplimiento del ordenamiento normativo aduanero. A propósito de lo anterior, pueden mencionarse como funciones de relevancia primordial para el SNA la percepción de ingresos para las arcas fiscales provenientes de los aranceles aduaneros¹⁷⁰.

Igualmente, el SNA se encarga de custodiar el marco regulatorio que debe considerar todo agente económico que participa en una operación de comercio exterior, esto es, la normativa relativa a la información y control documental según cual sea la destinación aduanera de que se trate. Es, en resumen, “el instrumento básico de la política del gobierno para la aplicación de las

¹⁶⁶ Definido en el artículo primero de la Ordenanza de Aduanas como: “El Servicio Nacional de Aduanas es un Servicio Público, de administración autónoma, con personalidad jurídica, de duración indefinida, y se relacionará con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda. Este Servicio será denominado para todos los efectos legales como “Institución Fiscalizadora” y su domicilio será la ciudad de Valparaíso.

A este servicio le corresponderá vigilar y fiscalizar el paso de las mercancías por las costas, fronteras y aeropuertos de la República, intervenir en el tráfico internacional para los efectos de la recaudación de los impuestos a la importación, exportación y otros que determinen las leyes, y de generar las estadísticas de ese tráfico por las fronteras, sin perjuicio de las demás funciones que le encomienden las leyes”.

¹⁶⁷ HUAMÁN SIALER, ob. cit., p.292. En similar sentido, Servicio Aduanero es definido como “aquella función pública dedicada a la aplicación del Derecho Aduanero y en consecuencia, al control del ingreso y egreso de mercadería al territorio aduanero, aplicando las prohibiciones y cobro de los derechos y tasa por servicios, en los casos que correspondiere” en TOSI, Jorge Luis. *Derecho aduanero*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p.55.

¹⁶⁸ En este punto se toma como referencia ÁBALOS ELIZALDE, María Gracia. *Derecho aduanero chileno*. Santiago: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2007, pp. 87-91.

¹⁶⁹ Es un órgano integrante de la Administración del Estado y dependiente del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda.

¹⁷⁰ Ello no significa que el SNA perciba o cobre los impuestos que se generan en las operaciones de comercio exterior, sino que se encarga de asegurar el pago de los tributos aduaneros comprobando su correcta aplicación y cálculo.

medidas arancelarias, las prohibiciones, las normas cambiarias, las regulaciones sobre calidad de las mercancías, etc.”¹⁷¹ y su contravención (en términos de inobservancia del orden aduanero) trae aparejada la eventual aplicación de sanciones administrativas y/o penales.

Por añadidura, el SNA, por intermedio de sus diversas administraciones, fiscaliza el paso de las mercancías por las costas, fronteras y aeropuertos que se encuentren dentro del territorio aduanero¹⁷². Lo anterior, tiene por objeto el garantizar que las mercancías se presenten al examen físico y que aquellas que hayan sido retenidas se mantengan en custodia, hasta que se cumplan todos los requisitos legales para su internación o exportación.

1.1 Potestad aduanera

Las funciones públicas encargadas al SNA solo pueden ser cumplidas gracias a las prerrogativas y deberes que por ley le competen a dicho servicio público y que pueden ser englobadas en el concepto de Potestad Aduanera.

De conformidad a la OA, la Potestad Aduanera es: “el conjunto de atribuciones que tiene el Servicio para controlar el ingreso y salida de mercancías hacia y desde el territorio nacional y para dar cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan las actuaciones aduaneras. Quedan también sujetas a dicha potestad las personas que pasen por las fronteras, puertos y aeropuertos, y la importación y exportación de los servicios respecto de los cuales la ley disponga intervención de la Aduana”.

1.2 Destinaciones aduaneras definitivas¹⁷³: el ingreso y egreso de mercancías

La importación y la exportación son destinaciones aduaneras de carácter definitivo, ya que en relación con la o las mercancías “constituyen regímenes que cambian la condición de extranjera,

¹⁷¹ ÁBALOS ELIZALDE, ob. cit., p.88.

¹⁷² De acuerdo con ÁBALOS ELIZALDE, ob. cit., p.92, el Territorio Aduanero es el “espacio comprendido dentro de las fronteras aduaneras dentro del cual se aplica un Sistema Tributario Aduanero determinado. Este territorio posee una normativa dictada para regular los movimientos de las mercancías, es decir, los relativos a la introducción (importación) o extracción (exportación) en materia de comercio”.

¹⁷³ Para un mayor detalle de las operaciones de importación y exportación y las etapas que comprenden véase la Ordenanza General de Aduanas (Decreto con Fuerza de Ley N° 30) y ELIZONDO CERDA, Vanessa Valentina y PINTO GARRIDO, María Elsa. Derecho tributario aduanero. Santiago: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2004.

nacional o nacionalizada y permiten su consumo o uso, ya sea en Chile o en el exterior, según corresponda y no requieren de un trámite aduanero ulterior”¹⁷⁴.

1.2.1 Importación

En singular, la importación se define bajo los siguientes términos: “la introducción legal de mercancía extranjera para su uso o consumo en el país” (artículo 2 N°3 OA).

Pues bien, para estar frente a una importación, se requieren de tres requisitos copulativos:

- a) Que se trate de mercancía extranjera, es decir, “todo producto, artículo, manufacturación, y, en general, todo bien corporal mueble sin excepción alguna, proveniente del exterior y cuya importación no se ha consumado legalmente”¹⁷⁵.
- b) Que el ingreso de la mercancía extranjera se haga de conformidad a la ley. Así, en lo que respecta a la legalidad diremos que dicho requisito envuelve dos aspectos. El primero se refiere a que el ingreso de las mercancías se haga por los pasos fronterizos habilitados y en cumplimiento de las normas administrativo-formales relativas a esta destinación (por ejemplo, la presentación de declaración, aforo, liquidación y pago de tributos, retiro de los bienes desde los depósitos aduaneros, entre otros).

El segundo aspecto que abarca la legalidad dice relación con la licitud de las mercancías ingresadas, lo que quiere decir que los bienes o productos extranjeros tengan aptitud de comercialización, es decir, que sean susceptibles de apropiación y que por tanto no quedan excluidos del comercio humano por ley.

- c) Que la o las mercancías estén destinadas a su uso o consumo dentro del territorio chileno.

1.2.2 Exportación

Por su parte, la exportación es “la salida legal de mercancías nacionales o nacionalizadas para su uso o consumo en el exterior” (artículo 2 N°3 OA).

¹⁷⁴ GONZÁLEZ HOLMES y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.73.

¹⁷⁵ ÁBALOS ELIZALDE, ob. cit., p.98.

Vista la definición, y al igual que la importación, se requiere de tres requisitos copulativos para estar frente a una operación de exportación:

- a) Debe tratarse de mercancías nacionales o nacionalizadas. Al primer grupo pertenecen, de acuerdo con la OA, todas aquellas que fueren producidas o manufacturadas en Chile con materias primas o nacionalizadas. Por su parte, mercancía nacionalizada será aquella “cuya importación se ha consumado legalmente, esto es, cuando terminada la tramitación fiscal queda a disposición de los interesados” (artículo 2º N°2 OA).
- b) La salida o egreso de dichas mercancías debe hacerse en observancia de las disposiciones legales correspondientes. Aquí, al igual que en el caso de la importación, se exige que la operación se haga de conformidad a la ley aduanera y otras afines a la operación respectiva, es decir, dando cumplimiento completo a las normas arancelarias y administrativas en todas las etapas de una exportación. Por otro lado, este requisito apunta a la licitud de las mercancías que salen del país. Con relación a aquello, la aptitud de comerciabilidad de lo que se exporta es exigida tanto en el país de origen como en el país de destino.
- c) Por último, el destino de tales mercancías debe ser el uso o consumo en el exterior (actos posteriores quedan regidos por las leyes del país de destino del adquirente).

1.3 Espacios físicos de fiscalización

De acuerdo con el artículo 9 de la OA, los puertos, aeropuertos y pasos fronterizos terrestres¹⁷⁶ son los únicos puntos habilitados para el paso (ingreso y egreso legal) de personas y/o mercancías, sin perjuicio de la excepción contemplada en el inciso segundo de la norma en comento que habilita al Director Nacional de Aduanas a autorizar, en casos de fuerza mayor, el paso por puntos no habilitados.

¹⁷⁶ El Decreto N°1230 de Hacienda, publicado el 16 de enero de 1990, establece las aduanas; fija los puntos habilitados para el paso de personas y mercancías por las fronteras; determina las destinaciones aduaneras susceptibles de tramitarse ante las aduanas y las operaciones aduaneras que podrán realizarse por los puntos habilitados.

1.3.1 Zonas primarias de jurisdicción

El artículo 2 N°5 de la OA define a las zonas primarias como “el espacio de mar o tierra en el cual se efectúan las operaciones materiales marítimas y terrestres de la movilización de las mercancías, el que, para los efectos de su jurisdicción es recinto aduanero y en el cual han de cargarse, descargarse, recibirse o revisarse las mercancías para su introducción o salida del territorio nacional. Corresponderá al Director Nacional de Aduanas fijar y modificar los límites de la zona primaria”.

De conformidad al artículo 14 OA, el ejercicio de la potestad aduanera en estas zonas le corresponde en exclusiva a los funcionarios del SNA, sin perjuicio de las atribuciones de otros organismos. Y, según lo dicho en el artículo 17 OA, dentro los márgenes de la zona primaria, la Aduana respectiva solo responderá por las mercancías una vez revisadas y recibidas definitivamente por ella¹⁷⁷.

En concreto, dentro de las zonas primarias y en los perímetros de vigilancia especial¹⁷⁸, los funcionarios de Aduanas se encuentran habilitados para:

- i) Adoptar y disponer las medidas que estimen convenientes para asegurarse de la exactitud de las operaciones que deban practicar.
- ii) Examinar y registrar las naves, aeronaves, trenes, vehículos, personas, animales, bultos, cajas, embalajes o cualquier envase en que pueda suponer que haya mercancías introducidas al territorio nacional o que se intente introducir o extraer de él con infracción de la legislación aduanera.
- iii) Dar alarma a la nave, aeronave, vehículo o persona que vaya en camino y retenerla, para el objeto del número anterior.

¹⁷⁷ La norma señala: “Mientras esté dentro de la zona primaria de jurisdicción y sin perjuicio de las atribuciones de las autoridades competentes, todo vehículo, su tripulación, sus pasajeros y sus cargamentos quedarán sometidos a la potestad de la Aduana respectiva, pero ésta sólo responderá por las mercancías una vez revisadas y recibidas definitivamente por ella. La disposición del inciso anterior se aplicará también a las mercancías destinadas a embarcarse, las que quedarán también sometidas a la potestad de dicha Aduana, hasta el momento en que salgan de ella legítimamente autorizadas por ésta”.

¹⁷⁸ De acuerdo con el artículo 2 N°7, son territorios parte de las zonas secundarias de jurisdicción en el cual se establecen prohibiciones y restricciones especiales para las existencias y tráfico de mercancías.

- iv) Hacer detener a quienes aparezcan como presuntos responsables de los delitos de fraude o contrabando, dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 131, inciso final, del Código Procesal Penal; recoger en tal caso los efectos del delito, y requerir el auxilio de la fuerza pública para hacerse obedecer en el desempeño de las facultades que le confiere el presente artículo, si encontrare resistencia¹⁷⁹.

En el ejercicio de estas facultades, los funcionarios deben dar a conocer su investidura oficial y dar cuenta al Director Regional o al Administrador de Aduana, según corresponda.

1.3.2 Zonas secundarias de jurisdicción

El artículo 2 N°6 de la OA define a las zonas secundarias como la parte del territorio y aguas territoriales que le corresponde a cada Aduana en la distribución que de ellos haga el Director Nacional, para los efectos de la competencia y obligaciones de cada una.

En estas zonas, y de acuerdo con lo dicho en el artículo 22 de la LOC del SNA, el Director Nacional podrá exigir declaraciones sobre operaciones que interesen al Servicio y requerir la exhibición de libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos pertinentes. Iguales atribuciones tendrán los funcionarios en quienes el Director Nacional delegue especialmente y por escrito tales facultades.

Asimismo, en concordancia con los términos del inciso primero del artículo 23 del mismo cuerpo legal, el Director Nacional podrá ordenar la entrada, registro e incautaciones en los lugares en que se encuentren o se presuma fundadamente que se encuentren las mercancías a fiscalizar, así como los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos relativos a las mismas. Iguales atribuciones tendrán los funcionarios en quienes el Director Nacional delegue especialmente tales facultades.

En este punto y con ocasión de la existencia de hechos eventualmente calificables como delito, existe una discusión relativa a la sensible tensión¹⁸⁰ entre las facultades de fiscalización y

¹⁷⁹ Todas las potestades anteriores se encuentran consagradas en el artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional del Servicio Nacional de Aduanas (DFL N° 329, publicado el 20 de junio de 1979).

¹⁸⁰ Ejemplos de esta tensión pueden encontrarse en las modificaciones introducidas por Ley N°19.806 que establece las Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal. Así, tenemos las facultades que habilitan a los funcionarios del SNA a ingresar y registrar lugares en los que se encuentren mercancías objeto de

sanciones de naturaleza administrativa que le corresponde al SNA (así como a todo órgano administrativo fiscalizador del Estado) con la exclusividad constitucionalmente garantizada en el artículo 83 de la CPR que corresponde al Ministerio Público (en adelante MP), asistido por el trabajo complementario de las policías, en la investigación de hechos constitutivos de delito.

De esta forma, respetando tal principio, el funcionario de Aduanas, deberá, primero, formular la respectiva denuncia o querrela al MP, segundo, disponer la totalidad de los antecedentes con los que cuente en favor del MP y, tercero, acatar las instrucciones y órdenes de diligencias que emanen del órgano persecutor a cargo de la investigación.

Lo precedente, es de notoria importancia si se considera la posibilidad de que en los procedimientos administrativos de obtención de evidencia pueden llegar a afectarse derechos o garantías constitucionales de los imputados sujetos a una investigación criminal y que ello traerá de alguna u otra forma consecuencias para el éxito de la investigación y/o para las posibilidades de que dicha evidencia pueda ser utilizada como material probatorio en un eventual juicio oral¹⁸¹.

De ahí que, en respeto al artículo 9 del CPP, toda actuación que se encuentre en el límite deberá ser autorizada por el juez de garantía competente previa solicitud del fiscal que tiene a su cargo la investigación.

Es así, como podemos concluir que la actuación administrativa de control debe atender a límites negativos en la no interferencia de la investigación criminal¹⁸².

1.4 Etapas de los procedimientos de ingreso y salida de mercancías del territorio nacional

Pues bien, dentro de las competencias del SNA, se tienen los exámenes físicos y documentales como instrumentos de relevancia primordial en la tarea de llevar adelante el control del comercio exterior.

control y la figura infraccional (artículo 23 LOC del SNA) de multa de hasta una vez el valor de las mercancías ante la negativa injustificada de exhibición de libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos.

¹⁸¹ Una deficiente actuación administrativa puede conllevar el acaecimiento de peticiones de exclusión de prueba en la audiencia de preparación del juicio oral ante el juez de garantía (artículo 276 CPP); peticiones de no valoración de la prueba en el desarrollo de la audiencia de juicio oral ante el tribunal de juicio oral en lo penal (artículo 297 CPP), o bien, derechamente, la interposición de un recurso de nulidad.

¹⁸² Para mayor detalle, véase RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, ob. cit. pp.48-50 y GONZÁLEZ HOLMES, Rodrigo. *Facultades de fiscalización del Servicio Nacional de Aduanas*. Ediciones Universidad Finis Terrae, Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Tribunales Tributarios y Aduaneros, año I, N° 2, 2013, pp. 208-212.

Tales controles tienen por objetivo determinar las obligaciones imponibles a las diversas operaciones que se presenten, así como también evitar el egreso e ingreso de mercancías potencialmente perjudiciales para la economía o seguridad nacional, entre otros intereses socialmente relevantes. En resumen, lo que se busca y resguarda a través de las potestades de fiscalización es el respeto pleno de la legalidad en el despacho internacional de mercancías.

A su vez, los procedimientos de ingreso y salida de mercancías pueden disgregarse en las siguientes etapas:

a) Presentación de las mercancías a la Aduana

El artículo 34 y 53 de la OA establecen, respectivamente, la obligación de presentación de las mercancías en la entrada y salida del territorio nacional.

La presentación de las mercancías se hace documentalmente a través del respectivo Manifiesto de Carga¹⁸³, y una vez realizado, las mercancías “quedan bajo la potestad aduanera, hasta el momento de su retiro para importación u otra destinación aduanera de ingreso, o hasta el zarpe de la nave, en el caso de la destinación de exportación u otra destinación de salida, debiendo el dueño, consignante o consignatario de la mercancía, cumplir con la regulación legal y administrativa para disponer legalmente de esta”¹⁸⁴.

La no presentación y declaración de las mercancías, claro está, puede acarrear responsabilidad administrativa y penal.

b) Descarga y almacenamiento

La descarga (en el caso de ingreso) o el embarque (en el caso de egreso) solo podrá realizarse una vez que se haya efectuado la presentación de las mercancías en los términos anteriormente referidos y dentro de las zonas primarias de jurisdicción.

¹⁸³ En el artículo 31 letra e) de la Ordenanza de Aduanas, se define el Manifiesto de Carga como: “el documento, suscrito por el conductor o los representantes de la empresa de transporte, que contiene la relación completa de los bultos de cualquier clase a bordo del vehículo, con exclusión de los efectos postales y de los efectos de los tripulantes y de los pasajeros”.

¹⁸⁴ GONZÁLEZ HOLMES, Rodrigo, ob. cit., pp.213-214.

Hecho esto, las mercancías que hayan de ingresar “podrán ser retiradas directamente, en el caso que se hubiera tramitado previamente la respectiva destinación aduanera, o bien, quedarán depositadas en recintos habilitados, a la espera de la tramitación de la respectiva destinación aduanera. De la misma manera, en el caso de mercancías destinadas al exterior y que ingresen a zona primaria para su embarque y antes de que este se produzca, deben quedar almacenadas a la espera de dicha operación. En ambos casos, las mercancías quedan bajo potestad aduanera, lo que significa que pueden ser examinadas o revisadas por el Servicio”¹⁸⁵.

c) Tramitación de las declaraciones de destinación aduanera y retiro de las mercancías

Mientras dure el procedimiento de ingreso o egreso de las mercancías y hasta su retiro desde el punto de almacenaje no hay, para el dueño o consignatario, disponibilidad jurídica y material respecto de ellas¹⁸⁶. Entonces, para efectos de su liberación, se debe cumplir con el marco normativo custodiado por la SNA en lo relativo a obligaciones tributarias y de tipo formal que le empecen a la operación de comercio exterior de que se trate.

Para lo anterior, el interesado deberá presentar una declaración acerca del destino final de las mercancías, esto es, señalar con precisión, cuál es la destinación aduanera¹⁸⁷ a la cual ha de someterse la operación de comercio.

Una vez que se acepta a tramitación la declaración hecha por el interesado, el SNA efectúa el acto de aforo, que no es más que la realización conjunta del examen físico (reconocimiento material) y documental (conformidad de la documentación y los antecedentes que la sustentan) de las mercancías, realizado por un funcionario de Aduanas especialmente facultado para ello.

Luego, el propósito de este acto administrativo, de acuerdo con el artículo 83 inciso 4° OA es “que se compruebe la clasificación de las mercancías, su valuación, la determinación de su

¹⁸⁵ Ibid., p.216.

¹⁸⁶ Recordemos que toda mercancía extranjera, mientras no se paguen al Fisco los derechos, tasas y demás gravámenes a que puede quedar afectada su nacionalización, está sujeta a la “prenda legal” a favor de la hacienda pública y no puede ser dispuesta o aprovechada de modo alguno, so pena de cometerse contrabando (propio o impropio), como lo prevén los artículos 168 y siguientes de la OA. En MANRÍQUEZ ROSALES, Juan Carlos. *Contrabando y delitos contra la propiedad intelectual: Límites típicos*. Santiago, Librotecnia Revista de la Justicia Penal N° 6, 2010, p.33. [En línea] http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/27_31a48_contrabando.pdf. [Fecha de consulta: 17.07.18].

¹⁸⁷ El artículo 71 OA define a la destinación aduanera como “la manifestación de voluntad del dueño, consignante o consignatario que indica el régimen aduanero que debe darse a las mercancías que ingresan o salen del territorio nacional”.

origen cuando proceda, y los datos necesarios para fines de tributación y fiscalización aduanera”.

Siguiendo, en el desarrollo de un procedimiento administrativo de fiscalización se pueden arribar a diversas situaciones.

Por un lado, se tienen los casos donde existe plena conformidad entre lo declarado por el agente económico interesado y lo verificado por Aduanas, de forma tal que el funcionario “debe dar curso al documento, el que se legaliza y se debe proceder al pago de los tributos si se encontrare afecto. Es decir, se valida la propuesta de liquidación que contiene la declaración presentada.”¹⁸⁸.

Por el otro, es posible que existan disconformidades u otras irregularidades constitutivas de contravenciones aduaneras. En dichas hipótesis, los funcionarios al momento de verificar “una contravención aduanera, es decir, una infracción de carácter reglamentario, la harán constar por escrito, señalando de manera precisa los hechos que la constituyen, la individualización de la persona a quien se le impute, la norma infringida, la sanción asignada por ley y los demás datos necesarios para la aplicación de la multa a la que diere lugar”¹⁸⁹.

Por último, de especial relevancia son los casos donde los funcionarios de Aduanas advierten la posible comisión de un delito de aquellos que se encuentran tipificados en la OA o en otros cuerpos normativos (piénsese en delitos contemplados en el Código Penal, Código Tributario o en las Leyes de Propiedad Intelectual e Industrial respectivamente).

Para este último tipo de eventualidades, como ya se ha visto, la autoridad aduanera, con miras a evitar posibles conflictos con el principio de exclusividad en la investigación criminal, así como también sortear cualquier vulneración de garantías constitucionales relativas al debido proceso de los imputados, deberá limitarse a formular la denuncia o querrela respectiva y asistir al MP cumpliendo las diligencias investigativas que este último dirija.

1.5 Destino de las mercancías

Para los casos de infracciones reglamentarias, las mercancías no serán retenidas en los depósitos aduaneros, sin perjuicio de la aplicación de multas por las conductas infraccionales.

¹⁸⁸ GONZÁLEZ HOLMES, y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., pp.72-73.

¹⁸⁹ Ídem.

En cambio, tratándose de denuncias penales, las mercancías presuntamente infractoras serán incautadas.

Luego, si se trata de una denuncia por delitos aduaneros, las mercancías serán entregadas por el fiscal del caso al depósito aduanero más próximo al lugar del que se encontraren (artículo 146 OA), salvo aquellas que el fiscal estime necesarias para el desarrollo de la investigación y el posterior juzgamiento (artículo 44 OA)¹⁹⁰.

Ahora, no obstante el hecho de que se practique la denuncia por infracción o delito, “el funcionario de aduanas practica una nueva liquidación de los tributos, de acuerdo con la correcta clasificación arancelaria, valoración aduanera y origen de las mercancías”¹⁹¹ y “sin perjuicio de la facultad de la Aduana de practicar revisiones una vez que las mercancías han sido retiradas de los recintos habilitados, pudiendo realizar auditorías o fiscalizaciones a posteriori con el fin de verificar el cumplimiento de la normativa aduanera”¹⁹².

1.6 Excurso: Aspectos penales y procesales en la actuación de las policías en hipótesis de contrabando flagrante¹⁹³

Este apartado versa sobre las particularidades y problemas prácticos que se presentan en la iniciación y posterior prosecución de las investigaciones penales relativas a los delitos aduaneros de acuerdo con las disposiciones *especiales* que contempla la OA.

Según lo dicho en la primera parte del artículo 188 OA, los delitos aduaneros serán investigados y juzgados conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Penal, es decir, de acuerdo con las *reglas generales*.

¹⁹⁰ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Aspectos procesales del contrabando propio e impropio*. En RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos aduaneros*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 275.

¹⁹¹ GONZÁLEZ HOLMES, y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.220.

¹⁹² Ídem.

¹⁹³ En base a RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Algunos aspectos penales y procesales penales de la ordenanza de aduanas*. Informe en Derecho N°3, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, pp.14-17.

Los delitos de contrabando son delitos de acción penal pública previa instancia particular (artículo 189 OA¹⁹⁴ en relación con la letra g) del inciso segundo del artículo 54 CPP)¹⁹⁵, lo que genera un efecto bastante singular, ya que no es posible la detención del presunto responsable del delito de contrabando sin que exista al menos una denuncia por parte del ofendido por el delito¹⁹⁶.

Cosa distinta es la habilitación legal del artículo 166 CPP para la realización de todos aquellos actos que puedan ser calificados como urgentes para las necesidades de la investigación o los absolutamente necesarios para impedir o interrumpir la comisión de delitos de acción previa instancia particular. Aquí, por ejemplo, cabe la diligencia de incautación de mercancías que fueren objeto del delito de contrabando (artículo 178 OA).

Sin embargo, la *praxis* ha demostrado cómo las reglas anteriores devienen en letra muerta¹⁹⁷ y “[d]e esta forma, cuando se ha realizado la audiencia de control de la detención la denuncia ya se ha hecho, permitiéndose así la continuación de la investigación penal. Incluso, a veces se ha llegado a formalizar la investigación y decretar medidas cautelares, sin que exista denuncia ni querrela del mencionado servicio ni del Consejo de Defensa del Estado. Esto no resulta aceptable ni legítimo. En estos casos, no es procedente la detención, y en caso de que haya tenido lugar, debería ser declarada ilegal. Incluso, podría llegar a configurarse el delito de detención ilegal (art. 148 CP), ya que el hecho de que rápidamente se solicite al Servicio Nacional de Aduanas la presentación de una denuncia demuestra el conocimiento de alguna irregularidad en el procedimiento realizado”¹⁹⁸.

Por último, como corolario de la improcedencia de la detención por flagrancia de estos delitos, tampoco será posible proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo del imputado por cuanto ello solo es posible cuando este último se encuentra en calidad de detenido.

¹⁹⁴ Conforme al artículo 189, “las investigaciones de hechos constitutivos del delito de contrabando sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio, por intermedio de su Director Nacional, de los Directores Regionales o de los Administradores de Aduana.”

¹⁹⁵ Las críticas a la inclusión legislativa en los delitos de acción penal pública pueden verse en OLIVER CALDERÓN, Guillermo, ob. cit., pp.259-260.

¹⁹⁶ El inciso tercero del artículo 129 del CPP señala que no obstará a la detención por delito flagrante el hecho de que no exista denuncia previa, siempre y cuando el delito flagrante “fuere de aquellos previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 quáter del Código Penal”, es decir, debe tratarse de delitos de significación sexual. Entonces, a la inversa, si se trata de un delito de acción penal pública previa instancia particular, como lo son precisamente los delitos de contrabando, la detención por flagrancia no se encuentra autorizada. LÓPEZ MASLE, Julián, en HORVITZ, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno, tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 373.

¹⁹⁷ Prueba de ello, es la celeridad con la que muchas veces actúa el MP, solicitando la denuncia por parte del SNA por vía correo electrónico cuando es informado por las policías de la detención de un contrabando flagrante.

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OLIVER CALDERÓN, Guillermo, ob. cit., p.16.

Así, en la vulneración del estándar de actuación anterior existe el riesgo de que la evidencia obtenida en el procedimiento ilegal pueda ser excluida por vulneración de garantías fundamentales.

2. El Oficio Ordinario N°19.418 del Servicio Nacional de Aduanas

Teniendo por supuesta la labor que le compete al SNA en la protección cautelar de los DPI, de acuerdo con el marco teórico desarrollado previamente (*supra* Capítulo I, sección 3.2.3); es menester, en este punto, dar cuenta acerca de la forma en que el órgano administrativo-fiscalizador ha entendido cumplir con dicho cometido.

Así es como, en el año 2008, el Director Nacional del SNA don Sergio Mujica Montes dictó –en el ejercicio de sus facultades de dirección, organización y administración del Servicio– el Oficio Ordinario N°19.418 de fecha 30 de diciembre de 2008 (en adelante el Oficio), con miras a actualizar los criterios que informan el ejercicio de la potestad aduanera y orientar el correcto ejercicio de las atribuciones¹⁹⁹ que por ley le competen a los funcionarios del SNA en la vigilancia del paso fronterizo de las mercancías que eventualmente pudieren infringir los derechos de propiedad intelectual e industrial que nuestro ordenamiento jurídico reconoce y resguarda²⁰⁰.

Lo anterior, ha significado la configuración de una *tesis* que aboga por una protección penal amplísima de los DPI puesto que en el tráfico y comercio de mercancías ilícitas existiría, de acuerdo a este juicio, una vulneración a las leyes penales *en general*, confluyendo infracciones a delitos comunes del CP (artículos 186 y 190), delitos tributarios, delitos contenidos en la OA y, por supuesto, los delitos previstos en la Ley N°17.336 y Ley N°19.039 (en específico, artículo 81 y artículo 28 letra a) respectivamente).

2.1 Contenido del Oficio N°19.418

Como dijimos anteriormente (*supra* Capítulo II, sección 2), el Oficio es un instructivo dirigido por la máxima autoridad aduanera de nuestro país a los funcionarios del SNA y cuyo contenido dice

¹⁹⁹ Dentro de las cuales se incluye el aforo de las mercancías, la suspensión de despacho de oficio, el comiso, el informar a los titulares de derechos de la presencia de mercancía eventualmente infractora y denuncia penal ante la eventual comisión de determinados delitos.

²⁰⁰ El objeto del Oficio es advertido en términos equivalentes por MANRÍQUEZ ROSALES, Juan Carlos, ob. cit., pp.33-34.

relación, en específico, con la forma en que ha de aplicarse la normativa vinculada al procedimiento de suspensión de despacho aduanero de oficio de la Ley N°19.912.

En términos sencillos, la suspensión de despacho de oficio (artículo 16 Ley N°19.912) es una facultad que otorga la ley a la autoridad aduanera para “proceder al control físico y *ex ante*, en la zona portuaria primaria, de las cargas en trámite de importación o en tránsito para precaver la posible comisión de delitos contra la propiedad intelectual”²⁰¹.

En vista de ese objetivo y en los casos donde se practique el debido control de mercancías mediante un “simple examen” y de ello resultare evidente que se trata de “mercancía destinada al mercado interno y que es copia o imitación de productos o marcas reconocidas y/o registradas en Chile conforme a la Ley N°17.336, sobre propiedad intelectual”²⁰², los funcionarios de aduanas se encuentran investidos para poner punto suspensivo al despacho aduanero²⁰³, debiendo, acto seguido, retener las mercancías, informar al titular de derechos registrados para que este último haga valer los derechos con que nuestro ordenamiento jurídico le asiste y, en último término, denunciar los hechos constitutivos de delitos a las policías o al MP y así iniciar la persecución penal correspondiente.

2.1.1 Hipótesis de aplicación de la suspensión de despacho

Como ya se ha señalado –*supra* Capítulo I sección 3.2.3.2– la medida de suspensión de despacho se restringe a los casos donde, en el contexto de un control aduanero, se advierten mercancías de marca registrada falsificada o mercancías que infringen el derecho de autor²⁰⁴.

²⁰¹ Ídem.

²⁰² Ídem.

²⁰³ Conjunto de actos y formalidades relativos a la entrada de mercancías al territorio nacional y a su salida del mismo que, de acuerdo con los diferentes tráficos y regímenes aduaneros, deben realizar las autoridades aduaneras correspondientes coadyuvados por las declaraciones e información que los interesados deben proporcionar a las autoridades.

²⁰⁴ Son los casos de mayor ocurrencia. Para las demás infracciones de los DPI, la Ley dispone de la suspensión de despacho requerida a favor de los titulares amparados por el registro, lo que es conforme con el “piso mínimo” constituido por los ADPIC y el TLC.

Por consiguiente, la medida de suspensión procede en los siguientes casos²⁰⁵:

- a. “Mercancía que infringe el derecho de autor” cualquiera copia hecha sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realice directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación.
- b. “Mercancía de marca registrada falsificada”: cualesquiera mercancía, incluido su embalaje, que lleve puesta sin autorización una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca válidamente registrada para tales mercancías, o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de esa marca, y que de ese modo lesione los derechos que al titular de la marca de que se trate otorga la legislación del país de importación.

Teniendo en cuenta la terminología ocupada en nuestra ley, diremos que las hipótesis antedichas se diferencian según cual sea el DPI lesionado.

De esta manera, por una parte, el control *a priori* de las mercancías que infringen el derecho de autor *debiese*²⁰⁶ aplicarse a toda copia (reproducción no autorizada) que sea consustancialmente similar al original o ejemplar autorizado²⁰⁷ y que por vía de su introducción al mercado pueda eventualmente lesionar los derechos de autor y/o derechos conexos sobre una determinada obra del intelecto (reproducción y distribución como ya vimos).

Por la otra, el control de las mercancías de marca registrada falsificada *debiese* regir para todo producto (inclusive su embalaje) que lleve puesto una marca de fábrica o de comercio idéntica a una previamente registrada en el país receptor de las mercancías o que no pueda distinguirse de sus aspectos esenciales (semejantes o confusamente similares) de modo que su ingreso al mercado formal pudiere, posiblemente, vulnerar la posición de distintividad que opera a favor de la marca registrada.

²⁰⁵ Terminología tomada por la legislación nacional (artículo 16 de la Ley N° 19.912) de las definiciones que al efecto establece la nota al artículo 51 del ADPIC de la OMC, transcritas en la Resolución N°5.026 (2003) según señala el Oficio N°19.418/2008 SNA.

²⁰⁶ Los criterios de fiscalización de Aduanas son selectivos en atención a los medios y recursos que se disponen.

²⁰⁷ Para hablar de infracciones al derecho de autor o conexos, los elementos que componen la copia deben ser comparativamente semejantes a los del original o ejemplar autorizado, cuestión que debe apreciarse del “simple examen”.

Asimismo, el Oficio, sin perjuicio de que se pronuncia en forma negativa respecto a la aplicación de medidas de frontera para las importaciones que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros, al mismo tiempo reafirma el carácter ilícito de las mismas; razonamiento que genera tensiones con principios de relevancia fundamental para el derecho penal como lo son la mínima intervención, la lesividad, proporcionalidad y el principio de oportunidad, sobre todo, si se considera que en este tipo de operaciones no existe la concurrencia de un ánimo de aprovechamiento económico por parte del agente.

En ese sentido, para el Servicio la norma del artículo 17 de la Ley N°19.912 que consagra las importaciones mínimas no serviría como franquicia que pueda ser invocada para efectos de amparar el ingreso de mercancías prohibidas que infringen los derechos de propiedad intelectual o de otros derechos protegidos en la legislación nacional²⁰⁸.

2.1.2 Obligación de denuncia

En paralelo a la protección cautelar, y en concordancia con las motivaciones compartidas en el concierto internacional y perseguidas por los esfuerzos legislativos y operacionales en orden a coartar el tráfico y comercio de bienes y/o productos de origen espurio previo a su ingreso subrepticio a la red comercial oficial, el Oficio hace un llamado a los funcionarios del SNA a ampliar el campo de aplicación de la obligación de denuncia por cuanto la protección penal de los DPI no se agota, de acuerdo a su criterio, en los delitos contenidos en las leyes especiales de protección de la propiedad intelectual e industrial.

Es decir, con ocasión del ingreso o salida de nuestro país de mercancía pirata o falsificada, existirían conductas penalmente sancionadas tanto en el Código Penal, en la Ordenanza de Aduanas, así como también en el Código Tributario, en conjunto con los tipos penales especiales de la Ley N°17.336 y la Ley N°19.039, lo que resalta la tesis de que en control del comercio exterior existiría una igualdad de intereses entre el resguardo de los DPI correspondientes a los privados en tanto legítimos titulares, las pretensiones punitivas estatales representadas por los delitos aduaneros contenidos en la OA y, en último término, la persecución y castigo del comercio clandestino y otras infracciones de carácter tributario.

²⁰⁸ Servicio Nacional de Aduanas, Subdirección Jurídica Departamento Gestión y Proyectos. Oficio Ordinario, N°19.418. Valparaíso, 2008, p.5.

De acuerdo a la tesis de protección amplia, hay en el tráfico y comercio de mercancías infractoras de DPI una serie de bienes jurídicos cuya naturaleza pública excede los intereses privados de los titulares de derecho (incluso cuando el privado titular de derechos no quiere o desiste en la protección de sus legítimos intereses), entre ellos el orden público económico, la competencia leal, la recaudación fiscal, la pérdida de ingresos por regalías, engaño a los consumidores, amenazas para la vida, salud y seguridad de las personas, disminución del desarrollo científico, tecnológico y cultural, desincentivo a la transferencia tecnológica, aumento del crimen organizado, entre otros.

La confluencia de estos bienes jurídicos se debe al juicio interpretativo del SNA en cuanto a tratar de forma equivalente las denominadas “mercancías de ilícito comercio” con las mercancías “prohibidas” del delito de contrabando, con mayor especificidad, aquellas que son propias de la modalidad del contrabando propio (inciso segundo del artículo 168 OA).

La autoridad aduanera entiende que si los actos de ingreso y comercialización de mercancía pirata o falsificada se encuentran penados por ley en cuerpos normativos especiales con mayor razón dichos productos no pueden ser objeto de una destinación aduanera²⁰⁹. De esta forma, “la prohibición de comercialización, implica necesariamente la prohibición de importación o exportación, pues prohibida la comercialización se impide la posibilidad de su tráfico legal”.

Por lo demás, la equivalencia se sustenta en las similitudes de las penas accesorias relativas a las mercancías infractoras contempladas en las leyes de propiedad intelectual e industrial, la Ley N°19.912 y la OA. Así, el comiso, destrucción, y la imposibilidad de reexportación o de sometimiento a otro tipo de destinación aduanera de las mercancías infractoras dan cuenta de la intención del legislador por poner cotos al mercado negro o informal²¹⁰.

Por último, la sinonimia se sustenta en los estándares fijados por el ADPIC en la idea de disuadir conductas relacionadas al comercio de este tipo de mercancías. Se cita el artículo 46 del instrumento internacional que habilita a las autoridades judiciales a ordenar que las mercancías²¹¹ que hayan sido declaradas como infractoras sean, sin indemnización alguna,

²⁰⁹ Para reforzar tal argumento, el Oficio cita como ejemplos las drogas ilícitas o los fuegos artificiales cuya importación y comercialización se encuentran tipificadas en leyes especiales.

²¹⁰ Servicio Nacional de Aduanas, Oficio Ordinario, N°19.418, p.4.

²¹¹ Misma suerte corre para los materiales e instrumentos que hubieren sido utilizados para la fabricación de estas mercancías.

apartadas de los circuitos comerciales, de forma tal que se evite causar daños al titular del derecho, o bien, que sean destruidas, siempre que ello no sea incompatible con disposiciones constitucionales.

Capítulo IV. Bases dogmáticas para una comprensión revisitada de la persecución del tráfico y comercio de bienes de origen ilícito

1. Límites al *Ius Puniendi*

Al igual que toda forma de intervención penal consagrada en nuestro ordenamiento, las sanciones, tanto pecuniarias como personales, que digan relación con el castigo a conductas relacionadas a mercancías infractoras deben respetar las limitaciones al *Ius Puniendi* fijadas por el marco normativo constitucional²¹².

Teniendo en cuenta lo anterior, se destacan los siguientes principios:

- i) En sede de antijuricidad, el principio de lesividad admite la aplicación de la pena cuando el comportamiento humano crea o concreta un peligro para intereses socialmente relevantes (bienes jurídico-penales) siempre cuando dicha conducta no esté justificada o amparada en la protección de otro interés de igual o mayor valoración social.
- ii) El principio de proporcionalidad de la pena se concretiza en un mandato de ajuste entre la gravedad de la sanción y la entidad del bien jurídico penal afectado o puesto en peligro.
- iii) Por su parte, el principio de legalidad indica la necesidad de la existencia de una ley penal previa a la realización de la conducta humana que establezca de forma específica la descripción típica del injusto contraria a una prohibición o mandato.
- iv) En relación con el principio anterior, el principio de reserva penal excluye la posibilidad de castigar, bajo el título de un tipo penal, aquellas conductas que queden fuera de la descripción típica. En síntesis, se proscribe la aplicación

²¹² LASCANO, Carlos Julio. *Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico*. Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal Económico, 2008, pp. 4-6. Clase impartida el 28 de marzo de 2008 en el curso de Derecho Penal Económico organizado conjuntamente por la Universidad de Castilla-La Mancha (España) y la Universidad Nacional de Córdoba. [En línea] <http://www.ciidpe.com.ar/area4/principios%20constitucionales%20dpe.%20Carlos%20Lascano.pdf> [Fecha de consulta: 27.04.18].

de la analogía en materia penal (con mayor razón si ello importa una situación más gravosa para el agente imputado).

- v) Siguiendo, el conjunto conformado por los principios de intervención mínima, subsidiariedad y de fragmentariedad importan, en la teoría, desestimar la aplicación de la pena penal (derecho de *ultima ratio*) cuando la conducta exteriorizada no importe la modalidad más lesiva para el bien jurídico tutelado, pudiendo acudir a otras sanciones (de menor intensidad o gravosidad) contempladas en el ordenamiento jurídico de que se trate.
- vi) Por último, el principio de culpabilidad, en tanto último juicio de reproche, ordena la imputabilidad de la conducta en su faz “objetiva, subjetiva y personalmente” para los efectos de la legitimidad de la imposición de la pena.

En resumidas cuentas, es posible sostener a partir de los principios anteriormente expuestos, una perspectiva crítica frente a la política criminal nacional llevada adelante en sede administrativa y judicial destinada a enfrentar el contrabando y el comercio de bienes pirateados y/o falsificados.

En detalle, la equivalencia de la ilicitud comercial con la prohibición de importación y exportación aduanera ha tenido por efecto la construcción a nivel jurisprudencial de concursos penales que contravienen la prohibición de la analogía penal y la proporcionalidad del castigo en relación con el injusto cometido, constituyéndose en una interpretación *in limine* al respeto de los principios constitucionales anteriormente reseñados.

2. Naturaleza jurídica de las mercancías infractoras de DPI

Como nota introductoria, diremos que el disenso sostenido en torno a la calificación jurídica de las mercancías infractoras de DPI permitirá, en último término, aportar nuevos elementos para una comprensión revisitada de los distintos tipos penales que son usualmente aplicados para combatir el fenómeno delictual bajo análisis.

Ante todo, y para efectos de orden, conviene agrupar bajo algún criterio los delitos que de acuerdo con el Oficio corresponde aplicar en los supuestos de ingreso y salida de mercancía

infractora de DPI por nuestras fronteras, o bien cuando dicha mercancía ha vulnerado el control aduanero, traspasándolo y haciendo ingreso al mercado informal.

Así, antes de adentrarse en el examen detallado de cada uno de ellos e independientemente de que contemplen distintos medios comisivos, objetos materiales e intereses protegidos, cabe señalar que en todas las situaciones de hecho que justificarían la intervención del castigo penal (de acuerdo con los postulados de la tesis *amplia*) se da la presencia de mercancías que vulnerarían DPI.

Mercancía, según lo dicho en el artículo 2 N°2 OA, es todo bien corporal mueble sin excepción alguna. En esa misma línea, Pardo Carrero señala que “mientras un objeto sea susceptible de tráfico internacional y adicionalmente pueda ser clasificado dentro de un arancel de Aduanas, el mismo tendrá la nominación aduanera de mercancía”²¹³. En efecto, mercancía en el contexto del comercio internacional es toda cosa susceptible de apreciación monetaria y, por ende, de circulación, comercialización y apropiación legal. Entonces, ¿es asimilable la naturaleza de las mercancías infractoras de DPI con el concepto de mercancías anteriormente dado?

Para responder a tal interrogante hay que recordar que la protección (a nivel cautelar y penal) de los derechos de propiedad intelectual e industrial alcanza única y exclusivamente a proteger intangibles, es decir, bienes incorporeales. De lo anterior, se infiere que “no existiendo una asimilación legal de esta clase de bienes al concepto de mercancías, no resulta admisible aplicar a estos ningún efecto que no sea aquellos expresamente contemplados en la ley”²¹⁴.

¿Cuáles son entonces los efectos contemplados por la ley para la transferencia transfronteriza de bienes incorporeales infractores de DPI? Como vimos latamente, se trata de las medidas en frontera reguladas en la Ley N°19.912 que entrega facultades de oficio a Aduanas en la suspensión del despacho aduanero y al juez para decretar dicha suspensión a instancia de parte.

Lo que se quiere resaltar es una idea bastante simple: las mercancías infractoras y las operaciones que recaigan sobre ellas se encuentran fuera del marco normativo aduanero; no tienen reconocido su tráfico legal dentro de nuestras fronteras, lo que importa, en definitiva,

²¹³ PARDO CARRERO, Germán. *Tributación aduanera, primera edición*. Colombia: Legis Editores, 2009, p.198.

²¹⁴ GONZÁLEZ HOLMES y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.16.

señalar que estas no pueden, en caso alguno, ser objeto de regímenes y destinaciones aduaneras.

Avanzando en nuestro razonamiento, la “distinción anterior reviste importancia no solo respecto de las facultades que la Aduana puede ejercer respecto de la propiedad intelectual e industrial y de los servicios que pueden ser objeto de exportación, sino también respecto a si operaciones transfronterizas sobre dicha clase de bienes o prestaciones se deben sujetar a las obligaciones aduaneras que contempla la ley, por ejemplo la de declararlos ante la Aduana o la de pagar tributos y, muy especialmente, para determinar la posible aplicación de los delitos aduaneros en el tráfico internacional de tales bienes”²¹⁵.

Llegados a este punto, conviene señalar que la exclusión de las mercancías infractoras del tráfico legal debe su razón de ser a una máxima de nuestro derecho, por cuanto las especies (cosas materiales) elaboradas o comercializadas que vulneran los DPI se encuentran sujetas a una prohibición de comercio (enajenación)²¹⁶.

En concreto, conforme a derecho, las especies de un delito, en general, y las mercancías infractoras²¹⁷, en particular, se encuentran sometidas a un impedimento absoluto de apropiación²¹⁸, evitando con ello el enriquecimiento ilícito²¹⁹ que se produce producto de la enajenación de estos²²⁰.

²¹⁵ Ídem.

²¹⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De los bienes y derechos reales*. Santiago, Editorial Nascimento, 1974, p.94.

²¹⁷ De conformidad al artículo 85 C de la Ley de Propiedad Intelectual, “[e]l tribunal, a solicitud del perjudicado, ordenará que los ejemplares que hubieren sido producto de alguna infracción o delito contenido en esta ley sean destruidos o apartados del comercio”.

²¹⁸ De acuerdo con KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. *Informe en Derecho. Sistemática del concurso en sede de comercio ilegal*. Defensoría Nacional, Departamento de Estudios, 2010, p.12; la eventual circulación de dichos bienes no está llamada a generar derechos subjetivos cuya protección pueda obtenerse por las vías que establece el sistema jurídico; ni permitir, por medio de actos de intermediación permitidos por la ley, la efectiva circulación de la riqueza (objetivo técnico perseguido por el comercio).

²¹⁹ Consecuencia accesoria de naturaleza civil a la infracción penal. Para mayor profundidad véase AGUADO CORREA, Teresa. *La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 05-0, 2003. [En línea] <http://criminnet.ugr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf>. [Fecha de consulta: 25.07.18].

²²⁰ Este impedimento de comercialización se concretiza en el comiso de las especies. Así, tenemos el artículo 31 del CP que señala: “Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan (...)”. Asimismo, el comiso de las mercancías infractoras se prevé en los artículos 85 F de la Ley Nº17.336 y 29 de la Ley Nº19.039. De igual forma, el artículo 187 del CPP dispone, como primeras medidas de investigación, la incautación de los bienes por parte del Fiscal. Lo anterior, es expresión fidedigna de la prohibición de circulación jurídica y material de las especies mientras se discute la aplicación definitiva de la medida. A su vez, la Ley de Propiedad Intelectual dispone de mecanismos tendientes a hacer efectiva la prohibición de comercialización mientras dure el procedimiento, ejemplo de ello es el artículo 85 D letra a) que dispone como medida precautoria la suspensión inmediata de la venta, circulación, exhibición, ejecución, representación o cualquier otra forma de explotación presuntamente infractora.

Por cierto, y de acuerdo con las normas generales de nuestro ordenamiento jurídico relativas al objeto ilícito, tenemos que “cualquier acto jurídico que se celebre en relación con los mencionados bienes adolece de objeto ilícito, en los términos dispuestos por los artículos 1461 y 1464 N°1 del Código Civil, y puede reclamarse su nulidad absoluta, en aplicación de los artículos 1682 y siguientes del mismo Código. Lo mismo puede afirmarse en relación con las especies elaboradas o que se detentan, con fines comerciales, en contravención con los derechos de propiedad intelectual o industrial de sus titulares. Ellas no constituyen especies susceptibles de comercio, ni pueden ser objeto de actos jurídicos válidos ni vinculantes, sea de los generales de que trata el Código Civil, sea de aquellos sometidos a la reglamentación mercantil”²²¹.

Por tanto, revisados los elementos que permiten definir la naturaleza jurídica de las mercancías infractoras de DPI, se puede reafirmar la conclusión afirmada por la tesis *amplia* en miras a excluir de forma absoluta la circulación jurídica y material de bienes de origen espurio.

Sin perjuicio de ello, a dicha conclusión puede arribarse por medio de dos líneas argumentales diversas. Siguiendo dicha disgregación, los siguientes puntos tratarán de forma sistemática los argumentos que, por un lado, sustentan la aplicación de los diversos tipos penales citados en el Oficio con miras a combatir el tráfico y comercio de mercancías infractoras de DPI, en lo que ya se ha venido desarrollando como la tesis de protección *amplia*. Y, por el otro, los razonamientos que defienden una visión *restringida* de la protección de los DPI (o tradicional si se siguen los términos empleados por el Oficio), tesis que reserva el resguardo a los efectos cautelares que la ley dispone expresamente y a los tipos penales contemplados en las leyes especiales de propiedad intelectual e industrial una vez que las mercancías pirateadas y/o falsificadas hagan ingreso al mercado formal (y en ocasiones, cuando ellas son transportadas o se poseen con el propósito evidente de distribuirlos a nivel comercial).

²²¹ KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p.12.

3. Contrabando y otras conductas ilícitas asociadas al tráfico y comercialización de mercancías infractoras

3.1 Delitos contemplados en el Código Penal: falsificación de marcas privadas y uso indebido de marcas comerciales

Los primeros delitos citados por el Oficio son los contenidos, respectivamente, en los artículos 185 y 190 del CP, contemplados en su Título IV del Libro Segundo que agrupa una serie de tipos penales bajo el rubro “De los crímenes y simples delitos contra la fe pública, de las falsificaciones, del falso testimonio y del perjurio”.

Se tiene, como primera problemática en relación a este Título, la inexistencia de un bien jurídico lesionado común que permita aglutinar en forma coherente las diversas infracciones incluidas en él.

No obstante lo anterior, la doctrina²²², de manera más o menos uniforme, ve en las falsedades una lesión a la fe pública por cuanto en todas estas infracciones se afectaría la seguridad en el tráfico jurídico, y ello porque el desarrollo normal y expedito de los negocios jurídicos descansa en la intervención autenticadora del Estado que garantiza la veracidad de ciertas atestaciones o la genuinidad de ciertos objetos respecto de los cuales la ley ha ligado ciertos efectos jurídicos de observancia generalizada. De ahí que, dentro de este grupo se encuentran los delitos de falsificación de monedas y valores, la de ciertos signos de autenticación (timbres, sellos, etc.), la de documentos públicos, entre otros.

Con todo, la noción de fe pública “garantizada” no se ajusta a lo protegido en los delitos del artículo 185 y 190²²³, en consideración de que los objetos materiales que aquí interesan y que se vinculan al fenómeno del tráfico ilícito de mercancías de origen ilícito, esto es, marcas de industria o comercio privadas, no pueden ser catalogados como objetos respecto de los cuales la autoridad se vale para autenticar determinadas especies y otorgarles garantía de genuinidad

²²² Para un desarrollo más acabado del bien jurídico lesionado véase ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho penal. Parte especial. Tomo IV*. Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, 1997, pp. 131-136 y GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte especial. Tomo IV*. Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, 2008, pp.11-15.

²²³ Pertenecientes al párrafo 3º del Título IV del CP “De la falsificación de sellos, punzones, matrices, marcas, papel sellado, estampillas, etc.”.

y valor²²⁴. Así, lo protegido en estos delitos se asocia, más bien, a la noción de lealtad mercantil o las expectativas de comportamiento esperables entre comerciantes y para algunos “en la necesidad político-criminal de contener el peligro concreto de afectación a la “sensación de lujo o exclusividad” de ciertas marcas que involucra la circulación de copias o imitaciones de las mismas”²²⁵.

Como resultado, tenemos que la tesis *amplia*²²⁶ ve en el interés por resguardar el normal desarrollo de las relaciones jurídico-económicas y la protección *indirecta* a los consumidores, nuevos puntos de contacto con la idea principal de proscribir la circulación fronteriza y comercialización de mercancías infractoras. Lo precedente, desembocaría en la obligación de los funcionarios de Aduanas de practicar la denuncia correspondiente cuando con ocasión de una operación de comercio exterior se dé la presencia de signos distintivos falsificados o de signos o timbres adulterados, aduciendo la vulneración de las normas del CP, antes que las de cualquier otro cuerpo legal.

Así, por un lado, se tiene el artículo 185²²⁷, que se caracteriza por el acto de falsificar (imitar) una marca de comercio o de usar a sabiendas la marca falsificada. Y, por el otro, el artículo 190²²⁸, que penaliza el fraude de etiquetas consistente en poner sobre objetos fabricados el nombre de un fabricante o la razón comercial de quien no los ha hecho en verdad (inciso primero), o bien poner en venta o circulación objetos marcados con nombres supuestos o alterados (inciso segundo).

Sin perjuicio de lo dicho, en puridad, ambas normas de conducta apuntan a la falsificación propiamente tal de los signos de autenticación y al uso malicioso de tales imitaciones mediante

²²⁴ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. ob. cit., pp.152-153.

²²⁵ MANRÍQUEZ ROSALES, Juan Carlos, ob. cit., pp.36-37.

²²⁶ PARRAGUEZ RUIZ, Rodrigo, ob. cit. p.35.

²²⁷ El artículo 185 del CP dice: “El que falsificare boletas para el transporte de personas o cosas, o para reuniones o espectáculos públicos, con el propósito de usarlas o de circularlas fraudulentamente, y el que a sabiendas de que son falsificadas las usare o circular; el que falsificare el sello, timbre o marca de una autoridad cualquiera, de un establecimiento privado de banco, de industria o de comercio, o de un particular, o hiciere uso de los sellos, timbres o marcas falsos, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y once a veinte unidades tributarias mensuales”.

²²⁸ El artículo 190 del CP tipifica como delito las siguientes conductas: “El que hiciere poner sobre objetos fabricados el nombre de un fabricante que no sea autor de tales objetos, o la razón comercial de una fábrica que no sea la de la verdadera fabricación, sufrirá las penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Las mismas penas se aplicarán a todo mercader, comisionista o vendedor que a sabiendas hubiere puesto en venta o circulación objetos marcados con nombres supuestos o alterados”.

su puesta en circulación. Es decir, las conductas punibles se definen por el uso *material* del signo distintivo²²⁹.

Vistas así las cosas, es dable concluir que para el ordenamiento jurídico marcario es indiferente el falseamiento o el uso de lo falseado que pueda hacer un determinado fabricante o comerciante, puesto que el tipo penal del artículo 28 letra a) de la Ley N°19.039 no exige, para efectos de su consumación, adulteración alguna u otros actos específicos que involucren un engaño destinado a un receptor en específico.

Hecha la salvedad, se reafirma que la finalidad primaria del tipo marcario es resguardar el enlace económico que se genera entre el titular y los productos y/o servicios que este ofrece al mercado; posición jurídica de explotación de uso exclusivo que no se afecta, en principio, por el mero hecho de la falsificación, sino cuando ella produce la confusión en el público consumidor en la asociación de productos y servicios que no tienen el mismo origen empresarial que los originales.

Por lo demás, como ya vimos –*supra* a.1.4 sección 3.3.3 Capítulo I– a propósito de la antijuricidad material del delito de uso ilícito de marca registrada, la simple y burda imitación, generalmente representará un menor nivel de amenaza para los derechos del titular marcario.

En conclusión, de la mera falsificación material no se sigue, como consecuencia lógica y necesaria, la afectación de derechos patrimoniales exclusivos provenientes de la utilización de la marca.

En apoyo de lo precedente, cabe señalar que la conducta de falsificación queda subsumida por la regla del concurso aparente de leyes respecto de la comercialización de productos adulterados similares a los de una marca registrada²³⁰.

²²⁹ Respecto de la última de las conductas punibles, esto es, la falsificación de carátulas (art.190 CP) existen dos posturas antagónicas en cuanto a la determinación del alcance de lo penado. Ambas partes, comparten la idea de que es típica (inciso primero de la norma) la utilización de carátulas indicando nombre o razón social distinta de aquellos que son los verdaderos fabricantes, sean escaneadas, fotocopiadas o hechas a propia mano. Sin embargo, se diferencian en que para unos el anteponer carátulas escaneadas o fotocopiadas sin alterar la información que las originales contienen en torno a sus fabricantes es una conducta atípica, puesto que el bien jurídico de la fe pública queda indemne en estas situaciones de hecho, ya que existe plena conformidad entre lo vendido (o potencialmente vendido) con lo ofrecido, no habiéndose cambiado o alterado la indicación del fabricante del objeto. En cambio, la postura contraria, plantea que sin importar que exista congruencia a nivel sustantivo, lo castigado por el tipo penal es el hecho de aparentar que el objeto fue fabricado por quien aparece en la carátula. Para un mayor detalle véase ORTIZ CHAMORRO, Pablo y RÍOS ÁLVAREZ. *Ganancias ilícitas. Una revisión crítica a su tratamiento legal en Chile*. Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2011, pp.59-61.

²³⁰ Ejemplo de ello es el considerando décimo quinto de la STJOP de Iquique, RUC N°0610017199-4, RIT N°122-2007, de 14 de julio de 2007.

En fin, a nuestro juicio, la inclusión de estos delitos en el Oficio responde, más bien, al hecho de que se trata de delitos de acción penal pública, pudiendo, en consecuencia, activarse la persecución penal en los casos donde no se presente denuncia o querrela por parte de los titulares de derechos y de esta forma no dejar “zonas de impunidad” en las conductas relacionadas a mercancías infractoras de DPI.

3.2 Figuras penales contempladas en la Ordenanza de Aduanas

De acuerdo con el Oficio Ordinario N°19.418, sobre las mercancías presuntamente infractoras recae una prohibición absoluta de comercialización, de lo cual se sigue la imposibilidad del reconocimiento de tráfico legal de las mismas, por lo que su introducción o tentativa de introducción²³¹ constituye una hipótesis de contrabando propio.

Tal postura es confirmada por los fallos citados en el mismo Oficio, que ven en la internación ilegal de mercancía falsificada la afectación de una serie de bienes jurídicos de diversa índole.

La más destacada es la sentencia de 14 de julio de 2007 dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique²³², que recae sobre los siguientes hechos: en el contexto de un aforo físico de mercancías, funcionarios del SNA advierten un contenedor con mercancías no declaradas o manifestadas de procedencia extranjera sujetas al control sanitario del Servicio de Salud para su ingreso al país, consistentes en 2.460 cajas de pasta de dientes o dentífricos con un total de 192.720 unidades, todas con la marca “COOLMATE TOTAL 12” (semejante a la marca de la pasta de dientes o dentífricos “COLGATE TOTAL 12”, tanto en su embalaje, presentación, colores y grafías la que se encuentra registrada por la empresa COLGATE PALMOLIVE COMPANY en el Registro que lleva adelante INAPI). Además, dada la cantidad de las mercancías y de acuerdo con el razonamiento del tribunal, se puede concluir la intención de comercializarlas al margen del sistema impositivo interno.

Llegados a este punto, es necesario recalcar que, de acuerdo al considerando catorce de la sentencia, la calidad de prohibida de la mercancía viene dada por: a) la vulneración al derecho

²³¹ Los delitos aduaneros se consideran consumados desde que se encuentran en grado de tentativa según lo dicho en el artículo 176 OA.

²³² STJOP de Iquique, RUC N°0610017199-4, RIT N°122-2007, de 14 de julio de 2007.

de propiedad protegido por la marca registrada en el país b) afectar al orden público económico y la transparencia exigible en el tráfico comercial y jurídico por cuanto en la compra y recepción de las mercancías se ejerció el comercio clandestino; y, c) la contravención al orden jurídico sanitario interno de nuestro país, ya que las mercancías no contaban con la autorización sanitaria correspondiente (de acuerdo a la prueba de cargo se trataba de dentífricos que adolecían de la falta de un compuesto químico necesario para el consumo humano) y no cumplían con las exigencias de rotulación (cuestiones que los importadores debían obtener antes de la llegada de la carga).

Luego, producto del ingreso de las mercancías falsificadas se crearon, de acuerdo con el criterio del tribunal, los riesgos jurídicamente desaprobados anteriormente reseñados, lo que, a su vez, configura, el delito de contrabando propio en relación de concurso ideal (artículo 75 CP)²³³ con la infracción marcaria del artículo 28 letra a) de la Ley N°19.039 y el delito de comercio clandestino sancionado en el artículo 97 N° 9 del Código Tributario.

A nuestro juicio, tales conclusiones yerran en los presupuestos penales que le sirven de sustento, configurándose una sobre-reacción punitiva con relación al ingreso de mercancía infractora de DPI, que recordemos, no puede ser asimilada a la definición legal de mercancía aduanera y, por ende, las operaciones transfronterizas que recaen sobre estos bienes no pueden, en caso alguno, generar una conducta subsumible a un delito aduanero (cualquiera sea este).

Para reafirmar lo anterior, será preciso desarrollar la configuración normativa de los tipos penales aduaneros relacionados con las hipótesis típicas destinadas a dar protección a la propiedad intelectual e industrial, con la finalidad última de sindicar al Oficio como el puntapié inicial de la cadena de responsabilidades en torno a los penosos efectos penales que se producen en la integración de un perímetro normativo que la ley criminal no contempla²³⁴.

3.2.1 El delito de contrabando

²³³ En cambio, las sentencias citadas por el Oficio y que fueron dictadas por el 7° Juzgado de Garantía de Santiago en procedimientos abreviados (SJG de Santiago, RUC N°0500343257-4, RIT N°1380-05, de 8 de agosto de 2006 y SJG de Santiago, RUC N°0500343352 – K, RIT N°1385-2005, de 30 de abril de 2006) optan por la aplicación del concurso material o real de delitos (artículo 74 CP).

²³⁴ Esta interpretación, puede ser calificada como una *contra legem*, justificándose “quizás, por la finalidad de operativizar las declaraciones de los Tratados Internacionales de protección de marcas y la lógica de los acuerdos comerciales a los requerimientos de la OCDE, pero afectando el “principio de reserva legal” y el de taxatividad, a su vez garantizados en el art. 19 N°3 incisos 6 y 7 de la Constitución, y en el propio Código Penal desde su entrada en vigencia en 1874/75 (arts. 1 y 18 inciso 1°)”. Nota al pie N° 3, MANRÍQUEZ ROSALES, ob.cit., p.34.

Tras las modificaciones introducidas por la Ley N°19.738 a la OA en el año 2001, “el delito de *contrabando* experimentó una considerable hipertrofia, en cuya virtud actualmente incluye conductas que no quedan comprendidas dentro del campo semántico de aquella expresión. Por ello, se acostumbra a distinguir entre *contrabando propio* e *impropio*. La primera denominación alude a la importación o exportación de mercancías prohibidas y la segunda se utiliza para designar al resto de las conductas de defraudación a la hacienda pública en el tráfico fronterizo de mercancías, también sancionadas a título de *contrabando*, sea que impliquen engaño (*contrabando impropio fraudulento*) u ocultación (*contrabando impropio clandestino*)”²³⁵.

3.2.1.1 Contrabando impropio

De acuerdo con el inciso tercero del artículo 168 de la OA, comete el delito de *contrabando impropio*, aquel sujeto que ingrese o extraiga del territorio nacional mercancías de lícito comercio defraudando con ello al Tesoro Público. También, incurre en este delito, aquel que introduce mercancías de origen foráneo desde un territorio de régimen de tributación especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país (inciso quinto del artículo 168 en relación con el inciso tercero de la misma norma).

Como vimos, a propósito de las destinaciones aduaneras, la importación y la exportación tienen predefinido un marco legal de derecho estricto. Bajo ese entendido, “la introducción a Chile o la salida del país de mercancías, escamoteando los tributos que las gravan, o sea, ilegalmente, nunca podrían calificarse como actos de importación o exportación. En una palabra, los núcleos típicos denotan, en sentido físico-espacial, las actividades de introducir en el país géneros o artículos extranjeros y de trasladar géneros o artículos nacionales desde el país y al extranjero, de acuerdo con la acepción gramatical de estos términos”²³⁶.

De cualquier modo, las exportaciones, de conformidad a nuestra legislación nacional, no se encuentran afectas al pago de tributos, por lo que la sanción a título de *contrabando impropio* solo corresponderá “en la medida que el exportador defraudara a la Hacienda Pública a través

²³⁵ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos aduaneros*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp.62-63.

²³⁶ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *Contrabando y fraude aduanero*. Valparaíso, Edeval, 1998, pp.40-41.

de la obtención de otra clase de beneficio, cuya percepción indebida no estuviere expresamente sancionada”²³⁷.

Por otro lado, no hay dudas en relación con el objeto material de este delito. El legislador aduanero emplea la expresión mercancías de “lícito” comercio, lo que hace referencia a objetos materiales que pertenecen al mercado formal, sorteando, de esta manera, los problemas que a nivel jurisprudencial se dan en la determinación de la pena en la hipótesis de contrabando propio.

Por último, como se esbozó anteriormente, este delito versa sobre una actividad defraudatoria de resultado, perjudicando con ello a los intereses patrimoniales del Estado, coincidiendo esto último con el objeto jurídico tutelado por el tipo penal en comento. En fin, mediante la defraudación, lo lesionado son las expectativas económicas estatales en la generación de recursos a partir de ingresos provenientes de tributos y otros efectos relacionados con las operaciones de comercio de bienes pertenecientes al mercado formal²³⁸. En similar sentido, se pronuncia Rodríguez y Ossandón, quienes, en análisis de una serie de disposiciones normativas de la OA, concluyen que lo protegido no es otra cosa que el patrimonio público²³⁹.

Este delito, a su vez, puede asumir dos modalidades, a saber: el contrabando impropio *fraudulento* y el contrabando impropio *clandestino*.

3.2.1.1.1 Contrabando impropio fraudulento

Esta es la conducta penal aduanera de mayor ocurrencia en la cual un determinado agente económico presenta y declara ante control fronterizo mercancías extranjeras, pero, no obstante, la información que proporciona respecto de ella ha sido alterada a través de diversos

²³⁷ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, ob. cit., p.97.

²³⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte especial, Tomo I*. Segunda Edición, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2007, p.732.

²³⁹ “[E]l inciso octavo del artículo 178 OA, según el cual, deberá considerarse como circunstancia atenuante calificada, siempre que ocurra antes del acto de fiscalización, entre otras, *el pago voluntario de los derechos e impuestos de las mercancías cuestionadas*, y lo mismo cabe decir de las normas pertinentes que introdujo la Ley N° 19.806, que reconocen a la autoridad aduanera, dentro del ámbito de su fiscalización, la facultad de ejercer o no la acción penal por el delito de contrabando: lo primero, denunciando o presentando querrela ante el Ministerio Público y, lo segundo, renunciando a ejercerla *en la medida en que acepte el ofrecimiento del imputado de pagar una cantidad de dinero que puede llegar hasta una vez el valor de la mercancía, el que se aceptará, teniendo en consideración los hechos y circunstancias de la denuncia, con lo cual, se extingue la acción penal respectiva*. Finalmente, lo mismo cabe decir de las normas procesales que establecen la posibilidad de llegar a acuerdos reparatorios, los que no pueden ser menores al mínimo de la multa, sin perjuicio del pago de los tributos correspondientes”. RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW, ob. cit., p.75.

mecanismos (fraudulentos) con la finalidad de inducir a error a la autoridad y así eludir o reducir la base imponible que afecta a la operación de importación²⁴⁰.

Algunos mecanismos tendientes a concretar la actividad defraudatoria sancionada son, por ejemplo, “la triangulación de importaciones (utilizar un tercer país como “distribuidor”), cuya principal táctica utilizada es la falsificación de los certificados de origen, el etiquetado de la mercancía y la mezcla de mercancía ilícita con mercancía legal, dificultando la labor fiscalizadora. También, el ingreso de mercancías (importaciones) con admisión temporal, que no son retornadas al exterior al cumplirse el plazo legal, muy común en materias primas que son transformadas en productos terminados, los cuales nunca salen del país”²⁴¹.

Por otra parte, y a diferencia de legislaciones extranjeras tales como la argentina o peruana²⁴², nuestra OA no exige engaño alguno (puesta en escena) para efectos de producir el resultado dañoso, esto es, defraudar a la Hacienda Pública, por lo que es dable incluir dentro del núcleo típico del contrabando impropio conductas referentes a un “conocer y querer que la autoridad aduanera ejerza inadecuadamente el control a su cargo, aunque sea a título de dolo eventual, desplegando una conducta que logre como mínimo objetivo dificultar el ejercicio de esa función de control”²⁴³.

3.2.1.1.2 Contrabando impropio clandestino

El fraude al fisco, bajo esta modalidad de contrabando impropio, se da indistintamente por medio de la no presentación²⁴⁴ de las mercancías, o bien, de un accionar clandestino (entendido como la intención deliberada de burlar la ley que presupone una mera no presentación) con miras a evadir el control del SNA.

²⁴⁰ Lo anterior debe ser aplicado también a los supuestos de introducción de mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes o al resto del país según señala la OA en su artículo 168 inciso quinto en concordancia con el inciso tercero del mismo artículo.

²⁴¹ CIFUENTES, Estefanía, ROMÁN, Mario y VALENZUELA, Luis, ob. cit, p.90.

²⁴² En la legislación peruana la “defraudación de rentas de aduanas” (artículo 4 de la Ley N° 28.008) castiga a quien “mediante trámite aduanero, valiéndose de engaño, ardid, astucia, u otra forma fraudulenta dejar de pagar en todo o en parte los tributos u otro gravamen o los derechos antidumping o compensatorios que gravan la importación, o aproveche ilícitamente una franquicia o beneficio tributario”. Por su parte, el legislador argentino prevé en su artículo 863 del Código Aduanero la norma de conducta referida a “cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y exportaciones”.

²⁴³ VIDAL ALBARRACÍN, Héctor. *Delitos aduaneros*. Corrientes, Argentina, Mario A. Viera Editor, 2ª edición, 2006, p.174.

²⁴⁴ Presentar, según el Diccionario de la Lengua Española (vigésima segunda edición), en su primera acepción, es “hacer manifestación de algo, poner en presencia de alguien”.

Lo que se persigue castigar es “derechamente la no presentación de las mercaderías que están siendo internadas o bien extraídas hacia o desde el territorio nacional, respectivamente, o bien haciendo pasar mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, obviando el control de las autoridades aduaneras, defraudando con ello al erario nacional, sin pagar los impuestos aduaneros que correspondan”²⁴⁵.

En conclusión, el tipo penal puede recibir aplicación tanto en supuestos de dolo directo como también de dolo eventual²⁴⁶. Piensan de forma distinta los profesores Rodríguez y Ossandón, quienes descartan la posibilidad de castigo a título de dolo eventual, puesto que “el tipo requiere una simulación o bien una ocultación de las mercancías, actitudes claramente incompatibles con el dolo eventual”²⁴⁷.

Sin embargo, la descripción típica del artículo 168 inciso tercero no utiliza la voz clandestina u otros similares, sino simplemente la no presentación, de donde se infiere que esta última expresión es colmada por “la omisión de la obligación de presentar o exhibirlas al personal aduanero designado para proceder a su verificación o reconocimiento físico, no obstante haber ingresado a zona primaria, es decir, en zona habilitada para que se efectúe el despacho aduanero de las mercancías. Tal es el caso de los viajeros que internan subrepticamente mercancías sin declararlas a la Aduana (...)”²⁴⁸.

3.2.1.2 Contrabando propio

El delito de contrabando propio se regula en el actual artículo 168 inciso segundo y cuarto de la OA; incluyéndose en tales incisos tres conductas punibles, a saber:

Las primeras dos se recogen en el inciso segundo del artículo en comento, que castiga de acuerdo con el artículo 178 OA al que “introduzca al territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas”.

²⁴⁵ RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, ob. cit., p.85.

²⁴⁶ Ibid., p.84 y BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. *Fraude aduanero*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N° 2, 2005, p.687.

²⁴⁷ RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW, ob. cit., p.100.

²⁴⁸ GALLARDO MIRAVAL, Juvenal. *Los delitos aduaneros. Fundamentos de comercio internacional*. Lima, Editorial Rodhas, 2008, p.283.

A las anteriores hipótesis se agrega una tercera²⁴⁹ consistente en trasladar mercancía extranjera cuya importación estuviere prohibida desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país.

Con todo, el desarrollo de las conductas punibles (verbos rectores) quedará para el apartado correspondiente a otros aspectos relevantes relacionados con el delito de contrabando, por cuanto la determinación de qué tipos de mercancías pueden ser incluidas dentro del objeto material del delito, es el punto que genera mayor contradictoriedad y debate en la doctrina y jurisprudencia nacional.

Pues bien, como hemos podido observar, existen dos visiones, antagónicas entre sí, sobre el problema de calificación del objeto material del delito de contrabando en su modalidad propia.

Por un lado, existe la tesis²⁵⁰ que plantea que el objeto material del delito incluye dentro de las mercancías cuya importación o exportación se encuentre prohibida a las mercancías de ilícito comercio²⁵¹, haciendo equivalentes la prohibición de comercialización con la prohibición de importación o exportación.

Sirvan de ejemplos, numerosos razonamientos jurisprudenciales donde el objeto material que gatilla la condena por el delito de contrabando propio es un objeto de comercio ilícito. En algunos casos se trata de cajetillas de cigarrillos falsificados²⁵², baterías falsificadas de sus originales²⁵³, juguetes pirateados²⁵⁴, zapatillas falsificadas²⁵⁵, etc.

²⁴⁹ La inclusión de esta última conducta en el delito de contrabando propio se debe a la mención expresa del inciso cuarto que precisa "en alguna de las formas indicadas en los incisos precedentes".

²⁵⁰ Esta forma de ver las cosas recibe apoyo doctrinal, por ejemplo, en HORVITZ LENNON, María Inés. *Problemas de aplicación penal en el tiempo de delito de fraude aduanero*. CDE, Revista de Derecho N° 6, 2002. [En línea] <https://bit.ly/2vollnS>. [Fecha de consulta: 25.07.18].

²⁵¹ Incluyéndose, por cierto, las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y las mercancías piratas que lesionan el derecho de autor.

²⁵² Véase SJG de Osorno, RUC N° 1310032178-K, RIT N° 4782-2013, de 4 de octubre de 2014.

²⁵³ Véase SJG de Iquique, RUC N° 1100705336-5, RIT N° 7280-2011, de 18 de julio de 2012.

²⁵⁴ Véase SJG del Santiago, RUC N° 0500343257-4, RIT N° 1380-05, de 8 de agosto de 2006 (se condena por delito de receptación aduanera del artículo 182 de la OA cuya hipótesis subyacente es la del contrabando propio) o SCA de Valparaíso, que falla un recurso de protección Rol N° 219-2009, de 25 de junio de 2009, confirmado por SCS Rol N° 4731-2009, de 17 de agosto de 2009.

²⁵⁵ Véase STJOP de Iquique, RUC N° 0700831177-8, RIT N° 130-2009, de 18 de noviembre de 2009.

Por su parte, una segunda tesis²⁵⁶ plantea una reformulación de qué es lo prohibido en el delito de contrabando propio. A diferencia de su antagónica, esta aboga por la reducción de la amplitud de rango con que se ha interpretado el objeto material del delito en estudio.

Ahora bien, dentro de la legislación aduanera no existen mayores antecedentes que sirvan como guía para determinar cuáles son las mercancías cuya importación o exportación se encuentra prohibida. Lo único cierto es que, en apoyo de la última de las posturas, se tiene que no es posible obviar las definiciones literales que fueron tomadas por el legislador aduanero para distinguir entre el objeto material de los delitos de contrabando propio e impropio. Así, no es baladí que para la modalidad impropia el legislador haya ocupado el término “mercancías de lícito comercio”, y que para el delito de contrabando propio, por su parte, se haya empleado la noción de mercancías cuya importación o exportación se encuentre prohibida.

Como se ha dicho, no existiendo elementos en la normativa administrativa que permitan una adecuada calificación jurídica del objeto material, se debe recurrir al resto del ordenamiento jurídico en tanto el delito de contrabando propio es asociado al grupo de lo que en doctrina y jurisprudencia penal se conoce como leyes penales en blanco²⁵⁷.

De ahí que, en el ejercicio de interpretación sistemática de la ley, se tiene que lo prohibido en el tipo penal de contrabando propio es la operación de comercio exterior, es decir, la importación y/o exportación (en tanto actos de definición legal) de ciertas mercancías y no las mercancías *per se*²⁵⁸.

²⁵⁶ Es menester señalar que son pocas las voces en doctrina nacional que defienden esta tesis, siendo los más destacados Rodrigo Ríos Álvarez y Pablo Ortiz Chamorro.

²⁵⁷ Sobre este punto hay pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Constitucional, en cuanto a la correspondencia del tipo penal en comento con los estándares constitucionales que rigen la materia. En concreto, el Tribunal concluye que “el precepto impugnado no es una ley penal en blanco, en la medida que los elementos del tipo se encuentran en la norma, restando solo una referencia a un supuesto de tipo normativo que no afecta la validez de la descripción de la conducta, cual es un recurso al resto del ordenamiento jurídico en un ejercicio de interpretación sistemática de la ley, para determinar un tema claramente diferenciable y autónomo, cual es la licitud o ilicitud de un bien en tanto objeto de comercio exterior, cuestión que es propia de la legislación mercantil, sanitaria y tributaria”. Véase Tribunal Constitucional Causa ROL N° 1973/2011, de 3 de noviembre de 2011.

²⁵⁸ La tesis rival, lo entiende de forma inversa, por cuanto “haciendo sinónimos los conceptos de prohibido e ilícito, pasa por alto, en primer lugar, el hecho de lo que está prohibido son determinados actos legales respecto de las mercancías (importar y exportar), y no el hecho de que las mercancías estén prohibidas *per se*. Entonces, lo que hace la jurisprudencia nacional es entender que el adjetivo prohibido está asociado a la mercancía como tal, para acto seguido hacer la sinonimia en los términos arriba indicados.” Véase RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. *Revisión crítica de la jurisprudencia en materia de contrabando*. Revista de Derecho, Segunda época, año I, N° 2, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2013, p.225.

Entonces, la voz “prohibida” hace alusión a aquellas mercaderías que tienen reconocido tráfico legal dentro de nuestras fronteras, pero que por un conjunto de motivaciones –entre las cuales se encuentran la seguridad nacional, la salud pública, el medioambiente, razones de mercado, de política económica, entre otras– el legislador ha convenido que las operaciones que recaen sobre ellas queden prohibidas.

Con todo, y a la inversa de lo que pudiere pensarse, nuestra legislación, mantiene un régimen de libertad amplísima en relación con las operaciones de comercio exterior. En concreto, el inciso primero del artículo 88 de la LOC del Banco Central (Ley N°18.840), prescribe: “[c]ualquier mercancía podrá ser libremente exportada o importada a condición de que se cumplan las normas legales y reglamentarias en vigencia a la fecha de la respectiva operación. No podrán exigirse depósitos previos para la realización de operaciones de exportación e importación ni podrán fijarse contingentes, cupos o cuotas para ellas”.

De esta forma, en nuestro ordenamiento jurídico las prohibiciones a las que se refiere el tipo penal de contrabando propio son escasísimas, reduciéndose, el campo de aplicación de este delito a los siguientes casos:

- i) La importación de vehículos y motocicletas usadas según lo establece el artículo 21 de la Ley N°18.483.
- ii) La exportación de los animales²⁵⁹ contemplados en el DS N° 354, de 1981, del Ministerio de Agricultura (que modifica la ley de caza, Decreto N° 4844, con miras a preservar especies autóctonas amenazadas o en vías de extinción).
- iii) Asimismo, el artículo 1° del Decreto N°656 del Ministerio de Salud prohíbe²⁶⁰, entre otras cosas, la importación de crocidolita (asbesto azul) y de cualquier material o producto que lo contenga.
- iv) Por último, la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título y uso de fuegos artificiales, artículos pirotécnicos, y otros

²⁵⁹ Algunos de ellos son el zorro rojo o culpeo, el gato montés andino, el gato montés argentino, la güiña, el gato de los pajonales y el puma, entre otros.

²⁶⁰ Para un mayor detalle acerca de los actos prohibidos relacionados al asbesto azul, véanse los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto N°656 de fecha 12 de septiembre del año 2000.

artefactos de similar naturaleza, quedan absolutamente prohibidas de acuerdo con las disposiciones de la Ley N°19.680.

Luego, nuestro ordenamiento establece para ciertos bienes limitaciones o restricciones de importación y/o exportación, basándose en diversas consideraciones tales como la seguridad y el orden público, sanidad, entre otros.

A modo de ejemplo²⁶¹, se tiene dentro de este grupo a la importación de armas y de material escrito o audiovisual relativo a las artes marciales²⁶², así como también las armas de fuego, municiones, explosivos y sustancias químicas, inflamables y asfixiantes que requieren de la autorización de la Dirección General de Movilización Nacional de conformidad a la Ley N°17.798 sobre control de armas. A su vez, la Ley N°18.164 sobre importación de mercancías al país establece una serie de categorías de especies muebles que requerirán para su ingreso o salida de visaciones de diversas entidades de carácter público, como el Servicio Agrícola Ganadero que se encuentra encargado de visar las importaciones referidas a alcoholes, bebidas alcohólicas y vinagres; productos vegetales y mercancías que tengan el carácter de peligrosas para los vegetales; animales, productos, subproductos y despojos de origen animal o vegetal²⁶³. Siguiendo, el Servicio de Salud autoriza la importación de cualquier producto farmacéutico o alimenticio²⁶⁴.

Dicho lo anterior, y para la infinidad de casos que componen el grupo de mercaderías de *circulación restringida*, nuestra legislación encarga, a diversos organismos la visación y/o certificación de circulación desde o hacia el territorio nacional, de manera que, para determinar si la prohibición del tipo penal de contrabando propio se extiende a las mercaderías de *circulación restringida*, habrá que distinguir si la operación recae sobre:

- i) Bienes que tienen reconocido tráfico legal en Chile, pero cuya autorización de circulación no ha sido solicitada. Aquí, no puede hablarse de prohibiciones en términos absolutos “teniendo en cuenta, por una parte, el sentido natural y obvio del término *prohibido*, que en modo alguno puede ser equiparado a *restringido* o *condicionado*; y, por otra parte, la

²⁶¹ Para mayor detalle véase Dirección Nacional de Aduanas de Chile. Preguntas Frecuentes Importaciones [En línea]. https://www.aduana.cl/importaciones-de-productos/aduana/2007-02-28/161116.html#vtxt_cuerpo_T0. [Fecha de consulta: 22.05.18] y RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, ob. cit, pp.85-86.

²⁶² Artículo 5 inciso final de la Ley N°18.356.

²⁶³ Artículo 25 de la Ley N°19.473 y artículo 1° de la Ley N°18.164.

²⁶⁴ Artículo 2 de la Ley N°18.164.

falta de lesividad de la conducta que consiste en omitir la obtención del permiso o la licencia respectivos, porque quien actúa sin autorización, en general, estaría lesionando únicamente obligaciones de sometimiento administrativo”²⁶⁵.

- ii) Bienes cuya autorización de ingreso o egreso ha sido rechazada, por no cumplirse con las normas legales y reglamentarias en vigencia a la fecha de la respectiva operación. Y, así, en caso de que de todas formas se proceda materialmente a la internación o extracción de las mercancías estamos frente a un verdadero supuesto de contrabando.
- iii) Bienes cuya autorización de ingreso o egreso no ha sido obtenida, ni estaba en condiciones de obtenerse por no cumplir, las mercancías objeto de la operación de comercio, con los requisitos exigidos para ello²⁶⁶. Para este último caso, no existen inconvenientes para calificar la internación o extracción contraria a la ley como un caso más de contrabando propio.

Como se observa, de todo lo dicho precedentemente, y en consonancia con el Oficio, “el bien jurídico protegido por la norma que tipifica el contrabando propio está definido sólo formalmente y su concreción o definición está delegada en otra norma que es la prohibitiva de importar o exportar. En este sentido, podríamos decir que el objeto jurídico del contrabando propio es idéntico al de la norma prohibitiva, a la que se refiere en términos formales, misma que determina en el tipo penal, tanto su objeto jurídico como material”²⁶⁷. Por su parte, y a modo de síntesis García Caveró concluye que “el bien jurídico se concreta aquí en la expectativa normativa de prohibición o restricción de la circulación internacional de ciertas mercancías”²⁶⁸.

²⁶⁵ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, ob. cit., p.86.

²⁶⁶ Ejemplo de ello son los dentífricos de marca falsificada no aptos para el consumo humano, que eran el objeto material del primero de los fallos citados por el Oficio Ordinario N°19.418 del SNA (STJOP de Iquique, RUC N°0610017199-4, RIT N°122-2007, de 14 de julio de 2007). No obstante, para poder sindicar los productos (dentífricos falsificados) a un supuesto de contrabando, es menester que, de conformidad a los postulados de la tesis que replantea los contornos típicos del delito de contrabando, se hubiere tratado de ejemplares originales. En fin, lo que se quiso destacar es que, incluso, habiéndose obtenido la totalidad de la documentación habilitante para la realización de la operación, ella jamás podría haberse admitido, al menos conforme a ley, puesto que faltándoles (a las pastas de diente) un componente químico ellas no eran aptas para el consumo humano, lo que contraviene el orden jurídico sanitario interno de nuestro país.

²⁶⁷ Servicio Nacional de Aduanas, Subdirección Jurídica Departamento Gestión y Proyectos, Oficio Ordinario. N°19.418, Valparaíso, 30.12.2008, p.3.

²⁶⁸ GARCÍA CAVERO, Percy, ob. cit., p.783.

Dicho todo lo anterior, y una vez determinado el objeto material del delito, resulta necesario referirse a las razones que excluirían del delito de contrabando propio a las mercancías de ilícito comercio o infractoras de DPI.

En ese ejercicio de remisión, y tal como ya se ha dicho más arriba (*supra* Capítulo III sección 2), el tratamiento legal que reciben las mercancías infractoras de DPI es equivalente al régimen establecido para las demás *especies* provenientes de un delito, en la medida que sobre todas ellas recae una prohibición absoluta de apropiación. Según lo dicho, las operaciones que recaigan sobre bienes de comercio ilícito son susceptibles de anulación de acuerdo con las reglas generales relativas al objeto ilícito (artículo 1464 con relación al artículo 1682 y siguientes del Código Civil) y, en consecuencia, esta clase de bienes jamás podrá ser objeto de destinaciones aduaneras en tanto no solo se encuentran fuera de marco normativo aduanero, sino que a extramuros del ordenamiento jurídico *en general*.

Vistas así las cosas, quedan fuera del objeto material del delito de contrabando propio todos los bienes (muebles) que desde su creación (elaboración de drogas por ejemplo) o fabricación (manufactura de productos falsificados) vienen “enlodados” por la ilicitud. En definitiva, la internación o extracción de estos bienes deviene en conductas atípicas a título de contrabando²⁶⁹. Por lo mismo, la ley aparta las mercancías que no tienen reconocido su tráfico legal penalizando los supuestos de hechos relacionados a ellas de forma específica.

Los fundamentos que sustentan aquello estriban, en primer término, en la imposibilidad de asignarles a las mercancías de origen ilícito un valor legal puesto que precisamente no participan del mercado formalmente reconocido en nuestro país. Por lo mismo es que en este tipo de supuestos delictuales las sanciones no consideran el valor de las mercancías para efectos de la determinación de su sanción, a diferencia de la determinación y aplicación de las penas en el delito de contrabando, tanto en su modalidad impropia como propia, a partir del mecanismo establecido en el artículo 178 OA²⁷⁰.

²⁶⁹ De la falta de tipicidad es posible extraer la función de garantía del tipo penal como límite a la arbitrariedad del intérprete (aplicación del principio de legalidad). En específico, el tipo penal cumple una doble función. Primero, el tipo selecciona, dentro de la infinidad de comportamientos antijurídicos cuáles deben ser considerados delitos. Segundo, solo la conducta constitutiva de delito descrita en forma en el tipo penal es merecedora de castigo penal. Con mayor profundidad véase GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal parte general, tomo II*. Santiago, Editorial Jurídica, 2003, p.49.

²⁷⁰ Ahora, dicho mecanismo, que define no solo el tipo de pena a aplicar (privativa o pecuniaria), sino también el *quantum* de la misma solo resulta adecuado cuando se trata de la condena por el delito de contrabando impropio, puesto que el valor de las mercancías es fácilmente determinable de conformidad a los montos no enterados a las

De esta forma, ante la imposibilidad de poder utilizar dicho mecanismo establecido en la ley aduanera en supuestos de internación o extracción de mercancía de ilícito comercio, la solución a la cual podría arribar la tesis *amplia*, es decir, aquella que plantea que el objeto material del delito de contrabando propio incluye a las mercancías que no tienen reconocido su tráfico legal, es optar por la aplicación del artículo 172 de la OA²⁷¹, que funciona, bajos estos supuestos, como una mera solución de compromiso.

A modo de cierre, los razonamientos de esta última tesis son inconsistentes en virtud de que “[e]l propio legislador, en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico, se ha encargado de dejar las mercancías ilícitas a un lado de las reglas del mercado, por lo que pretender analogarlas a las mercancías de carácter lícito a la hora de establecer el marco de penalidad vulnera principios fundamentales del derecho penal, tales como la tipicidad y la legalidad, y en cierta medida el principio de igualdad, en el sentido de que se pretende sancionar de manera idéntica situaciones que per se son disímiles”²⁷².

Conforme a ello, en respeto de los principios constitucionales citados, la determinación de las sanciones para mercancías de ilícito comercio debe seguir el esquema determinado previamente por el legislador en las leyes especiales de que se trate, dejando la aplicación del mecanismo del artículo 178 OA²⁷³ en forma exclusiva para los supuestos de contrabando.

arcas fiscales. En cambio, para el caso del delito de contrabando propio, es necesario tomar por cierto que lo prohibido es la operación de comercio, y no la mercancía como tal, lo que a su vez “permite asumir perfectamente que el objeto material del delito de contrabando propio pueda tener un valor de mercado, en la medida en que su tráfico dentro de nuestras fronteras se encuentra perfectamente reconocido”. (RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, *Delito de contrabando*, ob. cit., p.157.) Con ello, se sorteja el aparente problema en la determinación de la pena para este último tipo de casos, donde existe más de un bien jurídico en juego y donde muchas veces el aspecto patrimonial pierde preponderancia en detrimento de otros intereses (salud pública o protección del medioambiente, por ejemplo).

²⁷¹ Dice el inciso segundo del artículo 172 OA que “[c]uando no pueda acreditarse el valor de una mercancía en forma fehaciente, se tomará el valor que corresponda o pudiera corresponder a otras análogas. Este valor se calculará, considerando el precio o costos medios, incluyendo el flete, seguro y otros gastos hasta el puerto de destino, teniendo presente todos los elementos de dicho valor en un mercado normal. Si ni aún así pudiere determinarse el valor, se aplicará una multa de hasta 206 Unidades Tributarias Mensuales, destinándose, el producido de ellas, al fin dispuesto en el inciso final del artículo 174”.

²⁷² RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, *Delito de Contrabando*, ob. cit, p.156.

²⁷³ Siguiendo dicha norma, se tienen las siguientes reglas: a) Para los casos en que el valor de lo importado o exportado exceda de las 25 UTM, el tribunal puede, aplicar una multa entre una y cinco veces dicho valor, aplicar la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio (61 días a 3 años), o bien, imponer ambas sanciones en forma conjunta. Respecto de esta regla, destaca la SJG de Iquique, RUC N° 050058743-7, RIT N° 813-2005, de 11 de febrero de 2005, que omite cualquier tipo de mención en relación a cómo es que el tribunal tuvo por determinada la valoración de las mercancías (se trataba de 3 vehículos motorizados usados que fueron sacados del recinto Zofri sin contar con las patentes respectivas ni el cambio de volantes que permite circular dentro del país y con total prescindencia de los documentos habilitantes para ello, lo que en los hechos importa la comisión del delito de contrabando propio del inciso quinto del artículo 168 OA, en relación con el inciso segundo de la misma norma). De acuerdo a RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, *Delito de contrabando*, ob. cit, pp.192-193, ha de suponerse que las mercancías fueron valuadas por sobre

En segundo orden, los regímenes especiales establecidos para las conductas relativas a mercancías de ilícito comercio se justifican en que este tipo de conductas, generalmente, revisten injustos de mayor gravedad que los relacionados a los delitos aduaneros, por lo que las penas asociadas a los mismos son considerablemente más altas²⁷⁴.

Con relación al punto anterior, se tiene con efectos ilustrativos la Ley N°20.000²⁷⁵, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes. En dicha ley, las penas de crimen estatuidas para el tráfico de este tipo de mercancías superan con creces a las establecidas para el delito de contrabando, por lo que la doctrina tiende a resolver el eventual concurso de delitos mediante la aplicación del principio de absorción²⁷⁶.

el límite de las 25 UTM dada la pena solicitada (61 días de presidio menor en su grado mínimo más el comiso de las especies incautadas), vulnerando, en definitiva, el efecto socializador de la sentencia condenatoria penal; b) Si se trata de un reincidente (el que haya sido condenado anteriormente por contrabando o fraude de mercancías cuyo valor no exceda de 25 UTM, de acuerdo al inciso tercero del artículo 178 OA) o de mercancía afecta a tributación especial o adicional (tabaco, combustible, alcohol, entre otros), el tribunal no podrá aplicar la pena pecuniaria exclusivamente, procediendo a la pena corporal, aumentada en un grado, es decir, 541 días a 3 años de presidio menor en su grado medio; y c) Si el valor de la mercancía es igual o menor a las 25 UTM, solo procede la aplicación de una multa de una a cinco veces el valor de las especies. Luego, si el sujeto activo es reincidente por primera vez la multa será de dos veces el valor de las mercancías. Si es reincidente por segunda vez, la pena a aplicar se eleva a tres veces el valor. Por tercera vez, la multa es equivalente a 4 veces el valor y, finalmente, quienes reincidan por cuatro veces o más recibirán como pena una multa de 5 veces el valor de los bienes involucrados. Simultáneamente, el mentado artículo, dispone para todas estas situaciones, la condena del comiso de las mercancías, sin perjuicio de su inmediata incautación. Por último, cabe mencionar que la legislación aduanera contiene en su artículo 172 OA una serie de reglas tendientes a determinar de forma precisa el valor de las mercancías que fueren objeto del contrabando para así fijar, ulteriormente, la cuantía de la multa cuando falte esta. En concreto, son indicios la factura comercial, el conocimiento de embarque, el manifiesto, la carta de porte, guía aérea o cualquier otro documento original que acepte el tribunal para acreditar dicho valor de una manera exacta y fidedigna.

²⁷⁴ Nuestra jurisprudencia ha sido enfática en cuanto a la idea de que conductas asociadas a objetos que provengan de una actividad ilícita traen aparejado un reproche de mayor intensidad. Se puede citar la SCS, Rol Ingreso N° 2878-2003, de fecha 11 de abril de 2006 (considerando 5° en específico) y la SJG del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 0500343257-4, RIT N° 1380-05, de 8 de agosto de 2006, que niega la aplicación del artículo 68 del CPP (que permite al juez de la causa rebajar la pena en la concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad) “dada la calidad de comerciante establecido del acusado que hace más reprochable su conducta” (considerando 7°), lo que constituye, extrapolando el argumento, una clara muestra de reproche intensificado de conductas asociadas a mercancías de ilícito comercio (en los hechos se trataba de la comercialización de juguetes falsificados de sus originales). Para un desarrollo más extenso del argumento véase RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, *Delito de contrabando*, ob. cit., pp.231-233.

²⁷⁵ Esta última “contiene tipos que sancionan expresamente la importación o exportación, entre otras conductas, de precursores o sustancias químicas esenciales, con el objetivo de destinarlos a la preparación de drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas (artículo 2°) y de las sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas (artículo 3° inciso segundo). De estas normas emana, por ende, la prohibición de importar o exportar dichas sustancias, prohibición que no tiene otro objeto que la protección de la salud pública”. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, ob. cit., p.177.

²⁷⁶ RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, *Delito de contrabando*, ob. cit., p.136 y RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, ob. cit., p.177. El anterior argumento puede extraerse de la acusación formulada en un caso de posesión de 69 cajetillas de cigarrillos que contenían en su interior paquetes con pasta base de cocaína (STJOP de Antofagasta, RUC N° 0400333801-1, RIT N° 8-2006, de 8 de marzo de 2006). En concreto, el ente acusador, separa nitidamente el supuesto de contrabando propio, asociado a las cajetillas, del supuesto del tráfico de sustancias ilícitas (cocaína), con lo que se evidencia la idea de que las conductas tipificadas por la Ley N°20.000 priman sobre una eventual competencia que pudiese reclamar las hipótesis de contrabando de la OA. Para un mayor detalle véase RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, *Delito de contrabando*, ob. cit., pp.196-197.

La lógica anterior tiene por base el entender que los precursores, sustancias químicas esenciales, drogas estupefacientes o psicotrópicas pertenecen al concepto de mercancía prohibida. Sin embargo, tal conclusión, de acuerdo con lo hasta aquí dicho, no es pacífica, puesto que las sustancias ilícitas contempladas en dicha ley no tienen reconocido tráfico legal alguno, y de ahí que su importación o exportación se encuentre tipificada de forma específica²⁷⁷, no existiendo concurso legal de ninguna clase entre los tipos penales anteriormente señalados²⁷⁸. Por su parte, la internación o extracción de productos falsificados o pirateados también revisten injustos de mayores índices de gravedad que los supuestos de contrabando. Así, por ejemplo, los delitos contra la propiedad industrial contemplan penas pecuniarias exclusivamente (en el contrabando se permite, incluso, optar entre la pena privativa de libertad y la de multa), pero con máximos muy superiores (hasta 2.000 UTM en caso de reincidencia)²⁷⁹.

Lo mismo puede decirse en materia de propiedad intelectual, cuya Ley establece penas conjuntas altísimas, sobre todo si consideramos que se trata de un simple delito de piratería: reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 UTM (hipótesis de menor escala) y reclusión menor en su grado medio y multa de 100 a 1000 UTM (hipótesis de mayor escala).

En tercer y último término, la postura que replantea los contornos típicos del contrabando propio gana adeptos por medio de los errores que evidencia la aplicación práctica de la tesis antagónica.

El primero de esos yerros, como vimos, se trata de la imposibilidad de asignar un valor pecuniario a objetos que no lo tienen dado su origen espurio, debiendo el juez obviar las reglas del mercado, aplicando factores meramente especulativos para la determinación de la pena.

El segundo, que será debidamente expuesto en el apartado correspondiente a los delitos tributarios relacionados al tráfico y comercio de bienes ilícitos, corresponde a la aceptación jurisprudencial de la aplicación de concursos²⁸⁰ a supuestos de tenencia o comercialización de

²⁷⁷ En Argentina, la mayor gravedad asociada al tráfico de estupefacientes es asumida en el artículo 866 del Código Aduanero, que considera como modalidad agravada de contrabando la internación o extracción de estupefacientes.

²⁷⁸ RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, *Delito de contrabando*, ob. cit., p.137.

²⁷⁹ Existen legislaciones extranjeras que contemplan figuras agravadas de contrabando cuando el objeto material es atentatorio contra la propiedad intelectual y/o industrial como lo es el caso de Argentina (en virtud del artículo 46 de la Ley N° 25.986, en relación con el artículo 865 g) del Código Aduanero), o en Venezuela, en que dicha circunstancia es catalogada como una agravante (artículo 23 de la Ley sobre el Delito de Contrabando del año 2005).

²⁸⁰ A comienzos de la reforma procesal penal, la solución más aceptada era la aplicación del concurso real de delitos (artículo 74 CP), ejemplo de ello es la SJG del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N°0500343257-4, RIT N°1380-05, de 8 de agosto de 2006. Luego, tal tendencia cambió a favor de la aplicación del concurso ideal de delitos.

bienes pirateados y/o falsificados. En concreto, no solo se vulnerarían los referidos derechos de propiedad industrial e intelectual, sino también, el mismo hecho, importaría la comisión de un delito aduanero (ingreso ilegal de mercancías) y, generalmente, un hecho delictual de naturaleza tributaria (en específico, de los numerales 8 y 9 del artículo 97 del CT) puesto que, la tenencia y comercialización de bienes ilícitos, según esta tesis, puede ser calificada como una actividad comercial generadora de ganancias, rentas que se encuentran afectas a tributación por cuanto la ley tributaria no distingue entre el origen legal o ilegal de los ingresos y, en consecuencia, los sujetos activos de estos delitos se verían mandatados a cumplir con las obligaciones y deberes tributarios correspondientes a dichas actividades, lo que, a todas luces, genera una serie de tensiones con garantías constitucionales de la no autoincriminación, igualdad ante la ley, entre otras.

3.2.1.3 Otros aspectos relevantes del delito de contrabando

a) Tipicidad subjetiva

Ante todo, como se ha visto anteriormente (*supra* Capítulo III secciones 3.2.1.1.1 y 3.2.1.1.2, respectivamente), ambas modalidades del contrabando impropio (fraudulento y clandestino), pueden ser cometidas en hipótesis de dolo directo como también de dolo eventual.

Por su parte, la discusión en torno a la tipicidad subjetiva del contrabando propio versa acerca de si es exigible, además del dolo, elementos subjetivos especiales del injusto.

Así, hay quienes como Romero²⁸¹, que plantean que los delitos de contrabando consagrados en la OA exigen, por añadidura del dolo, un ánimo especial consistente en la intención de burlar el pago de los tributos aduaneros o de eludir la potestad aduanera. Pese a lo dicho, la doctrina mayoritaria²⁸² es conteste en señalar que la única exigencia en el delito de contrabando propio es la comisión dolosa del mismo.

Ejemplos jurisprudenciales de este cambio son la STJOP de Iquique, RUC N°0610017199-4, RIT N°122-2007, de 14 de julio de 2007 o STJOP de Antofagasta, RUC N°0901127879-2, RIT N°160-2011, de 9 de agosto de 2011.

²⁸¹ ROMERO, Hernán, *El Delito de Contrabando*, Santiago: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1970, p. 87.

²⁸² ORTIZ QUIROGA, Luis, *Delitos aduaneros*, Santiago: Universidad de Chile, Apuntes de Clases, 1984, p. 35, GUTIÉRREZ CARRASCO, *Nociones de derecho aduanero*, Santiago: Universidad de Chile, Revista de Derecho Económico, 2016, N° 35-36, p. 54, y MANRÍQUEZ ROSALES, Juan Carlos, ob. cit., p. 43.

En ese orden de ideas, la comisión dolosa del delito comprende primeramente la intención de internar o de sacar fuera del país la mercancía, o bien, sacarla desde la zona del país sometida a régimen tributario preferencial, con independencia de las motivaciones internas que pueda tener el o los agentes activos.

En síntesis, el elemento volitivo, para el caso del contrabando es colmado con la idea de la voluntad de concreción, es decir, en la realización íntegra de lo pensado, sin que tal finalidad sea objeto de un juicio de valoración, en tanto que si esa finalidad es buena o mala, tolerable o no, es algo que se juzgará con posterioridad, en dos momentos sucesivos: en la antijuridicidad, en relación al ordenamiento jurídico, verificando la existencia o inexistencia de causales de justificación que autoricen la realización de la acción típica; y en la culpabilidad, donde se juzgará la conducta en términos de reproche personal.

Lo anterior, es afirmación del carácter avalorativo de dolo en materia penal. En este sentido, vemos "como el *querer* –en el derecho penal– no significa "desear", querer "tener" o querer "lograr" (en el sentido de "perseguir un objetivo"), sino "querer *realizar*", debemos entender el *dolo* como "el querer la realización de una acción descrita como delito". El que quema su casa para cobrar el seguro *quiere*, en verdad, únicamente el dinero. Lo que no impide, sin embargo, que él *quiera llevar a cabo el incendio* (lo que tal vez deplora), para lograr su meta"²⁸³.

Siguiendo, de lo precedente se colige que el delito de contrabando propio admite las modalidades comisivas tanto de dolo directo como también de dolo eventual²⁸⁴.

Ahora bien, la voluntad dirigida a la realización del tipo tiene por complemento la conciencia de estar realizando las circunstancias del tipo legal objetivo lo que se conoce como el elemento cognoscitivo o intelectual del dolo. Para el caso del contrabando propio, el *conocer* implica el conocimiento de que las mercancías que se importan o exportan, y que tienen reconocido tráfico legal dentro de nuestras fronteras, se encuentran afectas a alguna prohibición establecida por normativa legal o administrativa, según sea el caso.

²⁸³ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno, Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 271.

²⁸⁴ RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW, ob. cit., p.95 y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p. 95.

Derivado de lo anterior, surge la interrogante acerca de la posición en la que queda aquel agente que alega el desconocimiento de la prohibición de importación o exportación. Ríos Álvarez, siguiendo al destacado académico peruano García Caveró afirma que, en circunstancias de hecho de este tipo no cabría otra solución más que decretar la inocencia del imputado en cuanto falta uno de los elementos del tipo, esto es, el dolo.

De esta forma, el desconocimiento de las diversas prohibiciones establecidas en normas legales y administrativas constituiría un error de tipo²⁸⁵, entendido este último como causal de atipicidad de la conducta.

De acuerdo con Garrido, el error de tipo “requiere del conocimiento de los elementos que conforman el tipo objetivo; si se carece del conocimiento de uno o de todos esos elementos al realizar la acción objetivamente típica, se incurre en error y el dolo queda excluido. Si el error se produjo por falta de cuidado (negligencia o imprudencia), quedará subsistente la culpa, y si ésta es castigada por la ley, habrá cuasidelito”²⁸⁶. Entonces, ante la inexistencia del delito de contrabando propio *culposo*²⁸⁷, y siguiendo lo dicho por la regla general del artículo 10 N°13 CP²⁸⁸, no existiría otra solución más que declarar la impunidad de la conducta.

Luego, expuesto el efecto del error tipo, toca precisar el fundamento de por qué el desconocimiento de la prohibición de importación o exportación es tratado como un error de tipo. Pues bien, si el error de tipo en el delito de contrabando propio recae sobre el objeto material sujeto a prohibición, diremos que se trata, en consecuencia, de un error que se aloja en un elemento normativo del tipo.

Atendido aquello, antiguamente tal desconocimiento hubiese sido considerado un error de nulas consecuencias en tanto el error de derecho, siguiendo la máxima civilista (que se extendía, en ese entonces, a materias penales), no tenía efecto alguno²⁸⁹. Sin embargo, con el paso del tiempo y por cierto avanzada la doctrina, la dicotomía entre el error de hecho y derecho fue superada, puesto que se daba la inconsecuencia de que “[s]i lo que está ante los ojos del hechor

²⁸⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho penal, Parte Especial, Tomo VII*. Lima: Idemsa, 2014, p. 506.

²⁸⁶ GARRIDO MONTT, ob. cit., pp. 93-94.

²⁸⁷ GARCÍA CAVERO, ob. cit., p.740 y MANRÍQUEZ ROSALES, ob. cit., p.44.

²⁸⁸ El artículo 10 N° 13 CP señala: “Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 13. El que cometiere cuasidelito, salvo los casos expresamente penados por la ley”.

²⁸⁹ GARRIDO MONTT, ob. cit., p.93.

debiera haber sido correctamente interpretado desde el punto de vista jurídico, sólo los juristas más avezados podrían actuar con dolo”²⁹⁰.

Vistas así las cosas, y como todo elemento del tipo objetivo es susceptible de valoración jurídica, es “imposible establecer una separación tajante entre circunstancias de hecho y de derecho en materia penal, lo que movió a los causalistas valorativos a distinguir en el error aquel que recae sobre la ley penal de aquel que recae en leyes no penales que se vinculan con el tipo, aceptándose que el error que recaía en estas últimas podía asimilarse en sus consecuencias al error de hecho”²⁹¹.

b) *Iter criminis*

Desde el punto de vista naturalístico o descriptivo, las conductas punibles contempladas en el delito de contrabando invitan a pensar inmediatamente en un traslado físico de la o las mercancías de un lugar a otro. En su sentido más obvio, mediante una simple operación cognoscitiva, podemos apreciar que el contrabandista “mueve” bienes de un lugar a otro.

En términos sencillos, el delito se entenderá consumado²⁹² cuando se logre traspasar la frontera geográfica-material de que se trate o se haya dado principio de ejecución de dicho ingreso o egreso, a través de medios directos, pero falten uno o más para su complemento (artículo 7 del CP), puesto que, siguiendo la regla, no exenta de críticas²⁹³, del artículo 178 OA, la tentativa en este delito se castigará como delito consumado²⁹⁴.

²⁹⁰ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 258.

²⁹¹ GARRIDO MONTT, ob. cit., p.93.

²⁹² Se requiere, además, para efectos de imputación del contrabando que, el ingreso o egreso de la o las mercancías se encuentre bajo el control o dominio del agente, siendo causal de exclusión de la imputación cuando tal ingreso o egreso se debe a un caso fortuito o fuerza mayor (GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico, Parte Especial*, ob. cit., p.734), cuestión que en caso alguno excluye la autoría mediatizada, pudiendo el contrabandista ser perfectamente el “hombre de detrás” en virtud de que la formulación semántica del tipo no lo impide (RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos aduaneros*, ob. cit., p.84).

²⁹³ Este adelantamiento punitivo a etapas imperfectas de ejecución ha sido objeto de intensos debates doctrinarios en sede constitucional a propósito de normas similares, como lo son el artículo 450 del CP en lo referente a los delitos de robo con intimidación o violencia y robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación, o el artículo 18 de la Ley N°20.000. Para un detalle acabado de los argumentos que apuestan, por un lado, por la conformidad de estas normas con los preceptos constitucionales y, por el otro, la disconformidad de los mismos, véase RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, *Delito de contrabando*, ob. cit., pp.161-167 y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *El iter criminis en el delito de contrabando*. Santiago, Revista de Estudios de la Justicia N° 12, 2010, pp.205-206.

²⁹⁴ A este respecto, y con miras a justificar la norma de equiparación, se toman como referencias los argumentos esbozados en OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *El iter criminis en el delito de contrabando*, ob. cit., pp.207-209. Así, desde el punto de vista práctico, la equiparación de la tentativa y consumación en términos de castigo, responde a la idea de que el contrabando es un delito que se descubre normalmente antes de su consumación, es decir, antes de que la introducción termine, por lo que, no existiendo la norma establecida en la primera parte del inciso

En definitiva, “los núcleos típicos representarían en su sentido físico-espacial la conducta de trasladar el objeto, de hacerlo pasar a través de las fronteras materiales que indica la norma y no la consumación de una destinación aduanera respecto de dicho objeto. Por lo demás, dicho comportamiento no podía referirse al hecho de importar o exportar la mercancía, conceptos jurídicamente definidos que implican siempre una actividad inserta en la legalidad”²⁹⁵.

No obstante lo anterior, y siguiendo en este punto a la profesora Ossandón²⁹⁶, limitar el alcance de los verbos rectores al sentido meramente descriptivo de sus expresiones es *a priori* un análisis incompleto. De ahí que resulte oportuno, para efectos de su correcta interpretación, atender a la finalidad de la norma de conducta penal, así como también el considerar la normativa administrativa que, dada la cercanía que tiene esta última respecto a los delitos contemplados en la OA, condiciona de una u otra forma el sentido de los términos legales empleados.

Por tanto, en el sentido del párrafo precedente, no es posible entender el fenómeno delictual del contrabando prescindiendo del control aduanero. Lo anterior quiere decir que el delito “presupone, por ende, que se traspase o eluda dicho control. De ahí que, por ejemplo, en el caso de los bienes transportados por vía aérea, no se considere introducida o extraída la mercancía al momento de cruzar materialmente la frontera geográfica marítima o terrestre, sino al traspasar o eludir el control aduanero respectivo”²⁹⁷.

De esta manera, sostenemos entonces que no todo ingreso o egreso material constituirá un hecho delictivo constitutivo de contrabando, por lo que habrá que atender a diversas situaciones²⁹⁸.

quinto del artículo 178 OA, la detección beneficiaría siempre al autor con la consiguiente rebaja de pena. Y, además, habría que considerar que, una vez que la mercancía sale de la zona aduanera, las posibilidades de sanción a título de contrabando se reducen bastante (para estos efectos hay que considerar que el delito de receptación aduanera del artículo 182 OA sanciona con las mismas penas que las contempladas para las hipótesis de contrabando que le subyacen). Por otro lado, la distancia existente entre el mayor desvalor de la conducta consumada respecto de la tentada (y que debiese representar diferencias en el tratamiento penológico) se reduce cuando se está frente a delitos de peligro y la protección de bienes supraindividuales, como lo es, precisamente, el caso de los delitos aduaneros. En suma, tanto la tentativa como la consumación en delito de contrabando representarían grados cercanos de peligro para la salud pública, la seguridad nacional, el orden-público económico, la hacienda pública (para este último supuesto de contrabando impropio cada contrabando, por cuantioso que sea, afecta de forma más bien insignificante el patrimonio público, pero su punibilidad suele justificarse en la lógica de los delitos de acumulación, es decir, en el peligro que supone que esa conducta se multiplique).

²⁹⁵ Ibid., p.193.

²⁹⁶ Ídem.

²⁹⁷ Ídem.

²⁹⁸ Desde en este punto en adelante se sigue la estructura del texto OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *El iter criminis en el delito de contrabando*, ob. cit., pp.194-202.

Así, para la modalidad propia del contrabando y en los casos donde el ingreso se realiza por pasos o lugares no habilitados para ello, será suficiente, para entender que el delito se encuentra en grado de consumado, que la mercancía traspase los límites territoriales (ya que la operación, al ingresar por paso no habilitado evade cualquier tipo de control)²⁹⁹. Por su parte, cuando el ingreso se efectúa por medio de las zonas respecto de las cuales Aduanas tiene potestades fiscalizadoras, habrá que distinguir si el ingreso o salida se realiza evitando de cualquier modo el control aduanero, o bien, si dicho control se evita mediante una maquinación o engaño. En el primero de los supuestos, la mercancía deberá traspasar el perímetro del recinto aduanero respectivo, mientras que en el segundo, será necesario para la consumación que el sujeto activo finalice la tramitación aduanera.

A continuación, respecto de la tentativa, resulta de suma importancia distinguir entre los actos que constituyen principio de ejecución respecto de los actos preparatorios³⁰⁰, puesto que los primeros se sancionan de igual forma que los actos constitutivos de consumación, según lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 178 OA. Tal distinción permite, por ejemplo, entender que solo constituirá tentativa la presentación a control aduanero de las mercancías, siendo todos los actos previos mera preparación. En cambio, si la conducta de transporte se dirige a un paso no habilitado para el ingreso legal de la mercancía, el principio de ejecución podrá adelantarse a tales conductas de mero tráfico.

En otro orden de ideas, en la modalidad impropia del contrabando, la defraudación a los intereses patrimoniales del Estado (por no pago de tributos, efectos y/o gravámenes que afectan a las operaciones de comercio exterior), se da, en general, de forma coetánea a la realización típica de la conducta. Ello es así, cuando el ingreso de la mercancía se realiza por un paso no habilitado, ya que al momento de la evasión de todo tipo de control se produce también el perjuicio fiscal. Por otra parte, en recinto aduanero, el perjuicio se verifica cuando la mercancía traspasa los límites territoriales del recinto, si el contrabando fuere clandestino³⁰¹. Si fuere

²⁹⁹ Mismo razonamiento se debe aplicar para los casos de exportación, dada la necesidad de que las mercancías "salgan" del territorio nacional.

³⁰⁰ Será principio de ejecución todo acto que subyace a la futura comisión del delito. En cambio, el acto preparatorio, teóricamente, es un acto independiente y autónomo de un delito que ha de poder cometerse hacia futuro.

³⁰¹ En tanto las mercancías solo pueden ser retiradas de los recintos de depósito aduanero para ingresarlas al país previo pago de los derechos, impuestos, tasas, tarifas, multas y otras cargas que se adeuden por actos u operaciones aduaneras (artículo 94 OA).

fraudulento, la única forma en que se generaría el resultado pernicioso es mediante la finalización de la tramitación de la destinación aduanera.

Ahora bien, hay ciertos casos donde el perjuicio económico se verifica en momentos muy posteriores a la realización de la conducta penada. El ejemplo más gráfico es la extracción de un bien desde un territorio de tributación especial, dado que el delito se perfecciona cuando transcurre el plazo sin que el objeto haya sido retornado a dicho territorio, pues entonces se entiende que ha sido ingresado definitivamente en una región con tratamiento arancelario general, y solo ahí se presenta el perjuicio a la hacienda pública³⁰².

Después, con relación al comienzo de la tentativa en la modalidad impropia del delito, es posible esbozar los mismos comentarios relativos a la distinción entre actos preparatorios y comienzo de ejecución³⁰³.

No obstante aquello, y a diferencia del contrabando propio, dentro del contrabando impropio pueden incluirse como indicios constitutivos de tentativa, la ocultación de las mercancías o la preparación, por parte del sujeto activo, de una puesta en escena (por ejemplo la preparación o porte de guías de despacho adulteradas), dado que el “éxito” de la operación ilícita viene dado por la efectividad de la operación de ocultación o engaño siempre y cuando el transporte de la mercancía se haga por recinto habilitado, puesto que si no fuere así, la ocultación y/o el ardid carecen de significado ulterior.

Sin embargo, la distinción anterior no recibe mayor aplicación práctica por cuanto “el contrabando impropio se configura fundamentalmente al *ingresar* mercancía defraudando a la hacienda pública; pues cuando se la exporta no existen tributos que pagar. Por lo tanto, los comportamientos previos que, según este criterio, podrían estimarse principio de ejecución

³⁰² Ejemplo jurisprudencial de ello es la SCS, Rol de Ingreso N°4006-2005, de 24 de enero de 2007, donde el delito de contrabando se consuma por la salida de un vehículo con pasavante desde la primera región, sin retornarlo dentro de los 90 días, cuestión prohibida según lo establecido por el artículo 21 de la Ley N°18.483. Y, solamente una vez que transcurren la totalidad de esos días sin verificarse el retorno se provoca un daño patrimonial a los intereses fiscales al no pagar los tributos asociados a la internación del vehículo al resto del país.

³⁰³ Así lo entiende la SCA de Iquique, Rol N°805-2006, de 2 de mayo de 2007 que descartó la comisión de un delito de contrabando impropio y, aunque no lo diga, también descarta la tentativa puesto que de lo contrario habría sancionado bajo dicho rótulo. En definitiva, según la Corte, solo puede calificarse como acto preparatorio el simple traslado de la mercancía en un compartimento de un bus que es fácilmente detectable mediante una revisión superficial del vehículo, es decir, tal situación de hecho no puede ser calificada como un transporte oculto en compartimento especialmente condicionado para el efecto.

punible, normalmente se desarrollan fuera de los límites territoriales del Estado quedando excluidos de la jurisdicción de nuestros tribunales”³⁰⁴.

En resumen, lo fundamental es destacar que independientemente de la modalidad de contrabando que se trate, y siempre que se esté en posesión de bienes pertenecientes al objeto material del delito en cuestión, el simple hecho de “estar con las cosas”, ya sea en zona franca, primera zona aeroportuaria, zona portuaria primaria, en el mar adyacente o en cielo abierto, importa señalar que, en los hechos, no hay aún siquiera una tentativa de ingreso a territorio chileno que considerar³⁰⁵.

Por añadidura, hay que recordar que toda mercancía extranjera, mientras no se paguen los derechos, tasas y demás gravámenes correspondientes, está sujeta a la “prenda legal” en favor de la hacienda pública. Lo anterior, implica para el agente la indisponibilidad material y/o jurídica respecto de tales bienes, so pena de cometerse, precisamente, hechos delictuales constitutivos de contrabando (propio o impropio), como lo prevén los artículos 168 y siguientes de la OA.

En línea con lo anterior, y según una interpretación restrictiva elaborada por Manríquez³⁰⁶, en este tipo de casos se puede hablar de verdaderas inidóneas, pudiendo únicamente operar las responsabilidades contravencionales administrativas y medidas civiles precautorias correspondientes, lo que no obsta a la regularización de la carga, la reexpedición o el redestino de la misma a solicitud del agente económico involucrado.

Por otra parte, la lógica del párrafo precedente adquiere nuevos matices cuando en el contexto de un procedimiento de fiscalización dentro de las zonas de jurisdicción de Aduanas se constata la tenencia de mercancías pirateadas y/o falsificadas. En estos supuestos, y como se ha dicho en reiteradas ocasiones, solo proceden respecto de las mercancías los efectos que la ley expresamente disponga.

Como sabemos, el instrumento primordial que dispone la ley para evitar el ingreso de mercancía infractora es la suspensión de despacho de oficio regulada en el artículo 16 de la Ley N°19.912, que habilita al ente fiscalizador, mediante el simple examen de la mercancía, a proceder a su

³⁰⁴ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *El iter criminis en el delito de contrabando*, ob. cit., p.202.

³⁰⁵ MANRÍQUEZ ROSALES, Juan Carlos, ob. cit., p. 40.

³⁰⁶ Ídem.

inmediata incautación. Con ello, se logra dentro de una etapa precautoria concretar la indisponibilidad jurídica y material de las mercancías bajo la sospecha de su ilicitud comercial.

Y, en caso de que la suspensión se concrete, es dable señalar que cuando se trata de mercancía infractora retenida en recintos aduaneros (sea que lo hubiere ordenado Aduanas de Oficio o el juez a solicitud de parte), no es posible hablar de consumación de delitos de piratería, salvo, claro está, la tenencia con fines de comercialización del artículo 81 de la Ley de Propiedad Intelectual, por tratarse de una figura de peligro abstracto y del uso ilícito de marca registrada del artículo 28 de la Ley de Propiedad Industrial. Lo anterior se da, por cuanto, para afectar la explotación exclusiva de derechos patrimoniales ocupando ilegítimamente una posición jurídica que no le compete al sujeto activo, se requiere, al menos, de la distribución lucrativa comercial de ejemplares no originales, lo que es imposible cuando las mercancías no podrán siquiera ingresar al mercado formal nacional.

c) Régimen especial de prescripción y su relación con el delito de receptación aduanera

El artículo 170 OA³⁰⁷ establece un régimen especial de prescripción de corto tiempo de 3 años tanto para la acción penal como para la pena³⁰⁸, siempre y cuando el o los contrabandistas no sean funcionarios o empleados de Aduanas. En este último caso, habrá que remitirse a las reglas generales de prescripción para los simples delitos establecidas en los artículos 94 y 97 del CP.

Ahora, lo importante a destacar son los problemas que se generan en aquellos casos donde las policías o funcionarios de Aduanas constatan mercancías en momentos posteriores a su ingreso ilegal a nuestro país. Aquí no solo se evidencia un problema de eficiencia de los mecanismos de control transfronterizos, sino que también se revela la incerteza que existe en torno al momento preciso en que las mercancías hicieron ingreso a nuestro país, lo que en último término permite determinar si en un caso concreto la acción penal por el delito de contrabando se encuentra prescrita o no.

³⁰⁷ El mentado artículo dispone que “[l]a responsabilidad por los actos u omisiones penados por esta Ordenanza, prescribe en el plazo de tres años, con excepción de la de los funcionarios o empleados de Aduana que prescribirá en cinco años”.

³⁰⁸ Existe un cierto sector de la doctrina que considera, basándose en una interpretación literal del precepto *responsabilidad*, que el régimen especial de prescripción establecido por el artículo 170 OA solo aplica para la hipótesis de la acción penal, no así de la pena. Opinan de esta manera NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 2005, p. 409, y YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo. *La prescripción penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 2003, p. 179. Un resumen de los argumentos que sustentan ambas posturas puede verse en RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OLIVER CALDERÓN, *ob. cit.*, pp.11-12.

Según lo dicho por el artículo 95 del CP, la prescripción de la acción penal comienza a correr desde el día en que se cometió el delito, esto es, para el caso del contrabando el momento del ingreso (*normativo*) de la mercancía³⁰⁹. Entonces, queda por determinar la solución para los casos, de frecuencia bastante regular, donde existe desconocimiento del momento en que se entiende realizado el delito en cuestión.

Ante todo, diremos que no existe solución normativa en nuestro país, cuestión diversa a lo que se tiene en las legislaciones peruana y argentina, que contemplan soluciones para casos de infracciones administrativas. En ambas legislaciones, el plazo de prescripción se comienza a contar desde el 1º de enero del año siguiente a la fecha en que se cometió la infracción cuando no es posible establecerla con exactitud, a partir de la fecha de detección de la infracción (artículo 935 del Código Aduanero argentino en relación con el artículo 934 del mismo compendio y artículo 44 inciso cuarto del Código Tributario peruano).

Sin embargo, pese al vacío normativo, de acuerdo con el criterio jurisprudencial³¹⁰ más o menos uniforme, es plausible aplicar en estos casos el delito de receptación aduanera contemplado en el artículo 182 OA, que castiga con la misma penalidad asociada al delito de contrabando a quienes “adquieran, reciban o escondan mercancías, sabiendo o debiendo presumir que han sido o son objeto de los delitos a que refiere este Título. Se presumirá dicho conocimiento de parte de las personas mencionadas por el solo hecho de encontrarse en su poder las mercancías objeto del fraude o contrabando”, trasladándose el momento en que comienza a correr la prescripción al momento de la constatación de las mercancías respecto de quienes se encuentren en posesión de ellas³¹¹.

3.2.1.4 El delito de receptación aduanera

La OA en su artículo 182 inciso primero, sanciona de forma intensificada³¹² modalidades especiales de encubrimiento, es decir, contemplando las mismas penas del delito de contrabando

³⁰⁹ Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 178 OA en orden a castigar el delito de contrabando como consumado desde que se encuentra en grado de tentativa.

³¹⁰ Sírvese como ejemplo las causas del STJOP de Antofagasta, RUC N°0901127879-2, RIT N°160-2011, de 9 de agosto de 2011; SJG de Antofagasta, RUC N°0700887137-4, RIT N°1643-2008, de 20 de enero de 2009 y Sentencia del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, Causa RUC N°0500343257-4, RIT N°1380-05, de 8 de agosto de 2006.

³¹¹ RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, *Delito de contrabando*, ob. cit., p.176.

³¹² No opera, para las conductas contempladas en el artículo 182 OA, la rebaja de dos grados de la pena contemplada en el inciso primero del artículo 52 del CP para los encubridores de crimen o simple delito consumado.

(artículo 178 OA) para quien adquiera, reciba o esconda mercancías objeto del delito de contrabando.

Se trata de un delito autónomo y cuyo riesgo jurídicamente desaprobado dice relación con la recta administración de justicia, por cuanto la receptación frustra la pretensión punitiva estatal que le cabe al sujeto activo del delito previo. He ahí la idea de que el delito de receptación guarda cierta vinculación con la conducta criminal que le subyace, sin perjuicio de que los intereses supraindividuales que resguardan las normas de conducta del delito de contrabando no se ven vulnerados, o al menos la lesión no es incrementada por el encubrimiento³¹³.

Empero, hay quienes observan en la relación entre la receptación aduanera y el delito que le antecede una correspondencia de mayor entidad dado el contexto en el cual se desenvuelve la conducta, esto es, el comercio ilegal³¹⁴. En suma, el injusto de la receptación comprende, entre otras cosas, el mantenimiento de la situación patrimonial contraria a derecho sumado al peligro de la comisión futura de nuevos ilícitos, lo que implica, a su vez, la asunción de riesgos relacionados al comercio informal que fueron advertidos en las notas introductorias de esta memoria.

A continuación, expuesto someramente el fundamento del castigo de la receptación, toca desarrollar la forma en que se ha aplicado este tipo penal para perseguir y sancionar conductas asociadas al tráfico y comercio de bienes ilícitos.

Como se dijo a propósito de la prescripción del delito de contrabando (*supra* Capítulo III sección 3.2.1.3 letra c), la solución jurídico-práctica al problema del desconocimiento de la oportunidad en que las mercancías, que se presumen deben su origen a una conducta de contrabando, hicieron ingreso a nuestro país y, por ende, saber si la pretensión de castigo puede aún sustentarse independientemente del transcurso del tiempo, es acudir a la presunción del inciso segundo del artículo 182, puesto que, de conformidad a dicha norma, se presume que quien tenga en su poder tales mercancías está en conocimiento del origen delictivo de las mismas.

Dicha presunción simplemente legal facilita la tarea probatoria de cargo, pudiendo el receptor ser perfectamente aquella persona que hizo ingreso de la o las mercancías “pero que a su

³¹³ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo*. Santiago, Revista *Ius et Praxis*, año 14, N°1, p.51.

³¹⁴ *Ibid.*, pp. 52-53.

respecto exista una imposibilidad de acreditar tal situación con un estándar suficiente como para determinar su participación criminal en el delito de contrabando”³¹⁵.

En lo referente a esta norma, varias son las críticas³¹⁶ que se le han formulado en consideración a que tal presunción, establecida en el inciso segundo del artículo 192 OA, vulnera el principio de la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 4 del CPP, así como también en el artículo 14 párrafo segundo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 8 párrafo segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tales cuestionamientos comparten la idea de que el aspecto subjetivo de un delito (cualquiera sea este), puede tenerse por probado mediante indicios. Sin embargo, la norma en comento es del todo insuficiente, puesto que acude únicamente al indicio de la posesión³¹⁷ para efectos de acreditar un hecho de forma indirecta. En consecuencia, la facilitación probatoria de la norma se erige abiertamente contraria a la presunción de inocencia, en cuanto una persona solo podrá ser condenada mediante sentencia firme que acredite la participación culpable del sujeto en base a la prueba rendida en juicio (artículo 340 CPP), obviándose, a partir de la posesión, la prueba relativa a uno de los elementos del tipo, esto es, el origen de las mercancías.

Pese a los reparos que merece el tipo, las autoridades estatales han visto en la norma una herramienta útil y eficaz en el combate del crimen organizado vinculado al tráfico de mercancías. Es así como, en diversos controles policiales a camiones y/o buses que provienen del extranjero (principalmente) se constata la presencia de, entre otras cosas, mercancía presuntamente infractora, practicándose en el acto la incautación de las especies y la detención de los involucrados³¹⁸.

³¹⁵ GONZÁLEZ HOLMES, Rodrigo y RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, ob. cit., pp.280-281.

³¹⁶ Véase OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo*, ob. cit., pp.54-55.

³¹⁷ Es más, la circunstancia indiciaria de la posesión de mercancías nuevas destinadas a la venta sin que pueda acreditarse su legal internación o su adquisición en el país a una persona determinada es, de acuerdo con el artículo 179 e) de la OA, presunción de autoría del delito de contrabando.

³¹⁸ En términos cuantitativos, el tráfico y comercio ilegal ha aumentado exponencialmente a lo largo de los años en nuestro país, siendo el caso del tabaco el ejemplo más gráfico de ello, de acuerdo a lo dicho en LA TERCERA: “Contrabando de cigarrillos alcanza los US\$27 millones de evasión fiscal”. 2018. La Tercera, Nacional, Santiago, Chile, 20 de agosto, p.12. De acuerdo con datos del SNA, el mercado informal del tabaco reporta un detrimento fiscal por concepto de evasión impositiva cercana a los US\$27 millones de dólares para el período comprendido entre el 1 de enero del año 2018 al 13 de agosto del mismo año, lo que corresponde a cerca de 6 millones de cajetillas de cigarrillos incautadas. En el año 2016, la evasión alcanzó los US\$21 millones aproximadamente y el año 2017 cerca de US\$33 millones. Cifras que, en todo caso, no incluyen las utilidades obtenidas por los contrabandistas que deben su origen al comercio de estos productos. Según las autoridades y organismos de fiscalización, el tráfico del tabaco, así como también el de una serie de productos que son internados de forma ilegal a nuestro país, es realizado por puntos no habilitados y que, por tanto, escapan de las competencias del SNA. A su vez, el traslado de estas mercancías se hace

En este punto conviene subrayar que, una vez constatada la mercancía presuntamente infractora, las autoridades sustentan la pretensión punitiva bajo el título del delito de receptación aduanera, puesto que el imputado al ser descubierto en el transporte oculto de mercancía no puede acreditar la adquisición de la mercancía o su legal permanencia o transporte, asociándose, la receptación a la hipótesis del contrabando impropio clandestino, por cuanto se ingresan al territorio nacional mercancías de lícito comercio sin que estas hayan sido presentadas a control aduanero, estando el imputado en conocimiento de ello, lo que, a su vez, tiene por resultado lesivo el defraudar a la Hacienda por los montos correspondientes a impuestos u otros gravámenes no enterados.

De forma complementaria, en este tipo de casos el SII presenta querrela por el delito de comercio clandestino (artículo 97 N° 9 del Código Tributario) dado que el imputado ejerce clandestinamente una actividad ilícita, ya que se asume, dada la gran cantidad de mercancía que fue ingresada en contravención a la ley, la intención de él o los imputados en orden a comercializarlas al margen del sistema tributario interno de nuestro país y sin cumplir las obligaciones tributarias relacionadas a ellas.

En particular, se tienen dos casos jurisprudenciales³¹⁹ donde se constata la internación ilegal de una suma importante de cajetillas de cigarrillos, condenándose a los imputados, en definitiva³²⁰, por los delitos de receptación aduanera en relación de concurso ideal con el comercio clandestino.

En ambos casos, el supuesto de hecho que gatilla la condena por el delito de receptación aduanera es el transporte oculto al interior de un camión de una gran cantidad de cajetillas de cigarrillos, y estando el imputado en posesión de ellas se asume que está en conocimiento de su origen delictivo.

por medio de compartimentos especiales, como por ejemplo, dotando al vehículo de doble fondo para así ocultar la mercancía, evadiendo la fiscalización hasta la llegada a su punto de destino. Asimismo, es habitual que las mercancías ingresen a través de destinaciones aduaneras de tránsito, siendo descargadas en recintos aduaneros nacionales pagando mínimos impuestos para luego salir del país rumbo a Bolivia o Perú, y posterior a ello, reingresar a nuestro país con destino a diversas ciudades donde serán, finalmente, comercializadas.

³¹⁹ STJOP de Antofagasta, RUC N°0901127879-2, RIT N°160-2011, de 9 de agosto de 2011 y SJG de Antofagasta, RUC N°0700887137-4, RIT N°1643-2008, de 20 de enero de 2009.

³²⁰ El primer fallo condenatorio fue dictado en procedimiento ordinario, el segundo, en procedimiento abreviado (artículos 406 y ss. CPP), ya que, de acuerdo con el *quantum* de la pena solicitada en el caso concreto, esto es, 541 días de presidio menor en su grado medio, se excedía del máximo de presidio menor en su grado mínimo para efectos de poder optar por el procedimiento simplificado como alternativa a la realización de un juicio oral.

Siguiendo, de acuerdo al criterio de ambos tribunales, la hipótesis de contrabando subyacente a esta forma especial de encubrimiento es la correspondiente a la variante clandestina del contrabando impropio (inciso tercero del artículo 168 OA), por cuanto se trataba de mercancías de origen extranjero que eran trasladadas de forma oculta, eludiendo el control del SNA y respecto de las cuales no se mantenía documentación alguna que acreditara su legal internación, permanencia o transporte en nuestro país.

Dicho esto, lo llamativo de ambos casos es la calificación jurídica que hace el tribunal en relación con las mercancías que fueron objeto del procedimiento. En detalle, tenemos que el razonamiento del primer fallo es explícito en su considerando séptimo, asumiéndose para el segundo de los casos los mismos argumentos que fueron empleados para el primero en virtud de los hechos que se tuvieron por probados por el tribunal y por la hipótesis de contrabando subyacente empleada por el tribunal, es decir, contrabando impropio clandestino.

En suma, el primero de los fallos señala que las mercaderías incautadas deben su origen a una conducta de contrabando, ya que se trataba de “221.280 cajetillas de cigarrillos extranjeros de distintas marcas y procedencia, (...) cuyo comercio no era ilícito, ya que no se encontraba prohibida su comercialización sino que estaba limitada por cuanto debía cumplirse para ello con diversas normas (tributarias, aduaneras y de salud) y pago de impuestos, los que en este caso no se acreditaron de manera alguna, sino que más bien se evidenció que respecto de ellas se incumplieron diversas normas”³²¹.

Tal raciocinio es contradictorio con la hipótesis de contrabando que subyace a la receptación por la cual se condenó en este caso, es decir, el contrabando impropio clandestino. En otras palabras, de conformidad al criterio del tribunal, los cigarrillos de tabaco serían mercancías de lícito comercio, lo que, a todas luces y dadas las circunstancias del caso no puede ser considerado como cierto.

³²¹ Como se afirmó, el tribunal cita una serie de normas vulneradas por parte de los sujetos activos. En primer lugar, se incumplieron las obligaciones de rotulación, publicidad e información contenidas en la Ley N°19.419 que regula las actividades relacionadas al tabaco. En segundo lugar, la introducción oculta de los cigarrillos, vulnera las normas establecidas en el Decreto Ley N°828 de Impuesto a los Tabacos Manufacturados y su Reglamento, ya que estos últimos, exigen a los importadores (y a los comerciantes) de tabaco una inscripción en el Registro Especial que lleva el SII para el efecto, y además, deben señalar por escrito a dicho Servicio los precios de venta al consumidor, contar con una guía de despacho para movilizar la mercancía y, por último, obtener una resolución del MINSAL que autorice la comercialización de los tabacos importados. Por su parte, en la internación de los productos no se pagaron los impuestos (IVA y específico del tabaco) y aranceles aduaneros correspondientes.

En primer término, y debido a la normativa tributaria, aduanera y de salud pertinente y, en atención a las clasificaciones anteriormente reseñadas (*supra* Capítulo III sección 3.2.1.2), es dable concluir que el tabaco es una mercancía de importación, circulación, distribución y comercialización *restringida*; afirmación que, como se ha visto, no es rebatida por el fallo en análisis. Es decir, se trata de un producto (tabaco) que puede ser encasillado en el conjunto de aquellas mercancías que tiene reconocido su tráfico legal a condición de la visación o autorización de la autoridad correspondiente llamada a otorgarla.

De ahí que, deviene en imposible hablar en clave de licitud cuando las operaciones que recaen sobre las mercancías en cuestión no respetaron el marco legal vigente desde que las mercancías hicieron ingreso a nuestro país en adelante. Es por esto que, bajo estos supuestos, solamente es posible hablar de mercancías de importación prohibida³²², por cuanto no solo la internación de ellas fue realizada de forma contraria a la ley tributaria y aduanera, sino que la pretendida posterior distribución y comercialización era viciada ante la falta de las visaciones de salud y sanitarias pertinentes para esos efectos.

Preliminarmente, pudiere parecer baladí considerar que la hipótesis delictual subyacente a la receptación para este tipo de casos sea la del contrabando propio y no el impropio, dado el tratamiento punitivo equivalente establecido por nuestra ley (artículo 182 OA en relación al artículo 178 del mismo cuerpo legal), sin perjuicio de que la observación se hace para ilustrar una vez más la incomprensión que comparten tanto los organismos a cargo de controlar el tráfico y el comercio exterior en conjunto con los tribunales de justicia en torno a la correcta calificación de cada uno de los delitos aduaneros.

Por otra parte, pueden recogerse nuevos cuestionamientos a la aplicación del delito de receptación aduanera cuando se condena a comerciantes que distribuyen al público reproducciones (no autorizadas) no originales de ciertas mercancías.

³²² Siempre y cuando se trate de productos auténticos (obtenidos ya sea del fabricante original, distribuidor u otros), ya que, tratándose de productos falsificados, el núcleo punitivo del delito de contrabando deja de tener cabida pasando a ocupar su lugar el tipo penal de uso ilícito de marca registrada del artículo 28 letra a) de la Ley N°19.039, por las razones que ya se han expuesto latamente en esta memoria.

Ejemplo de ello es la sentencia del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago³²³, que en procedimiento abreviado, condenó a los imputados por tres delitos en relación de concurso real o material³²⁴, a saber, infracción de la antigua Ley de Propiedad Intelectual, en específico, la norma de conducta establecida en el antiguo artículo 79 letra c) de la Ley de Propiedad Intelectual, que hoy es recogida en el actual artículo 79 bis³²⁵, luego, por el delito tributario de comercio irregular o ilegal del artículo 97 N° 8 del Código Tributario (a pesar de que en el fallo se habla del delito de comercio clandestino que corresponde al número siguiente del mismo cuerpo legal), en tanto los imputados dispusieron productos en el comercio, a sabiendas, de que no se habían cumplido con las obligaciones tributarias respectivas a dicha actividad comercial y, finalmente, por el delito de receptación aduanera (artículo 182 de la OA), en el entendido de que el imputado poseía mercancías que han sido internadas en contravención a la ley (su origen, de acuerdo al criterio del tribunal, provenía del contrabando propio), cuestión que el imputado conocía o debía conocer al momento de los hechos.

Ahora, el primer reparo que se tiene respecto del contenido de la sentencia viene dado por, como se ha visto, la imposibilidad de aplicar tipos penales aduaneros cuando se está frente a supuestos de hecho que involucran productos pirateados, lo que es concordante con la reinterpretación del objeto material del delito de contrabando propio sustentada en esta memoria y que, por ende, excluye de este último a las mercancías de ilícito comercio.

Empero, de aceptarse los supuestos de la tesis *amplia*, llama la atención la forma en que el tribunal tiene por acreditado la realización del delito de receptación aduanera³²⁶. En síntesis, el raciocinio del tribunal, sin sustento fáctico suficiente, es extender la presunción de conocimiento del origen delictual de las mercancías respecto del poseedor (inciso segundo del artículo 182 OA) a presumir que las especies (juguetes que corresponden a reproducciones no originales o

³²³ Sentencia del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, Causa RUC N°0500343257-4, RIT N°1380-05, de 8 de agosto de 2006.

³²⁴ Esto es de suyo criticable, por cuanto la aplicación del artículo 74 CP corresponde cuando el sujeto activo realiza una serie de conductas penadas por la ley (dos o más) diferenciables entre sí, pudiendo el tribunal optar por la sumatoria de penas. De ahí que, tal aplicación es errónea si se consideran los términos de la acusación y los hechos que tuvo por probados el tribunal (considerando quinto de la sentencia) en la medida en que se trata de una sola conducta, esto es, la comercialización de productos falsificados (“el día 5 de agosto del año 2005, a las 11:20 horas aproximadamente, en el local comercial ubicado en calle San Alfonso N° XX, comuna de Santiago, el imputado fue sorprendido comercializando aproximadamente 449 juguetes que corresponden a reproducciones ilegítimas, esto es, no originales o falsas”), debiendo haber aplicado el artículo 75 CP que contempla el concurso ideal de delitos.

³²⁵ El actual tipo penal establece: “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”.

³²⁶ Véase RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, *Delito de contrabando*, ob. cit., pp.226-230.

falsas, de dibujos, diseños y personajes infantiles conocidos masivamente) han ingresado a nuestro país como parte de un contrabando propio.

Específicamente, el tribunal en su sentencia hace suya las imprecisiones formuladas por la acusación verbal en lo que dice relación con el origen de las mercancías. Pues bien, siguiendo lo dicho por la acusación, se tiene como primera opción, que las mercancías habrían sido obtenidas dentro del mercado interno, lo que descartaría de plano la realización de cualquier delito aduanero. Es así, como se señala que las especies “fueron adquiridas a proveedores irregulares que pasan a vender habitualmente a las galerías comerciales”. Luego, como segunda opción y en abierta contradicción con la primera, se tiene que los acusados no poseían “ningún documento que acreditara que estas fueron importadas o compradas en el mercado interno, toda vez que no recibió factura o boleta por dichas especies, o su internación legal si eventualmente hubieren sido importadas directamente por el acusado”.

A reglón seguido, la sentencia en su considerando quinto, para efectos de justificar la imputación a título de receptación aduanera señala que la conducta desplegada era la “comercialización que se efectuaba sin pagar los tributos que gravan dicha distribución, no pudiendo menos que saber que dichas especies eran objeto del delito de contrabando, al no poseer ningún tipo de documentación que acreditara su internación legal dado que habían sido entregadas por proveedores irregulares”.

En conclusión, se puede observar la deficiente argumentación del tribunal para efectos de extender la presunción de conocimiento de la receptación al delito de contrabando propio, cuestión que “excede con creces los márgenes legales, y el estándar probatorio exige que tal conducta tenga elementos de prueba suficiente que permitan al tribunal adquirir la convicción de condena”³²⁷.

Por su parte, otra forma de abordar los casos de receptación ha sido acusar y condenar en base al tipo de contrabando que le sirve de base. Ejemplo de lo anterior es una sentencia del Juzgado de Garantía de Temuco, en la cual el tribunal condena por delito de contrabando, a pesar de que de acuerdo a los antecedentes de la causa se estaba claramente, ante un caso de receptación

³²⁷ Ibid., p.230.

aduanera, puesto que el imputado adquirió en el año 2003 un vehículo, de procedencia argentina, que fue introducido al país sin cumplir con la normativa legal al efecto.

3.3 Figuras contempladas en el Código Tributario.

De acuerdo con los lineamientos penológicos estudiados, queda por examinar aquellos casos asociados al tráfico y comercialización de mercancías infractoras de DPI una vez que se activan las pretensiones estatales tributarias mediante el rol que juega en estos asuntos el SII.

Para ello, se tienen a la vista una serie de casos caracterizados por el hecho de que la mercancía infractora de DPI ha ingresado al mercado informal de nuestro país y los imputados son sorprendidos vendiendo en la vía pública productos pirateados y/o falsificados.

En seguimiento de la tesis *amplia*, sustentada por el Oficio del SNA³²⁸ y confirmada por numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, la producción y comercialización de mercancías infractoras de DPI “configuran, además de los tipos concretos consagrados en la Ley 17.336 o en la Ley 19.039, el ilícito penal previsto y sancionado por el artículo 97 N° 9 del Código Tributario, en la medida en que dichas actividades importa, de parte de los sujetos que las realizan, actos de comercio o industria que se ejercitan clandestinamente, y que violentan el orden público económico al alterar las condiciones de transparencia e igualdad que deben regular el desenvolvimiento de los agentes económicos”³²⁹.

Y, en complemento de lo anterior, la respuesta jurisprudencial ha sido la construcción de concursos penales, en la mayoría de los casos, concurso ideal de delitos entre infracciones a la OA, las figuras penales de las leyes N°17.336 y 19.039 anteriormente estudiadas y el delito de comercio clandestino del art. 97 N°9³³⁰ y, en algunos casos entre las figuras anteriormente

³²⁸ El Oficio Ordinario N°19.418 del SNA señala que “las conductas de internar al país o comercializar clandestinamente productos infractores de la propiedad intelectual puede ser constitutivo del delito tipificado en el número 9 del artículo 97 del Código Tributario u otras infracciones del ámbito de competencia del Servicio de Impuestos Internos, por lo que deben mantenerse las coordinaciones en el plano operativo y judicial con dicha institución”.

³²⁹ KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p.8.

³³⁰ De forma ilustrativa se tiene: SJG de Iquique, RUC N°1100705336-5, RIT N°7280-2011, de fecha 18 de julio de 2012 y STJOP de Punta Arenas, RUC N°1300948896-5, RIT N°31-2015, de 9 de junio de 2016. Incluso, si se entiende que el bien jurídico protegido por este cúmulo de delitos es siempre la Hacienda Pública, ha de considerarse la opción de solucionar la materia a partir de la aplicación del concurso aparente de leyes de acuerdo con lo dicho en RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, ob. cit., pp.172-173.

señaladas y el delito de comercio irregular del art. 97 N° 8³³¹. Incluso, en algunos casos³³², el concurso de delitos abarca figuras penales aduaneras, uso malicioso de marca registrada y las figuras del comercio clandestino y comercio ilegal simultáneamente.

Lo hasta aquí planteado debe su origen a una tesis no exenta de discusiones que tiene su génesis en el pronunciamiento de la CS en el conocido caso “Dávila”³³³ en el año 1997 y confirmada muchos años después en el caso “Inverlink”³³⁴ del año 2010.

La tesis introducida por dichos fallos sostiene que las rentas originadas en el desarrollo de cualquier actividad comercial ilícita, como lo es precisamente la piratería, está afecta a tributos, por lo que el Estado se encontraría en la necesidad de sostener una pretensión punitiva respecto, primero, de la comercialización ilegítima y, segundo, por la no tributación de las ganancias obtenidas de ello.

Los principales fundamentos de esta tesis pueden resumirse en los siguientes términos³³⁵:

- i) En primer término, se cita la independencia del derecho tributario y las instituciones que lo componen con relación al resto del ordenamiento jurídico, lo que “nos permite concluir que la obligación impositiva nace con la realización del hecho generado sea cual fuere su naturaleza, sin interesar su validez, ni sus efectos en otras ramas jurídicas, ni la calificación moral que merezca”³³⁶.
- ii) Como principal argumento se tiene la definición del concepto de “renta” de la Ley sobre Impuesto a la Renta (en adelante LIR). Dicha ley, en su artículo 2 N°1 define renta como “[l]os ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su origen naturaleza o denominación (...)”. Por

³³¹ Por ejemplo, véase SJG 7° de Santiago, RUC N°0500343257-4, RIT N°1380-2005, de 8 de agosto de 2006, que resuelve, en definitiva, aplicar las penas correspondientes a cada uno de los ilícitos mediante concurso real de delitos del art.74 CP.

³³² Téngase presente: SJG de Osorno, RUC N°1310032178-K, RIT N°4782-2013, de fecha 4 de octubre de 2014 o SJG de Osorno, RUC N°1410021091-7, RIT N°2967-2014, de fecha 11 de marzo de 2015.

³³³ CS, Causa Rol N°3983, con fecha 2 de septiembre de 1997.

³³⁴ CS, Causa Rol N°297-09, con fecha 17 de noviembre de 2010.

³³⁵ Sobre este punto se sigue la estructura formulada por ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ en *Ganancias ilícitas. Una revisión crítica a su tratamiento legal en Chile*, pp.21-29.

³³⁶ ASTE MEJÍAS, Christian, *Exposición de los argumentos en los que se fundamenta la hipótesis de que los ingresos ilícitos no tributan y desarrollo posterior de sus objeciones*, Manual de Consultas Tributarias, N° 351, 2007, p.129.

lo tanto, siguiendo el principio de legalidad en materia tributaria, existiendo un incremento patrimonial percibido³³⁷, y sin importar su origen, naturaleza o denominación, ha de considerarse como renta para los efectos legales de carácter tributario, y por lo mismo objeto de la obligación principal de pago de impuestos y otras accesorias. Sumado a lo anterior, se tiene que la LIR, en sus artículos 17, 18 b) y 18 bis) establece taxativamente los ingresos no renta, no incluyéndose entre estos los ingresos provenientes de la comisión de un delito.

- iii) Se arguye, por su parte, que los delitos de comercio clandestino y comercio ilegal o irregular guarnece, en general, el bien jurídico de orden público económico, entendido este último como “el resguardo de las condiciones de transparencia con las que los sujetos económicos ejercen sus actividades comerciales o industriales”³³⁸. Ahora, sin perjuicio de ello, en específico, las figuras penales bajo estudio protegen mediatamente el patrimonio fiscal³³⁹, pues lo que buscan es evitar la evasión fiscal, mediante la presentación de declaraciones impositivas y el cumplimiento de deberes registrales que son obligaciones accesorias a la obligación principal del pago de los tributos. Por tanto, en vistas de adecuar la protección al cúmulo de bienes jurídicos representados ante la problemática de las ganancias ilícitas, se hace necesaria la intervención penal exclusiva del SII en el ejercicio de la acción penal tributaria (art.162 CT). Ahora bien, del análisis de la jurisprudencia que trata la materia efectuado por ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, conviene destacar que respecto de la actuación del SII “no se pueden identificar criterios vinculados a la pena asignada al delito, o a la pena concreta que el sujeto arriesga, a los montos involucrados en la operación o la reiteración de conductas o a hipótesis de reincidencia, típicos criterios de oportunidad tenidos a la vista por los organismos de persecución criminal para justificar el ejercicio de la acción penal. Así, la actividad persecutora queda entregada en último término al ámbito de la discrecionalidad en torno a la actuación de dicho servicio público”³⁴⁰.

³³⁷ “[E]l impuesto grava el beneficio y el incremento patrimonial, esto es, el resultado, el que tiene lugar también en los casos en que la fuente del mismo sea ilícita o se encuentre viciada y en tanto se presume su devengamiento por la simple manifestación de la riqueza, en los términos establecidos en el artículo 70 de la Ley de la Renta” en KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p.16.

³³⁸ Ibid., p.7.

³³⁹ En el mismo sentido VAN WEEZEL, Alex, *Delitos tributarios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p.18.

³⁴⁰ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.19.

- iv) Desde un prisma sistémico, el conjunto de la normativa tributaria ha de estar orientada a su cumplimiento, por lo que los incentivos económicos deben ser tales que no solo lleven a los contribuyentes honestos a cumplir con las cargas tributarias. En consecuencia, “el no gravar las ganancias provenientes de actividades delictuales, constituiría un mensaje equívoco respecto del contribuyente que da cumplimiento a sus obligaciones, toda vez que se le estaría incentivando a cometer esta clase de conductas, en cuanto estarían exentas de la obligación de pago de impuestos”³⁴¹.
- v) En la misma línea del punto anterior, la no tributación de las ganancias ilícitas contraviene la garantía constitucional de igualdad ante la ley, consagrada en el art. 19 N°2 de la CPR³⁴², puesto que el eximir de declaración y pago de los tributos a quienes cometen un delito y obtienen rentas de ello constituye una discriminación arbitraria para con quien cumple la ley tributaria³⁴³.
- vi) Por último, el castigo penal a la no declaración impositiva de ganancias obtenidas ilícitamente se sustenta en la “probable antijuricidad incrementada” de estos ilícitos en términos bastante similares a los advertidos en el Capítulo IV sección 3.2.1.2. Lo anterior, viene dado porque en la especie existiría una doble infracción al ordenamiento jurídico: a nivel penal, por la producción de ganancias derivadas de una actividad ilícita de base, y a nivel tributario, por el incumplimiento de las obligaciones impositivas de declaración de dichos lucros de carácter espurio³⁴⁴.

Pues bien, expuestas someramente las bases que permiten sustentar la construcción de concursos penales en estas materias, toca profundizar seguidamente en los elementos distintivos de las figuras contempladas en el artículo 97 N° 8 y 9 CT respectivamente, para con posterioridad

³⁴¹ Ibid., p.25.

³⁴² Art. 19 N°2 “La Constitución asegura a todas las personas: 2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

³⁴³ “[C]uando se habla de igualdad en esta sede se la construye considerando únicamente el gravamen tributario, mas no las restantes consecuencias que el mismo hecho tiene en las otras ramas del ordenamiento jurídico”, Nota al pie N° 53, KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p.20.

³⁴⁴ Tal línea argumentativa es construida por la CS, Causa Rol N°2878-2003, de fecha 11 de abril de 2006, que señala en su considerando 5°: “Que, en efecto, las actividades clandestinas condenadas por la disposición en comento lesionan la transparencia que debe imperar en el desenvolvimiento de las actividades comerciales e industriales, únicas a las cuales se refiere el citado artículo 97 N°9 del Código Tributario (...). Y esto ocurre así, aunque las cosas que son objeto del comercio o industria clandestinos provengan de una actividad ilícita e, incluso, es probable que la antijuricidad del comportamiento sea más acentuada precisamente en este caso”.

entregar una opinión revisitada de la materia y señalar por qué consideramos que la enajenación de las especies vulneratorias de DPI es una conducta atípica a la luz de las figuras penales anteriormente citadas.

3.3.1 El delito de comercio ilegal o irregular

El artículo 97 N° 8 CT sanciona “[e]l comercio ejercido a sabiendas sobre mercaderías, valores o especies de cualquiera naturaleza sin que se hayan cumplido las exigencias legales relativas a la declaración y pago de los impuestos que graven su producción o comercio, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento de los impuestos eludidos y con presidio o relegación menores en su grado medio. La reincidencia será sancionada con pena de presidio o relegación menores en su grado máximo”.

En primer lugar, a nivel de tipicidad objetiva, el agente ha de cumplir con los siguientes requisitos:

- i) Ejecutar uno o más actos de comercio de aquellos enumerados en el artículo 3° del CCom³⁴⁵. Así, en análisis de este requisito a partir del elemento de interpretación sistemática de la ley, cabe señalar que “son actos de comercio todos aquellos actos jurídicos que, ya en razón de su objeto, ya en razón del sujeto que los realiza, ya en razón de otros criterios legales, se encuentran sometidos al estatuto jurídico mercantil”³⁴⁶.
- ii) Que el o los actos de comercio se ejerzan sobre mercaderías, valores o especies de cualquiera naturaleza y cuya producción o comercialización se encuentre gravado con algún tributo establecido por la ley (piénsese por ejemplo en el Impuesto al Valor Agregado, en adelante IVA).
- iii) Finalmente, y en relación con las operaciones comerciales de que se trate, no se deben haber cumplido con las obligaciones tributarias de declaración y pago de impuestos respectivos.

³⁴⁵ Por temas de extensión no se cita el artículo 3° del Ccom.

³⁴⁶ KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p.9.

En segundo lugar, el tipo subjetivo de la norma de conducta emplea la locución “a sabiendas”, lo que nos lleva a señalar que quien comete este delito está en conocimiento de que se han incumplido las obligaciones tributarias que gravan una determinada actividad económica, y a pesar de ello decide poner en circulación las especies mediante la realización de actos de comercio en relación a ellas, lo que supone al menos dolo eventual por parte del sujeto activo³⁴⁷.

Por tanto, de la lectura conjunta de los requisitos del tipo penal, se concluye que la conducta típica que se prohíbe no apunta a quien haya producido o vendido en un inicio las especies y no haya cumplido con sus obligaciones tributarias *aguas arriba*³⁴⁸, sino en contra de quien en conocimiento o representación de la omisión de cumplimiento de obligaciones de orden tributario decide de todas formas poner a disposición del público *aguas abajo* las especies en cuestión.

Ahora, en consideración de que el incumplimiento de las obligaciones tributarias es una omisión no imputable a la esfera de control del sujeto activo, ¿en qué se justifica el reproche sancionado por el tipo penal en comento? Ante dicha interrogante puede señalarse que quien comercializa “adquirirá dichos bienes a un menor precio –por cuanto el productor o vendedor de los mismos no cumplió con sus obligaciones tributarias (...)– lo que redundará en una ganancia al momento de poner el producto a disposición del consumidor final, lo cual evidentemente puede ser analizado desde la perspectiva de las distorsiones que ello conlleva al mercado y su competitividad”³⁴⁹.

Por último, toca realizar ciertos comentarios acerca de la penalidad que establece esta norma. A nivel pecuniario, el delito contempla una multa que va desde el cincuenta por ciento hasta el trescientos por ciento del monto de los impuestos eludidos. Por tanto, para determinar la sanción, necesariamente hemos de referirnos al objeto material del delito, que se concretiza en el valor de los bienes producidos o comercializados.

De ahí que, por oposición a los bienes de origen ilícito, respecto de los bienes que participan de la red comercial reconocida en nuestro país, esta disposición no genera mayores inconvenientes

³⁴⁷ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.37.

³⁴⁸ Que sería el sujeto activo del delito tipificado en el artículo 81º de la Ley de Propiedad Intelectual que sanciona la piratería mayor o a gran escala en el caso de que las especies producidas o comercializadas fueran copias no autorizadas de activos protegidos por la PI.

³⁴⁹ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.38.

en tanto la base imponible eludida es fácilmente determinable a partir del valor de mercado de las especies objeto de los actos comerciales de que se trate.

Por su parte, y al igual que para el caso del delito de contrabando (según lo señalado en la sección 3.2.1.2 de este Capítulo), en el delito de comercio ilegal o irregular la ilicitud del objeto material opera como criterio restrictivo en términos de tipicidad en tanto “[j]amás mercaderías, valores o especies provenientes de actividades delictivas podrán ser objeto de actos de comercio, por carecer de aptitud para ello –objeto ilícito– y en lo que dice relación con este punto en particular, por hacer imposible el cálculo de la sanción a aplicar (multa calculada en base a los impuestos eludidos), lo que conlleva a entender la misma como una conducta no subsumible en este tipo penal”³⁵⁰.

Por tanto, es de suma relevancia destacar, tal cual lo hacíamos en la sección 2 de este Capítulo, la prohibición absoluta de comercio que recae sobre las especies derivadas de un delito, como lo son precisamente los bienes producidos o comercializados que violentan los DPI³⁵¹.

En definitiva, cuando se está frente a mercancías, valores o especies pirateados o falsificados no es posible cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 97 N°8 a nivel de tipicidad objetiva, en cuanto no se ejerce efectivamente el comercio sobre especies que puedan ser objeto de tributación.

Así, siguiendo la tesis *restrictiva* apoyada por esta investigación, se tiene que la ley, en términos generalizados, aparta las mercancías que no tienen reconocido su tráfico legal (drogas, por ejemplo), penalizando los supuestos de hecho relacionados a ellas de forma específica. De esta forma, para la comercialización de mercancías infractoras de DPI se ha de disponer la aplicación exclusiva de los tipos penales especiales establecidos en la Ley N°17.336 y la Ley N°19.039 respectivamente, en conjunto con la medida provisional de incautación de acuerdo a la norma general del artículo 187 del CPP y la regla especial del artículo 85 D letra a) de la Ley de Propiedad Intelectual y con el comiso definitivo de los bienes establecido en el art. 31 del CP y en los artículos 85 F de la Ley N°17.336 y 29° de la Ley N°19.039.

³⁵⁰ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.39.

³⁵¹ Sobre las especies que violentan los DPI, KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p.12; señala que “[s]e advierte, de este modo, que la eventual circulación material de dichos bienes no está llamada a generar genuinos derechos subjetivos cuya protección pueda obtenerse por las vías que establece el sistema jurídico; ni a permitir, por medio de actos de intermediación permitidos por la ley, la efectiva circulación de la riqueza”.

Ahora, pese a lo señalado precedentemente, la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales de justicia arriba precisamente a la conclusión contraria, es decir, no es óbice para la aplicación del tipo penal del comercio ilegal o irregular el hecho de que el objeto material en cuestión sea un objeto de carácter ilícito. Ejemplo de ello es el fallo del 6º JG de Santiago en Causa RIT N° 477-2005, de fecha 24 de marzo de 2006³⁵², que establece que la conducta de adquisición y posterior comercialización de libros falsificados de sus originales en conocimiento de las leyes tributarias que amparan el ejercicio del comercio, constituye en relación de concurso ideal la comisión de los siguientes delitos: infracción al artículo 11º letra a) de la Ley N°19.227, en relación al artículo 79º letra c) de la Ley N°17.336 y el artículo 97 N°8 del CT.

A nuestro parecer, la jurisprudencia destacada asienta una interpretación errada y en abierta contradicción con las categorías que informan a nuestro derecho penal, en la medida en que se aplican equivalentemente los mismos efectos legales a dos categorías enteramente disímiles, esto es, los bienes que constituyen objeto lícito por un lado y los bienes ilícitos por el otro, por lo que sostenerla en la imposición de una sanción penal es contrario a principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico como lo son la tipicidad, la legalidad y la igualdad ante la ley.

3.3.2 El delito de comercio clandestino

En el artículo 97 N°9 se castiga “[e]l 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 en instalaciones de fabricación y envases respectivos”.

Con relación a este tipo penal, la doctrina y jurisprudencia nacional es conteste en cuanto a sus requisitos copulativos³⁵³, a saber:

- i) En primer término, se tiene “el ejercicio del comercio o de la industria”, lo que nos remite nuevamente a la normativa comercial y civil atingente. Por tanto, en los hechos, el sujeto activo del delito debe efectuar uno o más de los actos de comercio

³⁵² En esta misma línea se tienen las sentencias dictadas en la Causa RIT N°1380-2005 del 7º JG de Santiago y Causa RIT N°163-2005 del TJOP de La Serena.

³⁵³ Sobre este punto se la sigue estructura realizada por ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., pp.42-45.

contemplados en el artículo 3º del CCom³⁵⁴. Volveremos sobre este elemento con posterioridad.

- ii) Como segundo elemento, tenemos que el comercio o industria debe desarrollarse en términos “efectivamente clandestinos”. De acuerdo con la RAE, clandestino es “lo que se hace secretamente por temor a la ley o para eludirla”³⁵⁵. En definitiva, se trata de un delito de mera actividad, por cuanto no se requiere la producción de un determinado perjuicio³⁵⁶, sino que el sujeto desarrolle actos de comercio de forma secreta y al margen de toda fiscalización estatal, sin cumplir con las obligaciones de declaración y pago de tributos que gravan dichos actos³⁵⁷. Es allí, en la evasión a todo control estatal, donde radica el disvalor de la conducta sancionada. En consecuencia, la ostensibilidad en el ejercicio del comercio es atípica de acuerdo con el requisito de la clandestinidad³⁵⁸. Así, por ejemplo, es conducta típica la efectuada por “aquella persona que compra de manera regular mercaderías en un establecimiento de comercio, cumpliendo todas las normas pertinentes, para luego en su domicilio vender dichos productos de manera efectivamente clandestina, eludiendo de esa manera sus responsabilidades, a nivel tributario, toda vez que estaría realizando un acto de comercio (tal como se entiende en el contexto tributario, comercial y civil) al margen del control estatal, en su faceta recaudadora de tributos”³⁵⁹.

Continuando, en torno al bien jurídico protegido por la norma, destacábamos anteriormente los alcances generales del Orden Público Económico en el resguardo de las condiciones de transparencia y competitividad en las que deben operar los diversos agentes económicos. Por su parte, CEA lo define como “[e]l conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la

³⁵⁴ Dicho artículo, en su numeral 5º, incluye a las “empresas de fábrica, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes”, por lo que el concepto de industria sería una subespecie del comercio, entendiéndose comprendida en este último.

³⁵⁵ Primera acepción de la definición obtenida de la vigésimo segunda versión del Diccionario de la Lengua Española, disponible en www.rae.es.

³⁵⁶ Es más, el tipo penal no considera el monto de los impuestos eludidos con miras a determinar la pena a aplicar.

³⁵⁷ Véase fallo de la CS, Causa Rol N°6451-05, de fecha 29 de enero de 2007, en específico, considerando 16º.

³⁵⁸ De acuerdo con ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.44, “[e]xiste consenso en el sentido de que un comerciante o industrial cuyo establecimiento esté abierto al público no sería clandestino, en cambio sí poseería tal cualidad todo aquel que ejerza una actividad comercial al margen del control y supervigilancia de los órganos fiscalizadores de este tipo de actividades”. Tal razonamiento se encuentra en el fallo de TJOP de Antofagasta, RUC N°0400160762-1, de fecha 16 de julio de 2005.

³⁵⁹ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.52.

economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”³⁶⁰.

Por cierto, y en parte gracias a la amplitud con la cual se ha interpretado el bien jurídico protegido, se ha consolidado la idea de que el delito del comercio clandestino se configura tanto en hipótesis de comercialización de bienes lícitos como también de bienes ilícitos. Jurisprudencialmente, la relación de este delito con las infracciones a la Ley de Propiedad Intelectual se ha resuelto, principalmente, por vía de la aplicación del art. 75 del CP, esto es, el concurso ideal de delitos³⁶¹.

Sin perjuicio de ello, de acuerdo con lo señalado por KRAUSE MUÑOZ, “lo cierto es que debemos reducir su extensión, entendiendo que resguarda el orden público económico –y la transparencia y libre competencia que deben operar en él– sólo en lo que dice relación con el orden tributario y, en concreto, con aquellas reglas que están llamadas a tutelar mediatamente las condiciones bajo las que se ejerce el poder impositivo del Estado. De este modo, la clandestinidad que se sanciona se encuentra referida a las específicas obligaciones tributarias que consagra el mismo Código Tributario, y que es de competencia fiscalizar y perseguir el Servicio de Impuestos Internos (...)”³⁶².

Así, revisitada la esfera de protección del delito de comercio clandestino, conviene discutir si es posible aplicar el tipo penal a situaciones de hecho relacionadas a la comercialización de mercancías infractoras de DPI y, en general, a actividades ilícitas de base. Lo anterior, nos lleva una vez más a centrar nuestro análisis en la idoneidad que tendría el objeto material –mercancías *piratas* o *falsificadas*– para ser subsumido como conducta sancionable a la luz de delitos de orden tributario.

³⁶⁰ CEA, José Luis, citado en UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Curso sobre delitos e infracciones tributarias*, 3ª Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007, p.3.

³⁶¹ Ejemplos jurisprudenciales de esta tendencia son: i) SCA de Valparaíso, RUC N°0400193184-4, de fecha 5 de septiembre de 2005; ii) SCA de San Miguel, Rol Ingreso N°316-2006, de fecha 1 de abril de 2006; iii) STJOP de la Serena, RUC N°0300026.624-7, de fecha 17 de mayo de 2006; iv) STJOP de Antofagasta, RUC N°0400160762-1, de fecha 16 de julio de 2005; v) STJOP de Iquique, RUC N°0510001056-0, de fecha 15 de noviembre de 2005, vi) SJG de Calama, RUC N°0400229379-K, de fecha 19 de abril de 2005; vii) SJG de Ovalle, RUC N°0500175822-7, de fecha 21 de octubre de 2006; y viii) 15º SJG de Santiago, RUC N°0500294199-8, de fecha 24 de octubre de 2005. Sin embargo, también es posible advertir que la relación entre estos delitos se ha resuelto conforme al concurso real de delitos del art.74º del CP, como lo ejemplifica: i) 3º SJG de Santiago, RUC N°0500305907-5, de fecha 3 de noviembre de 2005; y ii) SJG de Punta Arenas, RUC N°0400124997-0, de fecha 29 de septiembre de 2004.

³⁶² Nota al pie de página N° 20 en KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p.7.

Así, como ya se ha señalado en innumerables ocasiones a lo largo de esta investigación, la comercialización de mercancías infractoras de DPI y la posterior obtención de ganancias no es una actividad amparada por nuestro derecho en tanto no constituye ejercicio efectivo del comercio afecto a tributación.

La enajenación de bienes de este tipo, en caso alguno, puede ser considerada como ejercicio efectivo del comercio o industria por las razones anteriormente destacadas en la sección N° 2 de este Capítulo, que hacen referencia a la conjugación que debiese existir entre la normativa tributaria-penal y los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos (dentro de ellos los actos de comercio) establecidos por el ordenamiento civil, en específico en lo relativo al objeto lícito, la nulidad absoluta y la *anulabilidad*³⁶³; de forma tal que es dable concluir que “no cualquier conducta puede entenderse como una actividad comercial en los términos típicos del delito del artículo 97 N° 9 CT, ya que como hemos venido afirmando, solo aquellas conductas constitutivas de “actos de comercio” podrían ser aptas para ser encasilladas dentro de dicha descripción típica. La conducta base que genera ganancias ilícitas por definición siempre será una actividad delictiva (...). Entonces, estamos en presencia de un acto que *per se* es contrario al ordenamiento jurídico, por lo que mal podría ser catalogado, quien realiza este tipo de actos, como un contribuyente o un obligado para con la legislación tributaria, en los términos requeridos por el artículo 97 CT, y no podríamos subsumir la conducta desplegada por el sujeto activo de esta conducta base dentro de los marcos típicos del delito de comercio clandestino, por carecer el acto por él desplegado del carácter “comercial” exigido por dicho tipo penal”³⁶⁴.

Entonces, del análisis anterior y siguiendo la estructura de la tesis *restrictiva*³⁶⁵, podemos concluir que la aplicación del comercio clandestino a una determinada situación de hecho debe distinguir, *prima facie*, si existe o no una actividad (delito) de base que haya generado ganancias. Si ese es el caso, deberá aplicarse y sancionarse la conducta única y exclusivamente por medio de ese delito (por ejemplo, tráfico o microtráfico de drogas, piratería a gran y pequeña escala, entre otros); siempre y cuando se cumplan con los requisitos típicos de cada una de las figuras penales,

³⁶³ Debate que ha sido soslayado por nuestros tribunales de justicia. Ejemplo de ello es el considerando 8° del fallo de la CS, Causa Rol N°990-05, de fecha 19 de octubre de 2006, que señala: “en el libelo en análisis no se aprecia el debido desarrollo de las normas civiles denunciadas como quebrantadas, relativas a los artículos 10, 1445 N° 3°, 1464, 1682 y 1810 del Código Civil, las que sólo se transcriben y, en ese sentido, el escrito no cumple con el requisito de explicar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida, de modo que al haberse omitido tal construcción, faltan al recurso la precisión y certeza indispensables en un arbitrio de derecho estricto como le es el de casación, cuestión que lleva a su denegación”.

³⁶⁴ RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, ob. cit., p.124.

³⁶⁵ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., pp.52-53.

lo que nos lleva a dictaminar que entre el comercio clandestino y las infracciones a la propiedad intelectual e industrial no existe relación concursal alguna³⁶⁶. Ahora, si por el contrario no concurre un delito base, solo podrá aplicarse la figura del comercio clandestino en la medida en que el supuesto de hecho cumpla con cada uno de los requisitos típicos del delito de comercio clandestino desarrollados más arriba en esta sección.

3.3.3 Corrección a la tesis *mayoritaria*: los ingresos provenientes de actividades ilícitas no tributan

Advertidas las anteriores consideraciones que sustentan la tesis que aboga por la inexistencia de relaciones concursales entre los delitos contemplados en la legislación tributaria y los delitos de la Ley de Propiedad Intelectual e Industrial, cabe, en último término, desarrollar sucintamente los puntos de tensión que genera la tesis mayoritariamente sostenida por nuestra doctrina y jurisprudencia (cuyos principales puntos fueron expuestos en *supra* sección 3.3 del presente Capítulo), por una parte, con aspectos sistemáticos y de realidad tributaria de nuestro ordenamiento jurídico y, por la otra, con derechos y garantías consagrados en nuestra CPR y tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile; y que a su vez refuerzan la posición doctrinaria que entiende que la reproducción, distribución y puesta a disposición del público de especies vulneratorias de DPI es una conducta atípica a la luz de los requerimientos de los tipos penales tributarios anteriormente examinados.

3.3.3.1 Las consideraciones de orden tributario que sustentan la tesis contramayoritaria

³⁶⁶ Una solución subsidiaria es considerar que entre las infracciones a la Leyes de Propiedad Intelectual e Industrial y el delito de comercio clandestino existe un concurso aparente de leyes penales. De acuerdo con KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., pp.27-29, lo sancionado por todos estos tipos penales es la misma conducta: la circulación con ánimo de lucro de ciertas especies. La diferencia está en que el disvalor de las conductas reguladas en las leyes de propiedad intelectual e industrial se asocia al objeto material, en cambio, el disvalor del comercio clandestino se centra en las condiciones en que se realiza el comercio de las especies. En resumen, como ambos tipos penales sancionan una misma conducta, no es posible aplicarlos conjuntamente sin vulnerar el principio *non bis in ídem* del art. 63º del CP. A su vez, como argumento adicional para la aplicación del concurso aparente de leyes, se tiene que ambas clases de delitos protegen el orden público económico (para el caso específico de las infracciones a las leyes de propiedad intelectual e industrial véase *supra* Capítulo II sección 3.1.1.2). Por lo tanto, se concluye que “las figuras de delitos que atentan en contra de la propiedad industrial e intelectual suponen todos los elementos conceptuales básicos de la figura del artículo 97 N° 9 del Código Tributario, pero agregan una especificidad en cuanto al objeto que determina que, en supuesto de concurrencia, la aparente duplicidad de normas penales deba resolver por la aplicación de una de estas últimas en razón del principio de especialidad”. Ejemplos del razonamiento anterior son: i) SJG de San Felipe, RUC N°04002096649-3, de fecha 17 de junio de 2005; ii) SJG de San Felipe, RUC N°0400193184-4, de fecha 9 de agosto de 2005; y iii) SJG de San Bernardo, RUC N°0500403922-1, de fecha 22 de marzo de 2006.

Como ya se ha expuesto, quienes se encuentran a favor de que las consecuencias pecuniarias de un delito estén afectas a tributación se basan, primeramente, en el principio de realidad en materia tributaria y la amplia definición e interpretación literal del concepto de renta contenido en el Decreto Ley N°824, por lo que de conformidad a la ley, verificándose un incremento patrimonial en razón del ejercicio de una actividad ilícita, y porque ello no está especialmente excluido por la LIR en sus artículos 17, 18 b) y 18 bis) que establecen los ingresos no renta, se está frente a un ingreso constitutivo de renta, y por lo mismo sujeto a las obligaciones de enrolamiento, registro y pago de tributos.

En definitiva, de acuerdo a esta postura, la pretensión punitiva tributaria ejercida exclusivamente por el SII se activa cuando la actividad económica ilícita ha evadido los controles o estos no se han efectuado y, en consecuencia, se presenta un incremento patrimonial “el que tiene lugar también en los casos en que la fuente del mismo sea ilícita o se encuentre viciada y en tanto se presume su devengamiento por la simple manifestación de la riqueza, en los términos establecidos en el artículo 70 de la Ley de la Renta”³⁶⁷.

A reglón seguido, en atención al fin protector de las normas tributarias, esto es, el Orden Público Económico y, mediatamente, el patrimonio fiscal, en caso alguno será relevante la calificación de la actividad generadora de ingresos, sino que ella se realice bajo la atenta fiscalización tributaria y que por lo tanto el sujeto de que se trate “se enrole para los efectos de quedar sometido al control y supervigilancia del SII, existiendo una presunción de clandestinidad respecto de quien no inicia actividades en el Servicio de Impuestos Internos”³⁶⁸.

A lo anterior, se oponen al menos tres consideraciones. En primer término, y pese a la autonomía del derecho tributario que, en lo que importa, permite sostener la definición amplia de renta, lo cierto es que la legislación tributaria es parte integrante del ordenamiento jurídico y así el argumentar que, respecto de los ingresos de origen ilícito nacen las mismas obligaciones tributarias que afectan a las actividades reconocidas por la ley, es sostener abiertamente una argumentación contraria a la unidad del ordenamiento jurídico³⁶⁹. En este mismo sentido, se pronuncia ASTE MEJÍAS quien señala que “[n]o resulta concebible que un hecho ilícito, al que la propia ley por su mismo carácter le ha privado de efectos jurídicos, pueda constituirse en fuente de una obligación tributaria. Tampoco resulta razonable, por la unidad que se supone debe

³⁶⁷ KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p.16.

³⁶⁸ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p. 85.

³⁶⁹ KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p. 21.

informar el ordenamiento jurídico que aquellas actividades que la propia constitución se ha encargado de expulsar expresa o tácitamente del sistema, puedan entenderse subsistentes únicamente para efectos tributarios (...)”³⁷⁰.

De esta forma, la lectura contraria a la tesis mayoritaria sostiene que la tributación de ingresos ilícitos es contraria a las bases propias de nuestro derecho tributario y es que “[e]stimamos que la causa jurídica de la obligación tributaria en estos casos no puede estar constituida por un hecho ilícito, sea éste de naturaleza civil, administrativo o penal, realizado por el sujeto pasivo de la obligación. Dicho de otra manera, cuando la obligación de satisfacer una pretensión pecuniaria surge de un hecho ilícito, aquélla tiene el carácter de sanción pecuniaria, y no de tributo. La sanción corresponde a la exigencia punitiva de Estado, mientras que el tributo dice relación con su actividad financiera”³⁷¹.

En segundo lugar, la percepción de ingresos ilícitos no puede entenderse como incremento patrimonial efectivo en un sentido estrictamente jurídico³⁷². Esta postura, se contrapone a la idea de que la simple manifestación de riqueza en un sentido material-temporal quede comprendida en la presunción del art. 70 de la LIR, que establece que toda persona disfruta de una renta a lo menos equivalente a sus gastos de vida y de las personas que viven a sus expensas.

En otras palabras, la corrección de la tesis mayoritaria sostiene que es incompleto señalar de buenas a primeras que existe un efectivo incremento patrimonial a partir de un mero análisis económico de los bienes que goza un determinado sujeto en dos momentos diversos en el tiempo. Tal presunción de propiedad es una de tipo simplemente legal, por lo que “[s]i logra determinarse que la fuente de la riqueza es un ilícito, es evidente que no podremos hablar de un incremento patrimonial en un sentido que interese al derecho, y cualquier variación externa del mismo tendrá una naturaleza provisional o aparente, debiendo resultar neutralizada provisionalmente con las medidas que se adoptan en el proceso, y de manera definitiva con la pena y sus consecuencias accesorias”³⁷³.

³⁷⁰ ASTE MEJÍAS, Christian, ob. cit., p.118.

³⁷¹ DAVIS CASTRO, Cristián, *Situación tributaria del enriquecimiento ilícito: una discusión doctrinaria*, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Santiago, N° 7, 2003, 189-190.

³⁷² Se sigue la estructura argumental contenida en KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p.22.

³⁷³ Ídem.

Por último, se tiene que la conducta de circulación con fines de lucro de especies vulneratorias de DPI no solo no infringe la norma del comercio clandestino por la inidoneidad del objeto material³⁷⁴, sino que tampoco tiene aptitud lesiva para con los bienes jurídicos protegidos por las normas tributarias.

En fin, como observábamos, el disvalor de la conducta sancionada por el comercio clandestino viene dado por la proscripción de la clandestinidad en que operan ciertos actores del mercado que infringen las normas mínimas de transparencia y competitividad que establece nuestro ordenamiento a nivel impositivo.

Sin embargo, dicho disvalor solo se configura en la medida en que la evasión al control estatal se efectúe respecto de actividades lícitas cuyos efectos son reconocidos y resguardados por nuestro ordenamiento jurídico. En cambio, no existe disvalor asociado a la clandestinidad impositiva en el ejercicio de una actividad ilícita, por cuanto por definición siempre se desarrollarán al margen de todo control estatal y desde un comienzo desprovistos de efectos jurídicos, o si se quiere, con efectos jurídicos aparentes. De esta forma, “sólo puede merecer un reproche la falta de cumplimiento de deberes de registro e información en relación con aquellas actividades cuyo ejercicio se encuentra sometido a dichas cargas. Toda vez que no hay deber de registro ni información de actividades ilícitas, es evidente que no podemos estimar que concurre incumplimiento o infracción alguna, y el que ellas se ejerciten al margen del sistema jurídico no infringe ni puede infringir la norma imperativa que subyace al tipo penal del artículo 97 N° 9 del Código Tributario”³⁷⁵.

3.3.3.2 Tensión de la tesis mayoritaria con garantías fundamentales reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico

3.3.3.2.1 La garantía a la no autoincriminación o autoinculpación

En esta apartado nos dedicaremos a evidenciar el *desfavorable dilema*³⁷⁶ en el que se encuentra el comerciante de especies pirateadas y/o falsificadas en la medida en que el cumplimiento de las obligaciones tributarias relacionadas a dicha actividad (v.gr. enrolamiento, iniciación de

³⁷⁴ Véase lo dicho en sección 3.3.2 Capítulo IV.

³⁷⁵ KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p.13.

³⁷⁶ El *cruel trilemma* es un término utilizado por la Corte Suprema de Estados Unidos en el año 1964 en el caso *Murphy v. Waterfront Commission*.

actividades, emisión de boletas, declaración de renta, etc.) es, de acuerdo a la tesis de la tributación de las ganancias ilícitas, el único camino legal que le permitirá evitar el castigo a nivel de delitos tributarios, tales como el comercio irregular o el comercio clandestino.

Por tanto, aquí se hace hincapié en la tensión existente entre esta interpretación doctrinal y jurisprudencial y del derecho a no declarar contra sí mismo³⁷⁷ que asiste a cualquier persona que se vea involucrada en un proceso penal; derecho que tiene pleno reconocimiento constitucional³⁷⁸, legal³⁷⁹ e internacional³⁸⁰ (por medio de la incorporación a nuestra legislación de una serie de tratados internacionales según dispone el inciso 2º del artículo 5º de la CPR³⁸¹).

Así, sobre la tesis que resuelve esta problemática a favor de la normativa tributaria y el deber de contribuir, y que incluso señala que la garantía constitucional de la prohibición de la autoinculpación no aplica en estas materias, puesto que es necesario diferenciar entre las instituciones de la confesión penal y la declaración (que aplica con fines exclusivamente tributarios)³⁸², diremos que constriñe indeterminada e ilegítimamente a la revelación de la comisión de uno o más delitos relacionados a la comercialización de mercancías infractoras de DPI.

Por tanto, conforme a esta visión de las cosas, quien contrabandea especies o las ofrece en el mercado *negro* (o bien ejerce ambas actividades), ha de cumplir con las obligaciones correspondientes respecto a las rentas obtenidas y con ello obtener como respuesta la

³⁷⁷ Sobre los alcances prácticos de la garantía a la no autoinculpación véase MATURANA MIQUEL, Cristián, “*Los derechos de la víctima y del imputado en el nuevo proceso penal*”, Revista de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 20, Santiago, 2005, pp.159-160.

³⁷⁸ El derecho se encuentra consagrado en el artículo 19 N°7 letra f) de la CPR que establece que “en las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según sus casos o circunstancias, señale la ley”.

³⁷⁹ El artículo 93º del CPP establece “Derechos y Garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial, tendrá derecho a: (...) g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento”.

³⁸⁰ Entre ellos destacamos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) que señala en su artículo 14.3: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”, y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) que dispone en su artículo 8.2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.

³⁸¹ Sobre el alcance de la disposición constitucional y las corrientes doctrinarias que se pronuncian acerca del valor de los tratados internacionales de derechos humanos véase con mayor detalle ZALAQUETT, José y NASH, Claudio, *Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en Chile*, Revista de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N°20, Santiago, 2005, pp.69-70.

³⁸² KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p.17.

imposición de “un castigo por la conducta ilícita de base por él realizada –respecto de la cual se autoinculpa– además de recibir aparejado el reproche por la infracción tributaria de comercio clandestino, que se configura como consecuencia necesaria del acto de autodenuncia por él efectuado”³⁸³.

Lo anterior, qué duda cabe, es una sobrerreacción punitiva estatal³⁸⁴ que opera en estas materias³⁸⁵, lo que se justifica primordialmente en la protección de bienes jurídicos de naturaleza colectiva³⁸⁶, como lo es precisamente el Orden Público Económico y, que en último término hace irreconocible al derecho en comento, vulnerándose con ello al artículo 19 N°26 de la CPR que establece la prohibición de afectar los derechos constitucionales en su esencia³⁸⁷.

Por otra parte, y sin desconsiderar lo hasta aquí dicho, la línea argumentativa mayoritaria desconoce las consecuencias procesales que trae aparejada y es que “la infracción a la prohibición constitucional e internacional torna a la prueba en ilícita; la infracción a las normas procesales que la cautelan hace simplemente ilegal la prueba y, por ende, la sujeta a los parámetros de la nulidad procesal con sus modalidades de convalidación, exigencia de perjuicio y semejantes”³⁸⁸.

En síntesis, constatada la esencialidad del derecho a la no autoincriminación como derecho humano básico no cabe sino destacar la obligación de respeto que pesa sobre el Estado en

³⁸³ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p. 95.

³⁸⁴ La expansión del derecho penal y la tensión que ello genera con la garantía de la no autoincriminación tiene variadas expresiones y debates. Uno reciente es aquel que se originó producto de la introducción del Proyecto de Ley que “Modifica el Código Penal para tipificar como delito la alteración de la paz pública mediante la ejecución de actos de violencia, y agrava las penas aplicables, en las circunstancias que indica”, Boletín N°13090-25, de fecha 25 de noviembre de 2019, y que en definitiva busca primordialmente dos cosas. Primero, crear un nuevo delito que sanciona a quienes turban gravemente la tranquilidad pública, en actos públicos, sean o no autorizados por la autoridad, cubriendo su rostro intencionalmente con el propósito de ocultar su identidad, sancionándose con reclusión menor en su grado medio (541 días a 3 años y 1 día). Segundo, para el caso de los delitos contra las personas, se reconoce como agravante el uso de capucha u otros elementos semejantes con el fin de ocultar la identidad. En suma, a las consideraciones de seguridad y orden público se opone la idea de que en la utilización de la capucha u otro elemento que dificulte la identidad no hay lesión a bien jurídico alguno, es más, puede decirse que se trata de un acto impune de autoencubrimiento. Así, el proyecto es inconstitucional por cuanto su ideal central es sancionar al que comete un delito estando encapuchado, lo que implica sancionar a alguien por no contribuir a ser capturado.

³⁸⁵ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.95.

³⁸⁶ Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, 2ª edición, Montevideo, 2006, p.6.

³⁸⁷ “La garantía constitucional, internacional y legal, efectiva, la constituye la prohibición absoluta y sin excepción alguna que se impone al sistema estatal de no forzar la voluntad de una persona para obtener su declaración; nadie puede ser moral ni físicamente obligado a declarar ni, todavía menos, en su propia contra”, TAVOLARI, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 2007, p.172.

³⁸⁸ TAVOLARI, Raúl, ob. cit., p.178.

relación a la no interferencia en la esfera de autonomía de los derechos constitucionales de los ciudadanos y, en consecuencia, a “la proscripción del sistema procesal penal de todo mecanismo coactivo, al igual que toda argucia, engaño o promesa para obtener la declaración del imputado en contra de su voluntad”³⁸⁹.

3.3.3.2.2 El principio de proporcionalidad

Como se ha destacado a comienzos de este Capítulo, el ejercicio del *ius puniendi* ha sido históricamente una de las actividades estatales que envuelven un mayor potencial lesivo para con las libertades y garantías fundamentales de los ciudadanos, en específico, la libertad individual de las personas. Por lo mismo, la razonabilidad de dicha labor descansa primordialmente en la observancia de los parámetros que informa el principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación de los medios empleados en relación con el fin perseguido³⁹⁰ que este principio introduce.

Entonces, en atención a la postura crítica hasta aquí planteada, nos permitiremos incorporar como nuevo baremo de análisis el principio de proporcionalidad y los subprincipios que lo componen (a saber, idoneidad, necesidad y proporcionalidad *en sentido estricto*), para efectos de medir el rendimiento de la tesis de la tributación de las ganancias ilícitas y su consecuente respuesta jurisprudencial. En otras palabras, en función del principio citado podremos discernir si acaso en estas materias la afectación del derecho a la libertad personal garantizado en el artículo 19º N°7 de la CPR por medio del castigo penal es legítima o no³⁹¹.

³⁸⁹ ZAPATA GARCÍA, María Francisca, *La prueba ilícita*, LexisNexis, 1ª edición, Santiago, 2005, p.88.

³⁹⁰ “Constituye un principio *de carácter relativo*, del que no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso, según la relación de medio a fin que, eventualmente, guarde el límite o gravamen de la libertad, con los bienes, valores o derechos que se pretenda satisfacer. No proscribire para el siempre el empleo de un instrumento cualquiera (v.gr., la expropiación forzosa), como tampoco la persecución de un determinado objetivo (causa de interés general) aisladamente considerados. Es sólo la secuencia en la que uno y otro se insertan, bien sea en la norma, bien en su aplicación al caso concreto, lo que le interesa. Es, por ello, un principio *relacional* en el sentido de que compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin.” En BARNÉS, Javier, *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, INAP, Cuadernos de Derecho Público, N° 5, Madrid, 1998, p.17.

³⁹¹ Según Alexy, el principio de proporcionalidad recibe aplicación exclusivamente para medir las restricciones o limitaciones a las normas entendidas como principios. De esta forma y de conformidad a su clásica distinción, se tiene que “(2). Las reglas son normas que exigen algo en forma definitiva. Ellas son, por lo tanto, mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. Si una regla es válida y las condiciones para su aplicación son satisfechas, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Si esto se cumple, entonces la regla ha sido satisfecha, si no se cumple lo que ella estipula, entonces la regla no ha sido satisfecha. Por el contrario, los principios son mandatos de optimización. Como tales, ellos exigen que algo sea realizado «en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes» (3). A diferencia de las reglas, las posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por los principios opuestos. Por esta razón, los principios, tomados por sí solos, siempre implican un mero mandato de optimización. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio respecto a lo que ordena otro principio, se determina por medio de la ponderación. Por lo tanto, la ponderación

Pues bien, el principio de proporcionalidad ha sido definido desde un punto de vista teleológico como el “conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta *a priori absolutamente* inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir *a todas luces* otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar a ese objetivo *con igual grado de eficacia*; o desproporcionado en sentido estricto, por generar *patentemente* más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego. Es al fin elegido por la norma o en su aplicación al que hay que hacerle hablar, el que nos dirá si el medio adoptado quiebra solemnemente los criterios apuntados”³⁹².

Como veremos a continuación, existen razones conformes a cada uno de los subprincipios que componen al principio de proporcionalidad que sirven para afirmar que la tesis mayoritaria y sus consecuencias prácticas no superan el *test* de legitimidad que habilita limitar la libertad individual de agentes involucrados en un proceso penal relativo al tráfico y/o comercio de especies infractoras de DPI, sin perjuicio de que tales argumentos sean extensibles a toda intervención punitiva que diga relación con la obtención de ganancias derivadas de la comisión de un delito.

- i) De acuerdo con el principio de *idoneidad o adecuación*³⁹³, el acto limitativo escogido ha de reunir las condiciones necesarias para la consecución del fin propuesto, lo que equivale a decir que el medio no sea *inútil* con relación al fin. De ahí que el análisis ha de centrarse en determinar si eventualmente la imposición de una pena penal por medio de la aplicación del concurso de delitos en los términos que ya hemos analizado contribuye o no a la recaudación fiscal. Pues bien, por un lado se tiene la tesis bajo escrutinio que, con base en el principio de legalidad tributaria, el amplio concepto de renta y, principalmente, en atención al bien jurídico protegido por las normas del artículo 97 del CT estudiadas, entiende que la sanción penal por la no tributación de ingresos funciona como disuasivo conductual de conformidad a consideraciones de

es la forma específica de aplicación de los principios”, ALEXY, Robert, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*”, Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 91, Madrid, 2011, pp.12-13.

³⁹² BARNÉS, Javier, ob. cit., p.16.

³⁹³ “El primer subprincipio, el principio de idoneidad, excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado”, ALEXY, Robert, ob. cit., p.13.

prevención general negativa. La postura contraria, a la cual adscribimos, señala que la amenaza de punición en estos rubros “no es un mecanismo que permita en definitiva el logro del objetivo propuesto, dado que aun cuando podamos considerar que dichas ganancias constituyen renta (cuestión que negamos) y que las personas autoras de los delitos que producen las ganancias tienen el carácter de contribuyentes (cuestión que también negamos), en los hechos las personas que cometen delitos que generan ganancias siempre se mantendrán fuera del sistema formal de tributación, aun cuando existan incentivos de carácter punitivo que les conminen a declarar y pagar sus impuestos. Esto es así, en cuanto el éxito del actuar delictivo se fundamenta en el no ser descubierto por la autoridad estatal”³⁹⁴.

- ii) Sin quitar la vista del objetivo, esto es, la recaudación fiscal, es posible señalar que la aplicación de una sanción penal a los infractores de ley no es siquiera necesaria³⁹⁵ y ello porque la ley contempla una batería de medidas que se aplican a los efectos (ganancias) del delito, que sin lugar a dudas son de una menor entidad que la aplicación de una sanción personal, y que por sí mismas logran cumplir con el cometido propuesto en la medida en que el Estado se hace de las ganancias obtenidas por vía de la aplicación de la pena accesoria del comiso contemplada en el artículo 31 del CP³⁹⁶. Además, dicho sea de paso, aplicar exclusivamente el comiso de los ingresos es conforme con la garantía del *non bis in ídem* del artículo 63º del CP puesto que con ello se evita generar tensiones con la garantía antedicha, en el sentido de que la tesis mayoritaria considera aplicar acumulativamente los efectos penales de la actividad ilícita de base con las sanciones de orden tributario, sancionándose una misma conducta por vía de dos sanciones diversas³⁹⁷.
- iii) Por último, de acuerdo con el estudio de una serie de casos relacionados al tráfico y comercio de especies vulneratorias de DPI, es posible dar cuenta de la sobre-reacción estatal en orden a castigar y amenazar a los infractores de ley con el acaecimiento de

³⁹⁴ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.101.

³⁹⁵ “Este principio exige que de entre dos medios igualmente idóneos respecto a P1, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a P2. Si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra”. ALEXANDER, Robert, ob. cit., p.14.

³⁹⁶ “La manera en que las ganancias provenientes de la realización del delito queden inmersas dentro del concepto “efectos” depende de ampliar la interpretación del mismo modo para así no sólo circunscribirlas al producto del delito, sino que también respecto de todos aquellos ingresos que obtenga el delincuente a causa de su actuar. Junto con lo anterior, la sanción se vería del todo reforzada con el rol que pueda cumplir la utilización de la pena de multa respecto del delito que genere la ganancia (...)”. ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.122.

³⁹⁷ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., pp.101-102.

un mal penal mucho más severo del que corresponde, lo que carece de sustento si se siguen las bases de la tesis *restrictiva* que alienta por una suerte de deflación en la intervención penal en estas materias. Por tanto, no queda sino concluir que la tesis de la tributación de las ganancias ilícitas es contraria al principio de proporcionalidad *en sentido estricto* o *juicio de ponderación*, que sugiere optimizar los principios cuando estos colisionan en razón de las posibilidades normativas que nuestro ordenamiento jurídico dispone y que sigue la regla de “[c]uanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”³⁹⁸. Lo anterior es plausible en la medida en que la tesis pro-tributación, para efectos de cumplir con el *test* de proporcionalidad, requerirá de razones de una magnitud considerablemente mayor a las ya expuestas en sección 3.3 de este Capítulo, para no solo amenazar “al ciudadano con una sanción de mucho mayor intensidad que la se encuentra contemplada para el propio delito base, delito que en definitiva convengamos no tutela aquellos intereses fundamentales para el desarrollo de una sociedad libre, sino que más bien intenta dar protección a los legítimos intereses de los creadores, y principalmente de quienes comercializan obras artísticas”³⁹⁹, así como también vulnerar derechos constitucionales como el derecho a la no autoincriminación o quebrantar principios que informan a la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico y que sustentan nuestro Estado de Derecho, tales como el principio de lesividad, proporcionalidad de la pena, reserva penal, la intervención mínima y la subsidiariedad, entre otros.

3.3.3.2.3 La igualdad ante la ley

Finalmente, toca referirnos al argumento esgrimido por los organismos que llevan adelante la persecución penal del tráfico y comercio de especies infractoras de DPI y que dice relación con la discriminación arbitraria que afectaría a aquellos contribuyentes u obligados por la ley tributaria que cumplen con las cargas e impuestos que gravan el comercio legítimo en desmedro de los infractores de ley.

De acuerdo con la postura oficial, y en seguimiento de los principios de eficiencia, justicia distributiva en los aportes a las arcas fiscales y de coherencia con la unidad del ordenamiento

³⁹⁸ ALEXY, Robert, ob. cit., p.15.

³⁹⁹ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., pp.102-103.

jurídico, es contrario a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley⁴⁰⁰ no exigir el mismo comportamiento tributario que se exige a quienes participan del mercado formal en nuestro país respecto de quienes cometen delitos y generan a su vez réditos de ello⁴⁰¹. De ahí que, según la tesis mayoritaria, aplicar las sanciones contempladas por la ley penal es la vía para salvar el trato más benigno para con el ciudadano que se aparta de la ley.

Ahora bien, de acuerdo a KRAUSE MUÑOZ⁴⁰², no es cierto que quienes generan ganancias en el comercio informal o pirata reciban un trato de mayor benevolencia en comparación con el resto de agentes económicos participantes del comercio legítimo, por cuanto, como ya hemos podido desarrollar latamente en esta investigación, nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto excluye a las mercancías infractoras de DPI y las operaciones que recaigan sobre ellas en la medida en que no sirven genuinamente para transferir de un modo vinculante la riqueza.

Además, a diferencia de lo planteado hasta aquí, es posible señalar que no toda discriminación efectuada por el ordenamiento jurídico ha de considerarse arbitraria *per se*, dado que pueden existir buenas razones que sustenten una aplicación diferenciada de la ley.

En ese entendido se pronuncia ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ⁴⁰³, quienes señalan que existen al menos tres razones de peso que hacen recomendable no aplicar la ley tributaria a quienes comercializan especies *pirateadas* o *falsificadas*.

La primera de esas razones dice relación con que en la aplicación de la ley tributaria, que considera renta al ingreso de origen ilícito y contribuyente (u obligado) al agente delictual, se vulneraría el conjunto de garantías procesales (incluida la garantía a la prohibición de la autoincriminación) que asisten a todo aquel a quien se le impute participación culpable en la comisión de un delito, y que sirven como mecanismo corrector de la desigualdad de posiciones de los diversos intervinientes del proceso penal y de protección ante la particular intensidad con la que la imposición de una pena amenaza a la libertad individual de aquel que aún no es siquiera condenado por sentencia definitiva firme condenatoria.

⁴⁰⁰ El artículo 19° N°2 de la CPR garantiza “2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

⁴⁰¹ KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p.16 y ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.103.

⁴⁰² KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, ob. cit., p.26.

⁴⁰³ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., pp.104-105.

La segunda razón a destacar se conecta con lo dicho en el apartado anterior y esto porque los argumentos que sostienen la tesis de la tributación de las ganancias ilícitas y la consecuente construcción de concursos penales en los procesos penales que se llevan adelante no superan el *test* de proporcionalidad que el principio en cuestión propone.

En tercer y último lugar, los autores critican la tesis mayoritaria puesto que en sus consideraciones, el adscribir a la tesis que aplica iguales efectos tributarios a dos categorías antagónicas (lícito e ilícito) implica la legitimación estatal de las actividades de origen delictual lo que en su concepto es equivocado dado que “podríamos señalar que el Estado se transforma en una especie de receptor institucionalizado de estas ganancias, cuestión que desde una perspectiva de política pública y de incentivos ciudadanos parece del todo inconveniente”⁴⁰⁴.

4. *Lege ferenda*

Avanzar a nuevos estadios de resguardo e incorporar y modernizar los mecanismos jurídicos de protección de la PI ha sido un tema prioritario en la agenda legislativa, presupuestaria y operacional de las últimas décadas en nuestro país. Como hemos podido advertir, tales preocupaciones vienen determinadas por ofrecer al mundo globalizado una red comercial abierta y atractiva, de rápida adaptación ante las nuevas formas que asume la criminalidad y con baja presencia de especies infractoras.

En dicho entendido, se ha destacado, primeramente, la Ley N°19.912 que establece en su Título II las Medidas en Frontera para la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, y que se constituye en la piedra angular de lo que hemos denominado el nivel de *cautelar* de protección de los DPI.

Esta normativa, como hemos visto, consagra un procedimiento judicial de suspensión a instancia de parte, así como también la suspensión de despacho de oficio del SNA como mecanismos *amplios* de protección cautelar (previo al ingreso de la mercancía al mercado negro o informal), conformes con los estándares internacionales y las obligaciones legislativas asumidas por el Estado chileno en la materia (ADPIC y TLC con EE.UU).

⁴⁰⁴ ORTIZ CHAMORRO y RÍOS ÁLVAREZ, ob. cit., p.105. En similares términos véase BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, ob. cit., p.2.

Seguido de ello, hemos desarrollado a cabalidad cada uno de los elementos normativos distintivos y comunes de las normas de conducta penales que habitualmente son vulneradas en el comercio de bienes de origen o fabricación espuria, a saber, el delito de piratería contemplado en el artículo 81 de la Ley N°17.336 y el delito de uso ilícito de marca registrada consagrado en el artículo 28 letra a) de la Ley N° 9.039.

Luego, en abierta contradicción al marco legislativo vigente en nuestro país y los principios que nuestro ordenamiento informa, se tiene la configuración de una tesis *amplia* de protección cuyo punto de partida es el Oficio Ordinario N°19.418 del SNA, que instruye a los diversos operadores del sistema (SNA, el SII y los legítimos titulares de derechos) a coordinar sus actuaciones procesales e incoar procesos que tienen por finalidad, primero, sancionar a los infractores de ley a través de un conjunto de tipos penales y con ello crear un efecto disuasorio en la población y, segundo, expulsar del comercio las mercancías falsificadas o pirateadas en la justificación del potencial lesivo que estas tiene para con los derechos de propiedad que legítimamente ostentan los creadores de objetos protegidos, los importadores, los distribuidores oficiales, entre otros, y el resguardo de bienes jurídicos de naturaleza colectiva tales como el Orden Público Económico, la Libre Competencia, la Salubridad Pública, el Medio Ambiente, etc.

Ahora, advertidos los esfuerzos de salvaguarda y paralelamente la necesidad de sancionar penalmente este tipo de conductas, no ha sido posible concluir sin antes integrar en nuestro análisis la necesidad de actualizar nuestra estructura legal preventiva por medio de una batería de reformas a nuestras instituciones y, por su parte, acoger las voces críticas que abogan por una suerte de *deflación criminal* del tráfico y comercio de especies vulneratorias de DPI en oposición a la tesis tradicionalmente sostenida por el SNA y el SII y confirmada mayoritariamente por nuestro tribunales de justicia con competencia penal.

Pues bien, con relación al primero de los cometidos y con miras a anexar mecanismos de mayor eficiencia en nuestro ordenamiento jurídico, se toman algunas de las recomendaciones de modificación legislativa contenidas en el Oficio Ordinario N°19.416 del Director Nacional de Aduanas, de fecha 29 de diciembre de 2008, así como también propuestas de cambio basadas en legislaturas comparadas.

Ante todo, al modelo chileno de medidas de frontera se le critica por su extrema tendencia hacia la judicialización⁴⁰⁵, tanto para la suspensión de despacho a instancia de parte, como también para aquella decretada de oficio por el SNA y luego eventualmente confirmada por el juez competente a requerimiento del privado interesado.

Así, a la inversa de nuestra legislación, y con miras a franquear los altos costos económicos de litigación y de oportunidad que genera la judicialización, el sistema peruano de protección de la propiedad intelectual a nivel de frontera⁴⁰⁶ se caracteriza por resolver estas materias en instancias de tipo administrativas dirigidas por la Administración Aduanera (SUNAT) en conjunto con la entidad que lleva adelante el registro de derechos (INDECOPI) y en colaboración directa con los privados lesionados en sus derechos, lo que permite, en último término, descongestionar la judicatura reduciendo su intervención exclusivamente a cuestiones de fondo⁴⁰⁷.

Este sistema de carácter administrativo es precisamente propuesto en el Oficio Ordinario N°19.416, que plantea, para la suspensión de despacho a solicitud de parte, facultar a los Directores Regionales o Administradores de Aduana para que, con los antecedentes proporcionados por el titular de los derechos, otorguen la medida de suspensión del despacho, sin más trámite⁴⁰⁸.

En segundo lugar, otro de los cuestionamientos al sistema chileno es la falta de coordinación entre las entidades públicas y los privados en relación con el flujo de la información relevante que permite evitar la comisión de ilícitos, lo que influye notoriamente en la escasa utilización de la suspensión a requerimiento de parte⁴⁰⁹. Lo anterior, es resuelto en el país incaico mediante la obligatoriedad que se impone a los privados en torno a contar con un número de registro de derechos de propiedad intelectual ante la SUNAT con miras a que estos últimos proporcionen a la autoridad estatal datos sensibles que permitan detectar y diferenciar objetivamente la mercancía legítima de aquella que no lo es (piénsese en las formas de embalaje, rótulos,

⁴⁰⁵ MOSQUEIRA CHAUCAS, ob. cit., p.48.

⁴⁰⁶ Contenido primordialmente en el Decreto Legislativo 1092, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 003-2009-EF y el Procedimiento Específico expedido por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria INTA.PE-00.12 (VI).

⁴⁰⁷ MOSQUEIRA CHAUCAS, ob. cit., p.48.

⁴⁰⁸ Oficio Ordinario N°19.416 del Director Nacional de Aduanas de fecha 29 de diciembre de 2008, p.3.

⁴⁰⁹ "En cuanto a las dificultades logísticas, resulta complicado que los titulares de las marcas puedan acompañar los antecedentes que hagan presumir la infracción reclamada, ya que la ley exige información bastante detallada con respecto a la mercadería que se pretende fiscalizar, y con respecto al lugar donde se encuentra la mercadería o destino previsto. En general los titulares de las marcas protegidas, no cuentan con la inteligencia para determinar en qué embarque o transporte vendrá una determinada mercadería, y menos anticipar el punto fronterizo donde arribe". PARRAGUEZ RUIZ, Rodrigo, ob. cit., p.60.

hologramas, sellos de garantía y seguridad anti-falsificación, entre otros) y determinar los países en los que se fabrican las especies o desde los que se distribuyen, las rutas y canales de comercialización⁴¹⁰.

Otra de las razones que inciden negativamente en la participación de los privados es precisamente la posibilidad⁴¹¹ de que el tribunal exija la constitución de una fianza o garantía suficiente para cubrir los daños que pudiere irrogar la adopción errónea o con fines meramente dilatorios de la medida de suspensión, y que muchas veces tiene un costo económico similar al de la importación. Este problema, que se presenta tanto en nuestro país como en Perú, no es tal en Japón, puesto que el país asiático en la Ley Aduanera N°61 contempla un procedimiento de verificación preliminar que permite "la participación del titular de la marca, el importador y la autoridad aduanera en la inspección directa de la mercancía, así como la facultad que tiene el solicitante de la aplicación de medidas en frontera de realizar el "examen de muestra" que puede consistir desde un análisis superficial hasta un eventual desmantelamiento de la muestra para descubrir pruebas sobre su falsificación"⁴¹², y con ello identificar previo a la suspensión la mercancía pirateada o falsificada y así poder decidir si el caso amerita judicialización o no.

En otro orden de consideraciones, la medida de la suspensión de despacho de oficio y el procedimiento contemplado en la ley para su adopción también ha sido objeto de críticas⁴¹³. Destacábamos anteriormente aquella crítica que apuntaba a la diferencia que existía entre los plazos que median entre la adopción de la medida y eventual alzamiento o confirmación que contemplaba nuestra ley para la suspensión de despacho de oficio en comparación con la establecida para aquella que requiere de solicitud de parte (cinco días en comparación a diez días), diferencia que fue suprimida por la Ley N°20.997 de fecha 13 de marzo de 2017, extendiendo la duración de la medida hasta por diez días hábiles, en la medida en que no existía razón alguna para establecer un plazo menor al que se aplica para las solicitudes de suspensión que fueren iniciadas por el accionar de un particular y además porque los plazos establecidos en los tratados y convenios internacionales en caso alguno bajan de los diez días.

⁴¹⁰ MOSQUEIRA CHAUCAS, ob. cit., p.26.

⁴¹¹ El Oficio Ordinario N° 19.416 recomienda que la constitución de la fianza no quede a criterio del juez, sino que ello se establezca como una carga obligatoria para el solicitante y que la falta de acreditación de la constitución de la garantía dentro de plazo hará presumir la responsabilidad civil.

⁴¹² MOSQUEIRA CHAUCAS, ob. cit., p.51.

⁴¹³ Desarrolladas en PARRAGUEZ RUIZ, Rodrigo, ob. cit., pp.65-67.

Por otra parte, se ha criticado también que la suspensión de oficio solo procedería en aquellos casos donde a partir del simple examen del cargamento se puede concluir que es *evidente* su carácter infractor, y ello porque se trata de un estándar elevado y sumamente rígido en comparación a los motivos fundados de la instancia de parte. A ello se ha respondido que tal estándar no reduciría la aplicación de la medida a los casos de piratería o falsificación burda en consideración a la capacitación de Aduanas⁴¹⁴. A nuestro juicio, pareciera ser más conveniente para evitar confusiones establecer el estándar de presunción fundada en la medida tomada de oficio, abandonando en la ley términos absolutos como el que actualmente emplea (“evidente”), lo que además es conforme con el *fumus bonis iuris* exigido generalmente para las medidas cautelares en nuestro derecho.

⁴¹⁴ DOREN VILLASECA, Sebastián, ob. cit., p.196.

CONCLUSIONES

1. De conformidad a las notas introductorias de esta investigación es posible concluir que la política asumida por nuestro país en torno a la apertura comercial de fronteras hacia el intercambio mundial de bienes y servicios trae aparejado, necesariamente, ciertos riesgos. Uno de ellos es precisamente el surgimiento (o, más bien, el aumento exponencial) de actividades reñidas con la ley nacional e internacional, como lo es precisamente el tráfico transfronterizo y comercialización de especies infractoras de DPI.

2. Ante dicha irrupción y la necesidad de prevenir, fiscalizar y sancionar a los infractores de ley es dable constatar una serie de disposiciones legales que hacen frente a este fenómeno delictual y que tienen un claro sentido protector de los DPI, pudiendo agruparse estas disposiciones, por un lado, en mecanismos de carácter cautelar y, en normas de conducta penal, por el otro.

3. Las disposiciones de tipo cautelar tienen por objetivo evitar que la mercancía presuntamente infractora de DPI ingrese al circuito comercial local o salga de él sin que exista una revisión judicial previa que determine su naturaleza. Dichos estándares de protección se encuentran contenido en las medidas de frontera para la observancia de los DPI de la Ley N°19.912 que, como sabemos, representan la propuesta normativa chilena de resguardo cautelar conforme a los lineamientos definidos en el tratado internacional de mayor relevancia en la materia, el ADPIC, que a su vez fueron mejorados por nuestro legislador en atención a las obligaciones internacionales que surgen para nuestro país con motivo de la firma del TLC con EE.UU en el año 2004.

4. Analizadas las diversas disposiciones de tipo cautelar vigentes podemos decir que nuestra legislación es conforme con los estándares internacionales y que por tanto la permeabilidad de nuestras fronteras se debe principalmente a la escasez de recursos técnicos, humanos y financieros presentes (entre muchos otros factores). Con todo, y en concordancia con las notas finales de esta investigación, es menester tomar ciertas recomendaciones de cambio legislativo tomadas de modelos de derecho comparado para efectos de actualizar nuestro sistema, y así dotarlo de mayores grados de eficiencia, tales como migrar hacia modelos administrativos de resolución de casos (descongestionando nuestro sistema judicial) o la necesidad de mejorar los canales de transferencia de información sensible entre entidades públicas-privadas y así

impulsar hacia una mayor participación de los titulares de derechos, entre muchas otras sugerencias de reforma.

5. Luego, como hemos visto, en torno al nivel *penal* de protección de los DPI (que se activa una vez que el sistema *cautelar* requiere de un pronunciamiento de fondo o bien cuando la mercancía ingresa y se distribuye por redes comerciales ilegales) existen inmensas divergencias interpretativas en relación a los tipos penales a aplicar y, que, por cierto, han constituido la problemática central de esta investigación.

6. Pues bien, la posición mayoritariamente defendida por la doctrina y jurisprudencia nacional, la cual denominamos tesis *amplia*, aboga por la actuación conjunta de entidades estatales (SNA y SII) y los privados puesto que asumen que en el tráfico y comercio de éstas mercancías no solo se lesionan los derechos de autor de orden patrimonial y los legítimos intereses de los titulares de marcas registradas sino también un conjunto de bienes jurídicos asociados a la PI, tales como la ordenación del mercado, la recaudación fiscal y el derecho de propiedad en sus diversas especies. Y, en virtud del razonamiento lógico anterior, se construyen jurisprudencialmente condenas por concursos de delitos de diversa índole.

7. Por su parte, la tesis *restrictiva*, a la cual adscribimos, propone la aplicación exclusiva de los tipos penales especiales, esto es, el delito de piratería (art.81 de la Ley N°17.336) y el delito de uso ilícito de marca registrada (art.28 letra a) de la Ley N°19.039), en desmedro de las diversas hipótesis de concursos penales planteadas por la tesis opositora. Tal toma de postura se sustenta en diversas fuentes doctrinarias y jurisprudenciales que sirven de base a una opinión minoritaria de la materia y que revisita aspectos civiles, comerciales, tributarios, penales, y de derecho adjetivo. En concreto, la visión minoritaria dispone la reducción de las conductas penalmente relevantes sin que ello importe un tratamiento más benigno para con los infractores de ley, sino que se basa, a nuestro entender, en la correcta aplicación de la ley y la proporcionalidad entre la sanción a aplicar y el injusto cometido.

8. A su vez, la tesis *restrictiva*, tendrá mayor peso relativo en la medida en que se pudieron constatar las falsas analogías en las que incurre la tesis *amplia*, como por ejemplo aplicar los mismos efectos legales a categorías enteramente disímiles (prohibido/lícito/ilícito), y las discordancias conceptuales que se hacen patentes en la aplicación de concursos penales por parte de nuestra judicatura en apoyo de la tesis *mayoritaria*.

9. Sin embargo, no hay mejores razones para optar por defender la tesis *restrictiva* en detrimento de la tesis *amplia* que el hecho de reafirmar que esta última es contraria al núcleo irreductible de nuestro ordenamiento jurídico compuesto por los derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales y en nuestra propia CPR, debiendo el Estado asumir una actitud de respeto y garantía irrestricto para con ellos, tales como la igualdad ante la ley o el principio que prohíbe la autoincriminación en sede penal-administrativa que son abiertamente vulnerados por la tesis de tributación de las ganancias ilícitas.

10. Sumado a todo lo anterior, la tesis bajo escrutinio es contraria a principios básicos de nuestro derecho penal, lo que inclina aún más la balanza por aquella de las tesis que propone una disminución de los tipos penales a aplicar. De esta forma, a modo ejemplar, la tesis *amplia* infringe el principio de lesividad al aplicar tipos penales contemplados en la OA o el CT que protegen bienes jurídicos de naturaleza colectiva, cuando sabemos que en estas materias se ven principalmente involucrados consideraciones de orden individual-privado; o cuando en la condena de un determinado agente se opta por la imposición de concursos penales entre infracciones a la propiedad intelectual e industrial y el delito de contrabando propio, lo que hace patente no solo la vulneración del principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena, sino también al principio de reserva penal que proscribe la aplicación de los tipos penales por medio de la analogía a situaciones de hecho que no coinciden con la descripción típica; o bien, diremos que la tesis yerra al no considerar franquicias para las importaciones de carácter mínimo desprovistas de todo ánimo comercial en seguimiento del principio de oportunidad, así como también cuando omite la aplicación de mecanismos de menor intensidad en comparación al enjuiciamiento penal y que entregan soluciones óptimas de conformidad al principio de subsidiariedad e intervención mínima, como lo son las acciones civiles de indemnización de perjuicios o las salidas alternativas a la sentencia definitiva condenatoria penal.

BIBLIOGRAFÍA

ÁBALOS ELIZALDE, María Gracia. *Derecho aduanero chileno*. Santiago: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2007.

AGUADO CORREA, Teresa. *La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 05-0, 2003. [En línea] <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf>. [Fecha de consulta: 25.07.18].

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De los bienes y derechos reales*. Santiago, Editorial Nascimento, 1974.

ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 91, Madrid, 2011.

ÁLVAREZ ENRÍQUEZ, Carmen Paz. *Importaciones paralelas y agotamiento de derechos en la jurisprudencia chilena*. En MORALES, Marcos (coord.). *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: LexisNexis, 2006.

ASTE MEJÍAS, Christian. *Exposición de los argumentos en los que se fundamenta la hipótesis de que los ingresos ilícitos no tributan y desarrollo posterior de sus objeciones*. Manual de Consultas Tributarias, Nº 351, 2007.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Ganancias ilícitas y derecho penal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1ª edición, 2002.

BARNÉS, Javier. *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, INAP, Cuadernos de Derecho Público, Nº 5, Madrid, 1998.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. *Fraude aduanero*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Nº 2, 2005.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y BERTONE, Luis Eduardo. *Derecho de marcas*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2ª Edición, Tomo I, 2003.

CIFUENTES, Estefanía, ROMÁN, Mario y VALENZUELA, Luis. *El contrabando y su fiscalización en Chile*. Santiago: Trilogía. Ciencia-Tecnología-Sociedad, 2014.

DAVIS CASTRO, Cristián. *Situación tributaria del enriquecimiento ilícito: una discusión doctrinaria*, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Santiago, Nº 7, 2003.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Propiedad intelectual, teorías alternativas*. En MORALES, Marcos (coord.). *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: LexisNexis, 2006.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España*. Madrid: Derecho Penal y Criminología, 2009, vol.30, Nº 88.

DOREN VILLASECA, Sebastián. *Entrenamiento de Aduanas, contexto jurídico e importancia en la lucha contra los productos falsificados*. Santiago: Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Segunda época año I, Nº2, 2013.

ELIZONDO CERDA, Vanessa Valentina y PINTO GARRIDO, María Elsa. *Derecho tributario aduanero*. Santiago: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2004.

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho penal. Parte especial. Tomo IV*. Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, 1997.

FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel. *Minuta, Modificación a los delitos contemplados en la Ley de Propiedad Intelectual (Ley 20.435)*. Santiago: Departamento de Estudios Defensoría Nacional, 2010.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte especial, Tomo I*. Segunda Edición, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2007.

GALLARDO MIRAVAL, Juvenal. *Los delitos aduaneros. Fundamentos de comercio internacional*. Lima, Editorial Rodhas, 2008.

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal parte general. Tomo II*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte especial. Tomo IV*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, 2008.

GONZÁLEZ HOLMES, Rodrigo. *Facultades de fiscalización del Servicio Nacional de Aduanas*. Ediciones Universidad Finis Terrae, Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Tribunales Tributarios y Aduaneros, año I, Nº 2, 2013.

GONZÁLEZ HOLMES, Rodrigo y RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. *Manual de derecho aduanero*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

GRUNEWALDT CABRERA, Andrés. *Delitos contra los derechos de autor en Chile*. Santiago: Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 2013, vol.2, Nº 2.

GUTIÉRREZ CARRASCO, Octavio. *Nociones de derecho aduanero*. Santiago, Universidad de Chile, Revista de Derecho Económico, 2016, Nº 35-36.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *Contrabando y fraude aduanero*. Valparaíso, Edeval, 1998.

HONORATO TORREALBA, Rodolfo Francisco. *La marca no registrada. Sistema comunitario europeo y derecho chileno*. Santiago: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2010.

HORVITZ LENNON, María Inés. *Problemas de aplicación penal en el tiempo de delito de fraude aduanero*. CDE, Revista de Derecho N° 6, 2002. [En línea] <https://bit.ly/2vollnS>. [Fecha de consulta: 25.07.18].

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno, tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

HUAMÁN SIALER, Marco Antonio. *El delito de contrabando en el Perú y en el contexto internacional*. Lima: Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas, N°18, 2016.

KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. *Informe en Derecho. Sistemática del concurso en sede de comercio ilegal*. Defensoría Nacional, Departamento de Estudios, 2010.

LASCANO, Carlos Julio. *Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico*. Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal Económico, 2008. Clase impartida el 28 de marzo de 2008 en el curso de Derecho Penal Económico organizado conjuntamente por la Universidad de Castilla-La Mancha (España) y la Universidad Nacional de Córdoba. [En línea] <http://www.ciidpe.com.ar/area4/principios%20constitucionales%20dpe.%20Carlos%20Lascano.pdf>. [Fecha de consulta: 27.04.18].

LEMUS, Freddy. *Aduana y comercio exterior en Chile (1543-1953)*. Santiago: Ediciones Altazor, 1996.

MALONE, Phil. *An evaluation of private foundation copyright licensing policies, practices and opportunities*. Harvard, The Berkman Center for Internet & Society at Harvard University, 2009, p.6. [En línea] http://cyber.harvard.edu/sites/cyber.harvard.edu/files/OCL_for_Foundations_REPORT.pdf. [Fecha de consulta: 25.06.18].

MANRÍQUEZ ROSALES, Juan Carlos. *Contrabando y delitos contra la propiedad intelectual: Límites típicos*. Santiago, Librotecnia Revista de la Justicia Penal N° 6, 2010. [En línea] http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/27_31a48_contrabando.pdf. [Fecha de consulta: 17.07.18].

MATURANA MIQUEL, Cristián. *Los derechos de la víctima y del imputado en el nuevo proceso penal*. Revista de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 20, Santiago, 2005.

MORALES ANDRADE, Marcos. *El delito de uso de marca registrada. Reflexiones introductorias (1)*. Santiago: El Mercurio Legal, Análisis jurídico: Propiedad Intelectual, marcas y patentes, 2014.

MOSQUEIRA CHAUCAS, Christian. *La protección de la propiedad intelectual en el comercio internacional de bienes a través de la aplicación de medidas en frontera. Hacia una redefinición del modelo peruano*. Lima: Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Internacional Económico, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 2005.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Aspectos procesales del contrabando propio e impropio*. En RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos aduaneros*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

ORTIZ CHAMORRO, Pablo y RÍOS ÁLVAREZ. *Ganancias ilícitas. Una revisión crítica a su tratamiento legal en Chile*. Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2011.

ORTIZ QUIROGA, Luis. *Delitos aduaneros*. Santiago: Universidad de Chile, Apuntes de Clases, 1984.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *El iter criminis en el delito de contrabando*. Santiago, Revista de Estudios de la Justicia Nº 12, 2010.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo*. Santiago, Revista Ius et Praxis, año 14, Nº1.

PARDO CARRERO, Germán. *Tributación aduanera, primera edición*. Colombia: Legis Editores, 2009.

PARRAGUEZ RUIZ, Rodrigo. *Estudio de Caso "Análisis de la ley 19912, sobre medidas en frontera para la observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual"*, Santiago: Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, Magíster en Estrategia Internacional y Política Comercial, 2013.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho penal, Parte Especial, Tomo VII*. Lima: Idemsa, 2014.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno, Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. *Delito de contrabando. Principales aspectos y revisión de casos*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, 2015.

RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. *Revisión crítica de la jurisprudencia en materia de contrabando*. Revista de Derecho, Segunda época, año I, Nº 2, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2013.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Algunos aspectos penales y procesales penales de la ordenanza de aduanas*. Informe en Derecho N°3, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos aduaneros*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

RODRÍGUEZ MONTAÑA, Alfredo. *Algunos aspectos sobre la protección penal de los derechos de autor*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.

ROMERO, Hernán. *El Delito de Contrabando*. Santiago: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1970.

SCHMITZ VACCARO, Christian. *Distintividad y uso de las marcas comerciales*. *Revista chilena de derecho*, N 39 (1), 2012. [En línea] <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000100002>. [Fecha de consulta: 05.07.18].

SCHMITZ VACCARO, Christian. *Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual*. Bogotá: Revista La Propiedad Inmaterial, 2013, N°17.

SCHMITZ VACCARO, Christian. *Propiedad industrial y derecho de autor ¿una división vigente?* En MORALES, Marcos (coord.). *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: LexisNexis, 2006.

SIERPE HERRERA, Dina. *Propiedad intelectual. Derechos de autor. Ley N°17.366 y sus modificaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, 2ª edición, Montevideo, 2006.

TOSI, Jorge Luis. *Derecho aduanero*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI) / International Chamber of Commerce “Business action to stop counterfeiting and piracy” (ICC BASCAP), “Confiscation of the proceeds of crime: a modern tool for deterring counterfeiting and piracy”, 2013. [En línea] <http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Bascap/Why-enforce/Links-to-organized-crime/Proceeds-of-Crime> [Fecha de consulta: 03.04.18].

UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime. *Curso sobre delitos e infracciones tributarias*, 3ª Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007.

VAN WEEZEL, Alex. *Principio de especialidad de las marcas y delito marcarario*. Santiago: Gaceta Jurídica, 2006, N° 315.

VAN WEEZEL, Alex. *Delitos tributarios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor. *Delitos aduaneros*. Corrientes, Argentina, Mario A. Viera Editor, 2ª edición, 2006.

YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo. *La prescripción penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 2003.

ZALAUQUETT, José y NASH, Claudio. *Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en Chile*, Revista de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N°20, Santiago, 2005.

ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La prueba ilícita*, LexisNexis, 1ª edición, Santiago, 2005.

JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Arica, 7 de marzo de 2006, Rol N°61-2006.

Corte de Apelaciones de Iquique, 2 de mayo de 2007, Rol N°805-2006.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 7 de diciembre de 2012, Rol N°126-2012.

Corte de Apelaciones de San Miguel, 1 de abril de 2006, Rol N°316-2006.

Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de marzo de 2006, Rol N°269-2006.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 25 de junio de 2009, Rol N°219-2009.

Corte Suprema, 2 de septiembre de 1997, Rol N°3983.

Corte Suprema, 11 de abril de 2006, Rol N°2878-2003.

Corte Suprema, 19 de octubre de 2006, Rol N°990-2005.

Corte Suprema, 24 de enero de 2007, Rol N°4006-2005.

Corte Suprema, 29 de enero de 2007, Rol N°6451-2005.

Corte Suprema, 2 de octubre 2007, Rol N°3747-2007.

Corte Suprema, 17 de agosto de 2009, Rol N°4731-2009.

Corte Suprema, 17 de noviembre de 2010, Rol N°297-2009.

Corte Suprema, 6 de marzo de 2017, Rol N°20.398-2016.

Corte Suprema, 10 de mayo de 2017, Rol N°27.625-2016.

Corte Suprema, 20 de diciembre de 2017, Rol N°33.864-2017.

Juzgado de Garantía de Antofagasta, 20 de enero de 2009, RIT N°1643-2008.

Juzgado de Garantía de Iquique, 11 de febrero de 2005, RIT N°813-2005.

Juzgado de Garantía de Iquique, 18 de julio de 2012, RIT N°7280-2011.

Juzgado de Garantía de Osorno, 11 de marzo de 2015, RIT N°2967-2014.

Juzgado de Garantía de Osorno, 4 de octubre de 2014, RIT N°4782-2013.

6° Juzgado de Garantía de Santiago, 24 de marzo de 2006, RIT N° 477-2005.

7° Juzgado de Garantía de Santiago, 30 de abril de 2006, RIT N°1385-2005.

7° Juzgado de Garantía de Santiago, 8 de agosto de 2006, RIT N°1380-2005.

Tribunal Constitucional, 3 de noviembre de 2011, Rol N°1973-2011.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 8 de marzo de 2006, RIT N°8-2006.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 9 de agosto de 2011, RIT N°160-2011.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, 14 de julio de 2007, RIT N°122-2007.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, 14 de julio de 2007, RIT N°122-2007.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, 14 de julio de 2007, RIT N°122-2007.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, 18 de noviembre de 2009, RIT N°130-2009.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 9 de junio de 2016, RIT N°31-2015.