

CONTRABANDO Y DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL: LÍMITES TÍPICOS

Ab. Juan Carlos Manríquez R.

Abogado, Profesor de Derecho Penal en la Universidad Andrés Bello;
Miembro del Instituto de Ciencias Penales de Chile (ICP),
de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)
y del Foro Penal para la redacción del Anteproyecto de
Nuevo Código Penal chileno (2005).

jcmanriquez@mbmack.cl

www.mbmack.cl

I. INTRODUCCIÓN:

La *modernidad* nos invita a reflexionar sobre las nuevas formas de apareamiento del delito, en sus más amplios aspectos y facetas, las que como será de suponer escapan al ámbito meramente normativo, y por ende, proyectan sus efectos a la política criminal, a la criminología, a las ciencias forenses auxiliares y a toda la dogmática y práctica del derecho punitivo, poniendo nuevamente en tensión los conceptos fundamentales de la disciplina y dejándolos bajo fuerte cuestionamiento ante la cada vez más intensa discusión acerca de la “necesidad” de resolver eficazmente sobre la primacía de los anhelos de seguridad o los de libertad, como ejes de la moderna vida organizada. Se nota igualmente esa inquietud al momento de definir las estrategias de estudio y enfrentamiento de la *neo criminalidad*, caracterizada por su transfonterización, su progresiva complejidad y el creciente poder económico – político (formal o informal) que es capaz de ejercer en los más variados ámbitos de la actividad económica y social.¹

¹ Así ocurre con la protección penal del medio ambiente. Vid fvr Manríquez, Juan Carlos “Criminalización en el negocio marítimo”, Revista de Derecho de la Empresa, 8, Legis, oct – dic 2006, pp. 47 – 68 (También, el mismo en Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia, U C de Santiago de Guayaquil, Ecuador, 21/2006, pp. 229 - 322; y en Revista del Ministerio Público de Venezuela, 4, pp. 11 - 33, Venezuela, diciembre 2005). También ocurre con el **mercado financiero y bancario**. Vid fvr, Manríquez, Juan Carlos,

Valiéndonos de las bases dogmáticas del *iter criminis*, de la tipicidad como elemento del delito y de la teoría de concursos, en este trabajo enfocaremos el punto de atención sobre un fenómeno delictivo económico de antigua data (el contrabando aduanero), explicitando las transformaciones de sus modalidades de comisión, el rol de las tecnologías en los usos comerciales y el notorio cambio que impera sobre el régimen de paso y control de las cargas extranjeras por los puertos y las aduanas nacionales y del mundo, en el marco de una economía abierta, la que también oferta como producto de la globalización y del intercambio de bienes y servicios, las ilicitudes especiales que afectan a bienes o intangibles valorados, sujetos a protección de la propiedad intelectual.²

En síntesis, presentaremos los conflictos normativos que se desarrollan en las fronteras de los tipos penales de contrabando (artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas) y de infracción al artículo 79 letra c) de la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual (plagio o reproducción indebida), si es que esos límites se tocan. Además, se podrá advertir que estos conflictos suelen ocurrir en las zonas portuarias y aduaneras primarias, y sobre mercancías en tránsito o sujetas a trámites de despacho anticipado, o amparadas por regímenes especiales suspensivos de derechos (almacenes particulares o internaciones transitorias).

“Blanqueo y lavado de activos en el marco de operaciones sospechosas. Notas sobre la Ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero”, Revista de Derecho, Udel Mar, Casa Central, 2005, pp. 107 – 125.

² Para una visión panorámica de los vaivenes del contrabando y del fraude aduanero en el ordenamiento penal chileno, ver vid por todos, Romero González, Claudia “Procedimiento ante los tribunales aduaneros”, Publitecsa, 1993, pp. 143 - 173 ; los aportes monográficos de Rodríguez Collao, Luis (UCV) y Guzmán Dálbora, José Luis (UV) sobre los problemas entre fraude aduanero y contrabando; y la polémica sobre la derogación del fraude aduanero, por la Ley N° 19.738, de reforma tributaria contra la evasión y elusión de tributos, avivada por Oliver Cadenas, Carlos en Revista Semana Jurídica, 251, pp. 15 – 16, año 5, 2005, y en otras. En Ecuador, ver fvr “Los delitos aduaneros: el contrabando”, Calvachi Cruz, Reinaldo. Revista Jurídica PUC de Santiago de Guayaquil, 21/2006, pp. 207 – 227, en especial p.220, acerca de la tentativa. En Argentina, Edwards, Carlos “Régimen Penal y procesal penal aduanero”, Astrea, 1995, pp. 863 y ss.

II.- DESARROLLO

1.- LA PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA: LOS HECHOS.

La Ordenanza de Aduanas (OA) (DFL 30/2004 Hacienda, artículos 168 y 176 y siguientes), el sistema operativo de perfiles de riesgo y de alerta creados al amparo de la OMPI (Organización Mundial de Propiedad Intelectual) y los Tratados Internacionales del ramo (ADPIC, CONVENIO DE BERNA) otorgan un “piso mínimo” a la autoridad aduanera chilena 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, y en general para ejercer la facultad recaudatoria de los tributos de comercio exterior y la potestad aduanera. 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.

Si se detecta en zona portuaria primaria o en zona secundaria, 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, ésta debe ser retenida, notificar al amparado por el registro y denunciar los hechos a la policía o al ministerio público para iniciar la persecución penal respectiva, sin perjuicio de los efectos y procedimientos civiles precautorios que pueden impetrarse por el afectado ante el juez respectivo.

En este caso, la Aduana entiende que la mercancía pesquisada es de aquellas de importación prohibida, y por ende, se enfrentaría a un contrabando.³ Por su parte, el dueño de la marca o registro, entiende que

³ En el Boletín Oficial del Servicio Nacional de Aduanas, diciembre 2008, pp. 188 – 194, se publicó el Oficio Ordinario N° 19.418/Valparaíso/30.12.2008, por el cual el Director Nacional de Aduanas comunica e instruye a los Directores Regionales y Administradores de Aduanas del país y al Sub Director de Fiscalización del Servicio, su interpretación y “armonización” de la Ley N° 19.912, con los arts. 168 y 190 del Código Penal, de la

esos productos son imitados, falsos o se han reproducido sin su autorización (fuera de Chile, es dable pensarlo, aunque no lo diga) y se pretende comerciarlos en el país sin pago de los derechos que amparan su propiedad intelectual, lo que infringiría la ley especial que prevé y sanciona ese comportamiento.

Unos y otros pueden suponer ingerencia de funcionarios públicos en el “conato” de ingreso de esa carga, ya sea porque éstos no siguieron o consideraron la alerta de riesgo, sin detectar las imitaciones, falsedades o copias; ya sea porque no retuvieron la mercancía en zona primaria.

En tal escenario, el tránsito de la mercancía hacia el resto del país es interrumpido por terceros funcionarios en zona secundaria, pero aún cuando la carga se halla bajo la potestad aduanera, a vista de quienes sí efectivamente las retienen y denuncian.

Es el hecho en que una sola conducta (el intento de internación de las copias o imitaciones) parece encuadrar, al mismo tiempo, en dos tipos penales diferentes, y que resguardan bienes jurídicos también diversos (el patrimonio fiscal y el privado, o la capacidad perceptora de los tributos que tiene la Aduana). Es lo que la doctrina llama “concurso aparente de leyes penales”, por ser un problema de interpretación, calificación y aplicación normativa de preceptos diferentes, debiendo optarse en definitiva por una de las figuras criminales enfrentadas, por criterios de

misma forma que instruye sobre el procedimiento de detección, denuncia y persecución de los posibles delitos que se cometan con ocasión del ingreso o salida del país de mercancías infractoras de los derechos de autor o de mercancías de marca registrada falsificada. La Ley N° 19.912 (04.11.2003) “adecua” la legislación que indica a los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio (OMC) suscritos por Chile”, en especial, los de protección marcaría y derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, a nuestro juicio, este instructivo desborda las facultades interpretativas del Servicio en materia de las leyes aduaneras, y su efecto penal es el de integrar una figura típica o un perímetro normativo que la ley criminal sustantiva en verdad no contempla. Ello, 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°).

especialidad, consunción, alternatividad o subsidiariedad.⁴ Quizás otros pensarán que se trata de un verdadero problema concursal, de la especie llamada “concurso medial” (art. 75 inciso 2 CP), porque el contrabando es el medio para la posterior infracción a la ley de propiedad intelectual que se cometerá en Chile⁵. Sin embargo, lógica y normativamente esa no es una posición muy sólida, como quedará en claro más adelante.

2.- LA INTERVENCIÓN DEL *INTRANEUS*: ACCIONES, OMISIONES E INFRACCIÓN DE DEBERES FUNCIONARIOS.

No es poco frecuente conocer de denuncias del Servicio Nacional de Aduanas, o de querellas de empresas dueñas de productos de marcas ampliamente conocidas a nivel mundial (por ejemplo, juguetes, ropa deportiva, accesorios o artículos de lujo) que reclaman la sanción penal para el funcionario (fiscalizador o asistente) a título de cooperador (art. 15 N° 3 del CP) de un privado que a su turno sería autor ejecutor (art. 15 N° 1 del CP) de un delito genérico de falsificación de marcas (art. 185 del CP) o de fraude marcario (art. 190 del CP), cuando ocurren hechos como los descritos en el apartado anterior, máxime si las réplicas están destinadas presuntamente al mercadeo interno informal.

El punto aquí será despejar una posible comunicabilidad “inversa en doble sentido” de la calidad de funcionario público al autor directo del intento de contrabando.⁶ Decimos “inversa en doble sentido”, porque la actuación del funcionario que omite un actuar mayormente celoso ocurre temporalmente después de ejecutarse la falsificación o imitación, y se fija

⁴ Cfr, Matus, Jean Pierre “La ley penal y su interpretación”, Congreso, 1993, pp 171 – 251, en especial pp. 173 – 180. El mismo, en “Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales, mayo – agosto 2005, Tomo LVIII, fascículo II, España. También Politoff, Sergio “Derecho Penal”, I, Conosur, 1997, p. 136; Etcheberry, Alfredo “, Derecho Penal, PG”, I, 3ª Edición, 1997, pp. 101 -112, y en misma obra, II, pp. 115- 128; Cury, Enrique “Derecho Penal, PG”, Ediciones UC de Chile, 2005, pp. 649 – 671; Garrido Montt, Mario “Derecho Penal, PG”, Jurídica, 1997, pp. 351 – 354.

⁵ Idem, nota anterior.

⁶ Sobre la comunicabilidad en el derecho penal chileno, vid fvr “Texto y Comentario del Código Penal chileno”, I, Jurídica, 2002, vv aa, Politoff- Ortiz Quiroga, (Directores), Matus (Coordinador), pp. 232 – 237.

también luego de la llegada a zona primaria de la carga cuestionada, generalmente containerizada, que ha provocado el privado que pretende importarla. Es decir, el funcionario público aparece en escena después del actor ejecutor principal, y el asunto es si se le puede considerar co-autor o partícipe (cómplice) del delito del privado, o si éste –por sumar la intervención, aunque ex post, de un funcionario público– comete un delito funcionario.⁷

3.- PRIMERAS PRECISIONES:

A.- LA FORMA COMISIVA DE LOS DELITOS PREVISTOS EN LOS ARTS. 185 Y 190 DEL CÓDIGO PENAL.

Para avanzar en la solución, la primera tarea que el problema impone al intérprete es la de contrastar si de alguna forma la intervención fáctica del funcionario público que se da por supuesta en la acción, coincide con el presupuesto normativo que se describe en los arts. 185 y 190 del Código Penal.

El art. 185 CP sanciona la falsificación de boletas de espectáculos para hacerlas circular, de sellos, timbres o marcas de autoridad o marcas de privados, y el uso malicioso de esas y otras falsificaciones.

Como es posible advertir, se trata de comportamientos activos y materiales, en que la conducta punible se define por el acto de falsificar o de usar a sabiendas elementos falsificados.

La falsificación supone la imitación de la marca, timbre o sello verdadero y el disvalor de la conducta se ancla tradicionalmente en la deslealtad mercantil, y hoy en que defrauda expectativas de comportamiento obligado y que son esperables entre los comerciantes, en razón del rol que desempeñan.⁸

⁷ Para el estudio y entendimiento de las categorías de delitos de encuentro y de relación aplicables en la dogmática de los delitos funcionarios, Vid fvr por todos Abanto Vásquez, Manuel “Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano”, Palestra, 2ª Edición, 2003, pp. 21 – 69.

⁸ García Caverro, Percy “Derecho Penal Económico, Parte General”, U de Piura, Ara, Lima, 2008. También se ve en Feijoo Sánchez, Bernardo, IBDF, 2009, pp. 214 y ss.

El art. 190 CP castiga al que hace poner sobre objetos fabricados el nombre o marca de quien no los ha hecho en verdad.

También se trata de una conducta activa (autoría indirecta) de inducción a la deslealtad comercial con el verdadero fabricante. Es un fraude de etiquetas.

Hoy se suma por algunos, para justificar el uso de la represión penal en esta área, 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, puesto que todo ello perjudica el trabajo e inversión previo de la industria y de sus trabajadores para alcanzar la “fama” entre los consumidores de elite. Se debe proteger el “aura” mercantil del producto amparado por un registro, como lo ha dicho recientemente el Tribunal de la Unión Europea.⁹ Quizás ello sirva también para aislar la “ventaja por infracción” entre competidores y el “efecto en cascada” en el mercado que son tan propios de la delincuencia económica, como lo afirma Tiedemann.¹⁰

Las denuncias del Servicio de Aduanas o las querellas de los dueños de la marca suelen dirigirse en este aspecto contra el importador de las mercancías cuestionadas, quien es un particular, y no contra los funcionarios fiscalizadores, a quienes a veces se supone o imputa una intervención temporalmente posterior, normalmente compleja (a ratos omisiva: no detectar las copias o imitaciones en los aforos o no retenerlas; a ratos activa: dejarlas pasar a zona secundaria o continuar el proceso de importación).

Como los delitos de los arts. 185 y 190 del CP no suponen un autor cualificado (no son de “comisión especial propia”, en los términos clásicos), ni resultan de participación necesaria, no hay comunicabilidad

⁹ De tal interés, que la citan hasta los diarios económicos como difusión general de temas actuales y relevantes en derecho mercantil. Así, La Segunda, 9.11. 2009, Observatorio.

¹⁰ Así se hace ver en “Prácticas Monopólicas: la experiencia de Chile ¿sanción administrativa o sanción penal?, Manríquez, Juan Carlos, Revista de Derecho de la Empresa, 13, enero – marzo 2008, pp. 133 -166. También en “Criminalización en el negocio naviero”, cit 1.

posible hacia el supuesto co – autor o partícipe funcionario público, ni menos de éste al primero de su “circunstancia personal” de eventual agravación de responsabilidad penal (art. 12 N° 8 CP, prevalece del carácter público que tenga el culpable), ya que lo impide el art. 64 inciso 1° CP, al disponer que esas sólo producen el afecto agravatorio en aquéllos autores, cómplices o encubridores “en quienes concurren”.

B.- LA FORMA COMISIVA DE LOS DELITOS PREVISTOS EN LOS ARTS. 168 (INCISOS 2° Y 3°) DE LA ORDENANZA DE ADUANAS Y 79 LETRA C) DE LA LEY N° 17. 336, SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL.

El art. 168 inciso 2° OA dice que comete contrabando el que introduce al territorio nacional, o extrae de él, mercancía de importación o exportación prohibida.

A su turno, el inciso 3° de la norma castiga al que introduce al territorio de la república mercancías de lícito comercio y defrauda a la hacienda pública mediante la evasión de los tributos que pudieren corresponderle o mediante su no presentación a la aduana.

Así las cosas, puede haber contrabando de importación o de exportación, y puede cometerse materialmente o por engaño, pero siempre por la acción de entrar o sacar al o del territorio de la república mercancía lícita de forma irregular, o de igual forma, entrar o sacar mercancía ilegal.

El núcleo de la conducta punible en el caso que nos ocupa es “introducir” al país mercancía prohibida, acto material que puede o no suponer la importación definida en el art. 3 OA o su tentativa, habida cuenta que sería el carácter de mercancía infractora de los derechos de propiedad intelectual del querellante amparado por el registro lo que le daría tal calidad, de acuerdo a los Tratados Internacionales de protección marcaría que se citan con frecuencia y conforme al art. 79 letra c) de la Ley N° 17. 336.¹¹

¹¹ Esa es la postura que asume el Oficio Ordinario N° 19. 418 (Cfr Nota 3), y pretende refrendarla con los fallos dictados en causa RUC 0610017199 – 4, del Tribunal Oral en lo penal de Iquique (zona franca); RUC 0500343527 - 4 y RUC 0500343352 – K, ambos del 7° Tribunal de Garantía de Santiago. La primera sentencia (Considerando 14°) dice que la

También es sabido que los delitos de contrabando se consideran consumados desde que están en grado de tentativa (art 176 OA), debiendo remitirnos al efecto al tenor, jurisprudencia y dogmática del art. 7 CP para delimitar cuándo estamos en presencia de esa forma de comisión imperfecta.¹²

Pues bien, “introducir” significa hacer entrar el todo de una cosa o un cuerpo en otro, o completamente en un espacio o lugar, trasladándose de igual forma desde donde antes estaba. (RAE, II , 21 edición, p. 1184)

Así también lo ha entendido la Jurisprudencia nacional. Por ejemplo, en el caso del delito de robo en lugar habitado por “escalamiento” (art. 440 N° 1 CP) que supone “ingresar” o “introducirse” al lugar del robo por vías diversas, el cual queda tentado o se clasifica de hurto, si el actor no entra completamente al lugar del delito (así, cuando introduce sólo un brazo).¹³ Cosa diferente es que el legislador los castigue como consumados desde que se hallan en grado de tentativa, por una opción político – criminal en el art. 450 CP ¹⁴

Por tanto, la acción material de “introducir” o “ingresar” mercancía ilegal al país supone que al menos el culpable haya dado principio a la

calidad de “prohibida” de la mercancía está dada por la acción de comercio clandestino iniciada por la compra y recepción de la misma “afectando el orden público económico y la transparencia exigible en el tráfico comercial y jurídico, por la calidad de ilegítima de la mercancía al ingresar vulnerando el derecho de propiedad protegido por la marca registrada en el país...”. Las otras, condenan a los imputados como autores de atentado contra la propiedad intelectual, contrabando y comercio clandestino, optando por el concurso de delitos.

¹² Politoff, Sergio “Los actos preparatorios del delito. Tentativa y Frustración”, Jurídica, pp. 105 – 239. También, Garrido Montt, op. cit. I , pp. 289 – 294. En Perú, Villavicencio, Felipe “Derecho Penal, PG”, - Grijley, 2006, pp. 887- 889- 982 a 990 – 996 a 997. García, Percy “Lecciones de Derecho Penal, PG”, Grijley, 2008, pp. 607 – 624. Hurtado Pozo, José “Manual de Derecho Penal, PG, I”, Grijley – PUC, Perú, 3ª Ed, 2005, pp. 802 – 847.

¹³ Cfr fvr, Repertorio CP chileno, Jurídica, 1996, p. 185, SCA La Serena, 4.1.1947, G. 45, p. 323.

¹⁴ Véase en www.tribunalconstitucional.cl los cuestionamientos al art. 450 del CP, por ofender el principio de culpabilidad y los fallos que han desechado los reclamos, basados en que allí se han impuesto opciones político – criminales que la ley estimó adecuadas y que no contrarían la Ley Suprema .

ejecución de la conducta objetiva por medios directos, pero falten uno o más para su complemento, lo que obviamente depende de su voluntad dolosa.

Para principiar normativamente a “entrar” al país mercancía extranjera es, entonces, al menos necesario que el sujeto comience a salir jurídicamente del “extranjero” (que en territorio chileno lo son fictamente las zonas francas y la zona portuaria primaria) o que éste pueda seriamente burlar la potestad de las aduanas sobre toda carga que entra o sale del territorio.

De esta forma, si se trata de sólo “estar con las cosas” en zona franca, primera zona aeroportuaria, zona portuaria primaria, en el mar adyacente o en cielo abierto, no hay aún siquiera una tentativa de ingreso a territorio chileno que considerar.

De otro lado, si las mercancías pesquisadas están todavía en zona secundaria, en un almacén extra - portuario o en tránsito, pero a vista y consciencia de la Aduana acerca de su potencial dañoso para el comercio interno o para la hacienda pública al momento de su detección, de manera que la consumación del ingreso será en los hechos un imposible, el peligro de atentado contra los valores del orden público económico (como la lealtad mercantil) o contra el erario público será siempre nulo, carente de lesividad y por ende atípico, pues esa situación no alcanza a entrar en el perímetro mínimo de la tentativa. Excede el linde normativo que prevé el art. 7 CP.

En esos casos, bastará con hacer operar sobre los responsables del acto de internación inidóneo las normas administrativas de prevención y sanción reglamentaria, y procedimental de retención precautoria que contempla la Ley N° 17.336 ante la justicia civil, u obtener la regularización de la carga si es posible, o su reexpedición o redestino, pero no se justifica la intervención de las reglas penales propias de un delito que no ha podido nunca cometerse.¹⁵

¹⁵ Ver nota 10.

Mayor puede resultar la evidencia para optar por esta solución, si la conducta omisiva o activa del funcionario público y la acción del particular han tenido lugar en zona primaria y la mercancía objetada fue cuestionada en zona secundaria por la intervención a vista y más efectiva, el mismo día, o al siguiente, y con escasa diferencia horaria, por un equipo aduanero reforzado y capacitado de competencias y autoridad.

Como es posible apreciar, la “participación inmediata y directa” en la ejecución de todo o parte del tipo penal que exige el art. 15 N° 1 CP al autor del delito, o la situación alternativa de la cláusula “o lo presencian sin tomar parte en su ejecución” no coincide con las conductas que se describen en el hecho del apartado II. 1 de este trabajo.

Lo propio ocurre en el caso de analizar la situación a la luz del art. 15 N° 3 CP –autoría por cooperación– puesto que, además de la necesaria convergencia subjetiva en el plan criminal previa o espontáneamente adoptada por todos los co-partícipes de un solo hecho, se requiere que la conducta del principal sea típica al menos al grado de una tentativa idónea para afectar la potestad aduanera sobre las cargas que pretenden entrar al país, situación que resulta ausente en toda esta secuencia, por lo antes explicado.

Forzoso será entonces concluir que el tipo penal del art. 79 letra c) de la Ley N° 17.336 no ha podido nunca realizarse dentro de esta misma secuencia, de manera que sea pesquizable en Chile por la Aduana, o por el Ministerio Público.

El art. 79 letra c) de la ley en comento dice: Cometén delito contra la propiedad intelectual y serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 UTM, los que “falsifiquen obras protegidas por esta ley, sean literarias, artísticas o científicas, o las editen, reproduzcan o vendan ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto...”

En efecto, si la falsificación se ha producido en el extranjero, a falta de norma expresa en el art. 6 COT o en otra especial que le de competencia universal a la justicia chilena a ese título de castigo, el hecho no

puede perseguirse en Chile, menos doblemente incriminado como contrabando, o triplemente tipificado como “comercio clandestino” del art. 97 CT. Esto último, porque es inconcuso que la mercancía no se vendió en Chile de modo alguno, pues resultó hallada y seguida a vista por un equipo especial de la misma Aduana que impidió su entrada al comercio nacional.

Como adelantamos, este es un problema de “concurso aparente de leyes penales” y no de un verdadero concurso de delitos. Pero, en verdad, es un problema más imaginario que real, dado que en esta seguidilla de hechos, el delito del art. 79 letra c) de la Ley 17.336 no ha podido jamás realizarse en Chile, ni en todo o en parte (falsedad o venta), ni por el funcionario del que se sospeche, ni por el importador, y ergo como tipicidad alternativa debe resultar excluido totalmente del análisis.

4.- PRECISIONES COMPLEMENTARIAS.

A.- LA CO-EJECUCIÓN Y LA INTERVENCIÓN POSTERIOR (PARTICIPACIÓN CRIMINAL) EN ÉSOS DELITOS.

Siendo así el asunto, no es posible sostener entre el funcionario público y terceros una co-ejecución en un delito de contrabando aduanero, imposible de cometer siquiera en grado de tentativa con las conductas que se alcanzaron a desplegar, del mismo modo que no es sustentable pretenderlo involucrado en un delito de infracción a la ley de propiedad intelectual que no alcanzó ejecución alguna.

Por ende, ni el art. 16 CP (complicidad), ni el art. 17 CP (encubrimiento) alcanzan a la conducta ejecutada por el funcionario en esta sucesión de hechos, ya que no se puede sumar, ni hacer propia, una acción ajena que no alcanza a ser tentativa de delito en un caso (contrabando), ni acto preparatorio en el otro (infracción a la ley de propiedad intelectual) cuando este es punible, todo lo que es indispensable en la complicidad. No puede haber accesoriedad máxima con el autor material, por lo mismo, como lo demanda el encubrimiento.

No puede decirse tampoco con seriedad que el funcionario se “ha sumado a un todo densamente delictivo” o que ha aportado los actos lícitos, diarios o cotidianos de su función pública a ese todo ilegal, de

manera que “considerando entonces sus actos como neutrales”, han resultado aún así eficaces a un fin y a una obra criminal, la que como se ha visto simplemente no pudo realizarse.¹⁶

Súmese al análisis que los principales reparos que en estas situaciones suelen hacerse al funcionario público los son por comportamientos omisivos, o sea, por no hacer ciertas cosas (no ser más eficiente, no abrir ciertas cajas, no advertir cierta alerta, etc.), lo cual nos pone en la encrucijada de decidir si se puede “ingresar” al país o “falsificar” mercancías extranjeras por omisión, cuestión que a falta de norma expresa que sancione propiamente esa hipótesis en el caso que nos ocupa, deberá llevarnos a afirmar que no es esa no es una conclusión jurídicamente viable, por el mandato de reserva legal y taxatividad penal, que imponen claramente el artículo 19 N° 3 incisos 6 y 7 de la Constitución, y los arts. 1° y 18 inciso 1° CP.

La posición de garantía del funcionario (omisión impropia) no puede ser fundada en la infracción de los deberes generales de probidad y eficiencia funcionaria extraídos de la Ley N° 18.575, pues de una parte ello supone un incumplimiento cabal de esas mismas obligaciones (y no uno parcial o incompleto), y de otra, no puede considerarse dos veces la calidad de funcionario público – primero para configurar el tipo penal, y luego para agravar la responsabilidad del sujeto – en su perjuicio, porque se vulnera el principio *Non bis in idem*.

B.- LA FAZ SUBJETIVA.

Los delitos de contrabando (art. 168 OA) y el de infracción al art. 79 letra c) de la Ley N° 19.336 suponen una comisión dolosa.

En los supuestos de hecho que motivan la investigación criminal tras las pesquisas contra la “piratería” y el plagio de marcas, a veces se desliza entre el funcionario fiscalizador y el privado un concierto de voluntades, pero la forma y circunstancias del hallazgo y de la conducta de omisión que se le imputa, más que malicia revela, y en verdad a lo más configuraría, una forma de imprudencia o culpa, pero no de dolo.

¹⁶ Sobre conductas neutrales como posible intervención delictiva en delito tributario, vid fvr Van Weezel, Alex “Delitos Tributarios”, Jurídica, 2007, pp. 77 – 85.

Sin perjuicio de que ocurra una genuina "ceguera autoprovocada" en el funcionario infractor, lo que es considerado verdadero dolo.

A falta de tipicidades imprudentes para el contrabando, el plagio y los fraudes de etiquetas, se debe estar a lo que dispone el art. 10 N° 13 CP y concluir que están exentos de responsabilidad penal los que cometen un cuasidelito, cuando la ley no los pena especialmente.

Ahora bien, la entidad de esa culpa o falta permite que el acto negativo del funcionario (no detectar las cajas o los juguetes falsos, no seguir la alerta, etc.) sea reconducida a la sede administrativa sancionatoria, y allí aquilatarse en su contexto.

C.- EL "PESO NORMATIVO" DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile, y que están vigentes en materia de protección de marcas o de propiedad intelectual o industrial (ADPIC, CONVENIO DE BERNA) sólo han declarado algo más que simbólicamente obligaciones de respeto, protección y promoción del comercio competitivo entre los signatarios, pero no han llegado al ordenamiento de aplicación, ni han dotado de normas procesal penales o punitivas nuevas e independientes la persecución y eventual castigo de los delitos marcarios o contra la propiedad intelectual o industrial.¹⁷

Así, el que debe resultar aplicable es el derecho chileno vigente, en la medida en que los supuestos fácticos se adecuen a su preceptiva, y no al revés.

Igual obligación de juridicidad le cabe a los órganos del Estado, de acuerdo a los arts. 6 y 7 de la Constitución, sin dejar de mencionar que los Tratados Internacionales de marcas o patentes no son Tratados ni de derechos humanos, ni de garantías fundamentales, de manera de pretender de ellos una aplicación directa o a través del art. 5° de la Ley primera.

¹⁷ Sobre esa situación y las notas diferenciadoras de la necesidad de protección de la marca, Van Weezel, Alex Gaceta de los Tribunales, 2007.

Lo cierto es que esa aplicación sí cabe para el Tratado de la CIDH, para el Pacto de San José de Costa Rica y tantos otros, que impiden la persecución penal *contra legem*, como la que puede tener lugar si se indaga como delito hechos que la ley penal vigente no señala tales, por quedar fuera de sus deslindes típicos, y también extramuros del tiempo y del lugar que habilitan su juzgamiento.

III.- CONCLUSIONES.

- 1.- No es posible fundar indicios de intervención penal del funcionario o fiscalizador en los hechos que se detallan al comienzo, porque el comportamiento desplegado no se encuadra en ninguna de las hipótesis típicas de participación criminal que el ordenamiento punitivo nacional contempla, ni general ni especial, ni por acción u omisión, ni objetiva, ni subjetivamente como castigable.

Desde el punto de vista de una co-intervención criminal con particulares (el importador) o con otro funcionario público (el despachador de aduanas, por ejemplo), además de que sus presupuestos fácticos no aparezcan debidamente sustentados o acreditados en el caso específico que se presente, si se ha de fundar la co-autoría en un incumplimiento de deberes de protección de la sanidad del mercado interno, de la lealtad de los competidores impuesta vía Tratados Internacionales o de la salvaguarda del erario público, la verdad es que la posición de garantía fundada en obligaciones que emanan de la "institución" no admite en la doctrina funcionalista que la profesa -en el caso de los delitos de "comisión especial propia" o de "relación" ¹⁸- ni una posición de garantía recíproca, doblemente fundamentada, o una suerte de "comunicabilidad al revés" del vínculo de funcionario público a quien carece de él, para encuadrar el delito y delimitar o incluir en los límites típicos del delito funcionario o ministerial de que se trate al funcionario mismo, si el ejecutor principal es un *extraneus*.

O sea, si se pretende autor de los delitos de contrabando e infracción marcaría al importador de la mercancía cuestionada, el cual

¹⁸ Vid fvr, Abanto Vásquez, op. cit. y Van Weezel, Delitos Tributarios, ya citados.

precisamente no es funcionario público, menos cabe esa solución de comunicabilidad de la función pública. No procede plantear que se trata de un caso de “actos combinados” o que en este campo debiera dársele solución, ya que ello supone la asunción de una obra delictiva común que nadie ha declarado como cierta.

En efecto, no huelga decir que ni el contrabando, ni el delito de infracción a la ley de propiedad intelectual son delitos funcionarios, y la Jurisprudencia nacional que se ha mostrado proclive a “comunicar” la condición de funcionario público, para decidir que es también autor de un ilícito de ese tipo quien naturalmente no puede serlo, por carecer del “elemento personal” o cualificación que la norma exige al sujeto activo, ha fallado que es preciso que el autor material y directo de la conducta (art. 15 N° 1 CP) sea funcionario público, pues sólo así el partícipe será alcanzado por dicha realidad normativa, pero no al revés.¹⁹

- 2.- La infracción de los deberes funcionarios en estos casos sólo puede traer aparejada responsabilidad administrativa – consecuencia negativa que prevé el derecho sancionador o disciplinario – en la medida que la falta ministerial se halle previamente descrita en la ley o en el reglamento con suficiente garantía de anticipación, precisión y claridad (por ser efecto de la aplicación del *ius puniendi estatal* sobre los empleados del Estado, como lo ha fallado repetidas veces el Tribunal Constitucional)²⁰, y si además los hechos en los que se hace consistir la prohibición o el mandato supuestamente infringidos por el funcionario obligado estaban en su conocimiento al momento del quebrantamiento.

¹⁹ Cfr Repertorio del Código Penal chileno, Jurídica, 1996, sobre la falsedad ideológica y material (art. 194 CP), pp. 105, SCS 6.5.1953, RDJ, L, 2ª parte, sec. 4ª, p. 54. También, Texto y Comentario del Código Penal chileno, VV. AA., citado, sobre la postura de “incomunicabilidad extrema” por la que opta la mayoría de la doctrina nacional en estos casos, en especial, Cury y Matus.

²⁰ Un panorama muy completo y actual del asunto en Chile, se lee a Boettiger Phillips, Camila “El Derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Revista Actualidad Jurídica, UDD, 20, T2, 2009, pp. 577 – 596.

Si el funcionario cumplió el rol de fiscalizador, satisfizo las exigencias y expectativas demandables al mismo, de acuerdo a la legalidad vigente. Si el reparo es que pudo ser más eficiente o eficaz que lo que fue, ello supone lógicamente reconocer que hubo un cumplimiento y una eficacia parcial, u omisiones, que son conductas de no hacer (todo lo esperado, quizás).

Y si la falta de probidad basta para cometer delito, no se puede perder de vista que lo que sanciona la ley como infracción al deber de probidad –entendido como la entrega leal y honesta, eficaz y eficiente a la función pública– no es cualquier acto descomedido o remolón, sino que un serio y grave incumplimiento ofensor de la correcta marcha de la administración, lo que no puede ocurrir si el procedimiento en zona primaria o secundaria ya estaba y estuvo siendo siempre y de antemano observado por quienes más tarde actuarán a la vista en hipótesis de flagrancia (arts 129 y 130 a), b) y d) CPP), aparentemente con más información disponible sobre los hechos que el fiscalizador situado en la primera línea de la acción.