

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Tutela penal. Bienes jurídicos protegidos. Piratería. El interés concurrente del fisco. Concurso de delitos.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Chile

ORGANISMO: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta

FECHA: 26-1-2010

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto digitalizado del fallo, cortesía de CHILEACTORES

OTROS DATOS: Rol 281–2009

SUMARIO:

“... la prueba rendida consistente en el testimonio de los funcionarios policiales ... y ..., asertos de la comerciante ... y del productor fonográfico ..., la declaración del perito de Carabineros de Chile ... y del Jefe de Resoluciones del Servicio de Impuestos Internos ..., unida a la prueba documental, material y fotografías incorporadas, ha permitido establecer más allá de toda duda razonable que el día 09 de Octubre de 2008, aproximadamente a las 22:00 horas, en circunstancias que personal de Carabineros ... realizaba un patrullaje preventivo en el sector ..., sorprendieron al imputado ..., quien en compañía de una persona de sexo femenino se encontraban en el puesto 11 A, y mantenían con fines de venta discos compactos contenedores de música y películas falsas o «piratas», con sus respectivas carátulas también falsas, las que ofrecían al público y que exhibían sobre unas cajas de cartón, incautándose en definitiva producto de este procedimiento 3394 discos compactos, contenedores de películas y de música de diferentes intérpretes, utilizando al efecto –para exhibir el producto– un televisor y un DVD de color gris”.

“Estas actividades las efectuaba el acusado sin haber cumplido con las exigencias legales relativas a la declaración y pago de impuestos que gravan la comercialización de películas, en especial su adquisición, ejerciendo en forma ilegal y clandestina esta actividad, pues no obstante registrar inicio de actividades en dicho rubro, durante el año 2008 en cuestión, el acusado no efectuó declaración alguna al respecto”.

“Los hechos descritos son constitutivos de un delito de infracción a la Ley de Propiedad Intelectual, en carácter de consumado, previsto y sancionado en el artículo 80 letra b) de la Ley 17.336, en la medida que el acusado, en contravención a las disposiciones de la Ley sobre Propiedad Intelectual, con ánimo de lucro, tenía para la distribución al público películas y música no originales en formatos CDS y DVD; y el delito tributario, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 97 N° 9 del Código Tributario, pues el mismo encausado, ocultó información al órgano fiscalizador, al no justificar la adquisición de los insumos que ofrecía al público con fines de lucro, de manera tal que resultaba clandestina ante el Servicio de Impuestos Internos, impidiendo a éste ejercer adecuadamente sus labores, no pudiendo determinarse con claridad en este caso la llamada “cadena del IVA».”

COMENTARIO: No obstante las tendencias que consideran conveniente la despenalización de algunas conductas, muchos de sus defensores admiten la necesidad de punir al menos las acciones dolosas que infringen los derechos intelectuales¹. La situación se ha complicado en la medida que la tecnología facilita, a bajo costo, la fijación y duplicación de obras escritas, incluidos los programas de computación, las grabaciones sonoras y audiovisuales, y las interpretaciones artísticas. A ello se agrega la importancia económica que tienen las actividades industriales y comerciales vinculadas a la producción y mercadeo de esos productos culturales, sea en forma de objetos tangibles, como en los soportes analógicos y digitales y las distorsiones que se producen en el comercio, en perjuicio de la actividad empresarial que pone a disposición del público ejemplares legítimos o bien mediante su transmisión no autorizada a través de las redes digitales. Ello hace que la “piratería” contra el derecho de autor y los derechos conexos, no solamente atente contra los intereses particulares de autores, artistas, productores y radioemisores, sino que perjudique también a la industria y al comercio vinculados con la producción, distribución, publicidad y venta de los bienes culturales y, consecuentemente, de las fuentes de empleo y el erario público. En relación a este último aspecto, la justicia colombiana ha sentenciado que “*el Estado se ve afectado con la producción de fonogramas «cassettes piratas», al evadirse el impuesto, fomentando el contrabando y perjudicando obviamente a la Nación*”². Y a todo lo anterior se añade que en muchos casos la importación de los soportes está vinculada al contrabando. Por razones como las anotadas los delitos contra los derechos intelectuales forman parte de la llamada “*criminalidad económica*” y de allí en las resoluciones unánimes adoptadas con motivo de los dos Foros convocados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre la piratería de grabaciones sonoras y audiovisuales (1981) y de radiodifusiones y obras impresas (1983), se haya destacado el daño que esos ilícitos generan a las culturas nacionales, a la economía y al nivel de empleo, y recomendado la previsión de sanciones efectivas, especialmente las de orden pena³. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

TEXTO COMPLETO:

Antofagasta, veintiséis de enero de dos mil diez.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: *Que con fecha veintiuno del presente mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta,*

constituido por los jueces Paula Ortiz Saavedra, quien presidió, Luis Sarmiento audiencia del juicio oral de la causa rol único 0800913495–7, rol interno del tribunal N° 281–2009, seguida en contra de Felipe Eustaquio Quispe Quispe, cédula de identidad N° 11.719.930–4, con domicilio en Calle Pedro de Valdivia N° 2243 de la ciudad de Calama.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por la señora fiscal adjunto doña Gloria Baltazar Cayo, domiciliada en calle Condell N° 2235 de Antofagasta.

Intervinieron representando a la parte querellante, el Servicio de Impuestos Internos, adhiriendo en su totalidad a la acusación fiscal, los abogados de dicho servicio señor Ernesto Guerra Araya y señorita Paula Álvarez Rivero, todos con domicilio en calle Matta N° 2630, 3 piso, de Antofagasta.

La defensa del imputado estuvo a cargo de la letrada doña Cristina Gallegos Orellana abogada defensora penal licitada, con domicilio

¹ DA ROCHA, Joaquín P.: *Normas penales. Conveniencia de su inclusión en el Código Penal. Política Criminal*, en *Temas de derecho de autor, afines y conexos*. Centro Argentino del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1983. p. 37.

² Juzgado 3° Penal del Circuito de Pasto. Sentencia del 12-2-1998, citada por ÉMERY, Miguel Ángel: *Infracciones y sanciones en materia de derechos conexos, en el derecho de los países latinoamericanos*, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991. Tomo II, p. 890.

³ Las memorias de ambos foros fueron publicadas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra, bajo los Nos. 640 (1981) y 646 (1983), respectivamente.

en calle Latorre N° 2631, 5° piso, de esta ciudad.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público al deducir acusación en contra del imputado la fundó en los siguientes hechos:

“El día 09 de Octubre de 2008, aproximadamente a las 22:00 horas, en circunstancias que personal de Carabineros de la Tenencia de Mejillones realizaba un patrullaje preventivo en el sector de las ramadas populares de dicha localidad, sorprendieron a los imputados Nancy Mamani Aguilar y Felipe Quispe Quispe, quienes se encontraban en el puesto 12 de dichas ramadas populares, y mantenían con fines de venta discos compactos contenedores de música, juego, películas falsas o “piratas”, con sus respectivas carátulas también falsas, las que ofrecían al público y que exhibían sobre unas cajas de cartón, incautándose en definitiva producto de este procedimiento 1.500 discos compactos contenedores de películas y 1.872 discos contenedores de música de diferentes intérpretes, así como también un televisor marca Samsung de 21 pulgadas, un DVD marca Phillips, de color gris que utilizaban para exhibir el producto y la suma total de \$ 9.060.- en dinero efectivo. Los imputados además intervenían en estas acciones con infracciones y disposiciones a derechos que protege la ley de propiedad intelectual y no contaban con autorización de los titulares de estas obras de dominio ajeno ni para reproducirlas ni para distribuirlas. Asimismo mantenían junto a ellos, un bolso que contenía 182 cajetillas de cigarrillos extranjeros que por su cantidad estaba destinada a la comercialización.

Estas actividades las efectuaban los imputados sin haber cumplido las exigencias legales relativas a la declaración y pago de impuestos que gravan la producción y el comercio ejerciendo en forma ilegal y clandestina estas actividades, y sin registrar inicio de actividades en el rubro producción, distribución y venta de películas o discos compactos musicales ni cigarrillos.

A juicio de la Fiscalía los hechos descritos, a la luz de los antecedentes de la investigación, son

constitutivos del delito de infracción al artículo 80 b) de Ley 17.336, sobre Propiedad Intelectual, en grado de consumado, en concurso ideal con el delito previsto en el artículo 97 N° 9 del Código Tributario, en grado consumado, atribuyéndosele al acusado participación en estos ilícitos en calidad de autor del mismo, a quien le perjudica la agravante de responsabilidad penal de reincidencia específica, prevista en el artículo 12 N° 16 en relación con el artículo 80 de la Ley 17.336, en relación al delito previsto en el artículo 80 b) de la misma ley. Asimismo, no existen circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

Que en virtud de los hechos relatados, y de los ilícitos penales de que se le acusa, el Ministerio Público teniendo en cuenta la calificación de los hechos efectuados, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal invocadas, y visto lo dispuesto en los artículos en los artículos 229, 232, 234, 248 letra c), 259 y siguientes del Código Procesal Penal, y artículos 1º, 7º, 15 N° 1, 30, 50, 51, 52, 59, 68, 69 del Código Penal, en relación con el artículo 80 b) de la Ley de Propiedad Intelectual y, 97 N° 9 del Código Tributario, solicitó para Felipe Eustaquio Quispe Quispe la pena única de 800 días de presidio menor en su grado medio y multa equivalente a 2 unidades tributarias anuales, en calidad de autor del delito previsto en el artículo 80 b) de la Ley 17.366 en concurso ideal con el delito de ejercer efectivamente una industria o comercio clandestino previsto en el artículo 97 N° 9 del Código Tributario, más las accesorias de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, comiso de las especies incautadas que se indican en el N° 1 a 3 de las evidencias y costas de la causa.

TERCERO: Que, por su parte, la parte querellante adhirió a la acusación fiscal, en los mismos términos que fueron expuestos por el Ministerio Público, solicitando se le aplique al encausado la pena que ha sido requerida por el órgano acusador.

CUARTO: Que para estar ante los delitos imputados se requiere que el hechor, en contravención a las disposiciones de la ley la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual, con

ánimo de lucro, tenga y distribuya al público fonogramas y películas falsas, y, además, que, de manera clandestina, ejercite efectivamente una actividad comercial de venta de dichos elementos.

QUINTO: Que la defensa en sus alegatos de apertura y clausura no controvertió la existencia del hecho ni la participación de su representado respecto del delito consumado de infracción al artículo 80 letra b) de la Ley de Propiedad Intelectual. Aún más, señaló que éste declaró en la audiencia a fin de colaborar al esclarecimiento de los hechos. Circunstancia que le fuera reconocida además por la señora fiscal.

Sin embargo, señaló que el delito tributario imputado a su representado no era concurrente, dado que no era posible darle al ejercicio efectivamente clandestino de una actividad comercial, prevista en el numeral 9 del artículo 97 del Código Tributario, una extensión amplia, ya que la actividad desarrollada por su representado se realizó en una feria pública a la cual el público accedía sin restricción alguna, en la cual transitaba personal policial los que detuvieron en definitiva a su representado, por lo que no se está en presencia del tipo penal antedicho.

Además afirmó que al referirse la acusación a Cds, pirateados o falsificados, lo que en concepto de la querellante afectaría el orden público económico, en el sentido de que el Fisco no logra la obtención de impuestos, y que otras personas no estarían en igualdad de condiciones, que si realizan una actividad económica lícita por la que pagan impuestos, por lo que se produciría un desequilibrio entre la actividad desplegada por su representado y el resto de los comerciantes aludidos, por lo que en su opinión si se acusa por la venta de Cds pirateados, malamente se podría obtener por parte del Fisco un beneficio económico, dado que no se puede obtener dicho beneficio de una actividad ya castigada por la ley por medio de la ley de Propiedad Intelectual. Por lo que la actividad desempeñada por su representado no puede ser sancionada como lo indican los acusadores.

SEXTO: Que el imputado Felipe Eustaquio Quispe Quispe, renunció a su derecho a guardar silencio y prestó declaración en la audiencia, quien señaló que fue detenido, a pesar de que la mercadería no era de su propiedad, sino que de su conviviente, lo que fue señalado en ese momento a Carabineros.

A la Fiscal le señaló que la mercadería era de su entonces conviviente de nombre Nancy, a quien no sabía ahora como ubicar, estando en conocimiento a través de la madre de ésta, que ella estaba con orden de detención. Señaló que su detención se produjo en Mejillones, en un puesto de una feria.

Manifestó que él vio los discos piratas antes de la llegada de Carabineros, señalando que su conviviente los había ordenado en dicho puesto.

La Fiscalía evidenció contradicción con lo declarado por el acusado en la Fiscalía, donde señaló que el día de los hechos había sido sorprendido vendiendo Cds piratas con música de toda variedad, los que eran de reproducción casera y los tenían en cajas para que el público los viera.

Le señaló a la Fiscal que él había puesto la plata para los Cds de música, por lo tanto eran suyos, los que había comprado a los peruanos, no así las películas, las que eran de su ex conviviente, señalando que los tenía guardados en unas cajas y que eran alrededor de 1.000. Agregó que los compraba en \$ 400.- y los vendía en \$ 1.000.-

Se le exhibieron los Cds de música para su reconocimiento, lo que hizo en ese momento, entre otros del grupo Los Maravillosos, reconociendo que eran de su propiedad, además informó a la Fiscal cuales Cds eran películas y cuales eran de música.

Interrogado respecto a los cigarrillos que también le fueron incautados, señaló éste que se los había dejado un colega de la feria, agregando que estos no estaban para la venta.

Manifestó que el puesto de la feria era de su conviviente y que él solo había dejado su mercadería allí.

Señaló el acusado que tenía entendido que en Perú los Cds eran originales, pero acá en Chile como no se pagaba el impuesto esto era fraude al fisco, luego negó saberlo y agregó que acá como eran muy caros los Cds. no podían revenderlos.

Manifestó tener iniciación de actividades en Impuestos Internos, pero aclaró que estaba sin movimiento por problemas que había tenido desde marzo de 2008, cuando fue detenido en La Tirana, donde le había requisado su mercadería y mismo tiempo que dejó de llevar su libro de contabilidad. Agregó que como comerciante pagaba IVA, lo que hacía a través del formulario 29. En relación a los productos peruanos que compró, indicó que no los incluía en el libro de compras, ya que no le habían entregado documentos.

Al querellante le indicó que no había informado al Servicio de Impuestos Internos respecto a las compras de Cds.

A su defensa le manifestó que había sido detenido cuando recién llegaba a la feria y agregó que los cigarrillos estaban guardados en un bolso en un rincón de la feria.

SÉPTIMO: *Que tanto el Ministerio Público como la parte querellante, a fin de acreditar los hechos –contenidos en su acusación y en la adhesión a ésta– y la participación del acusado en ellos, presentaron la prueba siguiente:*

a) Patricio Concha Castañeda, Carabinero, quien señaló que en patrullaje en la localidad de Mejillones, el día de los hechos sorprendieron en forma flagrante a una pareja vendiendo Cds y películas que reproducían en un reproductor de los mismos, teniendo además estos en el lugar un televisor, procediendo a la detención de las personas, retirando las especies que se encontraban en el local.

Interrogado por la Fiscal, señaló que ambas personas se encontraban en el puesto 11–A ofreciendo los Cds, existiendo en el momento una aglomeración de gente, lo que les llamó la atención, encontrando en ese momento al hombre (detenido) con un Cd en su mano y

otro que estaba reproduciendo en un televisor, para ver la calidad de la imagen y el sonido.

Indicó que además en el local encontraron un bolso con cigarrillos de marcas extranjeras, los que también fueron incautados, los que no tenían ningún tipo de leyenda.

Refirió que el permiso del local figuraba a nombre de otra persona, lo que fue consultado a la pareja, no dando éstos una respuesta satisfactoria.

Señaló que encontraron en el local alrededor de 3.900 Cds, entre películas y Cds de música. Manifestó que en el frontis del local los Cds estaban en cajas tipo plataneras.

Se le exhibieron fotografías, las que reconoció como las cajas donde se encontraban los Cds, además de las películas que ellos estaban vendiendo. En otra fotografía reconoció los cigarrillos que mantenían dentro del bolso, al lado de las cajas que había en el local.

Reconoció en la sala de audiencias al acusado, como a la persona que detuvo el día de los hechos.

A la Defensa le indicó que la mujer que acompañaba al acusado estaba dentro del local, pero ella no estaba ofreciendo Cds.

Manifestó que en el puesto había una especie de mesas con cajas, donde las personas elegían los Cds.

Respecto a los cigarrillos indicó que estaban en un bolso abierto al costado de unas cajas.

Al tribunal le indicó que todos los Cds incautados eran falsos y respecto a los cigarrillos incautados, dieron cuenta a Aduana.

b) Rigoberto Cisterna Aravena, Carabinero, quien refirió que el día 9 de octubre de 2008, encontrándose de servicio en la localidad de Mejillones, en compañía del carabinero Patricio Concha Castañeda, sorprendieron en forma flagrante al señor Felipe Quispe, exhibiendo material audiovisual en Cds, en un televisor, por lo que procedieron a su detención por infringir la ley de propiedad intelectual,

agregando que éste se encontraba en compañía de otra persona de sexo femenino. Le indicó a la Fiscal que los Cds estaban dentro del local, expuestos al interior de cajas de cartón plataneras y también al interior de bolsas matuteras, todo sobre un mostrador, siendo alrededor de 3.900.

Reconoció al acusado presente en la sala de audiencias como la persona que detuvo el día de los hechos.

Manifestó que el acusado estaba en el puesto de la feria, exhibiéndole al público el material, teniendo en ese momento un CD en sus manos y el televisor que reproducía los DVD estaba funcionando.

No recordó si el hombre o la mujer se habían atribuido la propiedad de los Cds.

Agregó que el permiso municipal que tenían para el funcionamiento en dicha feria, no era a nombre de ellos.

Recordó que además les fueron incautados cigarrillos, de aquellos de contrabando, no recordando la cantidad de los mismos, en cartones y algunas cajetillas sueltas.

Se le exhibieron especies materiales, las que reconoció como DVD de películas y discos falsificados, como los que se encontraron el día de los hechos.

A la Defensa del imputado le señaló que comenzó su servicio ese día a las 20:30 horas y que la detención se produjo a las 22:00 horas.

En cuanto a la feria, refirió que anteriormente habían pasado por ella, pero por otros pasajes y se acercaron a ese puesto por la gran aglomeración de gente, donde pudieron percatarse que el acusado exhibía la mercadería.

Los cigarrillos, indicó que no estaban a la vista del público en un bolso matutero, el que se encontraba abierto.

c) Marianela Godoy Osorio, comerciante, quien manifestó a la Fiscal que el año 2008, en

octubre trabajaba como comerciante y en esa oportunidad tenía dos puestos en la Feria de Mejillones, pero solo ocupó uno, traspasándole el otro al acusado y la señora. Agregó que de eso informó a la Municipalidad y el acusado debió pagarle \$ 50.000.- por usar el puesto, ya que no se podía hacerse cambio de nombre ya que estaba todo computarizado en la Municipalidad. Agregó que se le había advertido al acusado, que se podía vender en ese lugar todo lo que estuviera dentro de la ley.

Reconoció al acusado presente en la sala de audiencia, como la persona a la cual le traspasó el local de la feria.

Añadió que se enteró de la detención del imputado cuando vio a carabineros incautando la mercadería del local.

A la Defensa del acusado le indicó que ellos habían llegado a instalar el puesto en la feria el mismo día de la detención, alrededor del mediodía del día 9 de octubre.

d) Eusebio Baltazar Tancara, comerciante, productor musical, empresario artístico, dueño de la empresa discográfica Claridad Producciones, quien le señaló a la Fiscal que su empresa discográfica tenía la función de contratar artistas y hacer grabaciones, las que distribuía en el país con las respectivas facturas, como contribuyente.

Refirió que luego de grabar a los artistas, los imprimía con un sistema de serigrafía, con el nombre del artista y su marca registrada, teniendo licencia de la Sociedad Chilena del Derecho de Autor.

En relación al grupo Los Maravillosos, señaló que eran uno de sus artistas, con quien mantenía contrato vigente.

Se le exhibieron Cds, los que reconoció como correspondientes a uno de sus artistas, Los Maravillosos del Perú, pero agregó que no era de los que él fabricaba y distribuida como tampoco otro exhibido que correspondía a DVD., reconociendo los que se le exhibieron como falsificados.

Agregó que él vendía sus productos con

facturas, con sus respectivos códigos, así la Sociedad Chilena de Autor le cobraba a él lo correspondiente.

Explicó los detalles de la confección y distribución de sus productos.

Reconoció al imputado, como cliente suyo en el año 2007.

Manifestó el gran perjuicio para él que le causaba la venta ilegal de esos productos, siendo un daño irreparable, ya que la empresa esperaba expandirse y hacer mejores cosas, pero con la piratería disminuyen los clientes, poniendo como ejemplo a Calama, donde ya no tiene ningún cliente.

Reconoció documentos de la Sociedad del Derecho de Autor y Marcas Registradas, indicando que correspondía al contrato firmado por él y dicha repartición.

Al querellante le indicó que al imputado, cuando era su cliente, le emitía facturas y agregó que él por sus ventas entregaba las facturas a su contador y posteriormente las remitía al derecho de autor para que le cobraran lo correspondiente.

Al tribunal le indicó que el logo exhibido por la fiscal en un Cd, correspondiente a su sello Claridad Producciones, era falsificado.

Le indicó al tribunal el testigo que el CD. de los Maravillosos del Perú los vendía a \$ 650.- y los DDVD a \$ 1.500.-

e) Cristian Gómez Castillo, Jefe del Departamento Regional de Resoluciones del Servicio de Impuestos Internos de Antofagasta, quien expuso el contenido y conclusiones del Informe contenido en Oficio 123 del Servicio de Impuestos Internos, II Región, señalando que respecto a don Felipe Quispe se tenía información respecto al inicio de actividades con fecha 27 de mayo de 2003, como venta de Cds. DVD, Audiovisión y Paquetería, agregando que su último timbraje fue efectuado en el año 2008 y durante ese mismo año no realizó ninguna declaración de impuestos.

A la Fiscal le señaló que de acuerdo al giro del

Sr. Quispe, éste se encontraba afecto al pago de impuestos, 1ª. Categoría y 19% de IVA, siendo este último el que debía pagar por las ventas que realizaba. Agregó que los contribuyentes debían hacer una declaración de impuestos mensualmente, donde informaban todas sus operaciones.

Explicó el procedimiento y todos los alcances de la Ley de IVA.

Al querellante le manifestó que las bases electrónicas del Servicio de Impuestos Internos se referían a cada contribuyente que iniciaba labores en el país, el que quedaba registrado en una base de datos, a partir de una declaración jurada o iniciación de actividades, construyéndose dicha base en base a las actividades que va desarrollando el contribuyente, no teniéndose posibilidades por parte del Servicio de fiscalizar a dicho contribuyente si no realiza declaraciones.

Refirió que el IVA se calculaba cuando un contribuyente, comerciante, debía tener todas sus compras con facturas y ese impuesto que le recargaban le servía como crédito fiscal, el que descontaba sobre las ventas. Refirió que las ventas y las compras se debían hacer con facturas, de acuerdo a la ley tributaria.

A la Defensa le indicó que el Servicio de Impuestos Internos tenía Fiscalizadores en terreno, siendo esa una de sus principales labores.

f) Eduardo Rodríguez Espinoza, Carabinero, quien expuso el contenido y conclusiones del Informe Pericial de Análisis IP-2040-2008 del Labocar de Carabineros de Chile, Antofagasta, quien señaló que se habían periciado 220 discos, de los 3.394 que habían llegado al laboratorio, resultando ser falsificados todos los periciados. Agregó que en una inspección macro de los 3.394 discos, se obtuvieron resultados similares, es decir, falsificados. En cuanto a los periciados, los rotulados del N° 1 al N°94, correspondían a fonogramas musicales, el N° 95 correspondía a un video compacto digital y los rotulados desde el N° 96 al N° 220, correspondía a DVD Videos. Hizo presente que todas las carátulas de los discos también eran falsificados.

A la Fiscal le señaló que los 3.394 discos y Dvd le fueron entregados por oficio y mediante cadena de custodia por personal de la Tenencia de Carabineros de Mejillones.

Su conclusión respecto a la pericia realizada fue que la totalidad de los discos periciados resultaron ser falsos, adoleciendo de las características de originalidad exigidas por los productores y distribuidores en Chile.

Respecto a las películas, señaló que existían entidades autorizadas para efectuar las grabaciones de audios, fonogramas o videos de música.

Se le exhibieron al testigo especies, las que reconoció como las periciadas, agregando que eran de una mala calidad comparada con el original, faltándole antecedentes de duración, autores, etc.

Agregó que encontró discos con 5 películas en 1, siendo ellas exclusivas para Internet.

Explicó detalladamente cada uno de los Cds y DVD exhibidos.

Respecto a las carátulas, señaló que los periciados eran impresos en computadora y en papel oficio corriente, no igualando a los originales que eran de superior calidad.

A la Defensa le señaló que había recibido 3.394 discos entre música y películas, habiendo periciado en forma aleatoria a 220 unidades, concluyendo que eran falsos, analizando en forma macro el resto de los 3.394 Cds. y DVD recibidos, los que tenían similares características a los periciados y como anteriormente lo había señalado estaban identificados los que eran de música y los que eran videos de películas.

OCTAVO: *Que el Ministerio Público además con la finalidad de apoyar su teoría del caso, rindió las pruebas que a continuación se reseñan:*

1.– Oficio N° 039 del Conservador de Departamento de Derechos Intelectuales, de fecha 22 de diciembre de 2008 suscrito por doña Luz Bustillos Rodríguez, por medio del

cual le informa a la Fiscalía Local de Antofagasta que el acusado Felipe Eustaquio Quispe Quispe, no registra obras registradas a su nombre.

2.– Oficio N° 166 emitido por el Departamento de Rentas Municipales de la I. Municipalidad de Antofagasta, de fecha 12 de marzo de 2009, por medio del cual le informa a la fiscalía local de Antofagasta que el acusado Felipe Eustaquio Quispe Quispe, no registra permisos ni patente en dichos registros.

3.– Oficio 02 emitido por Vilma Hidalgo Palacios, Directora de Administración y Finanzas de la I. Municipalidad de Mejillones, de fecha 12 de marzo de 2009, por medio del cual le informa a la Fiscalía Local de Antofagasta que el acusado Felipe Eustaquio Quispe Quispe, no registra a su nombre patente comercial o profesional.

4.– Oficio N° 123 del Servicio de Impuestos Internos, II Región, suscrito por Cristian Gómez Castillo, de fecha 4 de febrero de 2009 por medio del cual le informa a la Fiscalía Local de Antofagasta que el acusado Felipe Eustaquio Quispe Quispe, registra inicio de actividades de fecha 27 de mayo de 2003, giro tienda, paquetería, venta de casetes y cd, Dvd, Audivision.

5. Oficio Ord. 429 de Dirección Regional de Aduanas, al que se adjunta acta de recepción de mercancías 019 y parte 221 de Tenencia Mejillones, documentos que no serán analizados en atención a que respecto de los mismos no existía denuncia alguna por el órgano competente.

6.– Copia de orden de ingreso de la I. Municipalidad de Mejillones, folio 1162 de 24.09.2008 a nombre de Marianela Godoy Osorio.

7.– Copia de contrato de inclusión de obras en fonogramas musicales de producciones especiales ilimitadas de productores independientes, suscrito entre Sociedad de Derechos de autor y Eusebio Baltazar Tancara, copia de registro de marcas comerciales Claridad producciones.

NOVENO: Que la prueba rendida consistente en el testimonio de los funcionarios policiales Patricio Concha Castañeda y Rigoberto Cisternas Aravena, asertos de la comerciante Marianela Godoy Osorio y del productor fonográfico Eusebio Baltasar Tancara, la declaración del perito de Carabineros de Chile Eduardo Rodríguez Espinosa y del Jefe de Resoluciones del Servicio de Impuestos Internos Cristian Gómez Castillo, unida a la prueba documental, material y fotografías incorporadas, ha permitido establecer más allá de toda duda razonable que el día 09 de Octubre de 2008, aproximadamente a las 22:00 horas, en circunstancias que personal de Carabineros de la Tenencia de Mejillones realizaba un patrullaje preventivo en el sector de las ramadas populares de dicha localidad, sorprendieron al imputado Felipe Quispe Quispe, quien en compañía de una persona de sexo femenino se encontraban en el puesto 11 A, y mantenían con fines de venta discos compactos contenedores de música y películas falsas o “piratas, con sus respectivas carátulas también falsas, las que ofrecían al público y que exhibían sobre unas cajas de cartón, incautándose en definitiva producto de este procedimiento 3394 discos compactos, contenedores de películas y de música de diferentes intérpretes, utilizando al efecto –para exhibir el producto– un televisor y un DVD de color gris.

Estas actividades las efectuaba el acusado sin haber cumplido con las exigencias legales relativas a la declaración y pago de impuestos que gravan la comercialización de películas, en especial su adquisición, ejerciendo en forma ilegal y clandestina esta actividad, pues no obstante registrar inicio de actividades en dicho rubro, durante el año 2008 en cuestión, el acusado no efectuó declaración alguna al respecto.

Los hechos descritos son constitutivos de un delito de infracción a la Ley de Propiedad Intelectual, en carácter de consumado, previsto y sancionado en el artículo 80 letra b) de la Ley 17.336, en la medida que el acusado, en contravención a las disposiciones de la Ley sobre Propiedad Intelectual, con ánimo de lucro, tenía para la distribución al público películas y música no originales en formatos

CDS y DVD; y el delito tributario, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 97 N° 9 del Código Tributario, pues el mismo encausado, ocultó información al órgano fiscalizador, al no justificar la adquisición de los insumos que ofrecía al público con fines de lucro, de manera tal que resultaba clandestina ante el Servicio de Impuestos Internos, impidiendo a éste ejercer adecuadamente sus labores, no pudiendo determinarse con claridad en este caso la llamada “cadena del IVA”.

DÉCIMO: Que la participación del encausado Felipe Eustaquio Quispe Quispe, en los hechos establecidos, quedó acreditada con el testimonio de los funcionarios policiales Patricio Concha Castañeda y Rigoberto Cisternas Aravena, quienes participaron en la fiscalización del local comercial que regentaba el acusado y su posterior detención, lo que fue corroborado con los dichos de la testigo Marianela Godoy, la que indicó que el día de los hechos en horas de la tarde, le había cedido al acusado el uso de su local, a fin de que lo utilizara en sus actividades. En consecuencia, ha quedado acreditada, más allá de toda duda razonable, la participación del acusado en calidad de autor en cada uno de los hechos indicados, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal.

A lo cual necesariamente se le debe añadir el propio reconocimiento del acusado.

Para desarrollar esta actividad, el acusado disponía de un local comercial, arrendado al efecto, acondicionado y adaptado para la comercialización del material incautado, cds y dvd, en cuyo interior mantenía equipos electrónicos, tales como un reproductor de CD y DVD, y un televisor, con los que procedía a la reproducción de los mismos al público, y así procedía a la comercialización del material ilegalmente adquirido y reproducido.

Se estableció, por último, que el imputado no informó a los organismos de fiscalización y control, dentro de sus actividades, la venta de fonogramas y videos de películas.

UNDÉCIMO: Que el tribunal haciéndose cargo de lo señalado por la defensa en sus alegatos,

en relación al delito tributario por el cual fuera acusado su representado debe indicar que el artículo 97 del Código Tributario expresa:

(97) Las siguientes infracciones a las disposiciones tributarias serán sancionadas en el forma que a continuación se indica: “Nº9, el ejercicio efectivamente clandestino del comercio o de la industria...”.

El verbo rector del tipo es el “ejercicio del comercio, actividad que es definida como acción de ejercer, y ejercer significa practicar actos propios del comercio.

Ahora bien, el elemento descriptivo de la conducta sancionada, de ser “efectivamente clandestino : –se refiere que se trate de una actividad oculta, furtiva, al margen del sistema impositivo y clandestino, es lo que se hace secretamente por temor a la ley o para eludirla. De lo que se sigue que el ejercicio efectivamente clandestino, consiste en ejecutar actos de comercio en forma oculta o inaparente, sea que ellos tengan el carácter de comerciales propiamente tales o industriales, con el objeto de eludir la fiscalización encargada a la autoridad.

Vale decir, que a través de esta figura se sanciona una actividad comercial que se oculta en forma absoluta al control ejercido por la autoridad para eludir obligaciones tributarias que impone la ley.

Esta figura reviste caracteres particulares, pues a diferencia de la regla general referida a los delitos tributarios, no requieren la concurrencia de un detrimento o perjuicio patrimonial efectivo, atendido que el bien jurídico protegido es el orden público económico. Concepto que según la jurisprudencia debe ser interpretado y aplicado con sujeción a los valores que moldea la institucionalidad política, social y económica proclamada en la Constitución, como lo son la igualdad de derechos y oportunidades, la prohibición de discriminar arbitrariamente.

Así la conducta exhibida por el acusado llena del todo los presupuestos legales citados, por lo que lo peticionado a su respecto por la defensa, tuvo necesariamente que ser desoído por el tribunal.

DUODÉCIMO: Que, el Ministerio Público en la audiencia prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, señaló que perjudicaba respecto al primer delito, (ley de propiedad intelectual) al acusado la agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 12 N° 6 del Código Penal, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie. Para acreditarla, incorporó el extracto de filiación y antecedentes del acusado a la audiencia mediante la lectura resumida del mismo, en el que registra las siguientes anotaciones:

a) Causa Rol 39.680/2002 del Segundo Juzgado del Crimen de Calama, condenado a 61 días de presidio menor en su grado mínimo en calidad de autor del delito consumado de infracción al artículo 80 letra b) de la Ley de Propiedad Intelectual. Remisión Condicional. Pena cumplida.

b) Causa Rol 1480/206, del Juzgado de Garantía de Calama, condenado a 61 días de presidio menor en su grado mínimo en calidad de autor del delito consumado de infracción al artículo 80 letra b) de la Ley de Propiedad Intelectual. Reclusión nocturna. Pena cumplida.

c) Causa Rol 3459/2008 del Juzgado de Garantía de Calama, condenado a 541 días de presidio menor en su grado medio en calidad de autor del delito consumado de infracción al artículo 80 letra b) de la Ley de Propiedad Intelectual. Reclusión nocturna. Pena cumplida.

d) Causa Rol 59/2009 del Juzgado de Garantía de Calama, condenado a 541 días de presidio menor en su grado medio en calidad de autor del delito consumado de infracción al artículo 80 letra b) de la Ley de Propiedad Intelectual. Reclusión nocturna. Pena cumplida.

Acompañó asimismo copia autorizada correspondiente a la sentencia recaída en las causa 1.480/2006 suscrita por don Pablo Vergara Lillo. Juez de Garantía Titular de Calama, por medio de la cual condenó al acusado con fecha 2 de agosto de 2006, a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo en calidad de autor del delito consumado de infracción al artículo 80 letra b) de la Ley de Propiedad Intelectual, acaecido el día 25 de diciembre de 2005 en dicho territorio

jurisdiccional, debidamente certificada que se encuentra a contar del día 14 de agosto 2006, a firme y ejecutoriada. Pena Remitida.

Del mismo modo acompañó sentencia recaída en causa 3459/200 del Juzgado de Garantía de Calama, de fecha 31 de enero de 2009, suscrita por el Juez Néstor Valdés Sepúlveda, por medio de la cual condenó al acusado a 541 días de presidio menor en su grado medio en calidad de autor del delito consumado de infracción al artículo 80 letra b) de la Ley de Propiedad Intelectual. Reclusión nocturna. Pena cumplida.

También acompañó copia simple de la sentencia recaída en la causa 59-2009 de fecha 18 de junio de 2009 del Tribunal Oral en lo Penal de Calama por medio de la cual condenó al acusado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, en calidad de autor del delito consumado de infracción al artículo 80 letra b) de la Ley de Propiedad Intelectual, acaecido el día 29 de junio de 2008 en Calama. Reclusión nocturna. Pena cumplida.

Del examen de los documentos, se infiere claramente que la agravante en comento, concurre en contra del acusado ya que, efectivamente fue castigado con anterioridad por haber cometido ilícitos de la misma especie. Asimismo entre la fecha de ocurrencia de los anteriores y el actual, no ha transcurrido el plazo establecido por el artículo 104 del Código Penal.

DÉCIMO TERCERO: *Que la defensa en la oportunidad procesal antedicha, solicitó se le reconociera a su representado la atenuante de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 11 N° 9, esto es, si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos. Fundándola indicó que la misma es concurrente, toda vez que su representado al prestar declaración voluntaria se ubicó en el sitio del suceso, y sus dichos permitieron contextualizar las afirmaciones de los funcionarios aprehensores, los que no fueron lo suficientemente claros en explicar cuales eran las interacciones que observaron que realizaba el acusado con el público.*

El Tribunal accederá a la petición formulada por la defensa, porque además de lo declarado en la audiencia por el acusado, éste reconoció derechamente su responsabilidad en los hechos al prestar declaración en sede fiscal con fecha 15 de junio de 2009 al reconocer que estaba: “vendiendo CDS piratas, los que mantenían en unas cajas para que el público las viera.

Circunstancia reconocida, libre y espontáneamente, que sin duda afirman y aclaran las declaraciones de los funcionarios aprehensores.

DÉCIMO CUARTO: *Que en consecuencia, al regular la pena se debe tener en consideración dos circunstancias:*

a) Que al acusado le perjudica una agravante y le beneficia una atenuante de responsabilidad criminal, por lo que se compensarán racionalmente la una con la otra, quedando en consecuencia el acusado sin modificatorias de responsabilidad criminal que considerar a su respecto.

b) que estando frente a un solo hecho que constituye dos o más delitos debe aplicarse el artículo 75 del Código Penal e imponerse la pena mayor asignada al delito más grave. En este caso el delito más grave resulta ser el previsto en el artículo 97 N° 9 del Código Tributario, pues tiene asignada una pena de presidio menor en su grado medio y al tener asignado un solo grado, debe aplicarse este por no existir una pena mayor.

Así, de acuerdo lo señalado se impondrá al acusado la pena de presidio menor en su grado medio, teniendo en consideración al regular su cuantía que no benefician o perjudican al acusado circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, razón por la cual ella se puede recorrer en toda su extensión al aplicarla, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 67 inciso 1° del Código Penal, por lo que la aplicará en su tramo inferir por estimarla condigna con el modo como acontecieron los hechos.

DÉCIMO QUINTO: *Que atendido el número de condenas que registra el acusado, no puede*

acceder al beneficio de la reclusión nocturna, ya que sus cuatro condenas anteriores superan en total los dos años que como máximo previene la letra b) del artículo 8 de la ley 18.216, y no obstante que la sentencia que recae en la presente causa no excede los tres años, en consecuencia no se le concederá ninguno de los beneficios contemplados en la precitada ley.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 1, 3, 11 N° 9, 12 N° 16, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 24, 25, 30, 49, 50, 62, 67 y 75 del Código Penal; 1°, 4°, 7°, 36, 47, 295, 296, 297, 298, 314, 319, 323, 340, 341, 342, 344 y 346 del Código Procesal Penal; 1°, 72 y 80 letra b) de la Ley N° 17.336; y 97 N° 9° del Código Tributario, se declara que:

I. Se condena al imputado Felipe Eustaquio Quispe Quispe, ya individualizado, a la pena única de quinientos cuarenta y un (541) días de presidio menor en su grado medio, al pago de una multa del treinta por ciento (30%) de una Unidad Tributaria Anual (UTA), a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autor de:

a) El delito de infracción a la Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual, previsto y sancionado en el artículo 80 letra b) de dicho cuerpo legal, cometido en la localidad de Mejillones el día 9 de octubre de 2008; y

b) El delito tributario, previsto y sancionado en el artículo 97 N° 9° del Código Tributario, cometido en la misma localidad en la misma fecha señalada en la letra que antecede.

II. Si el imputado no pagare la multa impuesta sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión, regulándose un día por cada

quinto de unidad tributaria mensual sin que pueda exceder de dieciocho días.

III. Asimismo, se condena al acusado antes mencionado al comiso de 3.394 CDS, correspondientes a fonogramas y videogramas no originales o falsos, y de un DVD.

IV. No reuniendo el sentenciado los requisitos contemplados en el artículo 4° de la Ley N° 18.216, conforme lo expuesto en el motivo décimo quinto de esta sentencia, deberá cumplir efectivamente la pena a la cual fue condenado, debiéndose abonarse en su favor el tiempo que eventualmente haya permanecido privado de libertad con ocasión de ésta causa y que determine con mejores antecedentes el Juez de Garantía de la causa, atendida que dicha información no consta en el auto de apertura de juicio oral.

V. Devuélvanse a los intervinientes los documentos y prueba material incorporados en la audiencia y téngaseles por notificados.

Ofíciase a los organismos que corresponda para comunicar lo resuelto y remítanse los antecedentes necesarios al señor Juez de Garantía de esta ciudad, para la ejecución de la pena.

Regístrese y archívese, en su oportunidad.

Redactada por el juez Jaime Medina Jara.

Rol Interno del Tribunal N° 281–2009.

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA PAULA ORTIZ SAAVEDRA, LUIS SARMIENTO LUARTE Y JAIME MEDINA JARA.