

2010

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL ÁMBITO PENAL

JORGE MARIO OLARTE COLLAZOS
MIGUEL ANGEL ROJAS CHAVARRO



ÍNDICE TEMÁTICO

Presentación

CAPÍTULO I

MARCO NORMATIVO Y CONCEPTUAL

1. Aspectos generales del derecho de autor y los derechos conexos
2. Mecanismos de protección del derecho de autor y los derechos conexos
3. Protección al derecho de autor en el ámbito penal
4. Compromisos internacionales en materia de observancia

CAPÍTULO II

VIOLACIÓN A LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR (ART. 270 DEL CÓDIGO PENAL)

1. Artículo 270 numeral 1 del Código Penal (Violación de los derechos morales de inédito y paternidad)
2. Artículo 270 numeral 2 del Código Penal (Violación de los derechos morales de paternidad e integridad)

3. Artículo 270 numeral 3 del Código Penal (Violación del derecho moral de integridad)
4. Parágrafo del artículo 270 del Código Penal
5. Clasificación del tipo penal
6. Sujeto activo y sujeto pasivo
7. Bien jurídico tutelado (Derechos morales protegidos)
8. Objeto material
9. Elementos subjetivos del tipo
10. Elementos normativos del tipo

CAPÍTULO III

VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS (ART. 27I DEL CÓDIGO PENAL)

1. Artículo 27I numeral I del Código Penal (Violación de los derechos patrimoniales de reproducción y distribución – la piratería-)
2. Artículo 27I numeral 2 del Código Penal (Violación del derecho patrimonial de comunicación pública)
3. Artículo 27I numeral 3 del Código Penal (Violación del derecho patrimonial de distribución)

4. Artículo 271 numeral 4 del Código Penal (Violación a los derechos conexos del artista intérprete o ejecutante)
5. Artículo 271 numeral 5 del Código Penal (Violación a derechos patrimoniales de reproducción, comunicación y distribución)
6. Artículo 271 numeral 6 del Código Penal (Violación a derechos conexos de los organismos de radiodifusión)
7. Artículo 271 numeral 7 del Código Penal (Violación a derechos conexos de los organismos de radiodifusión)
8. Clasificación del tipo penal
9. Sujeto activo y sujeto pasivo
10. Bien jurídico tutelado (Derechos patrimoniales protegidos)
11. Objeto material
12. Elementos subjetivos del tipo
13. Elementos normativos del tipo

CAPÍTULO IV

VIOLACIÓN A LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, Y OTRAS DEFRAUDACIONES (ART. 272 DEL CÓDIGO PENAL)

- I. Artículo 272 numeral I del Código Penal (Violación de las medidas tecnológicas de protección que restringen usos no autorizados)

2. Artículo 272 numeral 2 del Código Penal (Violación de la información necesaria para la gestión de derechos)
3. Artículo 272 numeral 3 del Código Penal (Violación de medidas tecnológicas de protección)
4. Artículo 272 numeral 4 del Código Penal (Violación de la información necesaria para la gestión de derechos)
5. Clasificación del tipo penal
6. Sujeto activo y sujeto pasivo
7. Bien jurídico tutelado
8. Objeto material
9. Elementos subjetivos del tipo
10. Elementos normativos del tipo

CAPÍTULO V

ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES

1. Órdenes de allanamiento (Habitaciones donde se esté cometiendo el delito)
2. Flagrancia en los procesos relacionados con delitos contra el derecho de autor y los derechos conexos
3. Aplicación del principio de oportunidad frente a la comisión de los delitos consagrados en los artículos 270, 271 y 272 del Código Penal

4. Destrucción y peritazgo del material infractor
5. Acervo probatorio

CAPÍTULO VI

CASUÍSTICA DE INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

- I. Plagio
2. Piratería
 - 2.1. Piratería de música
 - 2.2. Piratería de libros
 - 2.3. Piratería de audiovisuales
 - 2.4. Piratería de programas de ordenador (software)
 - 2.5. Piratería de televisión
 - 2.6. Piratería por internet
3. Almacenamiento digital no autorizado
4. Ejecución pública no autorizada de obras musicales y fonogramas
5. Reprografía ilegal

Presentación

La Constitución Política de 1991 en su artículo 61 impone un deber al Estado respecto de la protección del derecho de autor, como rama de la propiedad intelectual.

En el contexto jurídico, la palabra “observancia” evoca el cumplimiento efectivo de la ley en cuanto a su carácter imperativo y sancionatorio. Lograr una efectiva observancia de los derechos es precisamente el propósito del legislador cuando ha atribuido a los jueces civiles y penales la competencia para conocer de los procesos por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos. En este sentido, el derecho penal es un mecanismo idóneo y necesario para garantizar la protección del derecho de autor y de los derechos conexos pregonada en la Constitución Política y en diferentes instrumentos internacionales suscritos por Colombia.

Cada vez existe más conciencia acerca de la necesidad de penalizar las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos, más allá de las acciones administrativas o civiles, así como de considerar que la acción penal por estos delitos es pública pues no se trata de una acción penal privada o simplemente querellable. En efecto, esta tendencia hacia la penalización de estas infracciones obedece a factores tales como los compromisos adquiridos por Colombia en el marco de tratados internacionales, el carácter de derecho humano que asumen los derechos de autor, su importancia para la promoción de la creación y la diversidad cultural y el advenimiento de las nuevas tecnologías de la información que potencializan el acceso del público a la música, el libro, el audiovisual, el soporte lógico, etc.

La protección dispensada por la legislación penal al derecho de autor y los derechos conexos se refleja en tres frentes: protección al derecho moral (art. 270 del Código Penal), protección a los derechos patrimoniales (art. 271 *ibíd.*), y protección a las medidas tecnológicas y a la información esencial para la gestión de derechos (art. 272 *ibíd.*). No obstante, estos tipos penales destinados a la protección del derecho de autor deben ser interpretados armónicamente con la legislación que regula la materia, pues las conductas allí descritas carecen de una descripción objetivo-formal.

La Dirección Nacional de Derecho de Autor tiene el gusto de poner a disposición de la comunidad jurídica y los operadores de justicia colombianos la primera edición de esta publicación titulada LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL ÁMBITO PENAL, destinada a difundir los elementos conceptuales relativos a la judicialización de las diferentes modalidades de infracción al derecho de autor y los derechos conexos.

Una adecuada observancia del derecho de autor y los derechos conexos es elemento fundamental de una cultura de respeto a estos derechos, y condición necesaria para realizar los postulados de protección e incentivo al trabajo de este importante sector de la población, que son los creadores. Por ello, esperamos que esta publicación pueda contribuir a la difusión de una temática que cada día cobra mayor relevancia y trasciende con mayor frecuencia los estrados judiciales.

JUAN CARLOS MONROY RODRÍGUEZ

MARCO NORMATIVO Y CONCEPTUAL

I. Aspectos generales del derecho de autor y los derechos conexos

La Constitución Política de Colombia determina en su artículo 61: “*El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.*”

A partir del anterior mandato constitucional encontramos en nuestro ordenamiento jurídico todo un desarrollo legal y reglamentario consagrando la protección a la propiedad intelectual en sus dos vertientes: El derecho de autor¹ y la propiedad industrial.

En materia de derecho de autor particularmente, nuestro legislador ha desarrollado un importante marco legal, el cual se complementa con la adopción de los principales tratados internacionales instaurados en la comunidad internacional sobre el régimen autorial.

A continuación se enlistaran las principales normas vigentes en Colombia en materia de regulación del derecho de autor y los derechos conexos.

➤ Instrumentos Internacionales²

- El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Ley 33 de 1987)
- La Convención de Roma, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Ley 48 de 1975)
- El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (Ley 170 de 1994)
- El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor (WCT) (Ley 565 de 2000)
- El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT) (Ley 545 de 1999)

¹ Incluyendo los denominados derechos conexos o vecinos.

² Pueden ser consultados en la página de internet de la DNDA, en:
<http://www.derechodeautor.gov.co/htm/legal/legislacion/constitucion.htm>

➤ Normas internas³

- Constitución Política de Colombia
- Decisión Andina 351 de 1991, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos⁴
- Ley 23 de 1982, Sobre derechos de autor
- Ley 44 de 1993, Por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la ley 29 de 1944
- Ley 232 de 1995, Por medio de la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales
- Ley 599 de 2000 (Código Penal), artículos 270, 271 y 272
- Decreto 460 de 1995, Por el cual se reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el Depósito Legal
- Decreto 1070 de 2008, Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 98 de 1993
- Decreto 1879 de 2008, Por el cual se reglamentan la Ley 232 de 1995, el artículo 27 de la Ley 962 de 2005, los artículos 46, 47 y 48 del Decreto Ley 2150 de 1995 y se dictan otras disposiciones.

En este contexto normativo, encontramos que el derecho de autor es una forma de protección jurídica en virtud de la cual se otorga al creador de una obra literaria o artística un conjunto de prerrogativas de orden moral y patrimonial, las cuales le permiten proteger su personalidad en relación con la obra, así como controlar la explotación de la misma por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocer.

El objeto de protección del derecho son las obras artísticas o literarias, entendidas como toda creación intelectual original⁵ de naturaleza artística o literaria susceptible de ser divulgada o reproducida de cualquier forma⁶.

Algunos ejemplos de obras son: Obras expresadas por escrito⁷, obras musicales, pinturas, dibujos, esculturas, mapas, croquis, planos, audiovisuales, programas de computador (software), conferencias, obras de teatro⁸, coreografías, obras de fotografía, compilaciones bases de datos, entre otras.

³Disponibles en:

<http://www.derechodeautor.gov.co/htm/legal/legislacion/constitucion.htm>

⁴ Vale la pena resaltar que la Decisión Andina 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, es norma de aplicación directa y preeminente en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual implica que no requiere de ningún acto de ratificación para aplicarse en nuestro ordenamiento jurídico y su aplicación debe ser preferente frente a la normatividad interna.

⁵ El concepto de originalidad no debe confundirse con novedad, toda vez que la originalidad hace referencia a que la creación no sea producto de la copia sino que provenga efectivamente del autor.

⁶ El artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993 define obra como *“Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.”*

⁷ Por ejemplo novelas, poemas, tesis, artículos, cartillas etc.

Una vez entendido que el objeto de protección del derecho de autor son las obras artísticas o literarias, es necesario tener claridad sobre los principios que delimitan este régimen jurídico.

- El derecho de autor protege las obras no las ideas. La protección autoral recae exclusivamente sobre el producto del trabajo artístico o literario, es decir las obras⁹, nunca sobre las ideas o los conceptos incorporados en las obras.
- Intrascendencia del merito o destinación de la obra. La protección dispensada se extiende a todo tipo de obras artísticas y literarias sin importar su merito artístico o la destinación que vaya a darse a la creación.
- El derecho de autor surge desde el mismo momento de la creación de la obra, es decir la protección otorgada es automática y no requiere ningún tipo de formalidad para constituirse.

Al respecto debe precisarse que la inscripción de una obra en el Registro Nacional del Derecho de Autor, administrado por la DNDA, tiene efectos eminentemente declarativos o probatorios¹⁰.

- independencia de la titularidad sobre la obra y la propiedad del soporte material en que ésta se encuentra incorporada¹¹. Este criterio nos indica que debe diferenciarse el derecho de autor que se ejerce sobre una obra y el derecho de propiedad del soporte material donde la creación está contenida¹².

El derecho de autor protege originariamente a los autores de las obras artísticas o literarias, entendiendo por estos a los creadores, es decir las personas que imprimen su creatividad e ingenio en la elaboración de la creación artística o literaria. En otras palabras, el derecho de autor le confiere la calidad de autor exclusivamente a quien realiza la obra.

Autor, para todos los efectos legales, necesariamente debe ser una persona natural¹³, con lo cual una persona jurídica nunca podrá ser considerada como autor, pues es imposible que por sí misma cree una obra.

Ahora bien, aun cuando la protección en principio es dirigida a los creadores (autores) la titularidad de algunos derechos (los patrimoniales) pueden radicarse en personas naturales o jurídicas diferentes del autor, en virtud de una transferencia de derechos que puede operar por acto entre vivos: cesión convencional¹⁴, obra por encargo¹⁵, transferencia de servidores públicos¹⁶, o por causa de muerte.

⁸ La legislación las menciona como obras dramáticas o dramático musicales.

⁹ Art. 7 de la Decisión Andina 351 de 1993.

¹⁰ Cabe señalar que los efectos probatorios del Registro Nacional del Derecho de Autor denotan particular importancia, toda vez que los hechos y actos contenidos en el registro se presumen ciertos (Art. 53 Decisión Andina 351 de 1993).

¹¹ Art. 6 Decisión Andina 351 de 1993.

¹² Para ilustrar el criterio podemos plantear el siguiente ejemplo: El propietario de un ejemplar (libro) de la obra literaria "Rosario Tijeras" podrá disponer libremente de él, lo podrá resaltar, subrayar, regalar o hasta podría destruirlo, pues está ejerciendo su derecho de dominio sobre las hojas, la tinta y el cartón que componen el libro. Sin embargo, esa persona no podrá explotar la obra literaria titulada "Rosario Tijeras", toda vez que él no es el autor o titular de los derechos sobre la misma. (Art. 6 Decisión Andina 351 de 1993)

¹³ Art. 3 Decisión Andina 351 de 1993.

¹⁴ Artículo 183 Ley 23 de 1982.

¹⁵ Artículo 20 Ley 23 de 1982.

¹⁶ Artículo 91 Ley 23 de 1982.

Sobre el particular es preciso señalar que la protección reconocida por el régimen del derecho de autor se concreta en el reconocimiento de dos tipos de derechos que el autor, o titular derivado¹⁷, tiene la facultad de ejercer en relación con la obra.

Estos derechos son los denominados derechos morales y patrimoniales, los cuales tienen diferente alcance y características, como veremos a continuación.

- **Derechos morales**

Los derechos morales de autor se caracterizan por ser intransferibles, irrenunciables e imprescriptibles, así como por tener la connotación de ser derechos de rango fundamental, tal como la ha reconocido la jurisprudencia Constitucional¹⁸.

Estos derechos tienen como objeto proteger la personalidad del autor en relación con su obra¹⁹. Veámoslos en detalle²⁰:

- ✓ *Derecho de paternidad*: Facultad del autor para exigir en cualquier momento que se le reconozca como creador de su obra, indicando su nombre en todo acto de explotación o utilización de la creación.
- ✓ *Derecho de integridad*: Facultad del autor para oponerse a toda deformación o mutilación de la obra que afecte el decoro de la misma o la reputación del autor.
- ✓ *Derecho de inédito*: Facultad del autor para publicar o no su obra. Conservar la obra en el ámbito privado o darla a conocer al público.
- ✓ *Derecho de modificación*: Facultad que permite al autor realizar cambios a su obra antes o después de su publicación.
- ✓ *Derecho de retracto*: Facultad del autor de retirar de circulación la obra o suspender su utilización.

En los dos últimos casos (modificación y retracto), sólo podrán ejercitarse los derechos siempre y cuando el autor indemnice previamente a los terceros que se vean afectados por el ejercicio de estos derechos²¹.

¹⁷ En el caso en que hubiere ocurrido una transferencia de derechos patrimoniales del autor a una persona natural o jurídica.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-155 del 28 de abril de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa): “Los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre...”

¹⁹ LIPSZYC, Delia. El Derecho Moral del Autor. Naturaleza y Caracteres. Memoria del VIII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales (Del Autor, el artista y el productor). Asunción. 1993. Pág.151.

²⁰ Estos derechos se encuentran consagrados en la Decisión Andina 351 de 1993 Art. 11 y Ley 23 de 1982 Art. 30.

²¹ Artículo 30, parágrafo 4 de la Ley 23 de 1982.

- **Derechos patrimoniales**

Por su parte, los derechos patrimoniales son el conjunto de prerrogativas que permiten al autor o titular derivado, controlar la explotación de la obra. Constituyen una facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir cualquier utilización sobre la creación.

En este sentido, es necesario precisar que estos derechos son tantos como formas de explotación de la obra existan o lleguen a existir.

La legislación enuncia algunos de estos derechos²²:

- ✓ Reproducción: Facultad exclusiva de fijar la obra en un soporte material, o realizar copias de la misma, total o parcialmente, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocer, incluyendo medios análogos o digitales²³.
- ✓ Comunicación pública: Facultad exclusiva de divulgar la obra a una pluralidad de personas reunidas o no en un mismo lugar, sin que exista previa distribución de ejemplares de la creación²⁴.
- ✓ Distribución: Facultad exclusiva de disponer de la obra públicamente mediante la venta, arrendamiento o alquiler de ejemplares.
- ✓ Transformación, adaptación o arreglo: Facultad exclusiva de modificar, transformar o adaptar la obra.

En relación con esta categoría de derechos, resulta preciso mencionar sus principales características:

- a. Su contenido se extiende a todas las formas de explotación de la obra: Aun cuando en las leyes que regulan el derecho de autor se hace mención a los distintos derechos patrimoniales debe entenderse que los mismos comprenden cualquier forma de explotación de la obra conocida o por conocer. Al respecto es necesario señalar que la lista de derechos patrimoniales contenida en la Ley²⁵ es enunciativa y no taxativa.
- b. Estos derechos son independientes entre sí: Fundamental importancia reviste este punto, toda vez que el hecho de que un titular autorice la explotación de la obra en una determinada modalidad o realice cesión respecto de un determinado derecho, no implica que la autorización o la cesión se extienda a formas de explotación diferentes a las expresamente pactadas. Por lo tanto, la licencia o cesión otorgada por el titular sólo surtirá efecto respecto de aquella forma de explotación que se encuentre debidamente especificada, y durante el ámbito temporal y territorial acordado expresamente entre las partes.

²² Artículo 13 Decisión Andina 351 de 1993 y 12 de la Ley 23 de 1982.

²³ Artículo 14 Decisión Andina 351 de 1993.

²⁴ Artículo 15 Decisión Andina 351 de 1993.

²⁵ Reproducción, comunicación pública, distribución y transformación, adaptación o arreglo.

- c. No son absolutos: El principio fundamental sobre el cual se erige el derecho de autor, consiste en la facultad exclusiva de autorizar o prohibir cualquier tipo de utilización que se pretenda adelantar sobre las obras literarias o artísticas.

No obstante lo anterior, con el propósito de establecer un equilibrio entre los intereses de los autores, reflejados en las facultades exclusivas de controlar la explotación de sus obras, y los intereses de la sociedad para acceder a la utilización de las creaciones artísticas y literarias, nuestra legislación, al igual que en muchos otros Estados, ha establecido limitaciones o excepciones al derecho patrimonial de autor.

En este orden de ideas, las limitaciones al derecho de autor son figuras legales de carácter taxativo mediante las cuales se busca lograr el equilibrio entre la efectiva y razonable protección de las facultades patrimoniales de los autores y el interés público a acceder a la información, educación y cultura.

De tal manera, las limitaciones comprenden la facultad del usuario, en casos expresamente señalados en la ley, para utilizar la obra lícitamente sin requerir autorización del autor y sin asumir ningún tipo pago.

Las limitaciones o excepciones deben estar siempre enmarcadas dentro de los parámetros establecidos por los artículos 21 de la Decisión Andina 351 de 1993, 10 del TODA²⁶, 16 del TOIEF²⁷, y 13 del Acuerdo sobre los ADPIC²⁸, los cuales obligan a los países al momento de establecer excepciones al derecho de autor, tener en cuenta la llamada regla de los tres pasos, cuyo contenido implica que las limitaciones o excepciones deben responder a tres condiciones: a) que se trate de un caso especial; b) que no se atente contra la normal explotación de la obra, y c) que la limitación no cause perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

El listado taxativo de limitaciones y excepciones al derecho de autor establecido en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en el artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993 y en el capítulo III de la Ley 23 de 1982, así como en los artículos 178 y 179 de la misma Ley²⁹.

- d. El titular de derechos patrimoniales sobre una obra se entiende facultado para aprovecharla económicamente: La facultad de controlar la utilización de la obra, desde la perspectiva del derecho patrimonial, implica igualmente para el titular la prerrogativa de obtener lucro por la explotación de la obra. En consecuencia el titular tiene la posibilidad de condicionar las autorizaciones otorgadas a terceros para utilizar la creación al pago de una remuneración³⁰.

²⁶ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

²⁷ Tratado del OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

²⁸ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. 1994.

²⁹ Estos últimos artículos respecto a los derechos conexos.

³⁰ Ley 23 de 1982 en su artículo 3 dispone: "*Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas:*

a) *De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte...*"

b) *De aprovecharla, con fines de lucro o sin él, por medio de la imprenta, grabado, copias, molde, fonograma, fotografía, película cinematográfica, videograma, y por la ejecución, recitación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión, o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación, o difusión conocido o por conocer, y...*"

- e. Son derechos transferibles: A diferencia de los derechos morales, los patrimoniales pueden ser transferidos por parte del autor, en consecuencia debe entenderse que estos derechos se encuentran en el comercio y son susceptibles de negociación.

La transferencia de derechos patrimoniales opera exclusivamente por medio de las figuras expresamente consagradas en la Ley para el efecto, ellas son: Cesión convencional (Artículo 183 Ley 23 de 1982), obra por encargo (Artículo 20 Ley 23 de 1982), transferencia de servidores públicos en ejercicio de sus funciones legales y constitucionales (Artículo 91 de la ley 23 de 1982), y sucesión por causa de muerte.

- f. El derecho patrimonial es temporal: Se extingue una vez cumplido su plazo de duración. A tal efecto es preciso mencionar que la legislación contempla dos términos de protección, uno aplicable a los autores y otro a las personas jurídicas titulares derivados.

El término de protección de las obras es la vida del autor y hasta ochenta años después de su muerte³¹.

No obstante para las personas jurídicas, titulares legítimas de derechos de autor, el término es de cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra³².

Cuando el término de los derechos patrimoniales sobre una obra expira la obra entra en lo que se denomina “dominio público”, lo cual implica que la obra puede ser utilizada o explotada por cualquier persona sin requerir ningún tipo de autorización.

- **Derechos conexos:**

Por derechos conexos deben entenderse el conjunto de prerrogativas, de orden moral y/o patrimonial, reconocidas ya no a los autores de obras artísticas y literarias, sino a los intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, en relación con sus interpretaciones o ejecuciones, fonogramas³³ y emisiones³⁴, respectivamente.

Por artista intérprete o ejecutante ha de entenderse al actor, locutor, narrador, declamador, cantante, bailarín, músico y cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística³⁵.

El artículo 34 de la Decisión Andina 351 de 1993, reconoce a los artistas, intérpretes o ejecutantes, el derecho de *“autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones”*. Sin embargo, aclara la misma disposición, que *“los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada”*.

³¹ Artículo 21 de la Ley 23 de 1982.

³² Inciso 2° del artículo 18 de la Decisión Andina 351 de 1993.

³³ Fonograma: La fijación, en soporte material, de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos. (Ley 23 de 1982, artículo 8).

³⁴ Emisión: Difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público. (Decisión Andina, art. 3).

³⁵ Artículo 8, literal k), de la Ley 23 de 1982.

Lo anterior debe interpretarse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 166, literal c) de la Ley 23 de 1982, según el cual el interprete tiene un derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción de la fijación de una de sus interpretaciones o ejecuciones cuando *“la reproducción se hace con fines distintos a aquellos para los que fueron autorizados por los artistas”*.

Así mismo, los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen derecho a percibir una remuneración equitativa y única (esta misma suma se encuentra destinada también por el productor de fonograma) cuando los fonogramas en los cuales se han fijado sus interpretaciones o ejecuciones, sean utilizados directamente para radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público³⁶.

En el campo de los derechos morales, según lo establece el artículo 35 de la Decisión Andina 351 de 1993, los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de:

- “a) Exigir que su nombre figure o esté asociado a cada interpretación o ejecución que se realice; y,*
- b) Oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución que pueda lesionar su prestigio o reputación”.*

Por otro lado, el productor de fonogramas es la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos³⁷. El productor de fonograma, según lo establece el artículo 37 de la Decisión Andina 351 de 1993, tienen el derecho de:

- “a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas;*
- b) Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin autorización del titular;*
- c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público; y,*
- d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros”*

En este orden de ideas el artículo 173 de la Ley 23 de 1982, establece:

“Cuando un fonograma publicado con fines comerciales, o una reproducción de este fonograma, se utilicen directamente para radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única, destinada a la vez a los artistas, intérpretes o ejecutantes y al productor del fonograma, suma que será pagada por el utilizador a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, a través de las sociedades de gestión colectiva constituidas conforme a la Ley, y distribuida por partes iguales”.

Finalmente encontramos a los organismos de radiodifusión, que son las empresas de radio o televisión que transmite programas al público³⁸. A ellos el régimen de los derechos conexos les concede la facultad

³⁶ Ley 23 de 1982, artículo 173.

³⁷ Ver artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993.

³⁸ Art. 8, Ley 23 de 1982 y art. 3 Decisión Andina 351 de 1993.

exclusiva para autorizar o prohibir: primero, la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento; segundo, la fijación de sus emisiones sobre una base material; y tercero, la reproducción de una fijación de sus emisiones.

2. Mecanismos de protección del derecho de autor y los derechos conexos

La legislación colombiana ha establecido como mecanismo jurídico para la protección del derecho de autor las acciones judiciales desde tres ámbitos: Civil, Administrativo y Penal.

- **Acciones Civiles**

Desde el ámbito del derecho Civil es posible adelantar procesos declarativos y ejecutivos.

En relación a los primeros encontramos que el artículo 242 de la Ley 23 de 1982, dispone que *“Las cuestiones que se susciten con motivo de esta ley, ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos y vinculados con los derechos de autor, serán resueltos por la justicia ordinaria.”*³⁹

Así mismo, el artículo 243 de la ley 23 de 1982, indica que *“las cuestiones civiles que se susciten con motivo del pago de los honorarios, por representación y ejecución pública de obras y de las obligaciones consagradas en el artículo 163^[40] de esta ley”* son competencia de los jueces civiles municipales y se tramitarán por el procedimiento verbal⁴¹.

En relación a los procesos ejecutivos debe señalarse que estos serán posibles de adelantar cuando se pretenda el cumplimiento de una obligación referida con un hecho u acto relacionado con el derecho de autor o los derechos conexos⁴².

³⁹ En concordancia con la anterior disposición, en el artículo 427, numeral 5 del Código de Procedimiento Civil se establece que por su naturaleza se tramitaran por el proceso verbal de mayor y menor cuantía *“Las controversias que se susciten sobre los derechos de autor y las conexas de que trata el artículo 242 de la Ley 23 de 1982, que no correspondan a las autoridades administrativas.”*

⁴⁰ Artículo 163. *“La persona que tenga a su cargo la dirección de las entidades o establecimientos enumerados en el artículo 159 de la presente ley, en donde se realicen actos de ejecución pública de obras musicales, está obligada a:*

1. Exhibir, en lugar público, el programa diario de las mismas obras.

2. Anotar en planillas diarias, en riguroso orden, el título de cada obra musical ejecutada, el nombre del autor o compositor de las mismas, el de los artistas o intérpretes que en ella intervienen, o el del director del grupo u orquesta, en su caso, y del nombre o marca del grabador cuando la ejecución pública se haga a partir de una fijación fonomecánica.

3. Remitir una copia auténtica de dichas planillas a los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas que en ellas aparezcan, o a sus representantes legales o convencionales si lo solicitan.

Las planillas a que se refiere el presente artículo serán fechadas y firmadas y puestas a disposición de los interesados, o de las autoridades administrativas o judiciales competentes cuando las solicitan para su examen.

4. No utilizar las interpretaciones realizadas por personas a quienes el autor o sus representantes hayan prohibido ejecutar su obra o un repertorio de sus obras por infracciones al derecho de autor.”

⁴¹ Esta regulación se encuentra complementada en el Código de Procedimiento Civil donde se dispone que se tramitaran por el proceso verbal sumario, en consideración a su naturaleza, las controversias relacionadas *“con los derechos de autor previstos en el artículo 243 de la Ley 23 de 1982”*.

⁴² Ver: VEGA JARAMILLO, Alfredo. Manual de derecho de autor. Pág. 102. Dirección Nacional de Derecho de Autor, CERLALC y Alcaldía Mayor de Bogotá Instituto Distrital de Cultura y Turismo.

- **Acciones Administrativas**

Cuando quiera que se presenten relaciones contractuales, actos, hechos u operaciones de la administración pública, y exista vinculación con el derecho de autor, la Jurisdicción competente será la Contencioso Administrativa⁴³.

- **Acción Penal**

El Código Penal (Ley 599 de 2000) dedica en su Título VIII, Capítulo Único, artículos 270 a 272, la regulación particular en materia de protección al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito penal, consagrando tres tipos penales que sancionan diferentes conductas violatorias del derecho de autor y los derechos conexos.

El ámbito de protección penal constituye, precisamente, el objeto de estudio del presente estudio, y al cual nos dedicaremos con suficiencia en los próximos capítulos.

3. Protección al derecho de autor en el ámbito penal

En Colombia se ha considerado que el derecho penal constituye un mecanismo idóneo de protección del derecho de autor. Por ello contamos en nuestro Código Penal con el Título VIII, que de manera específica consagra tres tipos penales relativos a la violación al derecho de autor y los derechos conexos, los cuales en términos generales, penalizan de manera concreta la mayoría de conductas violatorias de los derechos reconocidos por el régimen autoral.

Dicha protección penal es una manifestación más del mandato constitucional según el cual “*El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley*”⁴⁴.

Ello bajo el entendido que nuestro legislador a fin de otorgar protección al derecho de autor, como una rama de la propiedad intelectual⁴⁵, y en consecuencia dando cumplimiento al mandato constitucional, dentro de su amplio margen de configuración legislativa, considero pertinente que el ámbito del derecho penal constituía una protección efectiva del derecho de autor para lo cual definió tres tipos penales sobre la materia.

Sobre el particular, es importante resaltar que la protección penal del derecho de autor y los derechos conexos, de ninguna manera es extraña o ajena a los diferentes ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, por el contrario este tipo de tutela resulta ser habitual en diferentes legislaciones. Así, a manera de simple ilustración podemos mencionar los siguientes estados que cuentan en sus ordenamientos jurídicos con protección penal del derecho de autor desde el ámbito penal: Argentina, Bolivia, Brasil,

⁴³ Artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Ver: Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Marzo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y uno (1991). Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

RÍOS RUIZ, Wilson. La Propiedad Intelectual en la era de las Tecnologías. Pág. 226. Universidad de los Andes, Editorial Temis.

Op. cit., VEGA JARAMILLO, Pág. 102.

⁴⁴ Artículo 61 de la Constitución Política.

⁴⁵ Como ya vimos la otra rama es la propiedad industrial.

Costa Rica, Chile, Estados Unidos de América, España, Francia, Italia, México, Perú, Portugal, Reino Unido, República Dominicana, Uruguay⁴⁶.

El Tribunal Supremo Español se ha pronunciado sobre la justificación de la protección al derecho de autor desde la perspectiva penal, manifestando que se protege: *“un bien jurídico digno de la mayor estima, porque (...) es premio al esfuerzo humano más noble, el ejercicio original de las facultades personales, la propiedad más íntima del autor, como emanada de él, a diferencia de las otras que le rodean”*⁴⁷.

Por su parte el tratadista Ricardo Antequera Parilli da cuenta que la tendencia internacional es precisamente la de una penalización progresiva de las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos⁴⁸:

*“Por ello, no obstante las tendencias que consideraban conveniente la despenalización de algunas conductas, muchos de sus defensores admitieron la necesidad de punir al menos las acciones dolosas infractoras de los derechos intelectuales”*⁴⁹, *incluso al reconocer que delitos como la piratería se agravaban en función de la moderna tecnología, “característica que estos ilícitos presentan en común con la criminalidad económica y con otras formas tradicionales de criminalidad transnacional”*⁵⁰. *Ya a mediados del Siglo XX, mucho antes de las modernas tecnologías comunicacionales alámbricas o inalámbricas y de la “era digital”, Mouchet y Radaelli destacaban que los ataques a los derechos autorales constituían, por lo general, una ofensa a la personalidad del autor (v.gr.: en la usurpación de la paternidad); una violación al patrimonio espiritual de la sociedad, como en las deformaciones o mutilaciones de las obras; o una lesión al decoro y a la dignidad de un país, como en las ediciones clandestinas de autores extranjeros”*⁵¹.

Por su parte el autor argentino Guillermo Ledesma denota la importancia de la tipificación de las conductas que atentan contra el derecho de autor en los siguientes términos:

*“No existe el derecho penal sin tipos delictivos que lo colorean, ni efectiva vigencia de su derecho sustantivo sin las sanciones que aquéllos aplican ante el quebrantamiento de las normas que subyacen en ellos. Es que una conducta ilícita no sólo agrieta la esfera del derecho intelectual del autor en su aspecto moral y patrimonial, sino que también afecta la cultura de la comunidad.”*⁵²

Bajo este panorama de relevancia de la tutela penal del derecho de autor, y antes de iniciar el estudio de los tipos penales destinados a la protección del derecho de autor en Colombia, expondremos brevemente los antecedentes legislativos de la actual regulación.

⁴⁶ LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones Unesco, Ceralc, Zavalía, 2006, Pág. 551 y 552.

⁴⁷ Tribunal Supremo Sala 2ª, del 24-03-1968, Citado por ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Estudios de derecho industrial y derecho de autor. Universidad Javeriana, Temis. 2009, Pág. 705.

⁴⁸ ANTEQUERA PARILLI Ricardo. Derecho de Autor Regional DAR – Jurisprudencia. Centro Regional para el Fomento del Libro CERALC, Bogotá, 2007. Publicado en www.ceralc.org.

ANTEQUERA PARILLI Ricardo. El nuevo régimen del derecho de autor en Venezuela (Y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas). Autoralex, 1994, Pág 489.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Reflexiones político-criminales sobre la tutela penal de los derechos de autor*, en el libro-memorias de la Conferencia Continental de Derecho de Autor. Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981. p. 88.

⁵¹ MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido. Los derechos del escritor y del artista. Ed. Suramericana. Buenos Aires, 1957. pp. 176-180.

⁵² LEDESMA C, Julio. *Derecho Penal Intelectual*. EU Editorial Universidad. Buenos Aires, 1992, Pág 253.

En Colombia, la legislación penal en materia de derecho de autor dista mucho de ser novedosa, encontrando antecedentes legislativos desde el año 1936, con la **Ley 95** de ese año, la cual penalizaba en su artículo 285⁵³ la falsificación o alteración de los nombres “...de las obras del ingenio humano...”.

Este primer acercamiento, fue remplazado posteriormente con la Ley 86 de 1946, en cuyo contenido se consagraban una serie de delitos tendientes a dispensar protección en el ámbito penal al derecho de autor y los derechos conexos.

Los tipos penales de la **Ley 86 del 46**, constituyen la primera regulación estructural en materia de delitos tendientes a proteger el derecho de autor y los derechos conexos en Colombia, dado que los mismos tipificaban una serie de conductas atentatorias contra los derechos morales y patrimoniales de autor⁵⁴.

Con la entrada en vigencia de la **Ley 23 de 1982** se derogó la Ley 86 de 1946, estableciéndose una nueva regulación sobre protección penal al derecho de autor y los derechos conexos⁵⁵, la cual a su vez, vino a ser sustituida posteriormente en el año 1993, con la Ley 44 de ese mismo año.

La Ley 44 de 1993, en lo relativo a los delitos por violación al derecho de autor⁵⁶, estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 599 del año 2000 (Código Penal).

El Código Penal vigente en la actualidad, modificado por las leyes 890 de 2004 y 1032 de 2006⁵⁷, destina en el título VIII, Capítulo Único, tres de sus artículos a penalizar las conductas violatorias del derecho de autor.

En efecto, la estructura normativa propuesta en el Código Penal consiste en que cada uno de los tres artículos reúne un grupo de conductas agrupadas según el tipo de derechos afectados: Violación a los derechos Morales de Autor, en el artículo 270; Violación a los Derechos Patrimoniales de Autor y Derechos Conexos, en el artículo 271; y, Violación a los Mecanismos de Protección de Derecho de Autor y Derechos Conexos, y otras defraudaciones, en el artículo 272⁵⁸.

⁵³ “El que falsifique o altere los nombres o marcas legalmente registrados, de las obras del ingenio, o de los productos de la industria, incurrirá en prisión de seis meses a dos años y en multa de cincuenta mil pesos”.

⁵⁴ Artículos 96 a 100.

⁵⁵ Artículos 232 a 235.

⁵⁶ Artículos 51 a 59.

⁵⁷ La Ley 890 de 2004 aumentó las penas y la 1032 de 2006 modificó la estructura de los tipos penales de los artículos 271 y 272.

⁵⁸ Un sector de la doctrina especializada clasifica las conductas típicas sobre derecho de autor en:

“a) lesiones al derecho moral;

b) lesiones a los derechos patrimoniales;

c) lesiones mixtas (al derecho moral y a los derechos patrimoniales)”. Ver: LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones Unesco, Cerlale, Zavalía, 2006, Pág. 557.

4. Compromisos internacionales en materia de observancia

Colombia ha asumido un compromiso internacional serio e inobjetable en relación con la protección del derecho de autor y los derechos conexos el cual puede constatarse de manera clara en las múltiples responsabilidades que viene adquiriendo el Estado a través de diferentes acuerdos, convenios y tratados internacionales suscritos en los últimos años.

A manera de ejemplo, podemos traer a colación el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio –ADPIC–.

- ADPIC

El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio –ADPIC–, aprobado mediante Ley 170 de 1994, dedica todo su apartado III al tema de la observancia de los derechos de propiedad intelectual. De conformidad con el artículo 4I, numeral I, de este instrumento internacional, los estados miembros deben asegurarse de establecer en su legislación nacional procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas vulneraciones.

De manera concreta el artículo 6I se refiere a la obligación de los países miembros de establecer procedimientos y sanciones penales, al menos, en los casos de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial.

Allí mismo se estableció que los recursos disponibles en los países miembros deben comprender la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente.

En relación con las obligaciones que se derivan del artículo 6I del Acuerdo sobre los ADPIC, RICARDO ANTEQUERA PARILLI comenta lo siguiente:

*“Partiendo de los principios señalados en el fallo, es de hacer notar el contenido del artículo 6I del ADPIC en cuanto a la represión penal de ciertas conductas y a dos principios fundamentales: a) Las sanciones deben ser suficientemente disuasivas, entre otras cosas para evitar, en lo posible, nuevas violaciones por parte del infractor o, incluso, por terceros; y b) La pena debe ser equivalente a la aplicable para otros delitos de similar gravedad. El primer objetivo resulta claro tomando en cuenta que el ADPIC, conforme a sus consideraciones iniciales se dirige especialmente a “la necesidad de fomentar una protección **eficaz y adecuada** de los derechos de propiedad intelectual...” mediante “la provisión de medios **eficaces y apropiados**” para hacer respetar esos derechos “relacionados con el comercio” (hemos destacado). La segunda finalidad indica a los legisladores nacionales que en orden al carácter disuasivo de la sanción, ésta no debe limitarse a la previsión de penas “simbólicas” sino severas, “que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente”⁵⁹.*

⁵⁹ ANTEQUERA PARILLI Ricardo, Derecho de Autor Regional DAR – Jurisprudencia. Título: Tutela penal. Requisitos para la protección. Centro Regional para el Fomento del Libro CERLALC, Bogotá, 2007. Publicado en www.cerlalc.org

Así las cosas, hemos visto en el primer capítulo del presente documento en que consiste la disciplina del derecho de autor y los derechos conexos, los ámbitos de protección existentes: el administrativo, el civil y el penal, siendo este último objeto de análisis en los siguientes capítulos, para lo cual iniciaremos con el estudio de los delitos consagrados en el Código Penal, para finalizar con algunas anotaciones sobre aspectos procesales relevantes relacionados con los procedimientos penales desatados por infracciones al derecho de autor y los derechos conexos.

CAPÍTULO II

VIOLACIÓN A LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR (ART. 270 DEL CÓDIGO PENAL)

“ARTICULO 270. VIOLACIÓN A LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR. Incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veinte seis punto sesenta y seis (26.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:

- 1. Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.*
- 2. Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.*
- 3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.*

PARÁGRAFO. Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad”⁶⁰.

⁶⁰ Las penas transcritas en el texto se encuentran aumentadas conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

I. Artículo 270 numeral I del Código Penal (Violación de los derechos morales de inédito y paternidad)

El artículo 270 del C.P. se encuentra estructurado por tres numerales, cada uno de los cuales tiene como objeto la protección de un derecho moral en particular⁶¹.

Así tenemos que en el numeral primero se sanciona a quien:

“I. Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.”

El derecho moral de autor tutelado en esta disposición en principio, es el derecho de *inédito*⁶², pues lo que se pretende salvaguardar es la facultad personal de los autores para divulgar o no su obra, o en otras palabras, la facultad del autor para dar a conocer al público su obra o conservarla en su ámbito privado⁶³.

No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia⁶⁴, realizó una interpretación constitucional extensiva del tipo (en aplicación del principio *“pro homine”*⁶⁵) a partir de la cual debe entenderse que, además del derecho moral de inédito, también se encuentra tutelado el derecho moral de paternidad en los siguientes eventos: Primero, cuando se divulgue una obra inédita a nombre de otra persona distinta del autor; y, segundo, cuando se publique una obra, ya divulgada, a nombre de persona distinta del autor.

Así las cosas, con la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia, el numeral primero del artículo 270 del C.P., tutela los derechos morales de inédito y paternidad, este último entendido como la facultad del autor para exigir en todo momento el reconocimiento como creador de su obra ante las demás personas⁶⁶.

La conducta típica descrita el numeral primero del artículo 270 del C.P. consiste en la publicación, total o parcial, sin autorización del autor de una obra inédita.

⁶¹ Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de Casación No 31.403, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, manifestó: *“Ahora bien, es evidente que los tres numerales y el párrafo que integran el tipo penal, describen distintas facetas del derecho moral fundamental del autor sobre su obra, de tal manera que cada apartado está concebido para protegerlo de manera distinta, pues el contenido de la prohibición varía dependiendo de la prerrogativa que se quiere salvaguardar.”*

⁶² Decisión Andina 351 de 1993: *“Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:*

a) *Conservar la obra inédita o divulgarla...”*

Ley 23 de 1982, Artículo 30. *“El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:*

(...)

c) *A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria...”*

⁶³ La Corte Suprema de Justicia al referirse al numeral primero del artículo 270 ha señalado: *“...se sanciona en este numeral la violación al derecho de inédito, que además aparece consagrado en el literal a) del artículo 11 de la Decisión Andina, como un derecho moral de carácter inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable.”* (Negrilla fuera de texto). Op. cit. Casación No 31.403 del 28 de mayo de 2010.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ La Corte Constitucional se ha referido al principio *pro homine* como *“un criterio de interpretación del derecho de los derechos humanos, según el cual se debe dar a las norma la exégesis más amplia posible, es decir, se debe preferir su interpretación extensiva, cuando ellas reconocen derechos internacionalmente protegidos. A contrario sensu, debe optarse por la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones o suspensiones al ejercicio de tales los derechos.”* Sentencia C-355 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería Y Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁶ Decisión Andina 351 de 1993: *“Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:*

b) *Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento...”*

- Ley 23 de 1982, Artículo 30. *“El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:*

a) *Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;*

Es decir, la publicación debe ser, no de cualquier obra artística o literaria, sino de aquella que reúna la connotación de inédita, esto es aquella que no hubiera sido dada a conocer al público⁶⁷.

Así mismo, la publicación de la obra inédita, a fin de configurar la conducta descrita en el tipo, no debe ser autorizada de manera previa y expresa por el autor, pues de lo contrario estaríamos en un supuesto de atipicidad, y es lógico que sea así, bajo el entendido que si el autor permite a una persona la publicación de su obra, es porque desea que la misma salga de su ámbito íntimo o privado para ser conocida públicamente.

En relación al alcance del término publicación es necesario traer a colación el análisis realizado por la Corte Suprema de Justicia⁶⁸, según el cual este término ha de entenderse acorde con la definición contenida en la Decisión Andina 351 de 1993 (artículo 3), donde se establece que publicación es la:

“Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra”.

Así, en palabras de la Corte Suprema de Justicia⁶⁹ el concepto de publicación implica *“la edición de un número de ejemplares suficientes para satisfacer las necesidades del público, excluyéndose de éste concepto otras formas en que la obra puede ser divulgada...”*⁷⁰.

En cambio, la alta corporación, identifica que la divulgación es un concepto mucho más amplio, pues según lo dispone la Decisión Andina 351 de 1993, supone *“Hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.”*⁷¹ (Subrayado fuera de texto)

En consideración a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia señaló *“... en el numeral 1° del artículo 270, el legislador colombiano al utilizar únicamente el verbo rector “publicar” obra inédita sin que medie la autorización expresa y previa del autor, parece dejar por fuera otros medios de “divulgación”, que bien pueden generar violación al derecho de inédito.”*⁷²

En este orden de ideas, si bien en principio se entendería que la conducta descrita el numeral primero del artículo 270 del C.P., se agota únicamente en la publicación de una obra inédita, sin autorización del

⁶⁷ Ley 23 de 1982, Literal g), artículo 8. *“Obra inédita: aquella que no haya sido dada a conocer al público.”*

⁶⁸ Op. cit. Casación No 31.403, del 28 de mayo de 2010.

⁶⁹ Op. cit. Casación No 31.403, del 28 de mayo de 2010.

⁷⁰ La Corte Suprema de Justicia trae a colación en la referida sentencia (Casación No 31.403 de 2010) las definiciones de publicación y divulgación contenidas en la Decisión Andina 351 de 1993 y de obra publicada del Convenio de Berna:

Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3: *“Divulgación: Hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.”*

“Publicación: Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra.”

Convenio de Berna, artículo 3, numeral 3: *“Se entiende por “obras publicadas”, las que han sido editadas con el consentimiento de sus autores, cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, estimadas de acuerdo con la índole de la obra. No constituyen publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica.”*

⁷¹ Definición de la Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.

⁷² Op. cit. Casación No 31.403, del 28 de mayo de 2010.

autor, como se ha mencionado, la Corte Suprema de Justicia⁷³ realizó una interpretación constitucional del tipo ampliando el alcance de la conducta, bajo la siguiente argumentación:

*“...La Corte, como deben hacerlo todos los jueces, atendiendo la necesidad de conciliar la norma con los estándares internacionales de protección de derechos humanos, advierte que el artículo 270 del C.P., ha de ser interpretado de tal forma que su numeral primero no sólo cubra la tutela de lo inédito respecto de la publicación, sino que en sentido amplio proteja el **derecho moral del autor** y, consecuentemente, incluya dentro de las conductas pasibles de sanción penal: 1) aquellas que a través de otras formas de divulgación conlleven la pública difusión de la obra inédita, sin autorización previa y expresa de su titular; y, 2) aquellas que conlleven a la violación del derecho de paternidad o reivindicación, conforme a las siguientes eventualidades:*

- 1) Cuando sin autorización previa y expresa del titular del derecho, se **divulga** total o parcialmente, a nombre de persona distinta a su titular, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.*
- 2) Cuando sin autorización previa y expresa del titular del derecho, se publica total o parcialmente, a nombre de otro, **una obra ya divulgada**, de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.”*(Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, a partir de la sentencia de Casación 31.403 de 2010 de la Corte Suprema de Justicia, el verbo rector contenido en el numeral I del artículo 270 C.P., ya no se agota en la conducta de publicar una obra inédita sin autorización del autor, sino que se integra al tipo, el verbo rector divulgar, cuyo alcance resulta significativamente más amplio que publicar y describe de mejor manera la conducta atentatoria contra el derecho moral de inédito.

En conclusión, a partir de la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, las conductas tipificadas en el numeral primero del artículo 270 del C.P., son las siguientes:

- **Publicar o divulgar**, total o parcialmente una obra inédita, sin autorización previa y expresa del autor. (Derecho de inédito)
- **Divulgar**, total o parcialmente, a nombre de una persona distinta del autor, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita (Plagio sobre una obra inédita).
- **Publicar**, total o parcialmente, a nombre de una persona distinta del autor, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra ya divulgada (Plagio sobre una obra editada).

Finalmente, resulta oportuno anotar que el numeral primero del artículo 270 del C.P. sanciona, además de la publicación de una obra⁷⁴, la publicación de un fonograma, lo cual resulta extraño en un régimen de protección del derecho moral, dado que los titulares de derechos sobre un fonograma (los productores), no cuentan con derechos morales, únicamente tienen derechos patrimoniales sobre el fonograma. No obstante, esta disposición tiene sentido si se tiene en cuenta que el fonograma puede ser la fijación de una

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Incluyendo el programa de ordenador que es protegido por el régimen de derecho de autor en los mismos términos de una obra literaria (Artículo 23, Decisión Andina 351 de 1993).

interpretación o ejecución artística – musical, y que a su vez, el artista intérprete o ejecutante sí tiene derechos morales, entre los cuales se cuenta el de inédito.

2. Artículo 270 numeral 2 del Código Penal (Violación de los derechos morales de paternidad e integridad)

“2. Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.”

El bien jurídico tutelado en este numeral se constituye por dos derechos morales: El derecho de paternidad y el derecho de integridad⁷⁵.

En efecto, el valor jurídico cuya protección se pretende otorgar es dual, de un lado el derecho moral de paternidad, entendido como la facultad personal del autor para reivindicar en todo momento la autoría sobre su obra ante las demás personas⁷⁶, y por otro lado el derecho moral de integridad⁷⁷, es decir la facultad reconocida a los autores para oponerse a toda modificación, deformación o mutilación de la obra que afecte su decoro o la reputación del creador.

Ahora bien, debe precisarse que la tutela desplegada a estos derechos es limitada, pues se despliega únicamente frente a las vulneraciones efectuadas en el Registro Nacional del Derecho de Autor, dejando por fuera las realizadas en otros escenarios.

La conducta descrita en el numeral segundo del artículo 270 del C.P. consiste en inscribir (verbo rector) en el Registro Nacional del Derecho de Autor una obra literaria o artística⁷⁸ bajo cualquiera de las siguientes circunstancias⁷⁹:

- a) Con nombre de persona distinta del autor
- b) Con título cambiado o suprimido
- c) Con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado

⁷⁵ Aun cuando un análisis superficial puede llevar a concluir que el derecho moral tutelado en este numeral es exclusivamente el derecho de paternidad, debe tenerse en cuenta que también se encuentra protegido el derecho moral de integridad.

⁷⁶ Decisión Andina 351 de 1993: “Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:
c) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento...”

- Ley 23 de 1982, Artículo 30. “El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

b) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;

⁷⁷ Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 11. “El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

(...)

c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.”

- Ley 23 de 1982, Artículo 30. “El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

(...)

c) A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos...”

⁷⁸ El concepto obra artística, como lo hemos visto en el capítulo primero, incluye el de audiovisual y soporte lógico o fonograma.

⁷⁹ El profesor Pedro Pabón Parra en su obra el Código Penal Esquemático los denomina como “elementos descriptivos de modo del tipo”. Pág. 265. Ediciones Doctrina y Ley.

- d) Mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra o del productor de un fonograma

En tanto la conducta del numeral 2 del artículo 270 se desarrolla exclusivamente en el Registro Nacional del Derecho de Autor, resulta necesario referirnos a la naturaleza jurídica y alcance del mismo a fin de precisar el entorno en que debe realizarse la conducta tipificada.

El Registro Nacional del Derecho de Autor es administrado por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor⁸⁰, en él pueden inscribirse obras artísticas o literarias, fonogramas, actos o contratos vinculados con el derecho de autor o los derechos conexos y poderes generales para actuar ante la DNDA⁸¹.

La naturaleza jurídica del registro de derecho de autor no es constitutiva de derechos sino eminentemente declarativa y probatoria, esto significa que la inscripción de una obra no crea el derecho de autor sobre la misma, este derecho surge automáticamente desde el mismo momento de la elaboración de la obra⁸², en este sentido el Registro Nacional de Derecho de Autor tiene como fin prestar efectos probatorios sobre la autoría o titularidad de una obra, así como dar publicidad a los derechos reconocidos.

El principal efecto del Registro Nacional del Derecho de Autor es que los hechos y actos inscritos en él se presumen como ciertos⁸³.

En este orden de ideas, veamos en detalle las conductas relacionadas con inscripciones en el registro de derecho de autor descritas en el numeral 2 del artículo 270:

- a) Inscribir una obra con nombre de persona distinta del autor

La conducta se configura en aquellos casos en que el sujeto activo solicite y obtenga el registro de una obra indicando el nombre de una persona diferente del verdadero autor.

Esta descripción típica se encuentra dirigida a tutelar el derecho moral de paternidad, en virtud del cual los autores se entienden facultados para reivindicar en cualquier momento la autoría sobre sus obras, y en consecuencia ser reconocidos públicamente como los creadores.

Evidentemente, la inscripción de una obra en el Registro Nacional de Derecho de Autor, omitiendo el nombre del verdadero autor, constituye un desconocimiento al derecho moral de paternidad del autor,

⁸⁰ Decreto 460 de 1995 Artículo 1. *“El Registro Nacional del Derecho de Autor es competencia de la Unidad Administrativa Especial - Dirección Nacional del Derecho de Autor, con carácter único para todo el territorio nacional.”*

⁸¹ Ley 44 de 1993. Artículo 4. *“El registro de las obras y actos sujetos a las formalidades del artículo anterior tiene por objeto:*

a) *Dar publicidad al derecho de los titulares y a los actos y contratos que transfieran o cambien ese dominio amparado por la ley;*

b) *Dar garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de derechos de autor y derechos conexos y a los actos y documentos que a ellos se refiere.”*

⁸² Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 52. *“La protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, interpretaciones y demás producciones salvaguardadas por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, en los términos de la presente Decisión, no estará subordinada a ningún tipo de formalidad. En consecuencia, la omisión del registro no impide el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Decisión.”*

⁸³ Así se consagra el artículo 53 de la Decisión Andina 351 de 1993: *“El registro es declarativo y no constitutivo de derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario. Toda inscripción deja a salvo los derechos de terceros”.*

pues el reconocimiento a través de un registro público que debería endilgarse al autor se omite a favor de un tercero ajeno a la creación de la obra.

Es importante anotar que al encontrarnos frente a un tipo penal de resultado, la simple solicitud de inscripción de la obra elevada ante la Oficina de Registro de la DNDA no puede constituir la realización de la conducta, pues la misma exige la “*inscripción efectiva*” de la obra. En consecuencia, las solicitudes de registro negadas por la DNDA darán lugar, en el mejor de los casos, a una tentativa.

b) Inscribir una obra con título cambiado o suprimido

En este caso la conducta se configura por obtener la inscripción en el Registro Nacional del Derecho de Autor de una obra con el título cambiado o suprimido respecto del que le hubiera conferido originalmente su autor.

La protección, en este caso, se dirige al derecho moral de integridad, en el sentido que se pretende evitar el cambio o la supresión de los títulos que los autores le han conferido a sus obras, los cuales hacen parte integral, y en muchos casos, fundamental de la creación artística o literaria.

c) Con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado

La conducta se presenta cuando se consiga la inscripción de una obra en el Registro Nacional del Derecho de Autor, cuyo texto hubiera sido alterado, deformado, modificado o mutilado.

Esta descripción atiende a una protección indirecta del derecho moral de integridad, el cual faculta a los autores a oponerse a toda deformación o mutilación de la obra que afecte el decoro de la misma o la reputación del autor.

Decimos que es una protección indirecta por que la conducta no contempla la acción de alterar, modificar o deformar la obra, sino que la actuación consiste en inscribir en el registro una obra que hubiera sido alterada, modificada o deformada.

La conducta que de manera directa se encamina a proteger el derecho moral de integridad se encuentra en el numeral tercero del artículo 270 del C.P., cuyo análisis se expondrá más adelante.

d) Mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra o el del productor de un fonograma

La conducta en este caso es inscribir en el Registro Nacional del Derecho de Autor una obra mencionando el nombre de una persona que no sea su editor o productor.

Así mismo, se presentará el comportamiento típico en aquellos eventos en que el registro de un fonograma se realice mencionado el nombre de un productor diferente de la persona natural o jurídica que realmente tuvo la iniciativa, responsabilidad y coordinación en la fijación de los sonidos (Art. 3 Decisión Andina 351 de 1993).

En todo caso, resulta ciertamente extraña la ubicación de este elemento descriptivo en un tipo penal cuyo objeto jurídico de protección son los derechos morales de autor, toda vez que definitivamente el editor o productor de una obra⁸⁴, o el productor de un fonograma, no cuentan con derechos morales en nuestra legislación.

Debe advertirse que la conducta descrita en el numeral segundo del artículo 270 del C.P. será susceptible de presentarse cuando converjan simultáneamente varios de los elementos descriptivos mencionados, por ejemplo en aquellos casos en que se realice la inscripción de una obra en el Registro Nacional del Derecho de Autor con el nombre de una persona diferente del autor, y además, con un título diferente al otorgado originalmente por el verdadero autor.

3. Artículo 270 numeral 3 del Código Penal (Violación del derecho moral de integridad)

“3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.”

Desde una perspectiva mucho más amplia que la del numeral segundo del artículo 270 del C.P.⁸⁵, el numeral tercero de esta norma se dirige a tutelar el derecho moral de integridad, teniendo como propósito preservar la facultad de los autores para impedir las modificaciones, deformaciones o mutilaciones de sus obras provenientes terceros, desde cualquier ámbito y no sólo desde el surgido en inscripciones en el Registro Nacional del Derecho de Autor, como ocurre en el numeral segundo del artículo 270.

La descripción típica se concreta en compendiar, mutilar o transformar una obra, por cualquier medio o procedimiento, sin contar con la autorización previa y expresa del autor o titular de la creación.

Tres verbos rectores integran la conducta:

- Compendiar: *“reducir a compendio”*⁸⁶. Compendio a su vez significa *“Breve y sumaria exposición, oral o escrita, de lo más sustancial de una materia ya expuesta latamente”*⁸⁷.
- Mutilar: *“Cortar o quitar una parte o porción de algo que de suyo debiera tenerlo”*⁸⁸.
- Transformar: *“Hacer cambiar de forma a alguien o algo”* o *“Transmutar algo en otra cosa”*⁸⁹.

Evidentemente, la descripción típica en su conjunto, incluyendo los tres verbos rectores, se dirige indefectiblemente a la protección del derecho moral de integridad de la obra, cuyo núcleo esencial lo

⁸⁴ Productores de obras únicamente se presentan en las obras audiovisuales y en los soportes lógicos (Software).

⁸⁵ Pues el mismo únicamente se aplica para conductas efectuadas en el Registro Nacional del Derecho de Autor.

⁸⁶ Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, consultado en: <http://www.rae.es/>

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ *Ibíd.*

integra la facultad del autor para oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de la obra que atente contra el decoro de la misma o la reputación del autor⁹⁰.

De otra parte, el numeral tercero predica la conducta cuando se realice sobre un fonograma, en otras palabras sanciona la mutilación, transformación o compendio de un fonograma. Al respecto debemos reiterar, como hemos venido advirtiendo, que el productor del fonograma no cuenta con derechos morales en nuestra legislación, con lo cual la conducta deviene en absolutamente extraña para nuestro régimen de protección al derecho de autor.

4. Parágrafo del artículo 270 del Código Penal

“PARAGRAFO. Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad.”

En el parágrafo del artículo 270 del C.P. se contempla una causal de agravación cuando la conducta se efectuó empleando *en el soporte material, carátula o presentación de la obra o fonograma, “el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho”*⁹¹.

En la doctrina se ha discutido si la agravación descrita en el parágrafo es predicable a los tres numerales o sólo de alguno de ellos.

Sobre el particular Carlos Alfonso Matiz plantea:

*“La regla parece referirse a varios eventos del segundo numeral del artículo 270 que, como hemos dicho, están limitados por la necesidad impuesta en el tipo, de ser desarrollados en un acto de inscripción, así como parece referirse también a las conductas de mutilación o transformación del título o texto de la obra tipificados en el numeral 3 del artículo 270.”*⁹²

(...)

“En nuestra opinión la agravante está dirigida a eventos en los cuales hay una reproducción o comercialización de la obra. Está pensada para actos que involucren afectaciones de ese orden y no para atentados contra los derechos morales vinculados al acto de registro...”

Por su parte Vicente E. Gaviria al referirse a la aplicación del parágrafo manifiesta:

“En este sentido, es de ver que la disposición del parágrafo sólo puede aplicarse respecto de los casos a los que se refiere el numeral 3 del artículo 270 del C.P., pues interpretación diferente, esto es, que es predicable respecto de todos los eventos a los que se refieren los numerales 1, 2 y 3, llevaría al absurdo de sostener que

⁹⁰ Decisión Andina 351 de 1993, artículo 11, literal c).

⁹¹ *“Parágrafo. Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad.”*

⁹² MATIZ BULLA, Carlos Alfonso. Delitos contra los derechos de autor. Revista La Propiedad Inmaterial, número 5. Segundo semestre de 2002, Pág. 6.

*quien pretende apropiarse de la paternidad en la creación de la obra ajena al hacerlo cita al autor verdadero, lo cual resultaría ser un contrasentido*⁹³.

En nuestro concepto el parágrafo es aplicable únicamente al numeral 3, pues la conducta agravante, como claramente lo dice la última parte de la disposición, se presenta únicamente “en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad.” (Subrayado fuera de texto).

5. Clasificación del tipo penal del artículo 270 código penal

El tipo contenido en el artículo 270 del Código Penal puede clasificarse de la siguiente forma:

Mono-subjetivo: Estas conductas pueden realizarse por una sola persona.

Complejos o Pluri-ofensivos: Ampara diversos bienes jurídicos: Los derechos morales de autor de paternidad, integridad e inédito.

De lesión: El derecho moral sufre un menoscabo con la comisión de cualquiera de las conductas descritas en el tipo.

De resultado: Exige que las conductas produzca un efecto o modificación en el mundo exterior, es decir, un daño al derecho moral de autor.

De conducta instantánea: La realización de la conducta se produce en un solo momento, es decir, cuando se publique, inscriba en el registro nacional de derecho de autor, compendie, mutile o transforme una obra; y en general, cuando se transgreda un derecho moral de autor en la forma establecida en el artículo 270 del C.P.

6. Sujeto activo y sujeto pasivo

Al respecto del artículo 270 del Código Penal puede considerarse que son sujetos activo y pasivo los siguientes:

Sujeto activo: En tanto la conducta no exige una cualificación especial de la persona que puede llegar a cometerla, podemos calificar al sujeto activo como indeterminado. En otras palabras, la conducta puede ser cometida por cualquier persona.

Sujeto pasivo: Como quiera que el bien protegido son los derechos morales de paternidad, integridad e inédito, el titular de estos será el sujeto pasivo de la conducta.

En esa medida, es pertinente traer a colación los artículos II de la Decisión Andina 351 de 1993 y 30 de la Ley 23 de 1982, los cuales señalan:

⁹³ GAVIRIA LONDOÑO, Vicente E. Delitos contra los derechos de autor. Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Universidad Externado de Colombia, 2003, Pág. 564.

- Decisión Andina 351 de 1993, artículo 11. *“El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:*

a) *Conservar la obra inédita o divulgarla;*

b) *Revindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,*

c) *Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor...”.*

- Ley 23 de 1982, artículo 30. *“El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable, para:*

a) *Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;*

b) *Oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos;*

c) *A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;*

d) *A modificarla, antes o después de su publicación;*

e) *A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada...”.*

Así las cosas, el sujeto pasivo del artículo 270 del C.P. será el autor de la obra sobre la cual recae la conducta punible, es decir, la persona que realizó la creación intelectual objeto de tutela.

Es necesario precisar que, de conformidad con el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993⁹⁴ y el párrafo 2 del artículo 30 de la Ley 23 de 1982⁹⁵, a la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponde a sus causahabientes.

Así mismo, la defensa del inédito de las obras que hayan pasado al dominio público, es decir aquellas frente a las cuales el término de protección del derecho de autor ya ha expirado, se encuentra a cargo del Ministerio de Cultura.

⁹⁴ *“A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a su derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.”*

⁹⁵ *“Párrafo 2°. A la muerte del autor corresponde a su cónyuge y herederos consanguíneos el ejercicio de los derechos indicados en los numerales a) y b) del presente artículo. A falta del autor, de su cónyuge o herederos consanguíneos, el ejercicio de estos derechos corresponderá a cualquier persona natural o jurídica que acredite su carácter de titular sobre la obra respectiva.”*

En este punto debemos hacer mención al caso particular de la obra cinematográfica, en donde de conformidad con lo establecido en el artículo 95 de la Ley 23 de 1982, se tiene como autores de la misma al director o realizador, el autor del guion o libreto cinematográfico, el autor de la música y el dibujante o dibujantes, si se tratare de un diseño animado. No obstante, aclara el artículo 99 de este mismo cuerpo normativa que **el titular de los derechos morales es “el director o realizador de la obra cinematográfica (...) sin perjuicio de los que corresponden a los diversos autores, artistas, intérpretes o ejecutantes que hayan intervenido en ella, con respecto a sus propias contribuciones”** (Negrilla fuera de texto).

De igual forma, en relación con aquellas obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, debemos señalar que los derechos patrimoniales le pertenecen a la entidad pública correspondiente, y los derechos morales pueden ser ejercidos por los autores, en cuanto no sean incompatibles con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas. (Art. 91, Ley 23 de 1982).

Finalmente, resulta paradójico que, a pesar de que el régimen de los derechos conexos no concede ningún tipo de derecho moral al productor de fonogramas, la norma en comento si incorpora como una violación al derecho moral de autor la publicación, inscripción en el registro nacional de derecho de autor, compendación, mutilación o transformación del fonograma. Por tanto, en estos casos tendremos como sujeto pasivo al productor de fonogramas, quien es la “*persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos*”⁹⁶.

7. Bien jurídico tutelado (Derechos morales protegidos)

Partiendo del entendimiento que al hablar de bien jurídico tutelado nos referimos al valor jurídico cuya protección está destinada a dispensar el tipo penal, desde ahora debe manifestarse, sin lugar a equívocos, que el bien jurídico tutelado contenido en el artículo 270 del C.P. lo constituyen los derechos morales de autor.

Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de mayo de 2010⁹⁷, donde en relación con el artículo 270 del C.P. manifestó “*El bien jurídico que se tutela bajo este rótulo es, como su nombre lo indica, los derechos morales de autor...*” (Subrayado de fuera de texto).

Vale la pena recordar que los derechos morales de autor se caracterizan por proteger el aspecto íntimo entre el autor y la obra, tienen como objeto salvaguardar la personalidad del autor en relación con su obra. Son derechos que no tienen contenido patrimonial y se caracterizan por ser inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Ahora bien, tal vez la connotación más importante de los derechos morales es que son de carácter fundamental. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

⁹⁶ Ley 23 de 1982, art. 8; y Decisión Andina 351 de 1993, art. 3.

⁹⁷ Op. cit. Casación N° 31.403, del 28 de mayo de 2010.

*“Los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre. Por su parte, los derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor, aunque no se consideran fundamentales, merecen también la protección del Estado”*⁹⁸ (Negrilla fuera de texto).

La importancia de identificar plenamente el bien jurídico tutelado deviene en que la sanción penal únicamente será procedente en aquellos casos donde la conducta constituya una puesta en peligro o vulneración efectiva del bien tutelado, pues de otra forma, así estemos en presencia de una conducta típica, pero que no atente contra el bien protegido, se presentará el fenómeno de antijuridicidad material.

Al respecto vale la pena traer a colación la opinión del doctrinante Jesús Silva Sánchez, quien señala:

“Las conductas, aunque formalmente típicas, sólo son penalmente sancionables cuando resultan ofensivas del respectivo bien jurídico. En tal sentido, la política criminal, a través de su exigencia de racionalidad finalista, se encarga de individualizar cuáles son aquellos bienes e intereses que merecerán tutela a través de las herramientas del Derecho Penal, seleccionando, además, los comportamientos y conductas que serán objeto de incriminación. Los bienes jurídicos tutelados delimitan el "umbral" de la tutela penal: las manifestaciones subjetivas de infidelidad no pueden ser tomadas en consideración, hasta tanto no se constituyan en un peligro para los bienes protegidos. Por lo demás, en el marco de un Estado de Derecho la definición de las conductas penalmente relevantes se encuentra gobernada por los principios de "ultima ratio" y "lesividad", en cuya virtud sólo pueden sancionarse penalmente aquellas acciones u omisiones que afecten, al menos potencialmente, al bien jurídico protegido, no bastando en forma alguna la mera contradicción formal de la actuación con los términos contenidos en la norma de prohibición.

*La referida exigencia de que el Derecho Penal intervenga exclusivamente para proteger bienes jurídicos constituye una garantía fundamental inherente a la concepción de esta rama jurídica en el marco del Estado de Derecho. Se asegura también de esta manera la vigencia del principio de proporcionalidad, pues la intervención punitiva no resulta proporcionada si no se encuentra justificada por tender a la protección de aquellas condiciones fundamentales de la vida en común, y con el objeto de evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas.”*⁹⁹

8. Objeto material

Los objetos materiales del tipo penal del artículo 270 del C.P. son las obras y el fonograma. Por tanto, resulta pertinente realizar unas breves consideraciones en torno al alcance de cada una de estos términos.

En cuanto a la obra debemos señalar que el derecho de autor las entiende como *“toda creación intelectual, original, expresada en una forma reproducible”*¹⁰⁰.

⁹⁸ Sentencia C-155 del 28 de abril de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. J.M. Bosch Editor. Buenos Aires; pág. 267.

¹⁰⁰ BOYTA, Gyorgy, Autor Principal. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Glosario del Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ginebra, 1980. Voz 262., p. 268.

En este mismo sentido la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 3° define a la obra como “*Toda creación intelectual originaria, de naturaleza artística, científica o literaria susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma*”.

De las anteriores definiciones podemos decir que, a efectos de estar protegidas por el derecho de autor, las obras deben cumplir con los siguientes requisitos:

- Que se trate de una creación intelectual: es decir que sea el producto del ingenio y de la capacidad humana.
- Que sea original. La originalidad, no puede confundirse con la novedad de la obra, la originalidad se constituye en el sello personal que el autor imprime en su obra y que la hace única.
- Que sean de carácter literario o artístico¹⁰¹.
- Que sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio conocido o por conocer.

Este último requisito nos permite advertir la diferencia existente entre la obra y el soporte material que la contiene. Y es que, a pesar de exigirse que la obra sea susceptible de divulgarse o reproducirse por cualquier medio, no pueden llegar a confundirse las obras como tal, que por su naturaleza constituyen bienes intangibles, con el soporte material que las contiene.

En este sentido, el artículo 6 de la Decisión Andina 351 de 1993, señala que los derechos reconocidos por la legislación sobre derecho de autor son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra.

Así las cosas, el objeto material es la obra o *corpus mysticum* y no en el soporte en que esta se encuentra materializada -*corpus mechanicum*-. El primero protegido por un derecho de propiedad *sui generis* como lo es el derecho autor; y el segundo por el derecho de propiedad genérico o común.

Es necesario advertir que el derecho de autor protege las obras por el hecho de la creación intelectual, sin ser necesario que el autor realice ningún tipo de trámite judicial o administrativo, como por ejemplo, la inscripción de la obra en el Registro Nacional de Derecho de Autor. Al respecto pueden consultarse los artículos 5.2. del Convenio de Berna, 52 de la Decisión Andina 351 de 1993, y 9 de la Ley 23 de 1982. En cuanto al objeto material del artículo 270 del Código Penal, la Corte Suprema de Justicia¹⁰², ha realizado la siguiente precisión:

¹⁰¹ De conformidad con el artículo 2.1. del Convenio de Berna “*los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias*”. En este mismo sentido puede consultarse el artículo 4 de la Decisión Andina 351 de 1993, hace un listado no exhaustivo de las obras protegidas por el derecho de autor, entre las que se encuentran los programas de ordenador.

¹⁰² Op. cit. Casación No 31.403 del 28 de mayo de 2010.

“Pues bien, el objeto material de la conducta es toda obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico u obra cinematográfica.

De acuerdo con el artículo 8° de la Ley 23 de 1982, el concepto de obra artística, científica y literaria, abarca “los libros, obras musicales, pinturas al óleo, a la acuarela o al pastel, dibujos, grabados en madera, obras caligráficas y crisográficas, obras producidas por medio de corte, grabado, damasquinado, etc., de metal, piedra, madera u otros materiales, estatuas, relieves, esculturas, fotografías artísticas, pantomimas, u otras obras coreográficas

Igualmente, puede decirse que la obra literaria se caracteriza porque posee elementos estéticos definidos, sin que importe las consideraciones subjetivas de gusto. Desarrolla géneros como la poesía, la prosa, la novela, etc. y puede ser escrita u oral. Por su parte, la obra artística comprende cualquier forma de expresión como consecuencia del cultivo de artes como la pintura, la escultura, la música, la danza, etc. Finalmente, la expresión “obra científica” contiene todos aquellos trabajos de naturaleza intelectual que entran en el campo de la razón, la percepción y el conocimiento, que se dirigen a su descubrimiento, discernimiento, divulgación o enseñanza, en cualquier rama del saber humano. También abarca la obra escrita u oral de cualquier naturaleza y extensión sobre los principios, reglas, métodos y desarrollos realizados dentro de la ciencia¹⁰³.

De otro lado, el artículo 3° de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena de 1993, define programa de ordenador o soporte lógico (software) como la expresión que corresponde a un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador –un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones- ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.”

Como obra cinematográfica se entiende, al tenor del artículo 8°, literal s) de la Ley 23 de 1982, la fijación, en soporte material, de sonidos sincronizados con imágenes, o de imágenes sin sonido; mientras que por productor de fonograma la fijación, en soporte material, de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos – artículo 8°, literal m) de la misma normatividad-.”

El segundo objeto material que encontramos es el fonograma. Por ello, debemos recordar que el fonograma se encuentra protegido por el régimen de los derechos conexos, y es definido en el artículo 8 de la Ley 23 de 1982, como la fijación, en soporte material, de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos.

De igual forma, la Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 3°, define el Fonograma como *“Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas”.*

9. Elementos subjetivos del tipo

Puede afirmarse que el tipo penal del artículo 270 del C.P. es netamente doloso, en tanto lo que se castiga es la conducta de aquella persona que conoce los hechos constitutivos de esta infracción penal y quiere su realización. Es decir, se castiga a quien intencionadamente vulnera un derecho moral de autor.

¹⁰³ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Comentarios al Nuevo Código Penal Sustancial. Tercera edición. Ediciones Doctrina y Ley, pág. 463.

En cuanto a la prueba del dolo en el delito de plagio (una de las conductas sancionadas en el artículo 270 del Código Penal), Ricardo Antequera Parilli¹⁰⁴ cita una sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 2ª Penal de fecha 26 de septiembre de 1992, recurso de casación contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla en la que se manifiesta: *“... es de los actos externos y objetivos de los que hay que inferir ese elemento tan íntimo como es la intencionalidad del agente, actos que en el caso que nos ocupa aparecen con meridiana claridad y que son, entre otros y fundamentalmente, los que siguen: cuando el encausado escribió su libro «procedió a copiar el libro publicado con anterioridad, copia no total, pero sí en los extremos esenciales de la obra, así como de su sistemática, conclusiones y forma»; no solicitó en ningún momento autorización del autor de la obra original, y no le citó a pie de página en ninguna de sus partes, limitándose a hacer referencia de él de modo genérico en el apartado de bibliografía general; etc.”*

Por otra parte, para la comisión de este delito no se requiere que el sujeto activo o infractor del derecho moral, que es un derecho fundamental, busque un beneficio, ventaja, utilidad o provecho; sino que simplemente realice las conductas descritas en el tipo. En otras palabras, lo único que se requiere es que se publique, inscriba en el registro nacional de derecho de autor, mutile, compendie o transforme la obra de carácter artístico o literario o el fonograma.

En relación con la irrelevancia del ánimo de lucro, el citado experto RICARDO ANTEQUERA PARILLI comenta:

“En todo caso, la tutela penal no sólo puede enfocarse desde el punto de vista de aquellas conductas vinculadas a la actividad comercial (aunque el ADPIC, a título de “principios mínimos” esté dirigido a la protección de la propiedad intelectual en los aspectos “relacionados con el comercio”), sino también a otras que vulneren los derechos de orden moral o afecten los derechos patrimoniales, aunque en este último caso no se trate de actividades mercantiles o con fines lucrativos. Por esa razón, el fin de lucro como condición objetiva de punibilidad no está generalizado en los tipos penales previstos en las leyes nacionales de derecho de autor, de modo que salvo norma expresa al respecto la finalidad lucrativa es irrelevante”¹⁰⁵.

10. Elementos normativos del tipo

Este tipo penal, como muchos otros, no describe de manera objetivo- formal las conductas humanas que penaliza, por ello es necesario acudir a ciertas definiciones de tipo jurídico y extrajurídico para precisar el alcance de la conducta, de los objetos materiales, e incluso, de los sujetos pasivos. En esa medida encontramos, entre otros, los siguientes elementos normativos:

Editor: *“La persona natural o jurídica, responsable económica y legalmente de la edición de una obra que, por su cuenta o por contrato celebrado con el autor o autores de dicha obra, se compromete a reproducirla por la imprenta o por cualquier otro medio de reproducción y a propagarla”.* (Ley 23 de 1982, art. 8).

¹⁰⁴ ANTEQUERA PARILLI Ricardo, Derecho de Autor Regional DAR – Jurisprudencia. Centro Regional para el Fomento del Libro CERLALC, Bogotá, 2007. Publicado en www.cerlalc.org

¹⁰⁵ ANTEQUERA PARILLI Ricardo, Derecho de Autor Regional DAR – Jurisprudencia. Centro Regional para el Fomento del Libro CERLALC, Bogotá, 2007. Publicado en www.cerlalc.org

Fonograma: *“Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas”*. (Decisión Andina 351 de 1993, art. 3).

“La fijación, en soporte material, de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos”. (Ley 23 de 1982, art. 8).

Obra: Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma. (Decisión Andina 351 de 1993, art. 3).

Obra audiovisual: *“Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene”*. (Decisión Andina 351 de 1993, art. 3).

Obra cinematográfica: “cinta de video y videograma; la fijación, en soporte material, de sonidos sincronizados con imágenes, o de imágenes o de imágenes sin sonido”. (Ley 23 de 1982, art. 8).

Obra inédita: *“Aquella que no haya sido dada a conocer al público”*. (Ley 23 de 1982, art. 8).

Obras artísticas, científicas o literarias: De conformidad con el artículo 8 de la Ley 23 de 1982, se entiende por *“obras artísticas, científicas y literarias, entre otras, los libros, obras musicales, pinturas al óleo, a la acuarela o al pastel, dibujo, grabados en madera, obras caligráficas y crisográficas, obras producidas por medio de corte, grabado, damasquinado, etc.; de metal, piedra, madera u otros materiales, estatuas, relieves, escultura, fotografías artísticas, pantomimas u otras obras coreográficas”*.

Productor: “Persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra, por ejemplo, de la obra audiovisual o del programa de ordenador”. (Decisión Andina 351 de 1993, art. 3).

Productor cinematográfico: *“La persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad de la producción de la obra cinematográfica”*. (Ley 23 de 1982, art. 8).

“Es la persona natural o jurídica legal y económicamente responsable de los contratos con todas las personas y entidades que intervienen en la realización de la obra cinematográfica”. (Ley 23 de 1982, art. 97).

Productor de Fonograma: *“Persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos”*. (Decisión Andina 351 de 1993, art. 3).

“La persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución o de otros sonidos”. (Ley 23 de 1982, art. 8).

Programa de ordenador o soporte lógico (software): *“Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”.* (Decisión Andina 351 de 1993, art. 3).

En este punto es importante traer a colación el artículo 23 de la Decisión Andina 351 de 1993, que señala:

“Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales.

Sin perjuicio de ello, los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas”.

Conforme al Decreto 1360 de 1989, *“el soporte lógico (software) comprende uno o varios de los siguientes elementos: el programa de computador, la descripción de programa y el material auxiliar”.* (Art. 2).

En este orden de ideas el artículo 3 del mencionado Decreto define los tres elementos del software de la siguiente manera:

“Programa de computador: La expresión de un conjunto organizado de instrucciones, en lenguaje natural o codificado, independientemente del medio en que se encuentre almacenado, cuyo fin es el de hacer que una máquina capaz de procesar información, indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específico.

Descripción de Programa: Una presentación completa de procedimientos en forma idónea, lo suficientemente detallada para determinar un conjunto de instrucciones que constituya el programa de computador correspondiente.

Material auxiliar: Todo material, distinto de un programa de computador o de una descripción de programa, creado para facilitar su comprensión o aplicación, como por ejemplo, descripción de problemas e instrucciones para el usuario”.

Registro Nacional de Derecho de Autor del Derecho de Autor: *“Es un servicio que presta el Estado a través de la Unidad Administrativa Especial - Dirección Nacional del Derecho de Autor, cuya finalidad es la de brindarle a los titulares del derecho autor y derechos conexos un medio de prueba y de publicidad a sus derechos así como a los actos y contratos que transfieran o cambien ese dominio amparado por la ley, y garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de derecho de autor y de derechos conexos y a los actos y documentos que a ellos se refiere”.* (Decreto 460 de 1995, art 2).

Según lo establece el artículo 3 de la Ley 44 de 1993, en el Registro Nacional de Derecho de Autor pueden inscribirse:

- a) Las obras literarias, científicas y artísticas;*
- b) Los actos en virtud de los cuales se enajene el Derecho de Autor, así como cualquier otro acto o contrato vinculado con los derechos de autor o los derechos conexos;*
- c) Los fonogramas;*
- d) Los poderes de carácter general otorgados a personas naturales o jurídicas para gestionar ante la Dirección Nacional del Derecho de Autor, o cualquiera de sus dependencias, asuntos relacionados con la Ley 23 de 1982¹⁰⁶.*

Finalmente debe advertirse que *“el registro es declarativo y no constitutivo de derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario. Toda inscripción deja a salvo los derechos de terceros”¹⁰⁷.*

¹⁰⁶ Estas inscripciones pueden realizarse a través de la página web www.derechodeautor.gov.co

¹⁰⁷ Decisión Andina 351 de 1993, art. 53.

CAPÍTULO III

VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS (ART. 271 DEL CÓDIGO PENAL)

“ARTÍCULO 271. VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

1. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico.

3. Alquile o, de cualquier otro modo, comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas.

4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales.

5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título.

6. Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión.

7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Este artículo fue modificado por el artículo 2 de la Ley 1032 de 2006.

El artículo 271 del C.P. tipifica la realización de ciertas conductas violatorias de los derechos de autor y los derechos conexos, como lo son aquellas que, sin encontrarse contempladas como una excepción a estos derechos, son realizadas sin autorización previa y expresa de sus respectivos titulares.

Al respecto vale la pena recordar que los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo para realizar, autorizar o prohibir ciertos usos de sus obras o prestaciones protegidas (interpretaciones, fonogramas y emisiones de radiodifusión).

En esa medida, por regla general, todo aquel que desee utilizar una creación protegida por el derecho de autor o los derechos conexos, requiere de la autorización del respectivo titular, la cual debe ser previa, es decir, anterior al momento en que se pretende realizar el uso; y expresa, no tacita. Precisamente, constituye una autorización previa y expresa, la manifestación **clara e inequívoca** del titular del derecho, a través de la cual se faculta a un tercero, para que a futuro utilice una o varias de sus creaciones.

Dichas autorizaciones, normalmente, se ven reflejadas en la celebración de contratos de licencia, en los cuales se pactan las condiciones de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se permite la utilización de la creación o prestación.

Sobre el particular, debemos advertir que las formas de utilización son independientes entre sí, y, en consecuencia, la autorización para una forma de utilización no se extiende a las demás¹⁰⁹; todos los usos que no se encuentren contemplados en una licencia, necesariamente requerirán de otra autorización.

En este punto, es preciso recordar que los derechos patrimoniales de autor y conexos no son absolutos, ya que a fin lograr un equilibrio entre su efectiva protección y el interés público de acceso a la información, la educación y la cultura, la Ley ha establecido ciertos casos, conocidos normalmente como limitaciones y excepciones, en los cuales es permitido hacer uso de una obra o prestación sin requerir de la autorización previa y expresa de los titulares, ni del pago de una remuneración.

A efectos de establecer si un determinado uso se encuentra o no amparado en una limitación o excepción, es preciso analizar el contenido del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, así como el capítulo III y los artículos 178 y 179 de la Ley 23 de 1982, por ser las normas que contienen el listado taxativo de limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos.

Cabe señalar que uno de los principios que rigen las limitaciones y excepciones es que su ejercicio debe adelantarse teniendo en cuenta el uso honrado, haciendo referencia a aquellos actos que “... *no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor*”¹¹⁰. Por tanto, dichas limitaciones deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, y de manera estricta a las condiciones determinadas previamente por la ley, a efectos de que las mismas no se conviertan en elementos que afecten los justos derechos reconocidos a los creadores sobre sus obras y prestaciones.

¹⁰⁹ Ley 23 de 1982, artículo 77.

¹¹⁰ Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.

Por otro lado, debemos recordar que las obras artísticas y literarias, las interpretaciones, los fonogramas y las emisiones se encuentran protegidos sin importar el medio a través del cual se difundan o se den a conocer. Por ello, no puede caerse en el error de creer, por ejemplo, que si una obra ha sido publicada en internet la misma puede ser utilizada libremente, pues los medios tecnológicos, así como la facilidad y rapidez con que puede accederse hoy en día a los contenidos, no debe entenderse como una limitación o excepción al derecho de autor o conexo.

Precisamente las prerrogativas concedidas a favor de los titulares de estas creaciones, los faculta para disponer de su utilización a través de cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocer, y las limitaciones a esas prerrogativas son solo aquellas consagradas de manera taxativa en la Ley.

En ese orden de ideas es pertinente traer a colación el artículo 2° de la Ley 23 de 1982, el cual señala:

“Artículo 2°. Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas en las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera sea el modo de expresión y cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, (...) y en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier medio conocido, o por conocer”. (Negrilla fuera de texto).

A su vez, el artículo 4 de la Decisión Andina 35I de 1993, establece protección a las obras de una manera amplia, cuando fija el objeto del derecho de autor, así:

“Artículo 4.- La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, (...).” (Negrilla fuera de texto).

En conclusión, por regla general, siempre que se pretenda realizar una utilización no amparada en una limitación o excepción, de una obra o prestación protegida por los derechos conexos, se debe contar con la autorización previa y expresa de su titular.

Viene a bien recordar que los derechos patrimoniales tienen un término de duración limitado en el tiempo, el cual comprende, para los autores su vida y hasta ochenta años después de su muerte, y para las personas jurídicas, cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra. Una vez se agota este término de protección, la obra ingresa a lo que conocemos como dominio público, lo cual implica que puede utilizarse por cualquier persona sin necesidad de ninguna autorización, siempre y cuando se cumpla con el debido respeto de los derechos morales.

De igual forma, pertenecen al dominio público las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos, aquellas cuyos autores hubieran renunciado a sus derechos, y las obras extranjeras que no gocen de protección en Colombia. (Art. 187 Ley 23 de 1982.)

Hechas las anteriores aclaraciones, que resultan comunes a todos los comportamientos humanos descritos en el presente tipo penal, en tanto se exige que los mismos no estén amparados en una limitación o

excepción y no cuenten con la autorización previa y expresa del titular, pasemos a analizar, numeral por numeral, cada una de las conductas.

I. Artículo 271 numeral I del Código Penal (Violación de los derechos patrimoniales de reproducción y distribución – la piratería-)

“I. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.”

Los derechos patrimoniales de autor objeto de protección en el numeral primero del artículo 271 del C.P. son los derechos de reproducción y distribución.

En efecto, se tutela la facultad exclusiva de los autores o titulares del derecho para realizar, autorizar o prohibir la reproducción de sus obras artísticas o literarias por cualquier medio o procedimiento¹¹¹.

Así mismo, se protege la facultad exclusiva de los autores o titulares del derecho para realizar, autorizar o prohibir la distribución pública de los ejemplares de la obra¹¹².

Además de derechos patrimoniales de autor el numeral primero del artículo 271 del C.P. también protege derechos conexos, en particular los correspondientes a los productores de fonogramas.

Estos derechos patrimoniales conexos de los productores de fonogramas objeto de tutela son:

- ✓ La facultad para autorizar o prohibir la reproducción de sus fonogramas¹¹³.
- ✓ La facultad para impedir la importación de copias del fonograma, que no hubieran sido autorizadas por ellos¹¹⁴.
- ✓ La facultad autorizar o prohibir la distribución pública de las copias del fonograma¹¹⁵.

¹¹¹ Decisión Andina 351 de 1993, Artículo 13. *“El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:*

a) *La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento...”*

Ley 23 de 1982. Artículo 12. *“El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquiera de los actos siguientes:*

a. *Reproducir la obra...”*

¹¹² Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 13.- *“El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:*

(...)

c. *La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler...”*

¹¹³ Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 37. *“Los productores de fonogramas tienen el derecho de:*

a) *Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas...”*

¹¹⁴ Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 37. *“Los productores de fonogramas tienen el derecho de:*

(...)

b) *Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin autorización del titular...”*

Ley 23 de 1982. Artículo 172. *“El productor de un fonograma tiene el derecho de autorizar o de prohibir la reproducción directa o indirecta del mismo.”*

¹¹⁵ Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 37. *“Los productores de fonogramas tienen el derecho de:*

(...)

La conducta descrita en este numeral consiste en reproducir, por cualquier medio o procedimiento, una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador; o en transportar, almacenar, conservar, distribuir, importar, vender, ofrecer, adquirir para la venta o distribución, o suministrar a cualquier título tales reproducciones, sin autorización previa y expresa del titular, y sin que dicha utilización se halle inmersa en una limitación o excepción al derecho de autor o conexos.

Esta conducta es lo que comúnmente se conoce como piratería, pues implica la reproducción de obras y fonogramas, así como su posterior distribución y venta, sin autorización previa y expresa de los titulares del derecho.

Los verbos rectores que componen la conducta son:

Adquirir: *“Comprar”*¹¹⁶. A su vez comprar es *“obtener algo con dinero”*¹¹⁷.

Almacenar: *“Reunir o guardar muchas cosas”*¹¹⁸.

Conservar: *“Mantener algo o cuidar de su permanencia”*¹¹⁹.

Distribuir: *“Entregar una mercancía a los vendedores y consumidores”*¹²⁰.

Importar: *“Introducir en un país géneros, artículos o costumbres extranjeros”*¹²¹.

Ofrecer: *“Comprometerse a dar, hacer o decir algo”, “Presentar y dar voluntariamente algo”, “Manifiestar y poner patente algo para que todos lo vean”*¹²².

Reproducir: *“Se entiende por reproducción, fijación 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”*¹²³.

Suministrar: *“Proveer a alguien de algo que necesita”*¹²⁴.

Transportar: *“Llevar a alguien o algo de un lugar a otro”*¹²⁵.

Vender: *“Traspasar a alguien por el precio convenido la propiedad de lo que uno posee”*¹²⁶.

c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público...”

¹¹⁶ Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, consultado en: <http://www.rae.es/>

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² *Ibíd.*

¹²³ Decisión Andina 351 de 1993, artículo I4.

¹²⁴ Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, consultado en: <http://www.rae.es/>

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ *Ibíd.*

Es importante señalar que la distribución implica la venta, arrendamiento o alquiler de ejemplares¹²⁷.

El término reproducción implica, además, la obtención de copias de las obras y prestaciones por cualquier medio o procedimiento. En este orden de ideas, encontramos la declaración concertada del artículo I.4 del Tratado OMPI de Derecho de Autor señala:

“El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886”.

En este mismo sentido encontramos la declaración concertada respecto de los Artículos 7, II y I6, en la cual se estableció:

“El derecho de reproducción, según queda establecido en los artículo 7 y II, y las excepciones permitidas en virtud de los mismos y del Artículo I6, se aplica plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida o de un fonograma en forma digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos”.

De otra parte, vale la pena resaltar que la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse específicamente sobre la conducta de “conservar”, diferenciándola de la de “portar”, la cual, a diferencia de la primera, no se encuentra tipificada en el artículo 27I, numeral I del Código Penal, y en consecuencia sería atípica. En efecto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de Casación N° 25.583 del 21 de marzo de 2007¹²⁸, manifestó:

Como bien cabe observar, dentro de las conductas alternativas por medio de las cuales se puede llegar a infringir el tipo penal que reprime la reproducción ilícita de la creación intelectual de su autor, **no se halla contemplada la que describe la acción de portar**, entre cuyas acepciones y para lo que es de interés en la solución del caso, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española -vigésima primera edición, Madrid, 1992- le asigna el significado de “**Llevar o traer**”, en tanto que **conservar -modalidad conductual atribuida a ÁLVAREZ RIVERA-** denota, entre otras acciones, la de “**Mantener una cosa o cuidar de su permanencia (...)** Guardar con cuidado una cosa.”

(...)

“La modalidad de comportamiento por el cual se le infligió condena al aquí procesado -conservar- no da la idea, conforme con las nociones gramaticales que se dejaron vistas, de la conducta que efectivamente desplegaba ÁLVAREZ RIVERA en el momento en que se le sometió a registro personal -llevar consigo- que, como sinónimo de portar no se encuentra incluido entre los verbos rectores que tipifican el delito de defraudación a los derechos patrimoniales de autor. Por consiguiente, su conducta deviene ATÍPICA.”

¹²⁷ Decisión Andina 35I de 1993, artículo 13, literal d).

¹²⁸ Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

2. Artículo 271 numeral 2 del Código Penal (Violación del derecho patrimonial de comunicación pública)

“2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico.”

El numeral segundo del artículo 270 del C.P. se dirige a proteger el derecho patrimonial de autor de comunicación pública, esto es, la facultad exclusiva que tienen los autores o titulares de obras artísticas o literarias para realizar, autorizar o prohibir la comunicación, exhibición, o ejecución pública de sus obras¹²⁹.

La descripción típica se concreta en realizar, sin autorización previa y expresa y sin que la utilización se circunscriba en una limitación o excepción, la representación, ejecución, exhibición pública de obras *“teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico.”*

Encontramos así los siguientes verbos rectores:

Exhibir: *“Manifestar, mostrar en público”*¹³⁰.

Ejecutar: *“Tocar una pieza musical”*¹³¹.

Representar: *“Se entiende generalmente que se refiere a la interpretación de una obra mediante acciones tales como la escenificación, recitación, canto, danza o proyección, bien sea a un grupo de auditores o espectadores en presencia de los mismos, o bien transmitiendo la interpretación con ayuda de mecanismos o procesos técnicos tales como micrófonos, radiodifusión o televisión por cable...”*¹³².

Ejecutar y representar pueden agruparse en un solo término, que se adecua mas a la conducta descrita, a saber: la ejecución pública, la cual *“se entiende generalmente que se refiere a la representación o ejecución de una obra que se ofrece a los auditores o espectadores sin restringirla a determinadas personas pertenecientes a un grupo privado y que supera los límites de las representaciones domesticas normales...”*¹³³.

No se define en la ley el concepto de *“ejecución pública”*; no obstante ello no impide que el intérprete en su hermenéutica pueda y deba acudir al sentido natural y obvio de dicha expresión, lo que nos conduce a entender que la ejecución de la obra musical no es sino la externalización en eventos sonoros de dicha

¹²⁹ Decisión Andina 351 de 1993, Artículo 13. *“El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:*

(...)

b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes”

Ley 23 de 1982. Artículo 12. *“El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquiera de los actos siguientes:*

(...)

b) Comunicar la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio...”

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, consultado en: <http://www.rae.es/>

¹³² *Op. Cit.*, BOYTA, Gyorgy. Voz 178, p. 182.

¹³³ *Ibíd.*, Voz 205, p. 209.

creación artística, haciéndole perceptible al oído humano. La ejecución pública de obras es una modalidad de la comunicación pública, la cual requiere ser autorizada previa y expresamente por el autor o su derechohabiente acorde con el artículo 13 literal b) de la Decisión Andina 351 de 1993 y el Artículo 12 literal c) de la Ley 23 de 1982.

El artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, define comunicación pública como “*todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*”, y menciona en su literal a) como una de sus modalidades, a la ejecución pública de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento.

Por su parte, el artículo 158 de la Ley 23 de 1982 establece que “*La ejecución pública, por cualquier medio, inclusive radiodifusión, de obra musical con palabras o sin ellas, habrá de ser previa y expresamente autorizada por el titular de derecho o sus representantes*”.

3. Artículo 271 numeral 3 del Código Penal (Violación del derecho patrimonial de distribución)

“3. Alquile o, de cualquier otro modo, comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas.”

En cuanto al derecho de autor, se protege en este numeral el derecho patrimonial de distribución pública de los ejemplares de las obras¹³⁴.

Es importante señalar que, a diferencia de los numerales primero y segundo, aquí no se protege el derecho patrimonial de todo tipo de obras artísticas o literarias, sino que se limita exclusivamente a la tutela de las obras musicales¹³⁵, las audiovisuales y el software.

En esa medida quedan fuera de la conducta típica las acciones de distribución que se realicen sobre obras literarias (creaciones expresadas por escrito) o artísticas, no contempladas en el numeral, como pinturas, dibujos, fotografías, esculturas etc.

En lo que corresponde al derecho conexo, se tutela el derecho patrimonial de los productores de fonogramas para autorizar o prohibir la distribución pública de sus fonogramas¹³⁶.

La conducta descrita en el numeral tercero del artículo 271 del C.P. consiste en alquilar o, de cualquier otro modo, comercializar fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas, sin contar con la autorización previa y expresa y sin que dicho acto se ampare en una limitación y excepción.

Los verbos rectores de la conducta son:

¹³⁴ Artículo 13, literal c) Decisión Andina 351 de 1993.

¹³⁵ Las que se encuentren fijadas en un fonograma.

¹³⁶ Artículo 37, literal c) de Decisión Andina 351 de 1993.

Alquilar: *“Dar a alguien algo, especialmente... un mueble, para que use de ello por el tiempo que se determine y mediante el pago de la cantidad convenida”*¹³⁷.

Comercializar: *“Dar a un producto condiciones y vías de distribución para su venta”. “Poner a la venta un producto”*¹³⁸.

Vale la pena señalar que el alquiler y la comercialización involucran necesariamente la presencia y disposición de ejemplares de obras o fonogramas, que bien pueden ser lícitos o ilícitos (autorizados o no por el autor o titular), pues la norma no realiza ninguna distinción al respecto.

En relación con el alquiler y comercialización de los ejemplares lícitos es preciso traer a colación el concepto 2-2005-6647 del 14 de julio de 2005¹³⁹, proferido por la División Legal -hoy Oficina Asesora Jurídica- de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en donde en relación con el tema del agotamiento del derecho de distribución señaló:

“La figura del agotamiento del derecho extingue la posibilidad del autor o del titular patrimonial de la obra de controlar las posteriores distribuciones de los ejemplares después de efectuada la primera venta, pero dejando en libertad los titulares del soporte para adelantar posteriores distribuciones.

La doctrina ha identificado tres posibles modos en los que se puede determinar el agotamiento del derecho patrimonial de autor: a nivel nacional, regional o internacional.

El modo de agotamiento nacional, se produce cuando el bien ha sido distribuido al interior de un determinado país, extinguiéndose la posibilidad del autor o titular patrimonial de la obra para controlar el mercado de ésta dentro de ese particular territorio, pero conservando su derecho para hacerlo en el exterior.

El modo de agotamiento regional, se produce cuando el bien ha sido distribuido dentro de un mercado regional, permitiendo la circulación de manera libre dentro de los territorios nacionales de los países que conforman esa región y extinguiéndose la posibilidad del autor o titular patrimonial para controlar el mercado de la obra en alguno de los territorios que la conforman.

El modo de agotamiento internacional, se produce cuando la primera venta del soporte de la obra, se realiza en cualquier mercado extranjero, de manera que el titular no cuenta con la posibilidad de autorizar o prohibir futuras formas de distribución de aquellos ejemplares, incluidas las importaciones o ventas paralelas.

Los particulares modos de agotamiento del derecho de distribuir son asumidos de manera expresa por las legislaciones internas o de tipo regional. Cuando ello no ocurre, significa que no existe limitación alguna para los autores o titulares.

Es así como, aún reconociendo un derecho de distribución en el artículo 6, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996, establece en el numeral 2, de la misma disposición:

“Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor”.

¹³⁷ Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, consultado en: <http://www.rae.es/>

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ Disponible en: <http://www.derechodeautor.gov.co/htm/legal/servicios/conceptos/listado.htm>

Así las cosas, siendo Colombia Parte Contratante de este Tratado, ejerce la facultad de determinar los eventos en que se agota el derecho de distribución después de la primera venta.

Al no ser esta facultad ejercida por Colombia y al no existir disposición aplicable a la Comunidad Andina en los términos de la Decisión Andina 351 de 1993, podrá concluirse que no existe limitación alguna para los autores o titulares patrimoniales de obras, a fin de controlar la distribución del original o de los ejemplares de sus creaciones. En otras palabras, bajo nuestra regulación, su derecho de distribución no se agota.¹⁴⁰

De tal manera, respecto de obras protegidas por el derecho de autor, cualquier tipo de distribución que se adelante, deberá contar con la previa y expresa autorización de su titular, independientemente de cuál sea el país de origen de la obra.

Entonces, como en Colombia no se presenta la figura del agotamiento del derecho, la conducta involucra también el alquiler y la comercialización de ejemplares lícitamente obtenidos en el extranjero que pretendan distribuirse en Colombia.

En cuanto a la conducta de alquilar o comercializar Ricardo Antequera Parilli reseña una sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal de Lima (Perú) de fecha 27 de septiembre de 1991 (Exp. No. 267 – 00), en la que se plantea lo siguiente:

“... dentro de lo que se conoce en la Doctrina como los derechos de autor, encontramos dentro de ellos una serie de derechos de carácter patrimonial que nacen con él, como es el referido al derecho de distribución que tiene el titular de una obra intelectual, por el cual ostenta la exclusividad de autorizar cualquier puesta a disposición del público del original o copia de la obra, mediante la transmisión de la propiedad del soporte que la contiene, el alquiler o cualquier otro medio de uso o explotación; y que para la configuración del delito que se instruye, el tipo penal exige que el sujeto activo distribuya mediante venta, alquiler o préstamo público una obra protegida ... sin contar con la autorización prevista y escrita del autor o del titular de los derechos ...”.

En relación con esta jurisprudencia, el reconocido tratadista comenta que puede darse un concurso de delitos en cabeza del mismo sujeto activo si éste incurre en reproducción no autorizada de la obra y, además, procede a la distribución de los ejemplares así reproducidos. Pero puede ocurrir también que las respectivas responsabilidades penales recaigan en sujetos distintos, si uno de ellos reproduce la obra sin el consentimiento del titular y es otro quien coloca las copias ilegítimas en los canales de distribución¹⁴¹.

¹⁴⁰ “En la Decisión 351 del Pacto Andino (art.13), se ha consagrado el derecho exclusivo del autor o sus derechohabientes para la distribución de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler. Este reconocimiento se efectúa sin que exista la figura del agotamiento del derecho y, en consecuencia, está tratado como una figura de derecho de distribución general, que no está sujeta a limitaciones, en cuya virtud en los países del Pacto Andino el autor o su derechohabiente pueden controlar el destino de los ejemplares con gran amplitud”. SCHUSTER Santiago. X Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales. OMPI, República del Ecuador y Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Quito 1995. Página 101.

¹⁴¹ ANTEQUERA PARILLI Ricardo, Derecho de Autor Regional DAR – Jurisprudencia. Centro Regional para el Fomento del Libro CERLALC, Bogotá, 2007. Publicado en www.cerlalc.org

4. Artículo 27I numeral 4 del Código Penal (Violación a los derechos conexos del artista intérprete o ejecutante)

“4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales.”

Este numeral se encuentra destinado exclusivamente a la protección del derecho conexo patrimonial del artista intérprete o ejecutante, concretamente, en lo que corresponde a su derecho de reproducción sobre sus interpretaciones.

En este contexto, el derecho tutelado por este numeral resulta novedoso, pues en esta ocasión ya no se tutela el derecho de un productor de fonogramas como ocurre en los numerales primero y tercero, sino el derecho de un artista intérprete o ejecutante de obras musicales o teatrales, es decir, el derecho de los cantantes, músicos, actores o artistas que interpretan o ejecutan este tipo de obras.

El derecho conexo al que nos referimos concretamente es la facultad de los artistas intérpretes o ejecutantes para autorizar o prohibir la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones realizadas en vivo, así como la reproducción de tales fijaciones¹⁴².

La conducta descrita en este numeral consiste en realizar, sin autorización previa y expresa y sin el amparo de una limitación o excepción, la fijación, reproducción y comercialización de las representaciones públicas de obras teatrales o musicales.

Los verbos rectores son los siguientes:

Reproducir y comercializar. Las definiciones de estos dos verbos fueron citadas al analizar los numerales primero y tercero, respectivamente, por ello nos remitimos a lo allí transcrito.

Fijar: Incorporar signos, sonidos o imágenes sobre una base material que permita su percepción, reproducción o comunicación¹⁴³.

De conformidad con el Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la fijación *“Consiste en captar una obra en algún modo o forma de expresión física duradera, sea ésta un escrito, impresión, fotografía, grabación sonora o grabación audiovisual, escultura, grabado, construcción, representación gráfica o cualquier otro método que permita la posterior identificación y reproducción de la creación...”*¹⁴⁴.

En este numeral únicamente establece las conductas tendientes a fijar, reproducir o comercializar las representaciones públicas de obras teatrales o musicales. En otras palabras, no se refiere a ninguna prestación u obra protegida por el derecho de autor o conexo.

¹⁴² Decisión Andina 351 de 1993. *“Artículo 34.- Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones. Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.”*

¹⁴³ Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.

¹⁴⁴ Op. cit., BOYTA, Gyorgy. Voz 117, p. 119.

5. Artículo 27I numeral 5 del Código Penal (Violación a derechos patrimoniales de reproducción, comunicación y distribución pública)

“5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título.”

Se tutelan bajo este numeral los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública y distribución de ejemplares de cualquier tipo de obras artísticas o literarias¹⁴⁵.

La conducta aquí descrita consiste en disponer, realizar, o utilizar, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una artística o literaria, sin que dicho uso se ampare en una limitación o excepción y sin que se tenga la autorización previa y expresa del titular.

Los verbos rectores que encontramos en el numeral son:

Disponer: *“Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse”*¹⁴⁶.

Realizar: *“Efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción”*¹⁴⁷.

Utilizar: *“Aprovecharse de algo”*¹⁴⁸.

En relación con la disposición, realización o utilización de la comunicación de obras, es necesario tener en cuenta que el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA)¹⁴⁹, en su artículo 8 dispuso en favor de los autores la facultad de autorizar cualquier forma de comunicación pública de sus creaciones por medios alámbricos e inalámbricos, aclarando que una forma de comunicación al público es la denominada “puesta a disposición” la cual se presenta cuando los miembros del público pueden acceder a las obras *“desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”*.

Finalmente, en tanto en los numerales anteriores ya hemos determinado el alcance de fijación, ejecución, exhibición, comercialización, distribución y representación; no nos queda más por señalar que la difusión debe ser entendida como la *“diseminación pública de una obra de cualquier manera adecuada. La difusión comprende, además de la transmisión (distribución) de ejemplares de la obra, la radiodifusión, la transmisión por hilo al público, la representación o ejecución y los demás medios de transmisión al público”*¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Decisión Andina 35I de 1993 Artículo 13. Ley 23 de 1982. Artículo 12.

¹⁴⁶ Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, consultado en: <http://www.rae.es/>

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ Ley 565 de 2000

¹⁵⁰ *Op. cit.*, BOYTA, Gyorgy, Voz 80 p. 81.

6. Artículo 27I numeral 6 del Código Penal (Violación a derechos conexos de los organismos de radiodifusión)

“6. Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión”.

Este numeral está dedicado de manera exclusiva a salvaguardar los derechos conexos de los organismos de radiodifusión reconocidos en nuestra legislación.

En particular el bien jurídico tutelado son los derechos de los organismos de radiodifusión para autorizar o prohibir:

- ✓ La retransmisión de sus emisiones.
- ✓ La fijación de sus emisiones.
- ✓ La reproducción de sus emisiones¹⁵¹.

La conducta descrita en este numeral consiste en realizar, sin autorización previa y expresa y sin el amparo de una limitación o excepción, la retransmisión, fijación, reproducción reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, la divulgación de las emisiones de los organismos de radiodifusión.

Los verbos rectores son retransmitir, fijar, reproducir y divulgar. Nos limitaremos a definir aquellos que aun no nos hemos referido.

Divulgar: Hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento¹⁵².

“Tratándose de una obra, se entiende generalmente que es poner la obra en conocimiento del público, cualesquiera que sean los medios empleados para su divulgación. Divulgación de una obra no es sinónimo de publicación de una obra”¹⁵³.

Retransmitir: Re-emitar una señal o un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo¹⁵⁴.

Se penaliza la conducta siempre que la misma recaiga sobre la emisión de un organismo de radiodifusión, que es la empresa de radio o televisión que transmite programas al público, pues estos tienen la facultad exclusiva para autorizar o prohibir la retransmisión, fijación de sus emisiones, así como la reproducción de las fijaciones.

¹⁵¹ Decisión Andina 351 de 1993. “Artículo 39.- Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento;

b) La fijación de sus emisiones sobre una base material; y,

c) La reproducción de una fijación de sus emisiones.”

¹⁵² Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.

¹⁵³ Op. Cit., BOYTA, Gyorgy, Voz 78 p. 79.

¹⁵⁴ Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.

7. Artículo 271 numeral 7 del Código Penal (Violación a derechos conexos de los organismos de radiodifusión)

“7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción.”

La conducta descrita en el numeral séptimo del artículo 271 del C.P. consiste en la recepción, difusión o distribución, por cualquier medio, de las emisiones de la televisión por suscripción, siempre que dichos actos no estén precedidos de la autorización previa y expresa de sus titulares y que tampoco se subsuman en una limitación y excepción a estos derechos conexos.

Verbos rectores:

Recepcionar: *“Acción y efecto de recibir”*¹⁵⁵.

Difundir y distribuir. Sobre el particular nos remitimos a las definiciones citadas en los numerales anteriores.

Finalmente, es de precisar que la recepción, difusión y distribución, debe recaer sobre la emisión de la televisión por suscripción, entendida como *“aquella en la que la señal, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción”*¹⁵⁶.

8. Clasificación del tipo penal

El tipo contenido en el artículo 271 del Código Penal se puede clasificar de la siguiente forma:

Mono-subjetivo: Al igual que las conductas descritas en el artículo 270 del código penal, ya analizado, los comportamientos aquí descritos pueden ser realizados por una sola persona.

Complejos o Pluri-ofensivos: Ampara diversos derechos patrimoniales de autor como lo son la reproducción, distribución y comunicación pública de obras; así como ciertos derechos conexos, entre los que se cuenta la reproducción y distribución de fonogramas y la fijación, reproducción de la fijación y la retransmisión de las emisiones realizadas por los organismos de radiodifusión.

De lesión: Los derechos patrimoniales de autor y conexos protegidos sufren un menoscabo con la comisión de cualquiera de estas conductas.

Resultado: Exige que las conductas produzca un efecto o modificación en el mundo exterior, es decir, que afecten las facultades exclusivas de los titulares de derecho de autor o conexos para controlar la explotación de sus obras o prestaciones.

De Conducta Instantánea: Una vez se realiza la conducta, se perfecciona y se agota el tipo.

¹⁵⁵ Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, consultado en: <http://www.rae.es/>

¹⁵⁶ Ley 182 de 1995, Artículo 20, literal b).

9. Sujeto activo y sujeto pasivo

Sujeto activo: Tal y como analizamos en el anterior tipo penal, en tanto no se exige que la conducta sea realizada por una persona con una cualificación especial, el sujeto activo es indeterminado, luego la conducta puede ser cometida por cualquier persona física.

Sujeto pasivo: Partiendo de la base que los bienes jurídicos protegidos son los derechos patrimoniales de autor y conexos, debemos realizar nuevamente una referencia de sus titulares, pues son ellos los sujetos pasivos de estas conductas. Así las cosas, encontramos a los siguientes sujetos pasivos:

1. **El autor** de la obra, quien es la persona física que realizó la creación intelectual, y a quien la legislación autoral le concede derechos morales y patrimoniales sobre la misma (Art. 3 Decisión Andina 351 de 1993).
2. **Los artistas intérpretes o ejecutantes**, quien es la persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra (Art. 3 Decisión Andina 351 de 1993).
3. **El productor de Fonogramas**, que tal y como lo señala la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 13, es la *“Persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos”*.
4. **Los Organismos de radiodifusión**, entendidos como las empresas de radio o televisión que transmite programas al público¹⁵⁷.
5. **Otros Titulares.** Es oportuno precisar que los derechos patrimoniales de autor y conexos, a diferencia de lo que ocurre con los derechos morales, pueden transferirse a una persona (natural o jurídica) diferente del autor o titular primigenio.

La transferencia o cesión de derechos de autor puede ocurrir por acto entre vivos, por mandato legal o por causa de muerte.

- Por acto entre vivos

Encontramos el contrato de cesión o transferencia de derechos patrimoniales de autor, regulado en el artículo 182 y siguientes de la Ley 23 de 1982, a través del cual el cedente se desprende de sus derechos patrimoniales, convirtiendo al cesionario en titular derivado.

De acuerdo con el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, toda enajenación y transferencia del derecho de autor, sea total o parcial, deberá constar en escritura pública o en instrumento privado reconocido ante notario. Así pues, podemos concluir que la cesión convencional es solemne y sólo se perfecciona con el cumplimiento de este requisito.

¹⁵⁷ Art. 8, Ley 23 de 1982 y art. 3 Decisión Andina 351 de 1993.

Adicionalmente, estos contratos que implican enajenación total o parcial, deben ser inscritos en el Registro Nacional de Derecho de Autor, a efectos de ser oponibles frente a terceros.

- **Por mandato legal**

En primer lugar podemos hablar de la obra por encargo, la cual se encuentra regulada en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, así:

“Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, solo percibirán, en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra, pero conservarán las prerrogativas consagradas en el artículo 30 de la presente Ley, en sus literales a) y b).”

En consecuencia, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la precitada disposición, se presumirá que los derechos patrimoniales de la obra le corresponden a la persona que hubiere encargado su elaboración.

En segundo lugar encontramos que los derechos patrimoniales de las obras creadas por empleados o funcionarios públicos en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales, de conformidad con el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, pertenecen a la entidad pública correspondiente.

- **Por causa de muerte**

El derecho patrimonial que el autor ejerce sobre su obra constituye una forma especial de propiedad privada, ésta se rige, en términos generales, por los mismos principios de cualquier otra forma de dominio.

En esa medida, estas prerrogativas patrimoniales son transmitidas a los herederos del autor cuando este fallece. Así, el artículo 21 de la Ley 23 de 1982 establece que: *“Los derechos de autor corresponden durante su vida, y después de su fallecimiento disfrutarán de ellos quienes legítimamente los hayan adquirido, por el término de ochenta años...”*.

Lo anterior es ratificado por la misma Ley 23 de 1982, cuando en su artículo 4, literal e), determina que entre las diferentes clases de titulares de derecho de autor se encuentran “los causahabientes a título universal o singular” de los autores, artistas y productores fonográficos, según el caso.

No obstante, es preciso aclarar que la legislación que regula la materia autoral no profundiza ni establece reglas especiales en lo relacionado con la transmisión sucesoral del derecho de autor, por lo que se hace necesario acudir a las normas generales que regulan la materia, esto es, el Libro Tercero de Código Civil y los artículos 571 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior significa que los derechos patrimoniales que el autor detente respecto de su obra pasarán a la masa herencial en el momento que éste muera, y mientras dicho patrimonio no sea objeto de partición, los herederos gozarán de un derecho real sobre tal universalidad jurídica, pero no sobre los bienes y derechos singulares que la conforman.

- Titularidad especial de ciertas obras

Obras colectivas creadas dentro de un contrato laboral o de arrendamiento de servicios, en las que sea imposible identificar el aporte individual de cada una de las personas naturales que en ellas contribuyen: acorde con el artículo 92 de la Ley 23 de 1982, “*tendrán por titular de los derechos de autor al editor o persona jurídica o natural por cuya cuenta y riesgo ellos se realizan*”.

Obra Cinematográfica: Debemos advertir que el caso de las obras cinematográficas, los derechos patrimoniales se reconocen, salvo estipulación en contrario, a favor del productor¹⁵⁸.

10. Bien jurídico tutelado (Derechos patrimoniales protegidos)

El título del tipo penal, violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, nos indica de entrada cual es el bien jurídico tutelado en el artículo 271 del C.P.

Efectivamente, desde ya debemos afirmar que el valor o bien jurídico que se pretende salvaguardar en el artículo 271 del C.P. son los derechos patrimoniales de autor y conexos.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de manifestarse, especialmente en referencia al numeral primero del artículo 271 señalando:

*“El bien jurídico que se tutela en el tipo específico del artículo 271-1 del Código Penal (54-4 L. 44/93), es el derecho patrimonial de autor...”*¹⁵⁹ (Negrilla fuera de texto).

En la doctrina nacional se comparte esta identificación del bien jurídico tutelado. Al respecto resulta pertinente traer a colación al tratadista Pedro Alfonso Pabón Parra, quien al analizar los delitos contra los derechos de autor destaca que el bien jurídico protegido en el artículo 271 del C.P. son los “*Derechos de autor*”¹⁶⁰ en sí mismos.

Los derechos patrimoniales de autor, debemos recordar, son las facultades o prerrogativas exclusivas otorgadas al autor (creador) de una obra artística o literaria para controlar la utilización o explotación de su creación intelectual.

En palabras del profesor Ernesto Rengifo García “*Los derechos patrimoniales o derechos pecuniarios, o monopolios de explotación (...) son un cúmulo de facultades exclusivas del autor que le permiten explotar por sí mismo su creación o autorizar su explotación por parte de terceros*”¹⁶¹.

Estas facultades para controlar la utilización o explotación de las obras artísticas o literarias, de tiempo atrás han dado lugar a que la Corte Suprema de Justicia reconociera la naturaleza del derecho de autor como una especie de propiedad “*sui generis*” ejercida sobre bienes inmateriales (obras):

¹⁵⁸ Ley 23 de 1982, art. 98.

¹⁵⁹ Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de abril de 2008, Proceso No 29188. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Esta posición fue reiterada por la alta corporación en sentencia del 13 de mayo de 2009, Casación 31362, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

¹⁶⁰ PABÓN PARRA, Alfonso. Código Penal Esquemático. Ediciones Doctrina y Ley, 2008, Pág. 267.

¹⁶¹ RENGIFO GARCÍA, El Moderno derecho de autor. Universidad Externado de Colombia, Primera edición. 1996. Pág. 149.

*“Sin duda, entre las distintas tesis que se han expuesto sobre la naturaleza del derecho de autor, la más aceptada hoy es la de que se trata de una propiedad **sui generis**. Entre el sistema de "concesión", gracia del soberano, temporal, intransmisible por acto entre vivos y por causa de muerte y que rigió entre los siglos XV y XVIII; el de "monopolio exclusivo de explotación temporal", ya cesible y transmisible, y el de **propiedad especial**, se observan diferencias notables en beneficio de este importante derecho”¹⁶².*

Recordando las características de los derechos patrimoniales, mencionadas en el capítulo introductorio de la cartilla, debemos resaltar que son facultades de control sobre la obra que se extienden a todas las formas de utilización de la creación. Si bien la ley menciona algunos derechos como la reproducción, comunicación pública, distribución y modificación, adaptación o transformación, debe entenderse que esta es una lista enunciativa, y que en consecuencia los derechos patrimoniales de autor no se agotan en ella.

Es importante recordar que los derechos patrimoniales se caracterizan por ser transferibles, y en esa medida su titular puede ser una persona diferente del autor, que los hubiera adquirido por alguno de los medios dispuestos en nuestra legislación¹⁶³.

Este pequeño recuento, nos da lugar a señalar que no deben confundirse los derechos patrimoniales, es decir las facultades exclusivas que permiten al titular controlar la utilización de su obra, con el incremento o provecho económico que el titular pueda obtener por la explotación efectiva de su creación, pues evidentemente son dos aspectos absolutamente diferentes.

Al respecto vale la pena señalar que en Colombia se ha suscitado una discusión en torno al bien jurídico tutelado por el artículo 271 del Código Penal. La sentencia del 21 de octubre de 2009 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal (Casación 30532)¹⁶⁴, versa sobre el caso de una vendedora ambulante que fue aprehendida cuando ofrecía en vía pública ejemplares de dos obras literarias apócrifas o ‘piratas’ (Pacto en la sombra, de Edgar Téllez y Jorge Lesmes, publicado originalmente por Editorial Planeta S. A., y H. P.: Historias particulares de los honorables parlamentarios, de Edgar Artunduaga, publicado por Editorial Oveja Negra Ltda.).

En esa oportunidad, la Sala estimó que, comoquiera que el delito de que trata el artículo 271 del Código Penal no es de aquellos que se agotan con la mera acción, el ofrecimiento de venta callejero de dos ejemplares no implicó un peligro trascendente para los derechos patrimoniales en cabeza de los escritores y de las casas editoriales, sin perjuicio de que sí lo sea la acción de ofrecer para la venta reproducciones ilegales en cantidades considerablemente superiores, al tiempo que descartó la aplicación de las tesis que se refieren al delito acumulativo -en la medida en que los derechos de autor no son de aquellos de naturaleza colectiva- y precisó que era insostenible un juicio de responsabilidad penal con apoyo en una concepción estrictamente funcionalista del derecho penal, esto es, encaminado a mantener la vigencia de la norma vulnerada, como también sobre la mera necesidad de prevención general de la sanción.

¹⁶² Corte Suprema De Justicia, Sala Plena, 10 de febrero de 1960. Magistrado Ponente: Humberto Barrera Domínguez. Referencia: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 39 de la Ley 86 de 1946. Disponible en: <http://www.derechodeautor.gov.co/htm/legal/jurisprudencia/listado.htm>

¹⁶³ La transferencia de derechos patrimoniales opera exclusivamente mediante las figuras expresamente consagradas en la Ley para el efecto, ellas son: Cesión convencional (Artículo 183 Ley 23 de 1982), obra por encargo (Artículo 20 Ley 23 de 1982), transferencia de servidores públicos (Artículo 91 de la ley 23 de 1982), y sucesión por causa de muerte.

¹⁶⁴ M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

A partir de este antecedente jurisprudencial numerosos despachos judiciales han empezado a asumir un estudio de la antijuridicidad basado en lo que a su criterio es un mayor o menor perjuicio económico. Respetuosamente debemos apartarnos de este criterio pues creemos, como está extensamente reconocido en el derecho comparado, que el bien jurídico tutelado en los delitos contra el derecho de autor no es el patrimonio económico, sino el carácter exclusivo de los derechos morales y patrimoniales de autor y conexos.

En efecto, es necesario puntualizar que el bien jurídico tutelado por los tipos penales descritos en los artículos 270 a 272 del Código Penal tiene una doble manifestación representada por los aspectos moral y patrimonial, cada uno de los cuales comprende un conjunto de facultades exclusivas ya sea de carácter moral o patrimonial. De ahí, pues, que la infracción penal, ha de entenderse cometida en cuanto se ataque o lesione el derecho exclusivo del autor en cualquiera de las dos referidas manifestaciones sin que, por lo tanto, sea necesario para apreciar la antijuridicidad de la conducta la existencia o demostración del perjuicio económico.

Las leyes sustantivas en materia de derecho de autor protegen al titular del derecho patrimonial (el autor o su derechohabiente) contra el simple hecho de hacer copias de las obras sin su autorización. Por este solo hecho, ya se advierte de manera flagrante que esa misma actividad desplegada por quienes reproducen obras sin autorización, cualquiera que sea la cantidad de las copias obtenidas, ha vulnerado los derechos del titular. Al mismo tiempo es evidente que la comercialización de esas obras, por quien no tenía el derecho de distribuir las o autorizar a terceros dicha distribución, le representaba una conducta contraria al derecho exclusivo de autorizar o prohibir cualquier distribución de la obra a título de venta o alquiler, ya sea que el titular del derecho tenga a bien disponer de su derecho de manera onerosa o gratuita. No pueden interpretarse los tipos penales de los artículos 270 a 272 del Código Penal sin realizar una interpretación integral y sistemática de la ley sustantiva.

Sobre este tema el profesor Fernando Guerrero, en el blog jurídico www.propiedadcultural.com comenta lo siguiente:

“En ese orden de ideas, el bien jurídico protegido con los tipos contenidos en el título VIII del Código Penal colombiano, el Derecho de Autor, que no puede tener una definición ni un contenido distinto a lo que en el ordenamiento jurídico se entiende por tal, pues se trataría de apreciación asistemática, es la posibilidad de los titulares de ejercer sus derechos de exclusiva, por quien ellos decidan y en la forma en que lo establezcan. Entonces, no se trata de tutelar un determinado monto de ganancias o una cantidad del patrimonio de los titulares de derechos de autor, sino de velar porque otros no hagan actos de ejercicio de dichos derechos sin el consentimiento de su titular. En consecuencia, el bien jurídico “Derechos de Autor” se lesiona efectivamente o se pone en peligro, según sea el caso, cuando alguien ejecuta alguna de las conductas contempladas en el título VIII, sin ser el titular del derecho de autor que guarda relación con la conducta y sin contar con la autorización previa, específica (la forma en que puede hacerse el uso o explotación de la obra) y expresa del titular. Poco o nada importa, al menos para efectos de establecer la antijuridicidad material en delitos contra los derechos de autor, aspectos cuantitativos tales como cuántos ejemplares se ha reproducido sin consentimiento del titular o cuánto dinero deja de percibir éste por esa reproducción ilegal.”

La tendencia a considerar que el bien jurídico tutelado en los tipos penales sobre derechos patrimoniales de autor son los derechos en sí mismo considerados, se refleja en los diferentes ordenamientos jurídicos a nivel mundial.

Por ejemplo en el derecho español, donde también existen tipos penales destinados a la protección del derecho de autor¹⁶⁵, la doctrina ha entendido que el bien jurídico tutelado por estos delitos es el derecho de autor en sí mismo¹⁶⁶.

Algunas referencias de la doctrina española pueden ilustrar claramente el planteamiento:

Aránzazu Moretón Toquero señala: *“El bien jurídico protegido por los tipos de los artículos 270 a 272 CP, es la propiedad intelectual...”*¹⁶⁷.

José Antonio Vega Vega por su parte afirma *“El bien jurídico protegido son los derechos de autor y derechos afines, cuyas facultades están cobijadas en el vigente TRLPI bajo el rótulo de «propiedad intelectual» (...) De manera genérica se entiende por derechos de autor el conjunto de facultades – morales y patrimoniales – legalmente reconocidas a los titulares de obras literarias, artísticas o científicas sobre las mismas. Los derechos afines son los relativos a artistas, intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas...”* (Subrayado fuera de texto)¹⁶⁸.

Alberto Rodríguez-Mourullo Otero y Nicolás Bergareche Mendoza al referirse al tipo penal del artículo 270 del Código Penal Español señalan *“El bien jurídico protegido en el tipo básico es la propiedad intelectual entendida como un derecho complejo de naturaleza mixta, de carácter personal o moral y patrimonial y el objeto material de la acción típica está constituido por «la obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio» (según el artículo 10.1 de la LPI, «son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro»)* (Negrilla fuera de texto)¹⁶⁹.

Desde el plano jurisprudencial encontramos que el Tribunal Supremo español, al referirse a los delitos contra el derecho de autor, ha reconocido expresamente que *“...el bien jurídico protegido por el precepto tiene una doble manifestación representada por los aspectos moral y patrimonial, cada uno de los cuales comprende un haz de facultades, como son, entre las inherentes al primero, la de publicar o no la obra, defender su paternidad intelectual y su integridad, así como el plagio, y entre los comprendidos en el segundo, todas aquellas ligadas a los intereses económicos del autor, como son la de reproducir en*

¹⁶⁵ Curiosamente al igual que en nuestro Código Penal los artículos con el 270 a 272 del Código Penal Español.

¹⁶⁶ Curiosamente la discusión que se presenta en la doctrina española no es si el bien jurídico tutelado es el derecho de autor, lo cual está claro, sino por el contrario, si ese bien jurídico incorpora únicamente las facultades patrimoniales o también las morales. Esta discusión en nuestro ordenamiento jurídico no tendría asidero alguno pues es evidente que nuestro legislador quiso proteger los dos derechos, los morales en el artículo 270 del C.P. y los patrimoniales en el artículo 271 del C.P. Ver: MORETÓN TOQUERO, M. Aránzazu. Delitos contra la propiedad intelectual. Biblioteca básica de práctica procesal. Editorial Bosch, 2002. Pág. 10 y 11.

MIRÓ LLINARES, Fernando. La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información. Editorial DYKINSON, 2003. Pág. 216 a 221.

ORTS BERENQUER, Enrique. Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y Derecho penal. Artículo contenido en la publicación: Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información (Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado). Editorial COMARES, 1998. Pág. 149 a 151.

¹⁶⁷ MORETÓN TOQUERO, Aránzazu. Delitos contra la propiedad intelectual. Biblioteca básica de práctica procesal. Barcelona. Editorial Bosch, 2002. Pág. 11.

¹⁶⁸ VEGA VEGA, José Antonio. Protección de la propiedad intelectual. Colección de propiedad intelectual. AISGE, REUS, 2002. Pág. 226 y 227.

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ - MOURULLO OTERO, Alberto. BERGARECHE MENDOZA, Nicolás. Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de internet. Tomado de:

http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n17/02Art04.pdf. Uría Menéndez - Abogados.

exclusiva la obra, así como la distribución, comunicación y transformación de la misma. De ahí, pues, que la infracción penal, según esta tesis, ha de entenderse cometida en cuanto se ataque o lesione el derecho de autor en cualquiera de las dos referidas manifestaciones. . .”(Subrayado fuera de texto)¹⁷⁰.

En la jurisprudencia mexicana también encontramos referencias expresas que consideran como bien jurídico protegido en los delitos contra el derecho de autor a las facultades exclusivas reconocidas a los autores y no al lucro que estos puedan obtener en ejercicio de las mismas. Así el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito de México en sentencia del 20 de marzo de 2002 estableció: “... el artículo 424, fracción III, del código punitivo establece: «Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa: ... III. A quien use en forma dolosa, con fin de lucro y sin la autorización correspondiente obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor». Del análisis del tipo penal se desprenden los siguientes elementos: (...) d) un bien jurídicamente tutelado, que se traduce en la protección para todo creador de obras literarias o artísticas, de las previstas en la ley, para que gocen de prerrogativas y privilegios exclusivos, según se desprende de lo establecido en los artículos 1o. y 11 de la ley especial (elemento objetivo); (...) De lo anterior se desprende que el bien jurídico tutelado por el tipo penal no es el usar una obra protegida por la Ley Federal del Derecho de Autor, ni la finalidad de lucro, que si bien son elementos del tipo penal, no deben confundirse con aquél. En esa virtud, si se atiende al bien jurídico tutelado por el tipo penal debe considerarse que éste tutela todas las prerrogativas y privilegios que para los autores establecen los artículos 21 y 27 de la Ley Federal del Derecho de Autor”. (Subrayado fuera de texto)¹⁷¹.

Fernando Miró Linares, en un importante estudio de derecho comparado, y al referirse expresamente a la legislación de Alemania, anota: “en el sistema de protección penal (...) el bien jurídico prioritariamente (casi único) protegido está formado por los derechos de explotación exclusiva de autor o conexos. . .”

(...)

No cabe duda, pues, y así lo entiende la doctrina mayoritaria, de que el bien jurídico protegido en el § 106 UrhG¹⁷² son los concretos derechos de explotación exclusiva del titular del derecho de autor tipificados. . .”¹⁷³.

En el mismo estudio realizado por Miró Linares, se menciona que en Italia, desde el ámbito de la protección penal, el bien jurídico tutelado son los “derechos conexos junto a los derechos de autor”¹⁷⁴.

A lo largo del estudio de derecho comparado sobre bien jurídico tutelado efectuado por el tratadista español Fernando Miró Linares queda claro que en el derecho portugués, francés, italiano y alemán, el

¹⁷⁰ Sentencia del 13 de octubre de 1988, Sala 2ª. Tomado de: Derecho de Autor Regional DAR – Jurisprudencia. Centro Regional para el Fomento del Libro CERLALC, Bogotá, disponible en: www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.htm

¹⁷¹ Tomado de Derecho de Autor Regional DAR – Jurisprudencia. Centro Regional para el Fomento del Libro CERLALC, Bogotá, disponible en: www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.htm

¹⁷² Ley de derecho de autor - Nota nuestra fuera del texto citado.

¹⁷³ MIRÓ LLINARES, Fernando. La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información. Editorial DYKINSON, 2003. Pág. 182 y 183.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, Pág. 189.

bien jurídico tutelado son los derechos de autor, ya sea en su esfera moral o patrimonial, dependiendo del caso en concreto¹⁷⁵.

Ha quedado expuesto como la tendencia a nivel mundial es considerar que los tipos penales sobre derechos patrimoniales de autor o derechos conexos tienen como bien jurídico protegido las facultades exclusivas de los autores y titulares de derechos conexos.

Y es absolutamente lógico que sea de esa manera, pues el derecho patrimonial de autor no se traduce en el incremento del patrimonio económico que un autor o titular pueda obtener por la explotación de su obra, ya que como hemos visto con suficiencia, los derechos patrimoniales son facultades que permiten controlar la utilización de obras, o de las prestaciones protegidas por los derechos conexos.

La importancia de identificar claramente el bien jurídico tutelado adquiere relevancia si consideramos que este aspecto se refleja directamente al momento de realizar el análisis de la antijuridicidad material de las conductas típicas, lo cual puede dar lugar a interpretaciones erróneas que en lugar de proteger los derechos patrimoniales de autor, tutelén el incremento patrimonial de los autores, dejando de lado la verdadera protección que debería dispensar el tipo penal a las facultades exclusivas de controlar la explotación de las creaciones.

En conclusión a partir del análisis efectuado, debemos reiterar que el bien jurídicamente tutelado en el artículo 271 del Código Penal son los derechos patrimoniales de autor, entendidos como las facultades exclusivas que permiten a los autores o titulares determinar la explotación de sus obras, o de sus prestaciones protegidas por los derechos conexos.

II. Objeto material

Encontramos como objetos materiales de las conductas descritas en los siete numerales del tipo, las obras artísticas y literarias, los fonogramas, las representaciones de las obras y las emisiones de radiodifusión. Brevemente nos referiremos sobre cada uno de ellos.

En relación con obras artísticas y literarias es preciso señalar que esta expresión comprende:

“...todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias, y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer”¹⁷⁶.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, Pág. 170 a 216.

¹⁷⁶ Art. 2 Ley 23 de 1982.

En este mismo sentido el artículo 4 de la Decisión Andina 351 de 1993, establece:

“La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

- a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier otro tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales;*
- b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza;*
- c) Las composiciones musicales con letra o sin ella;*
- d) Las obras dramáticas y dramático-musicales;*
- e) las obras coreográficas y las pantomimas;*
- f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento;*
- g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías;*
- h) Las obras de arquitectura;*
- i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;*
- j) Las obras de arte aplicado;*
- k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias;*
- l) Los programas de ordenador;*
- ll) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales”.*

En este orden de ideas, vale la pena advertir que el objeto material es la obra, entendida como bien intangible y no el soporte o elemento material en el cual se encuentra contenida. Pensar ello sería confundir el corpus mysticum con el corpus mechanicum, situación que deja muy en claro el artículo 6 de la Decisión Andina 351 de 1993, cuando señala que los derechos reconocidos por la legislación sobre derecho de autor son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra.

El corpus mysticum se encuentra protegido por la legislación autoral, mientras que el corpus mechanicum por el derecho común de propiedad.

Es necesario precisar que, conforme a los artículos 5.2. del Convenio de Berna, 52 de la Decisión Andina 351 de 1993, y 9 de la Ley 23 de 1982, la protección concedida por el derecho de autor no requiere de ningún trámite administrativo ni judicial; pues su título originario es la creación. En consecuencia, para reclamar la protección concedida por el derecho de autor, no se hace necesario que la obra se encuentre inscrita en el Registro Nacional de Derecho de Autor.

Por otro lado encontramos el fonograma, protegido por los derechos conexos, el cual tal y como lo establecen los artículos 8 de la Ley 23 de 1982 y 3° de la Decisión Andina 351 de 1993, es *“toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos”.*

El tercer elemento material que aparece en el tipo son las representaciones de las obras. Señala el Glosario del Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI):

“Se entiende generalmente que se refiere a la interpretación de una obra mediante acciones tales como la escenificación, recitación, canto, danza o proyección, bien sea a un grupo de auditores o espectadores en

*presencia de los mismos, o bien transmitiendo la interpretación con ayuda de mecanismos o procesos técnicos tales como micrófonos, radiodifusión o televisión por cable*¹⁷⁷.

Finalmente tenemos como objeto material a la emisión, entendida como la difusión por medio de ondas radioeléctricas, de sonido o de sonidos sincronizados con imágenes (literal o), artículo 8 de la Ley 23 de 1982). En este mismo sentido el artículo 3 de la Convención de Roma define emisión como la “*difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público*”.

12. Elementos subjetivos del tipo

Se castiga a quien vulnera de manera dolosa los derechos patrimoniales de autor o conexos, los cuales constituyen el bien jurídico protegido por este tipo penal. El sujeto activo debe conocer los hechos constitutivos de esta infracción penal y querer su realización.

Este dolo no requiere la existencia de un ánimo de lucro. La conducta se configura aun en aquellos eventos en que el infractor de los derechos patrimoniales no busque un beneficio, ventaja, utilidad o provecho, para sí o para terceros.

En este punto, respetuosamente nos separamos de la posición de la Corte Suprema de Justicia, en tanto esta Honorable corporación ha señalado:

*“El bien jurídico que se tutela en el tipo específico del artículo 271-I del Código Penal [...] es el derecho patrimonial de autor, en virtud del cual ejerce actos de explotación o de disposición de la obra, es decir, actividades que envuelven contenido económico, valorables pecuniaria-mente, de manera que quien pretenda afectarlos ha de obrar con ánimo de lucro y con la intención de lesionar ese patrimonio para beneficio propio o de terceros.”*¹⁷⁸ (Subrayado Fuera de texto).

Fundamentamos nuestro disenter en el hecho que los derechos patrimoniales concedidos a los autores, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión no se restringen a la posibilidad de obtener una remuneración por la utilización de sus obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y emisiones respectivamente.

Por el contrario, dichas potestades van más allá, y se constituyen en la facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la pluralidad de actos que hemos explicado en los capítulos introductorios e incluso en el presente cuando nos referimos a los sujetos pasivos de las conductas.

Y es que, a pesar de que se denominen derechos patrimoniales de autor y conexos, estos comprenden para sus titulares las siguientes facultades exclusivas:

“a) De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte;

b) De aprovecharla, con fines de lucro o sin él, por medio de la imprenta, grabado, copias, molde, fonograma, fotografía, película cinematográfica, videograma, y por la ejecución, recitación, representación, traducción,

¹⁷⁷ Op. Cit., BOYTA, Gyorgy, Voz 178, p. 182.

¹⁷⁸ Op. cit. Casación 29188 del 30 de abril de 2008.

*adaptación, exhibición, transmisión o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación o difusión conocido o por conocer*¹⁷⁹.

Entonces, los derechos patrimoniales de autor y conexos, no debe ser entendidos simplemente como una potestad de sus titulares para obtener lucro de las creaciones, sino como la facultad para decidir la suerte y disponer de ellas.

Adicionalmente, no puede confundirse el hecho de que los perjuicios sufridos por los titulares de los derechos patrimoniales y conexos sean económicamente cuantificables, con el ánimo con el cual el infractor comete la conducta.

En relación a la irrelevancia del ánimo de lucro, el experto Ricardo Antequera Parilli comenta: *“Como regla general, las legislaciones nacionales tipifican como delito el acto de distribuir, comunicar o reproducir una obra sin el consentimiento del titular del respectivo derecho, es decir, sin ninguna condición objetiva de punibilidad como lo sería el ánimo de lucro o el beneficio económico, aunque en ciertos textos estas dos últimas circunstancias puedan constituir una agravante del ilícito penal. Algunas leyes, más bien por excepción, incluyen en el tipo delictivo la finalidad lucrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil o administrativa que se derive del uso de una obra o prestación aunque dicha utilización carezca de propósitos de lucro*¹⁸⁰.

En este mismo sentido, el reconocido tratadista manifiesta que *“la ausencia del lucro por parte del agente no legitima la conducta, ya que la reproducción no autorizada de obras o prestaciones protegidas, a menos que esté amparada por una excepción expresa de la ley, es contraria a los “usos horados” porque atenta contra la explotación normal de la obra o causa un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del respectivo derecho*¹⁸¹.

Al respecto de la prueba del dolo Antequera Parilli cita un fallo de la Audiencia Provincial de Zamora (España) de fecha 16 de enero de 1996, en donde se consideró que *“... no es necesario que el sujeto activo tenga conocimiento de si las cintas que distribuye o almacena son originales o reproducciones (copias) de los originales, sino que lo realmente trascendente es que, bien sean originales, bien reproducciones de los originales o copias de reproducciones ... el sujeto activo realice actos de distribución o almacenamiento de las copias, originales sin consentimiento del autor de la obra o de los cesionarios del derecho de distribución*¹⁸².

En suma, se concluye que el tipo penal contenido en el artículo 271 del C.P. es esencialmente doloso, y no existe relevancia alguna si la conducta se realiza con ánimo o no de lucro por parte del sujeto activo.

¹⁷⁹ Ley 23 de 1982, artículo 3.

¹⁸⁰ ANTEQUERA PARILLI Ricardo, Derecho de Autor Regional DAR – Jurisprudencia. Centro Regional para el Fomento del Libro CERLALC, Bogotá, 2007. Publicado en www.cerlalc.org

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.*

13. Elementos normativos del tipo

En tanto no se describen de manera objetivo- formal las conductas humanas que se sancionan, debemos remitirnos nuevamente a algunas definiciones de tipo jurídico y extrajurídico para precisar el alcance de los comportamientos y objetos materiales.

No obstante, en atención a que en el literal c. hemos determinado el alcance de los titulares de los derechos protegidos en el presente tipo penal y que los términos fonograma, obra cinematográfica, obras artísticas científicas y literarias; y soporte lógico, han sido definidos dentro de los elementos normativos del artículo 270 de C.P.; nos limitaremos a precisar los siguientes elementos normativos:

Autorización previa y expresa: *“Es el permiso (consentimiento) que, en el caso de utilización de una obra, da el autor u otro titular del derecho de autor a otra persona para que ésta la utilice de una determinada manera y bajo condiciones definidas. El derecho de los autores a autorizar la utilización de una obra constituye en la práctica la esencia del derecho de autor, y permite al autor la explotación de la obra. La autorización debe pedirse de antemano; su obtención es objeto de acuerdo...”*¹⁸³.

Difusión: *“Se entiende generalmente que es la diseminación pública de una obra de cualquier manera adecuada. La difusión comprende, además de la transmisión (distribución) de ejemplares de la obra, la radiodifusión, la transmisión por hilo al público, la representación o ejecución y los demás medios de transmisión al público”*¹⁸⁴.

Limitaciones y excepciones: *“Son disposiciones contenidas en las legislaciones de derecho de autor, que restringen el derecho exclusivo del autor en lo que respecta a la explotación de su obra”*¹⁸⁵.

Tal y como hemos señalado, el listado taxativo de limitaciones y excepciones al derecho de autor establecido en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en el artículo 22 de la Decisión Andina 35I de 1993 y en el capítulo III de la Ley 23 de 1982, así como en los artículos 178 y 179 de la misma Ley¹⁸⁶.

Obras teatrales o dramáticas: *“Es el conjunto de acciones y monólogos o diálogos con ellas conexos, de una o generalmente más personas, cuyo fin es ser representados en escena y que refleja la realidad a través de la ficción. Las obras dramáticas comprenden una gran variedad de géneros, desde la tragedia hasta la comedia...”*¹⁸⁷.

Obras musicales: *“Se entiende generalmente que es una obra artística protegida por el derecho de autor. Estas obras abarcan toda clase de combinaciones de sonidos (composición) con o sin texto (letra o libreto), para su ejecución por instrumentos músicos y/o la voz humana. Si la obra tiene además finalidades de representación escénica, recibe el nombre de obra dramático-musical... El autor de una obra musical recibe generalmente el nombre de compositor...”*¹⁸⁸.

¹⁸³ Op. Cit., BOYTA, Gyorgy, Voz 18 p. 18.

¹⁸⁴ Op. cit., BOYTA, Gyorgy, Voz 80 p. 81.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, Voz 144, p. 147.

¹⁸⁶ Estos últimos artículos respecto a los derechos conexos.

¹⁸⁷ Op. cit., BOYTA, Gyorgy, Voz 87, p. 88.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, Voz 160, p. 163.

Representación: *“Se entiende generalmente que se refiere a la interpretación de una obra mediante acciones tales como la escenificación, recitación, canto, danza o proyección, bien sea a un grupo de auditores o espectadores en presencia de los mismos, o bien transmitiendo la interpretación con ayuda de mecanismos o procesos técnicos tales como micrófonos, radiodifusión o televisión por cable...”¹⁸⁹.*

Representaciones y ejecuciones públicas: *“Se entiende generalmente que se refiere a la representación o ejecución de una obra que se ofrece a los auditores o espectadores sin restringirla a determinadas personas pertenecientes a un grupo privado y que supera los límites de las representaciones domésticas normales...”¹⁹⁰.*

Televisión por suscripción: De conformidad con el literal b) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, *“es aquella en la que la señal, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción”.*

¹⁸⁹ *Ibíd.*, *Voz* 178, p. 182.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, *Voz* 205, p. 209.

CAPÍTULO IV

VIOLACIÓN A LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, Y OTRAS DEFRAUDACIONES (ART. 272 DEL CÓDIGO PENAL)

“ARTICULO 272. Violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, y otras defraudaciones. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien:

- 1. Supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.*
- 2. Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada.*
- 3. Fabrique, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal; o, de cualquier forma, eluda, evada, inutilice o suprima un dispositivo o sistema, que permita a los titulares del derecho controlar la utilización de sus obras o fonogramas, o les posibilite impedir o restringir cualquier uso no autorizado de estos.*
- 4. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos.”¹⁹¹.*

¹⁹¹ Modificado por el artículo 3 de la Ley 1032 de 2006.

I. Artículo 272 numeral I del Código Penal (Violación de las medidas tecnológicas de protección que restringen usos no autorizados)

“I. Supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.”

El valor jurídico que se pretende tutelar en este numeral son las medidas tecnológicas de protección dispuestas por los titulares de derecho de autor o de derechos conexos¹⁹² para evitar los usos no autorizados de sus obras artísticas o literarias, fonogramas, interpretaciones o emisiones de radiodifusión.

En otras palabras se tutelan los mecanismos técnicos de autoprotección destinados por los titulares de derecho de autor o de derechos conexos para evitar que terceros accedan ilegítimamente a sus obras o prestaciones (interpretaciones o fonogramas).

Así las cosas, nos encontramos frente a una protección reforzada del derecho de autor y de los derechos conexos, pues no solo se busca salvaguardar el derecho sino también la “*cerradura*” tecnológica que los propios titulares han adoptado para auto-tutelarse.

Quedan cobijadas bajo la tutela penal del numeral I del artículo 272 todo tipo de medidas tecnológicas siempre y cuando tengan como propósito restringir usos o utilidades no autorizadas de obras, interpretaciones o fonogramas.

Cabe recordar en este punto que la protección a las medidas tecnológicas consignada en el Código Penal atiende a las obligaciones adquiridas por Colombia en el marco de los Tratados OMPI de 1996 (TODA y TOIEF). Veamos las disposiciones normativas correspondientes:

- Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (TODA)¹⁹³, artículo II:

“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.” (Subrayado fuera de texto).

- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF)¹⁹⁴, artículo 18:

“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restrinjan actos que no estén autorizados por los artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas concernidos o permitidos por la Ley.” (Subrayado fuera de texto).

¹⁹² Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.

¹⁹³ Adoptado por Colombia mediante la Ley 565 de 2000

¹⁹⁴ Adoptado por Colombia mediante la Ley 545 de 1999

Sobre el particular es importante resaltar que la tutela dispensada en el artículo 271 del C.P. va más allá de lo exigido en los Tratados OMPI de 1996, puesto que estos instrumentos internacionales únicamente obligan a los estados a salvaguardar las medidas tecnológicas destinadas a la protección de obras, interpretaciones y fonogramas y no a las emisiones de los organismos de radiodifusión.

La conducta descrita el numeral primero del artículo 272 del C.P. consiste en superar o eludir medidas tecnológicas dispuestas por los titulares para restringir los usos no autorizados de obras, interpretaciones, fonogramas o emisiones de radiodifusión.

Al respecto cabe anotar que aun cuando la descripción típica no menciona los términos *obras, interpretaciones, fonogramas o emisiones*, a partir una interpretación sistemática, se puede concluir que el tipo hace referencia a las medidas tecnológicas que los titulares de derecho de autor o de derechos conexos adopten para restringir los usos no autorizados de sus *obras, interpretaciones, fonogramas o emisiones de radiodifusión*. Una interpretación diferente llevaría a la inaplicabilidad del tipo por tener descripción incompleta, pues no se tendría certeza del objeto sobre el cual se predicen los usos no autorizados.

Otro aspecto a considerar es que el tipo no distingue si las medidas tecnológicas se predicen del acceso a obras, interpretaciones, fonogramas o emisiones, lo cual nos permite concluir que los incluye a todos. Además el título del artículo incluye tanto el derecho de autor (ejercido sobre obras) como los derechos conexos (ejercidos sobre interpretaciones, fonogramas y emisiones)¹⁹⁵, razón adicional para considerar que el tipo no es excluyente.

En este orden de ideas, tenemos los siguientes verbos rectores de la conducta:

Superar: *“Vencer obstáculos o dificultades”*¹⁹⁶

Eludir: *“Evitar con astucia una dificultad o una obligación”*¹⁹⁷

Así las cosas la conducta descrita en el numeral I del artículo 271 del C.P. se configura cuando se evite la medida tecnológica, sin importar si el sujeto activo realiza o no usos no autorizados de la obra o prestación a la que logró acceder.

Lo anterior sin perjuicio de que se presenten los delitos contemplados en los artículos 270 y 271 del C.P. cuando la persona además de superar o eludir la medida tecnológica despliegue efectivamente utilidades sobre la obra o prestación.

¹⁹⁵ *“violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos...”*

¹⁹⁶ Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, tomada en: <http://www.rae.es/>

¹⁹⁷ *Ibid.*

2. Artículo 272 numeral 2 del Código Penal (Violación de la información necesaria para la gestión de derechos)

“2. Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada”.

El bien jurídico tutelado en el numeral 2 es la veracidad de la información esencial destinada a efectuar la gestión del derecho de autor y los derechos conexos.

Es pertinente aclarar que la protección jurídica de la información sobre la gestión de derechos, encuentra su origen normativo en las obligaciones contraídas por Colombia al adoptar los Tratados de la OMPI de 1996, TODA y TOIEF.

En efecto, encontramos en el artículo 12 del TODA la obligación para los estados de proporcionar recursos jurídicos efectivos en contra de las personas que realicen los siguientes actos:

“i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;

ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.”

La misma disposición se reitera en el artículo 19 del TOIEF, pero en relación a la información sobre gestión de derechos conexos (interpretaciones y fonogramas)¹⁹⁸.

En este orden de ideas, la pregunta obligada respecto al bien jurídico tutelado en el numeral 2 del artículo 271 del C.P. es ¿Que debe entenderse por información sobre la gestión de derechos?

Partiendo de las definiciones contenidas en los Tratados de la OMPI de 1996¹⁹⁹, donde se ha desarrollado con suficiencia el tema, debe entenderse por *“información sobre la gestión de derechos”* toda aquella contenida en un ejemplar de una obra, una interpretación fijada, o un fonograma, o bien la relacionada con actos de comunicación pública de estos, donde se identifique:

¹⁹⁸ TOIEF, Artículo 19: *“Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos adecuados y efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado:*

i. suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;

ii. distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público, sin autorización, interpretaciones o ejecuciones, ejemplares de interpretaciones o ejecuciones fijadas o fonogramas sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización...”

¹⁹⁹ - Definición del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (TODA), artículo 12, numeral 2: *“...se entenderá por “información sobre la gestión de derechos” la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de la obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra”.*

- Definición del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF), artículo 19: *“...se entenderá por “información sobre la gestión de derechos” la información que identifica al artista intérprete o ejecutante, a la interpretación o ejecución del mismo, al productor del fonograma, al fonograma y al titular de cualquier derecho sobre interpretación o ejecución o el fonograma, o información sobre las cláusulas y condiciones de la utilización de la interpretación o ejecución o del fonograma, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información esté adjunto a un ejemplar de una interpretación o ejecución fijada o a un fonograma o figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una interpretación o ejecución fijada o de un fonograma”.*

- Una obra, interpretación o un fonograma.
- Al autor de una obra, o al titular de derechos sobre la misma.
- Datos relativos a los términos o condiciones de las licencias o autorizaciones para utilizar una obra.
- Un artista intérprete o ejecutante.
- Una interpretación o ejecución.
- Datos relativos a los términos o condiciones de utilización de interpretaciones o fonogramas.

En suma estamos frente a información que resulta relevante y en muchos casos necesaria, para lograr, por parte de los titulares o sus representantes, una gestión efectiva de los derechos de autor o conexos que la ley les ha reconocido.

Al respecto debemos resaltar que una gestión efectiva y eficiente del derecho de autor y de los derechos conexos requiere indefectiblemente información sobre el comportamiento en sociedad de las obras o prestaciones (protegidas por el derecho conexo), pues ello determina, en la generalidad de los casos, las asignaciones económicas correspondientes a los titulares por la explotación de sus obras o prestaciones.

Alterar la información destinada a la gestión de derechos implica distorsionar la realidad respecto al uso de las obras interpretaciones o fonogramas, situación que se refleja de manera negativa a los titulares de los derechos²⁰⁰.

En el Artículo 272 numeral 2 nos encontramos frente a un tipo penal de los clasificados por la doctrina como “*compuestos*”, en tanto describe dos conductas²⁰¹, las cuales, para efectos académicos, vamos a analizar independientemente:

Conducta 1. “*Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos...*”

Respecto a esta conducta tenemos dos verbos rectores suprimir o alterar.

Suprimir: “*Hacer cesar, hacer desaparecer*”²⁰².

Alterar: “*Cambiar la esencia o forma de algo*”²⁰³.

Así las cosas, la conducta típica se presentará cuando se suprima o altere información esencial para la gestión electrónica del derecho de autor o los derechos conexos.

Conducta 2. “*...importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada...*”.

²⁰⁰ Ver: GAVIRIA LONDOÑO, Vicente E. Delitos contra los derechos de autor. Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Universidad Externado de Colombia, 2003, Pág. 572.

²⁰¹ “*Compuestos son los tipos que describen una pluralidad de conducta, cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto, aunque referido al mismo bien jurídico...*”. Cita de REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal Parte General, Universidad Externado de Colombia, 10 edición, 1986, Pág. 160.

El profesor escribe en su obra Derecho Penal parte General “*Compuestos son los tipos que describen una pluralidad de conducta, cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto, aunque referido al mismo bien jurídico*”

²⁰² Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, tomada en: <http://www.rae.es>.

²⁰³ *Ibid.*

La segunda conducta típica descrita en el numeral 2 del artículo 272 del C.P. consiste, ya no en realizar acciones sobre la información esencial para la gestión electrónica de derechos, sino en efectuar acciones (importar o distribuir) sobre los ejemplares de obras, interpretaciones fijadas, o fonogramas, cuya información hubiese sido suprimida o alterada.

Esta conducta se integra por tres verbos rectores:

Importar: *“Introducir en un país géneros, artículos (...) extranjeros”*²⁰⁴. Para los efectos del tipo ha de entenderse por artículos los ejemplares de obras o fonogramas.

Distribuir: La decisión define distribución al público como: *“Puesta a disposición al público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”*²⁰⁵.

Comunicar: *“Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares...”*²⁰⁶. Ahora bien, la comunicación pública también puede efectuarse respecto de fonogramas y de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en estos²⁰⁷.

En consideración a lo expuesto la segunda conducta descrita en el numeral 2 del artículo 272 se configurará cuando se importen, distribuyan (por medio de la venta, alquiler, préstamo, etc.) ejemplares de obras, interpretaciones fijadas o fonogramas que tengan la información sobre gestión de derechos suprimida o alterada.

En relación al verbo comunicar debe aclararse que este se presentará cuando se difundan públicamente fonogramas e interpretaciones fijadas, u obras en cuyos ejemplares se hubiera alterado o suprimido la información.

3. Artículo 272 numeral 3 del Código Penal (Violación de medidas tecnológicas de protección)

“3. Fabrique, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal; o, de cualquier forma, eluda, evada, inutilice o suprima un dispositivo o sistema, que permita a los titulares del derecho controlar la utilización de sus obras o fonogramas, o les posibilite impedir o restringir cualquier uso no autorizado de estos”.

El bien jurídico tutelado en el numeral 3 del artículo 272 del C.P. son las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor y de los derechos conexos.

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.

²⁰⁶ *Ibíd.* Artículo 15.

²⁰⁷ Artículo 173 de la Ley 23 de 1982.

Al igual que el numeral segundo del artículo 272, el numeral tercero puede ser dividido en dos conductas²⁰⁸ dirigidas a proteger las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor y los derechos conexos:

Conducta 1. *“Fabrica, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal”*

La protección del tipo está dirigida exclusivamente a la salvaguarda de los organismos de radiodifusión en relación con las medidas tecnológicas (en particular el cifrado) dispuestas para impedir que terceros no autorizados accedan a sus señales transmitidas por satélite.

En este orden de ideas, la conducta se concreta en la fabricación, importación, venta, arriendo o distribución pública de *“dispositivos o sistemas”* que tengan como función descifrar una señal de satélite portadora de programas, sin contar con la autorización del distribuidor legítimo de la señal.

A efectos de ubicar mejor el tema, debemos señalar que el tipo penal hace referencia a los mecanismos técnicos utilizados por los organismos de radiodifusión de televisión satelital o de radio para encriptar sus señales con el propósito de que terceros no autorizados contractualmente puedan acceder a la señal²⁰⁹.

Los verbos rectores de la conducta son: Fabricar, importar, vender, arrendar o distribuir públicamente.

Fabricar: *“Producir objetos en serie”, “Construir (...) una cosa análoga”, elaborar”*²¹⁰.

Importar: *“Introducir en un país géneros, artículos (...) extranjeros”*²¹¹.

Vender: *“Traspasar a alguien por el precio convenido la propiedad de lo que uno posee”*²¹².

Arrendar: *“Ceder o adquirir por precio el goce o aprovechamiento temporal de cosas, obras o servicios”*²¹³.

Distribuir al público: *“Puesta a disposición al público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”*²¹⁴.

Conducta 2. *“...de cualquier forma, eluda, evada, inutilice o suprima un dispositivo o sistema, que permita a los titulares del derecho controlar la utilización de sus obras o fonogramas, o les posibilite impedir o restringir cualquier uso no autorizado de estos...”*

²⁰⁸ Tipo penal compuesto.

²⁰⁹ Ver: MATIZ BULLA, Carlos Alfonso. Delitos contra los derechos de autor en el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2001). Revista La Propiedad Inmaterial, número 5. Segundo semestre de 2002, Pág. 6.

²¹⁰ Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, tomada en: <http://www.rae.es>

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² *Ibíd.*

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.

Esta conducta, del mismo modo que la descrita en precedencia, y en el numeral I del artículo 272 del C.P., recae sobre las medidas tecnológicas de protección adoptadas por los titulares de derecho de autor o de derechos conexos para restringir la explotación de sus obras o fonogramas²¹⁵.

En efecto el “*dispositivo o sistema*” a que hace referencia la conducta es una medida tecnológica de protección, en tanto tiene la funcionalidad de permitir al titular controlar la utilización de la obra o impedir el acceso de terceros.

Verbos rectores contenidos en la conducta:

Eludir: “*Evitar con astucia una dificultad o una obligación*”²¹⁶.

Evadir: “*Eludir con arte o astucia una dificultad prevista*”²¹⁷.

Inutilizar: “*Hacer inútil, vano o nulo algo*”²¹⁸.

Suprimir: “*Hacer cesar, hacer desaparecer*”²¹⁹.

4. Artículo 272 numeral 4 del Código Penal (Violación de la información necesaria para la gestión de derechos)

“4. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos”.

Así como en el numeral segundo del artículo 272 del C.P., este numeral tutela la información sobre gestión de derechos.

La conducta descrita en el numeral cuarto del artículo 272 del C.P. consiste en la presentación de informaciones con datos alterados o falseados, las cuales tengan como objeto el pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos.

Los verbos rectores del tipo son alterar, falsear y presentar.

Alterar: “*Cambiar la esencia o forma de algo*”²²⁰.

Falsear “*Adulterar o corromper algo*”²²¹.

Presentar: “*Dar a conocer al público a alguien o algo*”²²².

²¹⁵ Interpretaciones o fonogramas.

²¹⁶ Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, tomada en: <http://www.rae.es>

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ *Ibíd.*

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ *Ibíd.*

²²¹ *Ibíd.*

²²² *Ibíd.*

5. Clasificación del tipo penal

El tipo consagrado en el artículo 272 del Código penal puede clasificarse de la siguiente forma:

Mono-subjetivo: Las conductas descritas en este artículo pueden ser realizadas por una sola persona.

Complejos o Pluri-ofensivos: El tipo ampara las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor y los derechos conexos; así como la información destinada a la gestión o administración de tales derechos.

De lesión: Las medidas tecnológicas de protección y la información destinada a la gestión de los derecho de autor y conexos, sufren un menoscabo o afectación cuando se cometen las conductas descritas en este tipo penal.

Resultado: Exige que las conductas produzca un efecto o modificación en el mundo exterior, es decir, una afectación en el objeto material: medidas tecnológicas o información esencial para la gestión del derecho de autor y los derechos conexos.

De Conducta Instantánea: Una vez se realiza la conducta, se perfecciona y agota el tipo.

6. Sujeto activo y sujeto pasivo

Sujeto activo: Indeterminado. De acuerdo con el tipo penal, la conducta puede ser realizada por cualquier persona, pues no se exige una cualificación especial de ésta.

Sujeto pasivo: En atención a que el tipo penal tutela dos bienes jurídicos, podemos clasificar a los sujetos pasivos dependiendo del tipo de conducta que se comete, tal y como pasamos a ver a continuación:

Numerales primero y tercero - Violación a las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor y los derechos conexos.

Como lo hemos señalado, la tutela a las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor y los derechos conexos, encuentra su razón de ser en los compromisos internacionales contraídos por Colombia a través de los Tratos de la OMPI sobre derecho de autor (Ley 565 de 2000) y sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas (Ley 545 de 1999).

Los sujetos pasivos de estas conductas son aquellos titulares del derecho de autor o los derechos conexos que hubieren adoptado medidas tecnológicas a efectos de restringir los usos no autorizados de sus creaciones.

Adicionalmente, el numeral 3 describe como conducta: fabricar, importar, vender, arrendar o de cualquier forma distribuir al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal satelital cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal. En consecuencia, vale la

pena aclarar que en este evento, el sujeto pasivo, no es necesariamente el titular de los derechos sobre la emisión, sino aquella persona que ha adquirido la autorización o licencia para hacer su distribución.

Numeral segundo y cuarto - Defraudación de la información destinada a la gestión o administración del derecho de autor o los derechos conexos.

Observemos que estas disposiciones, al igual que los numerales 2 y 4 del artículo 272 C.P., coinciden en señalar que la conducta sancionable es aquella dirigida a alterar la información que sirve de fundamento para la administración de derechos. Es decir, aquella información que sirve para identificar las creaciones, los titulares, los términos y las condiciones de uso; y que contribuyen a establecer las cuantías que se deben pagar, recaudar, liquidar o distribuir a los titulares del derecho de autor o los derechos conexos.

Así las cosas, el sujeto pasivo de estas conductas es el titular del derecho de autor o conexo, pues será él quien resulte directamente afectado, cuando se altere la información que sirve como fundamento para pagarle, recaudarle, liquidarle o distribuirle las remuneraciones provenientes de la utilización de sus creaciones.

7. Bien jurídico tutelado

Dos bienes jurídicos son objeto de tutela en el artículo 272 del Código Penal: 1) Las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor y los derechos conexos; y 2) La información relativa a la gestión del derecho de autor y los derechos conexos.

En este sentido, debemos advertir que el artículo 272 del C.P. incorpora un modelo normativo que responde, particularmente, al cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia con la adopción de los Tratados de la OMPI de 1996²²³; *Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (TODA)*²²⁴ y *Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF)*²²⁵.

Dichos instrumentos internacionales imponen a los estados contratantes la obligación de implementar mecanismos jurídicos para garantizar la observancia de: 1) Las medidas tecnológicas de protección destinadas por los titulares de derecho de autor y conexos para proteger sus obras o prestaciones²²⁶, así como 2) La información relativa a la gestión de estos derechos²²⁷.

La protección a las medidas tecnológicas y a la información relativa a la gestión de derechos, constituyen mecanismos diseñados en el marco internacional, a efectos de solventar las dificultades que ha supuesto para los autores, artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, preservar el respeto de sus derechos en el entorno digital (Principalmente internet).

²²³ También conocidos como los tratados internet de la OMPI. Por sus siglas en inglés WCT y WPPT.

²²⁴ Ley 565 de 2000.

²²⁵ Ley 545 de 1999.

²²⁶ Artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (TODA) y 18 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF).

²²⁷ Artículo 12 del TODA y 19 del TOIEF.

Por ello, aun cuando la obligación dispuesta en los Tratados de la OMPI de 1996, *TODA* y *TOIEF*, es la de salvaguardar las medidas tecnológicas de protección y la información sobre gestión de estos derechos, lo que finalmente se pretende resguardar es el derecho de autor y los derechos conexos²²⁸.

Así las cosas, si bien en principio puede parecer “*exótico*” que un artículo (272) del Código Penal ubicado en el capítulo de protección del derecho de autor, tutele bienes jurídicos diferentes a este derecho en sí mismo considerado, ello se explica en tanto dichos bienes tienen como objetivo primordial resguardar el derecho de autor y los derechos conexos.

En consideración a lo anterior, el tipo penal del artículo 272 del C.P. debe ser considerado como una tutela “*indirecta*” del derecho de autor y los derechos conexos, en contraposición a la “*directa*” dispensada por los artículos 270 (Derechos morales) y 271 (Derechos patrimoniales) del C.P., analizados en los capítulos anteriores.

8. Objeto material

Son objetos materiales del tipo penal del artículo 272 del C.P. las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor y los derechos conexos; y la información destinada a la gestión o administración de tales derechos, en tanto, sobre ellas recae la conducta del actor.

9. Elementos subjetivos del tipo

Dolo: El delito es doloso. El sujeto activo debe conocer los hechos constitutivos de la infracción penal y querer su realización.

Se castiga entonces, a quien vulnera de manera intencional las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor y los derechos conexos; o aquella información destinada a la gestión de tales derechos.

No requiere ánimo de lucro: La conducta se configura aun cuando el infractor de los bienes jurídicos tutelados no busque un beneficio, ventaja, utilidad o provecho, para sí o para terceros, pues el tipo penal no exige la presencia de este elemento subjetivo.

10. Elementos normativos del tipo

Al igual que los tipos penales antes analizados, en el presente no existe una descripción objetivo formal de las conductas humanas sancionadas. Por tanto, una vez más, debemos recurrir a definiciones jurídicas y extrajurídicas para precisar su alcance.

Medidas tecnológicas de protección: Mecanismos técnicos utilizados por los titulares de derecho de autor o derechos conexos para evitar los usos ilegales de sus creaciones.

²²⁸ Ver: DELGADO PORRAS, Antonio. Las medidas tecnológicas para la protección del derecho de autor y de los derechos conexos y la protección de la información sobre gestión de derechos en el WCT/TODA y en el WPPT/TOIEF. Su implementación, una perspectiva de futuro en América Latina. Disponible en: Ponencias del IV Congreso Iberoamericano sobre derecho de autor y derechos conexos, La Propiedad Intelectual: Un Canal para el Desarrollo, Panamá 2002. Edición Sistemas Jurídicos S.A. 2004, Pág. 376.

En palabras de Di Pietro Peralta nos encontramos frente a un: *“Dispositivo o componente que restringe acceso o utilizations no autorizadas por titular de derechos de autor o conexos u otras materias”*²²⁹.

Información sobre la gestión de derechos: El Tratado de OMPI sobre derecho de Autor, dedica el numeral 2 del artículo 12, para establecer que por información sobre gestión de derechos debemos entender:

“La información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de la obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra”.

De igual forma, el numeral 2 del artículo 19 del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, establece:

“... se entenderá por “información sobre la gestión de derechos” la información que identifica al artista intérprete o ejecutante, a la interpretación o ejecución del mismo, al productor del fonograma, al fonograma y al titular de cualquier derecho sobre interpretación o ejecución o el fonograma, o información sobre las cláusulas y condiciones de la utilización de la interpretación o ejecución o del fonograma, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información esté adjunto a un ejemplar de una interpretación o ejecución fijada o a un fonograma o figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una interpretación o ejecución fijada o de un fonograma”.

Señal portadora de programas: *“Es todo vector producido electrónicamente, que transporta a través del espacio programas de los organismos de radiodifusión. Se entiende por señal emitida toda señal portadora de un programa, que se dirige hacia un satélite o pasa a través de él; señal derivada es toda señal obtenida por la modificación de las características técnicas de la señal emitida, principalmente para fines de transmisión al público en general. En este contexto, programa significa todo conjunto de imágenes, de sonidos, o de imágenes y sonidos, registrados (grabados) o no, e incorporados a señales destinadas finalmente a la distribución”*²³⁰.

²²⁹ DI PIETRO PERALTA, Marcelo. Protección de las obras y presentaciones en Internet. Los tratados de la OMPI: La “Agenda digital” de los tratados, Derechos involucrados y tratamiento de las medidas tecnológicas. Ponencia presentada en el XI CURSO ACADÉMICO REGIONAL OMPI/SGAE SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS PARA PAÍSES DE AMÉRICA LATINA: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”. Consultado en

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_9.pdf

²³⁰ Op. Cit., BOYTA, Gyorgy, Voz 197 p. 201.

CAPÍTULO V

ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES

Un estudio completo de la protección del derecho de autor y de los derechos conexos en el ámbito penal no puede limitarse exclusivamente a los aspectos sustanciales, valga decir el análisis de los delitos, sino que debe abordar los temas procesales de mayor relevancia en los procesos penales, pues ellos tienen incidencia directa en la efectiva protección del derecho de autor y los derechos conexos en este régimen normativo.

I. Órdenes de allanamiento (Habitaciones donde se esté cometiendo el delito).

Corresponde al fiscal encargado de la dirección de la investigación, ordenar el registro o allanamiento, que será realizado por la policía judicial, de un inmueble, nave o aeronave, con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado²³¹.

Señala el artículo 222 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 14, Ley 1142 de 2007:

“La orden expedida por el fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar. Si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuáles se encuentran comprendidos en la diligencia.

De no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, el fiscal deberá indicar en la orden los argumentos para que, a pesar de ello, deba procederse al operativo. En ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar”.

Para una efectiva persecución de los infractores del derecho de autor y los derechos conexos, resulta aconsejable que en aquellos casos en donde se cuente con motivos razonablemente fundados de la comisión de un delito, la orden de allanamiento de edificaciones, naves o aeronaves, abarque la mayor parte de habitaciones o compartimentos, identificando de manera clara cada uno de ellos, so pena de caer en la imprecisión que prohíbe el inciso segundo del artículo 222 de la Ley 906 de 2004.

Una orden de allanamiento muy precisa, dificulta la persecución del delito, ya que podría acaecer que la infracción justamente se esté cometiendo en un lugar de la edificación, nave o aeronave que no se contempló dentro de la orden.

²³¹ Ley 906 de 2004, artículo 219.

En todo caso, viene a bien precisar que cuando no es posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, el fiscal deberá indicar en la orden los argumentos para que, a pesar de ello, deba procederse al operativo²³².

Así mismo, no puede pasarse por alto, que en el evento de encontrar nuevas evidencias de la comisión de los delitos investigados, el allanamiento podrá extenderse a otros lugares, incluidos los que puedan encuadrarse en las situaciones de flagrancia²³³.

En casos de flagrancia, la policía judicial puede registrar o allanar un inmueble, nave o aeronave del indiciado, y si este se refugia en un bien inmueble ajeno, no abierto al público, se deberá solicitar el consentimiento del propietario o tenedor, o en su defecto, obtener la orden correspondiente de la Fiscalía General de la Nación, salvo que por voces de auxilio resulte necesaria la intervención inmediata o se establezca coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor²³⁴.

2. Flagrancia en los procesos relacionados con delitos contra el derecho de autor y los derechos conexos

Uno de los temas procesales más recurrentes en los procesos relativos a los delitos contra el derecho de autor o los derechos conexos es el tema de la flagrancia, por ello hemos querido hacer un pequeño recuento de la figura a fin de relevar su importancia en el marco del proceso penal, y de la estricta aplicación que debe dársele conforme al marco normativo vigente y las previsiones jurisprudencial sobre el tema.

Desde la misma Constitución Política de 1991 encontramos referencias directas a la flagrancia, específicamente en su artículo 27 donde se establece:

“El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.”

Por su parte en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), se contemplan las tres causales en las cuales se configura la flagrancia:

“...Se entiende que hay flagrancia cuando:

- 1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.*
- 2. La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.*
- 3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.”*

²³² Ibíd. artículo 222, inciso segundo.

²³³ Ibíd. artículo 225, numeral 2.

²³⁴ Ibíd. artículo 229.

En palabras de la Corte Constitucional “*el concepto de flagrancia se refiere a aquellas situaciones en donde una persona es sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible...*”²³⁵.

De igual forma la Corte Constitucional ha entendido la flagrancia como una de las excepciones al principio de la “*estricta reserva judicial de la libertad personal y de la inviolabilidad del domicilio*”, contemplado en el artículo 28 de la Constitución Política, según el cual:

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.”

Sobre la flagrancia como limitación al principio de reserva judicial de la libertad personal y de la inviolabilidad del domicilio, la Corte Constitucional señala:

*“el artículo 32 establece otra posibilidad en virtud de la cual una **persona puede ser privada de la libertad sin mandamiento de autoridad judicial: la flagrancia**. En efecto, en tal evento la Constitución autoriza su aprehensión por cualquier persona, pudiendo entonces ser retenida también por una autoridad administrativa, a fin de que sea puesta a disposición de autoridad judicial.*

*Las situaciones de detención (...) de flagrancia también implican una **excepción a la reserva judicial en materia de inviolabilidad del domicilio**. Así, conforme al artículo 32 superior, si la persona sorprendida en flagrancia se refugiare en su propio domicilio, los agentes de la autoridad podrán penetrar en él sin orden judicial para el acto de aprehensión. Y, si se refugiare en domicilio ajeno, también podrán penetrar en él los agentes de la autoridad sin orden judicial pero previo requerimiento al morador. Igualmente considera la Corte Constitucional que si una persona se resiste a una aprehensión o detención preventiva administrativa y se refugia en un domicilio, se aplican las reglas de la flagrancia, esto es, si se trata de su domicilio las autoridades policiales podrán penetrar en él, y en caso de domicilio ajeno deberá preceder el requerimiento al morador. Esto por cuanto es razonable que se pueda llevar a cabo un allanamiento sin orden judicial como consecuencia de una detención legítima, cuando la persona se resiste a la aprehensión.” (Negrilla fuera de texto)²³⁶*

Los requisitos fundamentales de la flagrancia son dos: 1) la “actualidad” y 2) “la identificación o por lo menos individualización del autor del hecho”²³⁷.

La actualidad se refiere a que efectivamente la persona que realice la captura se encuentre efectivamente en el sitio de la ocurrencia de los hechos, haya presenciado la situación, o se hubiera percatado de la misma.

²³⁵ Sentencia C-024 del 27 de enero de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²³⁶ *Ibíd.* C-024 de 1994 del 27 de enero de 1994.

²³⁷ Ver: Corte Suprema de Justicia. Auto de diciembre 1° de 1987, citado en la Sentencia C-024 de 1994, del 27 de enero de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

La identificación por su parte, tiene relación con el hecho que deben existir elementos de juicio que permitan razonablemente intuir que efectivamente la persona objeto de la captura cometió el hecho²³⁸.

Además de las causales de flagrancia contempladas en el artículo 301 del C.P.P., es preciso tener en cuenta que existen una serie de requisitos de naturaleza garantista que deben cumplirse en cada caso para dar aplicación legítima a la captura en flagrancia.

Precisamente el artículo 302 del C.P.P. establece

“Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.

Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura, y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público”.

Este último requisito reviste la mayor importancia al ser manifestación del mandato constitucional según el cual *“La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.”* (Art. 28, C.P.)

Conforme a las anteriores precisiones sobre la figura de la flagrancia, queremos resaltar la importancia que suscita su aplicación con respecto a la comisión de delitos contra el derecho de autor o los derechos conexos, toda vez que la realidad social vislumbra una notable actividad delictiva en diferentes sectores de las ciudades que en muchos casos puede dar lugar a capturas en flagrancia a fin de iniciar los procesos correspondientes.

²³⁸ Sobre estos requisitos la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-024 de 1994, del 27 de enero de 1994, manifestando *“el requisito de la actualidad, requiere que efectivamente las personas se encuentren en el sitio, que puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación y, del segundo, -la identificación-, lleva a la aproximación del grado de certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho.”*

3. Aplicación del principio de oportunidad frente a la comisión de los delitos consagrados en los artículos 270, 271 y 272 del Código Penal

Tal y como lo dispone el artículo 250²³⁹ de la Constitución Política, *“la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”*.

En consonancia con esta disposición, el artículo 323 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo I de la Ley 1312 de 2009, estableció:

“La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías”.

Atendiendo este llamado superior, la Ley 906 de 2004 destinó su artículo 324, modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, para determinar los casos en los cuales se aplica este principio de oportunidad.

En relación con los delitos contra el derecho de autor o los derechos conexos, resulta de gran importancia resaltar los siguientes eventos en que puede aplicarse el principio de oportunidad:

“4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada”.

“5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio”.

²³⁹ Modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002.

La aplicación del principio de oportunidad en los casos antes citados, cobra particular importancia, pues es bien sabido que en torno a la violación del derecho de autor y los derechos conexos se han generado unas estructuras mafiosas o de crimen organizado.

Luego, la suspensión, interrupción o renuncia a la persecución penal por parte de la Fiscalía, a cambio de información que permita ubicar y desarticular las bandas de delincuencia organizada, es decir, a los grandes reproductores, grandes distribuidores y, en general, a los grandes infractores de derechos de autor y conexos, se traduce en una protección más efectiva, en la medida en que permite atacar las transgresiones que producen un mayor daño a sus titulares, así como a las industrias que se tejen en torno a estas creaciones.

Bajo las anteriores premisas, la aplicación del principio de oportunidad es un insumo que puede ayudar a romper la cadena delictiva, lo cual llevaría consigo la disminución de las pequeñas infracciones.

Ahora bien, no podemos pasar por alto la providencia del trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009)²⁴⁰, en donde la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal señaló:

“En lo que respecta a las implicaciones procesales que acarrea la afectación irrelevante del bien jurídico, el máximo Tribunal en sede de control constitucional ha señalado en fallos como C-591 y C-673 de 2005, C-098 de 2006 y C-095 de 2007, que el modelo acusatorio del acto legislativo 03 de 2002 contempla la aplicación del principio de oportunidad no sólo como un instrumento para enfrentar el crimen organizado, sino esencialmente para excluir del ejercicio de la acción penal a los delitos de resultado de bagatela, tal como lo reiteró la Sala en la sentencia de 18 de noviembre de 2008:

“Consultadas las actas correspondientes, se observa que el propósito del constituyente era dar a la Fiscalía la posibilidad de desbrozarse de la cantidad de asuntos menores que desgastaban su actividad, para que pudiera concentrarse en lo que verdaderamente ponía en peligro nuestra convivencia y por ello se concibió, entre otros mecanismos, el del principio de oportunidad.

Este principio pretenderá resolver los conflictos menores que se presentan con gran frecuencia, que a pesar de que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos protegidos por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema.

La filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta”²⁴¹.

En este punto debemos manifestar que disintimos de las apreciaciones de la Corte y acogemos el planteamiento realizado por el Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez en el salvamento de voto, en tanto, la aplicación del principio de oportunidad no puede convertirse en excusa para desconocer la conducta punible del último eslabón de la cadena criminal, es decir, del pequeño infractor. En efecto, el honorable magistrado advirtió:

“... comparto la afirmación de que el Estado debe combatir primordialmente a las organizaciones que con dinero y medios logísticos amplios, propician el negocio, pero ello por sí solo no autoriza desconocer la intervención puntual de quienes facultan la obtención de las ingentes ganancias que retroalimentan el ilegal comercio; y mucho menos, basarse en aquellas circunstancias, referidas a la posibilidad de que el vendedor

²⁴⁰ Op. cit. Casación 31362 del 13 de mayo de 2009.

²⁴¹ Op. cit. Casación 29183 del 18 de noviembre de 2008.

detallista puede ser objeto de “instrumentalización” o “explotación económica” por parte de esas “maquinarias”, en un intento por convertir en víctima al procesado...

Así las cosas, podemos concluir que el principio de oportunidad no debe ser utilizado para dejar de perseguir a los pequeños infractores so pretexto de no congestionar el aparato judicial. Por el contrario, creemos que la aplicación de este principio debe obedecer a una verdadera política criminal dirigida a desmantelar las bandas delincuenciales que se dedican a cometer este tipo de infracciones.

En consecuencia, un manejo adecuado de la figura se daría esencialmente en aquellos casos en los cuales ese pequeño infractor colabore con información que permita desarticular la banda o sirva como testigo contra otros procesados.

4. Destrucción y peritazgo del material infractor

En relación a la destrucción del material infractor en los delitos contra el derecho de autor o los derechos conexos, debemos señalar que el artículo 87 de la Ley 906 de 2004, permite que en las actuaciones por delitos contra los derechos de autor, los bienes que constituyen su objeto material, una vez cumplidas las previsiones para la cadena de custodia y establecida su ilegitimidad por informe del perito oficial, sean destruidos por las autoridades de policía judicial en presencia del fiscal y del agente del Ministerio Público.

Es de recordar que el informe del perito oficial, debe rendirse bajo la gravedad del juramento (art. 406 C.P.P.), y de ser citados los peritos, deben comparecer al juicio oral y público, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con sus informes, o para que los rindan en el curso de la audiencia.

Por otro lado, en relación con el material infractor, debemos recordar que la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados²⁴².

En consecuencia, es pertinente advertir que en los delitos objeto de análisis, existen casos en los cuales no es necesario acudir a un peritazgo para establecer si un material es o no infractor, pues basta con acudir al conocimiento común del ciudadano medio. En este sentido, podemos traer a colación una reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, en donde la honorable corporación señaló:

“Sirva el comparativo y su inocultable efecto demostrativo, para sostener que en este tipo de casos –habrá otros, no cabe duda, que sí lo exijan– no se hace necesario, a efectos de determinar la naturaleza del hecho y sus efectos, recurrir a expertos, cuya peritación, por lo demás, resulta dudosa, en tanto, se trata de una contrastación si se quiere objetiva, que tiene como objeto concreto verificar si un texto constituye transliteración o reiteración de otro, en magnitud suficiente como para entender que ha habido apropiación de lo ajeno.

Aquí, se citó a dos expertos, quienes presentaron conceptos distintos, atendida la disciplina en que cada uno de ellos es perito.

²⁴² Ley 906 de 2004, artículo 405.

Incluso, con evidente impropiedad, el instructor buscó que el poeta, respecto de quien se hizo la crítica o análisis literario objeto de plagio, rindiera, en declaración juramentada, un inaceptable concepto de autenticidad, no sobre su obra, sino en torno de lo que acerca de ella se ha dicho.

Y no era necesario que así se hiciera, pues, como se anotó, el juez, dentro de su conocimiento común, referido al ciudadano medio, está en posibilidad de auscultar esa armonía o desarmonía textual, precisamente la que constituye el núcleo central del delito y consecuente responsabilidad penal.

Porque, es necesario anotar, lo que en el asunto analizado se busca, no es precisar el valor literario de lo escrito por el poeta, ni los imaginarios que dentro de su peculiar estilo plasma en su obra, sino apenas determinar si la crítica que de ello se hizo, ha sido copiada por la acusada, sin el correspondiente reconocimiento, de lo previamente expuesto por la afectada.”²⁴³.

En este mismo sentido, Eduardo Fernández Dovat advierte lo siguiente:

“INSPECCIÓN JUDICIAL SIN PERICIA

En la práctica ocurre con frecuencia que el Juzgado no tiene a disposición un perito propiamente dicho. No obstante ello, con frecuencia es posible constatar el delito por la simple inspección judicial (art. 175 C.P.P.).

Ejemplo de lo expresado es el siguiente dictamen fiscal: “1.2 La imputación de que la película “Cuestión de Tiempo” es la misma película “Narrow Margin” producida por Columbia Pictures se sustenta en la observación de una y otra película, habiendo el denunciante aportado también una copia de la primera.

Según señala el denunciante, las dos películas “son la misma obra cinematográfica por cuanto en ambos son: - los mismos productores ejecutivos (...) el productor es el mismo (...) los actores principales son los mismos (...) la música corresponde a la misma persona (...) el coproductor es el mismo (es el mismo editor (...) el director de fotografía es el mismo (...) están escritas y dirigidas por la misma persona (...) las mismas escenas y el mismo argumento” (fs 5 vta.) Del simple pasaje de las dos películas se podrá constatar la identidad total de ambas, lo que podrá ser efectuado por la simple inspección judicial (art. 175 C.P.P.), sin necesidad de recurrir a un peritaje técnico. (...)”²⁴⁴.

Ahora bien, en relación con los consultores técnicos de los denunciantes en los delitos contra el derecho de autor y los derechos conexos, Fernández Dovat manifiesta:

“Suele ocurrir que los denunciantes, al presentar denuncias de violaciones de derechos de autor acompañen informes técnicos de personas a ellos vinculadas, u ofrezcan al Juez la asistencia técnica de tales personas a los registros domiciliarios a practicar.

Tales informes no son pericias pues se realizan por encargo de los denunciantes y en actividad extraprocesal. Además esas personas, dada su vinculación con quienes son perjudicados por el delito, no pueden ser designados peritos por el Juez (art. 187 y sgts. C.P.P. Ello plantea el problema de cómo pueden ser introducidos los dictámenes de estos consultores a la introducción y qué valor tienen.

El Fiscal en lo Penal de 7º turno, siguiendo al gran procesalista colombiano Hernando Devis Echandía sostiene que “estos dictámenes pueden ser introducidos a través del testimonio. Estamos frente a un testimonio técnico una vez cumplida la formalidad procesal indispensable para que la prueba testimonial exista y resulte controvertida.

²⁴³ Op. cit. Casación No 31.403 del 28 de mayo de 2010.

²⁴⁴ FERNÁNDEZ DOVAT, Eduardo. Regímenes penal y procesal penal autorales: Experiencias jurisprudenciales. En Memorias del 3er Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos”. OMPI, IIDA. Montevideo, 1997. Pág. 962

Aun cuando estos consultores técnicos no hayan presenciado previamente los hechos, pueden ser llamados por el Juez para que le acompañen en la inspección judicial, en cuyo caso su opinión, que no constituye un dictamen pericial, podrá ser valiosa por las reglas generales de la experiencia especializada que puedan aportar.”²⁴⁵.

En conclusión, los peritazgos deberán exigirse únicamente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados; y no, en aquellos casos en que resulta suficiente acudir al sentido común o a las reglas de la experiencia para establecer la ilicitud de un material.

5. Acervo probatorio

Según lo señala el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para que proceda la condena se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Ahora bien, el artículo 382 del mismo cuerpo normativo establece como medios de conocimiento: la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, la evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

En relación con la prueba de la comisión de las conductas violatorias del derecho de autor o los derechos conexos, resulta pertinente traer a colación a Fernández Dovat, quien manifiesta:

“En la práctica de nuestra justicia, la prueba básica de la existencia de los delitos autorales consiste en las cosas relacionadas con el delito incautadas en registro domiciliario complementada con una pericia.

Tratándose de delitos relacionados con fonogramas y/o videogramas lo común es encontrar sentencias del tenor de la siguiente: 1) De los hechos que el Sr. Representante del Ministerio Público articula como sustento de su pretensión punitiva se estima plena y legalmente verificado en autos que: el 31 de mayo de 1994, el Sr. H.D.A., oriental, de 20 años, domiciliado en calle XX no., distribuía y almacenaba videogramas ilegítimos, en su video club SS sitio en la calle XX no. De títulos: Pepita la Pistolera, Nacida Ayer, Locademia de Pilotos II, Liberen a Willy, El Demoledor (2 copias), El Fugitivo (2 copias), y Riesgo Total. Sometidos a examen pericial se constatan las siguientes irregularidades: stickers, fotocopiados, falta etiqueta de advertencia legal, falta de sello de seguridad, falta de logo de empresa editora, cassette no original, no posee sello de grabación y falta de sello Polaroid. Se trata de copias de películas de video no autorizadas por sus productores (Aries Cinematográfica Argentina S.A., Columbia Pictures Industries Inc., Metro Goldwyn Mayer Pictures Inc. Y Walt Disney Company, Universal City Studios Inc.” (...)²⁴⁶.

El reconocido tratadista también se refiere a la prueba del dolo, advirtiendo que en muchas ocasiones se hace necesario acudir a los indicios. En tal sentido, trae a colación tres pronunciamientos que permiten dilucidar muy bien el tema y cuyo contenido nos permitimos reproducir a continuación:

“La culpabilidad –conciencia y voluntad de realizar actos antijurídicos-, fluye en el caso de la especie, de la ausencia de un registro contable de la operación de compra de los cassettes apócrifos; por el pago de un precio

²⁴⁵ *Ibíd.*, p. 963.

²⁴⁶ FERNÁNDEZ DOVAT Eduardo. Régimen penal y procesal penal autorales: Experiencias jurisprudenciales. En Memorias del 3er Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos”. OMPI, IIDA. Montevideo, 1997. Pág. 962.

inferior al de plaza; por la falta de fundamento de las excusas justificativas dadas por el encartado en relación al proceder adoptado, por la falta de documentación que avale la compra y que sirva de respaldo comercial a los objetos en la infracción, elementos todos indicadores, que llevan forzosamente a inferir que compró a sabiendas de la falsedad o ilícita reproducción de lo que adquiría, lo que pone en evidencia que actuó dolosamente(...)

(...)

“Las condiciones en que se adquirieron los videos imponen la conclusión de que su procedencia era lícita y de que el encausado la conocía. ... Es un hecho notorio para cualquiera que trabaje en el ramo que existen claras disposiciones sobre reproducción y distribución que ya tienen doce años de antigüedad y han originado muchos procedimientos como el de autos a los que no les ha faltado publicidad. Bajo estas condiciones, las compras de videos a empresas desconocidas, a vendedores que no se identifican adecuadamente ni documentan sus ventas, no es una hipótesis razonable, salvo que se asuma el riesgo de negociar material ilícito, o que, en casos como el de autos, se asuma la virtual certeza del origen ilícito.”

(...)

“El dolo del imputado es groseramente visible. El procesado se dedica a la reproducción y distribución de obras cinematográficas en el Uruguay y no podía ignorar el origen, titularidad, productor y licenciatarario. Es notorio que esta obra en el mercado videográfico constituye cabeza de catálogo, teniendo presente el tema tratado, la importancia de su productor y la fama de los principales actores, asimismo como la música de la misma, como lo destaca el denunciante, elementos que sin duda percibió el infractor cuando se hizo la película. Además de lo expuesto, el bajo costo abonado en la cesión indicada constituye un fuerte indicio del dolo del infractor, dado que una obra de las características descritas no puede cederse por US\$ 1.500. Todo ello nos lleva a concluir en el comportamiento doloso del procesado. Este, como otros infractores de nuestro medio, conocedores de la realidad del manejo del mercado videográfico y de los legítimos titulares y licenciatarios de las obras cinematográficas en video, acuden a otro medio como la Argentina, para tratar de conseguir una aparente legitimación, ajena al productor.”

En relación con la discusión que suele presentarse frente al tema de la prueba de falta de autorización, Fernández Dovat puntualiza:

“Para resolver dicho problema no puede recurrirse a la inversión de la carga de la prueba como puede hacerse en el proceso civil. En el proceso penal rige el principio de inocencia que tiene su raíz en la ley fundamental (Constitución art. 12). Del principio de inocencia deriva el “in dubio pro reo” y el que “la carga de la prueba de la inocencia no le corresponde al imputado”, o, de otra manera, que “la carga de demostrar la culpabilidad del imputado le corresponde al acusador” y hasta que “toda la teoría de la carga probatoria no tiene sentido en el procedimiento penal”. (...)

El problema tiene su correcta solución enfocando la naturaleza de la negación que implica el supuesto normativo, como lo hace un reciente dictamen de la Fiscalía en lo Penal de 7º turno. En el mismo se señala que se trata en puridad de una negación sustancial, y que como tal, no forma parte del tema de la prueba del proceso. Al respecto se cita la autorizada opinión de Devis Echandía. Para este autor las “negaciones sustanciales o absolutas son las ”que se basan en la nada y que no implican, por lo tanto, ninguna afirmación opuesta, directa o implícitamente (por ejemplo: en mi predio no existe petróleo, nunca he tenido propiedad alguna....; Pedro no me ha pagado los \$ 1.000 o no me ha entregado la cosa que me debe, pues esto no significa que la conserve en su poder, Juan no ha transitado por este camino o no ha utilizado esta servidumbre en 10 años, pues el no haberlo hecho no significa afirmar que utilizó otro; nunca he visitado el museo de mi ciudad o no le he visitado en el último año);” (...) Las negaciones sustanciales o absolutas, como las formales indefinidas del hecho no exigen prueba por la imposibilidad de suministrarla en razón de su carácter indefinido.

Basándose en que “la falta de autorización del productor es una negación sustancial o absoluta se llega a la conclusión de que es imposible de ser probada, y que solamente puede presentarse indicios que la hagan verosímil. Refiriéndose al caso de autos se expresa: que “se recogieron indicios que hacen altamente verosímil la negación. En el registro domiciliario practicado se constató, como se dijo precedentemente, abundante cantidad de obras de software en disquetes no originales y no se hallaron ni contratos de licencia ni programas originales correspondientes a dichas obras. Las máximas de experiencia enseñan que tal situación se presenta ordinariamente en los casos de piratería de software. (...)”²⁴⁷.

Así las cosas, podemos concluir que la prueba de la comisión de los delitos contra el derecho de autor y los derechos conexos se encuentra directamente relacionada con los elementos materiales incautados al momento de realizar una captura en flagrancia o un allanamiento. Cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados, estas pruebas deberán acompañarse de un dictamen pericial; en los demás casos, bastará que el juez acuda al conocimiento común, referido al ciudadano medio, para determinar que dichos elementos constituyen un material infractor.

Ahora bien, en el caso concreto de la falta de autorización queda claro que por tratarse de una negación sustancial su prueba resulta imposible, siendo necesario acudir a un análisis de indicios bajo las reglas de la experiencia. Algunos de esos indicios serían la no exhibición de la licencia o autorización, la calidad, características y precio de los elementos incautados; la forma y el sitio de realización de la conducta, etc.

²⁴⁷ *Ibíd.*

CAPÍTULO VI

CASUÍSTICA DE INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

I. Plagio

El término plagio no se encuentra consagrado en nuestra legislación, correspondiendo a un concepto eminentemente doctrinario, objeto de análisis en muchas ocasiones por la jurisprudencia, el cual identifica la realización de diferentes infracciones al derecho de autor en sus dos esferas, moral y patrimonial.

En efecto Gyorgy Boytha, en el Glosario de la OMPI de derecho de autor y derechos conexos, define plagio como “*el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados*”²⁴⁸.

La tratadista argentina Delia Lipszyc por su parte, se refiere al plagio como “*...el apoderamiento ideal de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios...*” (Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones Unesco, Cerlalc, Zavalia, 2006, Pág. 567)

El plagio se configura con la concurrencia de dos elementos:

1-) La utilización no autorizada de la obra ajena, en todo o en parte, reproduciéndola de manera literal (caso en el cual se denomina “plagio servil”), o simulada (en cuyo caso la doctrina le denomina “plagio inteligente”), es decir, introduciéndole a la obra algunas modificaciones que buscan disimular la copia realizada; y

2-) La suplantación del autor, al presentar la obra o nombre de persona a nombre de persona distinta del autor verdadero.

Importa resaltar y reiterar de paso, que el plagio, así entendido, constituye la vulneración simultánea de diferentes derechos morales y patrimoniales de autor.

En efecto, la infracción al derecho moral del autor plagiado se hace ostensible en el ámbito de su derecho de paternidad, pues el plagiario se hace pasar como autor de la obra de otra persona. Así mismo, en la mayoría de los casos también se lesiona el derecho moral de integridad, pues lo común es que el plagiario trate de “*disfrazar*” su acción modificando apartes sustanciales de la obra para hacerla pasar como una diferente de la originaria.

En el caso del llamado “plagio inteligente”, la utilización no autorizada de la obra ajena se evidencia por la similitud o coincidencia con una parte sustancial de los elementos originales de la obra plagiada, por

²⁴⁸ Op. cit. BOYTHA, Gyorgy. voz 188, pág. 192.

ejemplo, la melodía de una obra musical, el guion de una obra audiovisual, la estructura interna o narrativa de una obra literaria, el algoritmo de un programa de computador, etc.

La lesión a los derechos patrimoniales, por su parte, deriva de la transformación o modificación no autorizada de la obra y de su posterior utilización a través de la reproducción, o comunicación pública.

El ejemplo común de lo que puede constituirse como plagio es cuando una persona toma una obra literaria de un autor, le cambia algunos apartes y la divulga al público como si fuera suya, o sin modificarla de ninguna forma, la hace pasar como una creación de su autoría cuando no lo es.

El concepto de plagio fue objeto de un importante pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia, donde la alta corporación manifestó:

“Resta por señalar, en punto del derecho de paternidad, que doctrinariamente se reconocen dos modalidades del llamado plagio: Uno, cuando el actor se atribuye la obra de otro, tal y como ha sido creada por el autor; y dos, cuando el actor se atribuye la obra de otro, no reproduciéndola idénticamente, sino imitándola en sus extremos esenciales.

La jurisprudencia española también ha distinguido tales formas en los siguientes pronunciamientos. Mediante decisión de fecha 27 de abril de 1978, el Tribunal Supremo Español señaló que:

“Hay plagio cuando se suprime y prescinde del creador de la obra poniendo a otro en su lugar, siendo la persona más que la cosa que sufre el atentado perpetrado por el plagiario, al ser esa personalidad la que desaparece, permaneciendo la obra más o menos incólume.”

Y en sentencia de fecha 13 de febrero de 1984, sostuvo:

“También hay plagio cuando se trata de copiar la idea original o auténtica de una manera servil o falsificada de forma que induzca a error sobre la autenticidad o imitación, haciéndolo de modo parcial o total, y efectuando una suplantación para presentar como propia una obra ajena y aprovecharse de la firma inédita e intelectual de su autor.”

Por lo tanto, la usurpación de la paternidad a través de la conducta plagiaria puede producirse de dos maneras: Cuando el plagiario pura y simplemente suprime el nombre del autor verdadero sin tocar en lo absoluto el contenido de la obra; o cuando extrae partes importantes de ella para incorporarlas a la obra plagiaria. El primero de los casos se denomina imitación servil y el segundo, imitación elaborada. En ambos casos se encontrará tipificada la infracción aunque, en el último el descubrimiento del delito puede resultar una tarea ardua²⁴⁹.

Lo anterior, porque debe diferenciarse el plagio de la utilización libre de las ideas preexistentes, pues como ya se analizó ampliamente, éstas no son objeto de protección. Lo que se protege es la apropiación de la expresión formal de las mismas, cuando la nueva forma creada es producto de la elaboración de un autor que “de ese modo la haya investido con el ropaje que entendió más apropiado para su pública difusión...”²⁵⁰.

Lo esencial para la caracterización del plagio es que haya apropiación de las manifestaciones originales y novedosas, entendidas como resultado de la actividad del espíritu, que evidencian individualidad y creación²⁵¹,

²⁴⁹ Pedro Virgilio Balbuena. El Plagio como ilícito penal. Ventana Legal Revista, en www.ventanalegal.com

²⁵⁰ Miguel A. Emery. Propiedad Intelectual. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1999, pág. 284. Citado por Pedro Virgilio Balbuena en obra referenciada.

²⁵¹ Nicolás García Rivas. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, pág. 2379. Citado por Vicente E. Gaviria Londoño en obra referenciada, pág. 554

*sin perder de vista que las identidades en muchas ocasiones pueden ser fruto del azar, del desenvolvimiento de una misma idea dentro de un mismo marco social*²⁵².

“Sobre el concepto de plagio a nivel interno, la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, ha anotado que:”

“El plagio es una definición de carácter doctrinal, pues la legislación penal no utiliza esta expresión a fin de tipificar una conducta ilícita, por el contrario utiliza expresiones como “violación a los derechos morales de autor” o “violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos” (artículos 270 y 271 del Código Penal).”

*“El plagio según la doctrina, se entiende como “el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados”*²⁵³.

*“Tenemos entonces que la infracción al derecho moral del autor plagiado se hace ostensible en el ámbito de su derecho de paternidad, pues el plagiario la sustituye asumiéndose como autor de la obra. En la mayoría de los casos también se lesiona la integridad de la creación, pues lo corriente es que el plagiario trate de disfrazar su acción modificando su contenido. La lesión a los derechos patrimoniales deriva de la transformación no autorizada de la obra y de su posterior utilización a través de la reproducción, o comunicación pública”*²⁵⁴.

*En el concepto citado se concluye que al ser el derecho de autor eminentemente privado, únicamente su titular puede autorizar la utilización de la creación. No obstante, de forma excepcional es posible utilizar las obras sin contar con la previa y expresa autorización del titular o su representante, por medio de las limitaciones y excepciones, las cuales son de carácter taxativo, es decir, su uso ha de estar plenamente establecido en el capítulo III de la Ley 23 de 1982 y el capítulo VII de la Decisión Andina 351 de 1993, para que opere la figura de las limitaciones o excepciones al derecho de autor. Igualmente, que es permitido citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 22 literal a) de la Decisión Andina 351 de 1993....”*²⁵⁵.

El plagio en los en las condiciones expuestas se encuentra penalizado por los artículos 270, numeral I, y 271 del Código Penal donde, como hemos visto, se describen los tipos penales destinados a la protección del derecho de autor en sus dos ámbitos: los derechos morales y los patrimoniales.

2. Piratería

Nada más propicio como preámbulo de una exposición sobre el tema de la piratería que poner a consideración del lector una cita de la obra *“Derecho de autor y derechos conexos”* de la reconocida tratadista argentina Delia Lipszyc, quien con una claridad admirable, describe las consecuencias de un fenómeno que, inexplicablemente, para algunos sectores de la sociedad hoy en día tiene justificación.

*“...Los piratas suelen intentar la defensa de sus actividades con el argumento de que, como sus productos se venden más barato, posibilitan que lleguen a sectores más vastos del público que de otro modo no podrían acceder a ellos. Pero, aun cuando los ejemplares piratas se vendan a menor precio, no es el resultado de su esfuerzo sino de su actitud parasitaria: si hay obras para piratear no es gracias al trabajo del pirata sino a pesar de este. **Nada aportan a la creatividad nacional; por el contrario, destruyen las bases de la industria local***

²⁵² Vicente E. Gaviria Londoño, obra citada, pág. 555.

²⁵³ Op. cit. Gyorgy Boytha, voz 188, pág. 192.

²⁵⁴ Concepto del 16-11 de 2007, consultar en www.derechodeautor.gov.co.

²⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación No 31.403 del 28 de mayo de 2010. Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez

tienen una influencia perjudicial en las relaciones de esta última con los editores y productores extranjeros.”
(Negrilla fuera de texto)²⁵⁶.

Al igual que el plagio el concepto de piratería no es propio de nuestra legislación, siendo un término que proviene de los usos sociales y que ha sido acogido por la doctrina especializada en el tema del derecho de autor y los derechos conexos.

Por piratería, en su acepción más básica, se entiende la reproducción y distribución por medio de venta de los ejemplares de obras o de fonogramas, sin la debida autorización de los titulares del derecho de explotación.

Recordemos en este punto, que los autores o titulares de obras artísticas o literarias cuentan entre sus derechos patrimoniales con las facultades exclusivas de realizar autorizar o prohibir la reproducción y distribución pública de sus obras²⁵⁷. Así mismo, en el régimen de derechos conexos los productores de fonogramas tienen la facultad de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, así como la distribución pública de los mismos²⁵⁸.

En este contexto normativo, la piratería generalmente identifica la reproducción y distribución no autorizada de fonogramas, de obras musicales, audiovisuales, literarias y software. Sin embargo, también se encuadra en el concepto la utilización no autorizada de otro tipo de obras o prestaciones, por ejemplo obras de escultura o de dibujo o las emisiones de televisión²⁵⁹.

Según el profesor suizo Ulrich Uchtenhagen, el caso de la piratería puede traducirse como la *“utilización de obras protegidas sin la autorización del autor (...)”*²⁶⁰.

De manera más específica, la tratadista Delia Lypszyc, señala: *“La piratería de obras y productos culturales es la conducta antijurídica típica contra el derecho exclusivo de reproducción. Consiste en la fabricación, la venta y cualquier forma de distribución comercial, de ejemplares ilegales (libros o impresos en general, discos, casetes, etc.), de obras literarias, artísticas, audiovisuales, musicales, de las interpretaciones o ejecuciones de estas, de programas de ordenador y de bancos de datos. El término “piratería” se utiliza también para calificar la representación, la reedición y todo otro uso no autorizado de una obra, una emisión de radiodifusión, etcétera”*²⁶¹.

En consideración a lo expuesto, la piratería debe entenderse no sólo como la vulneración al derecho de autor y los derechos conexos, sino que, desde una perspectiva socio-económica, ha de entenderse como el aprovechamiento ilícito de la creación intelectual ajena, que implica despojar a los autores y demás titulares del fruto de su esfuerzo creativo, impidiéndoles obtener una retribución económica derivada de la utilización de su obra o prestación protegida por los derechos conexos.

²⁵⁶ LIPSYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones Unesco, Cerlalc, Zavalía, 2006, Pág. 563.

²⁵⁷ Artículo 13 Decisión Andina 351 de 1993. Artículos 12 y 76 de la Ley 23 de 1982.

²⁵⁸ Artículo 37 Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 173 de la Ley 23 de 1982.

²⁵⁹ Recordemos que los Organismos de Radiodifusión cuentan con derechos exclusivos sobre sus emisiones de radio o televisión (Art. 39 Decisión Andina 351 de 1993).

²⁶⁰ UCHTENHAGEN, Ulrich. La Piratería de obras protegidas por el derecho de autor, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, Ginebra I al 12 de noviembre de 1.993, Pág. 2.

²⁶¹ LIPSYC, Delia, El derecho de autor y los derechos conexos. Ediciones UNESCO, ZAVALIA; CERLAC, págs. 560-561. Buenos Aires, Argentina. 1993

Por supuesto dentro del presente análisis debe resaltarse que la legislación colombiana en materia penal tipifica como delito la reproducción y/o distribución de una obra literaria o artística, o fonograma, sin contar con la previa y expresa autorización del titular²⁶².

El artículo 271 numeral I del Código Penal no solamente tipifica la conducta de quien reproduce ilícitamente los ejemplares de las obras o fonogramas, sino también la de los distintos eslabones de la cadena de distribución y comercialización de los productos piratas, quienes ponen el producto ilícito en manos del público consumidor —generalmente — a través del comercio informal.

Teniendo claro el concepto general de piratería pasaremos a exponer algunos casos prácticos de este fenómeno, no sin antes plantear dos cuestionamientos para nuestros lectores:

¿Queremos generar empleo y crecimiento económico vulnerando los derechos de nuestros autores, de nuestros escritores, de nuestros compositores, de nuestros artistas, de quienes crean la identidad cultural de la Nación?

¿Queremos construir Estado bajo un esquema socio-económico basado en la ilegalidad?

2.1. Piratería de música

En el ámbito del derecho de autor la piratería de música identifica la reproducción y distribución de obras musicales y fonogramas, sin la debida autorización de los autores o titulares de derechos.

En la práctica esta modalidad de piratería la encontramos en la actividad de las personas, muchas veces respaldadas por auténticas empresas criminales, dedicadas a fabricar y comercializar discos compactos (CD) y devedés (DVD)²⁶³, contentivos de música (obras musicales y fonogramas), sin contar con la autorización de los legítimos titulares de las obras o de los fonogramas.

La piratería de música constituye la vulneración a los derechos patrimoniales exclusivos de los autores o titulares para controlar la reproducción y distribución de sus obras o fonogramas²⁶⁴.

Así, los actos de reproducción no autorizados propios de la piratería de música usualmente se desarrollan a través de las denominadas “quemadoras”, es decir, equipos de cómputo que permiten obtener copias de CD o DVD musicales o video musicales. También es común que las obras se descarguen ilegalmente de internet y se fijen en un disco duro para su posterior reproducción en CD o DVD destinados a la venta.

De igual forma, los actos de distribución pública no autorizados se concretan con la comercialización de los “discos piratas” a través de la venta al público, lo cual ocurre comúnmente en escenarios como calles y locales ubicados en diferentes sectores de las ciudades, en muchas ocasiones altamente reconocidos por dedicarse a esta actividad.

²⁶² Artículo 271 del Código Penal (Ley 599 de 2000), analizado en el capítulo segundo del presente documento.

²⁶³ En inglés *Digital Versatile Disc* o *Digital Video Disc*.

²⁶⁴ Artículos 13 y 37 de la Decisión Andina 351 de 1993 y artículos 12, 76 y 173 de la Ley 23 de 1982.

La piratería de música, tal como la hemos explicado en las anteriores líneas, se encuentra tipificada en nuestro Código Penal en el artículo 270 del C.P. donde expresamente se establece:

“Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

1. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.” (Negrilla fuera texto).

Los productores fonográficos que vienen siendo perjudicados por la piratería de la música en Colombia, han conformado una entidad denominada Asociación para la Protección de los Derechos Intelectuales sobre Fonogramas y Videogramas Musicales, APDIF (www.apdifcolombia.com), que representa en el país a la Federación Internacional de la Industria Fonográfica, IFPI (www.ifpi.org). APDIF es una de las entidades que conforman el Convenio Antipiratería para Colombia²⁶⁵.

2.2. Piratería de libros

Por lo general los libros son portadores de obras literarias y artísticas (fotografías, dibujos, etc.) protegidas por el derecho de autor, por tanto, la reproducción y distribución de aquellos acarrea los mismos usos respecto de las creaciones allí incluidas.

Bajo esta perspectiva, la reproducción de libros y su posterior distribución, involucra la obligación legal de obtener la autorización previa y expresa del titular de los derechos para tales actos.

Así las cosas, la piratería del libro consiste en la reproducción y distribución no autorizada de esos ejemplares. Por tanto, constituye una violación a la facultad exclusiva del titular de los derechos para autorizar o prohibir la reproducción y distribución de su creación.

Al igual que la piratería de música y de obras audiovisuales, la de los libros suele darse en las calles, semáforos y locales conocidos por el público en general. Pero detrás de estos pequeños comerciantes de piratería suele encontrarse bandas criminales, con la capacidad logística y financiera para realizar la reproducción y distribución en masa. Así mismo, la cadena delictiva se encuentra conformada por grandes y medianos distribuidores.

Este tipo de piratería se encuentra tipificada en el numeral I del artículo 271 del código penal, el cual establece:

“Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

²⁶⁵ www.convenioantipirateria.org.co

1. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.” (Negrilla fuera texto).

Los editores que vienen siendo afectados por la piratería de libros en el país están agremiados en la Cámara Colombiana del Libro (www.camlibro.com.co), entidad que forma parte del Convenio Antipiratería para Colombia²⁶⁶.

2.3. Piratería de audiovisuales

La piratería de audiovisuales consiste en la realización de reproducciones no autorizadas por los titulares de obras audiovisuales y la posterior distribución pública de los ejemplares a través de la venta.

De igual forma que en la piratería de música, la de audiovisuales es realizada en la mayoría de ocasiones por verdaderas empresas criminales, cuya actividad es la fabricación y comercialización de discos compactos (CD) y devedés (DVD)²⁶⁷, de audiovisuales (películas, series de televisión, documentales, videogramas²⁶⁸ etc.), sin contar con la autorización de sus titulares legítimos, los cuales por regla general son los productores audiovisuales²⁶⁹.

Como en todas las modalidades de piratería la efectuada frente a obras audiovisuales implica la vulneración a los derechos patrimoniales exclusivos de autorizar o prohibir la reproducción y distribución de las obras, en este caso audiovisuales.

Los actos de reproducción no autorizados propios de la piratería de obras audiovisuales comúnmente se desarrollan mediante la descarga ilegal de las obras por internet y la posterior reproducción en CD o DVD a través de “quemadoras”.

La distribución pública no autorizada se refleja en la venta de los “discos piratas” a los distribuidores “piratas” y luego de estos al público consumidor. La comercialización de audiovisuales es común encontrarla en calles, semáforos y locales ubicados en diferentes sectores de las ciudades, en la mayoría de los casos de amplio conocimiento público.

La piratería de obras audiovisuales se encuentra tipificada en nuestro Código Penal en el artículo 270 del C.P. donde se establece:

²⁶⁶ www.convenioantipirateria.org.co

²⁶⁷ En inglés: *Digital Versatile Disc* o *Digital Video Disc*.

²⁶⁸ Videos musicales.

²⁶⁹ Acorde con el artículo 98 de la ley 23 de 1982 “Los derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica se reconocerán, salvo estipulación en contrario a favor del productor.”

A su vez el artículo 87 de la Ley 23 de 1982 señala “El productor cinematográfico es la persona natural o jurídica legal y económicamente responsable de los contratos con todas las personas y entidades que intervienen en la realización de la obra cinematográfica.”

“Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

I. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.”(Negrilla fuera texto).

Los productores audiovisuales que son afectados por la piratería en Colombia están organizados a través del Programa Antipiratería de Obras Cinematográficas, PRACI, (www.proimagenescolombia.com), entidad que forma parte del Convenio Antipiratería para Colombia²⁷⁰.

2.4. Piratería de programas de ordenador (software)

Tal como lo señala el artículo 4 de la Decisión 351 de 1993, el programa de ordenador se protege a través del régimen del derecho de autor. Esto implica que el autor del software cuenta con prerrogativas de carácter patrimonial y moral sobre su creación.

El artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, define el programa de ordenador como la "*expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador, un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso*".

Igualmente, el artículo 23 del mismo cuerpo normativo indica que "*los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto*".

Por código fuente se entiende el lenguaje del programa legible por el ser humano, es el código que realiza el programador y a partir del cual se puede entender el programa o modificarlo, mientras que el código objeto es aquel, producto del procesamiento del código fuente por un ordenador a partir del cual sólo puede ser comprendido y utilizado por la máquina.

Así las cosas, el titular de derechos sobre un programa de computador cuenta con las prerrogativas de orden patrimonial reconocidas por la legislación autoral, en consecuencia, es quien puede realizar, autorizar o prohibir su reproducción, transformación, distribución y comunicación pública.

La piratería de programas de ordenador básicamente se centra en la reproducción y posterior distribución de ejemplares, sin la autorización previa y expresa de los correspondientes titulares de derechos. Esta piratería puede darse a pequeña escala, pero al igual que en los casos que venimos comentando, existen

²⁷⁰ www.convenioantipirateria.org.co

bandas de delincuencia organizada que se han dedicado a la reproducción y distribución en grandes cantidades.

Los actos de reproducción no autorizados de la piratería de software comúnmente se desarrollan mediante el almacenamiento en los discos duros de computadores, descargas por internet y la reproducción de CD o DVD a través de “quemadores”.

La comercialización de los “programas de ordenador piratas” a través del almacenamiento en discos duros y la venta de copias en CD o DVD, es común encontrarla en inmediaciones a los sitios en donde se comercializan computadores, o en donde se realizan reparaciones de estos.

Quien reproduce y distribuye programas de ordenador, sin contar con la autorización previa y expresa del titular, y sin que el acto se encuentre amparado en una limitación o excepción, se encontrará inmerso en la conducta descrita en el numeral I del artículo 271 del Código Penal.

Los productores de programas de ordenador que sean afectados por la piratería en nuestro país están agremiados en la Federación Colombiana de la Industria del Software y Tecnologías Informáticas Relacionadas, FEDESOFTE (www.fedesoft.org), al tiempo que a nivel internacional existe la Business Software Alliance (www.bsa.org). FEDESOFTE forma parte del Convenio Antipiratería para Colombia²⁷¹.

2.5. Piratería de televisión

Por piratería de televisión debe entenderse la utilización no autorizada, por el legítimo titular, de emisiones de televisión. Esta modalidad de piratería usualmente involucra las siguientes conductas:

- La retransmisión, fijación reproducción y difusión de las emisiones de televisión. La piratería de televisión se tipifica en el numeral 6 del artículo 271 del Código Penal, donde se establece:

“...Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

(...)

6. Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión”. (Negrilla fuera de texto)

De igual forma, se configura la piratería de televisión cuando se recepcionen, difundan o distribuyan las emisiones de televisión por suscripción. Esta conducta se encuentra tipificada en el numeral 7 del artículo 271 del C.P., en los siguientes términos:

“Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

²⁷¹ www.convenioantipirateria.org.co

(...)

7. *Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción.*”

Estas formas de piratería, por lo general, se encuentran acompañadas de la elusión de medidas tecnológicas impuestas por los titulares para restringir los usos no autorizados, por lo que la conducta también podría encajar con la descrita en el numeral I del artículo 272 del Código Penal.

No puede de vista que las emisiones por lo general son portadoras de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos, luego el uso ilegal de la emisión puede acarrear a su vez la ilegalidad en el uso de obras artísticas y literarias (películas, series de televisión, documentales, videogramas, obras musicales e interpretaciones fijadas en estos, etc.).

La Comisión Nacional de Televisión (www.cntv.org) conforma también el Convenio Antipiratería para Colombia²⁷².

2.6. Piratería por internet

El derecho de autor protege las obras independientemente del medio en que son difundidas, así lo dispone el artículo 2° de la Ley 23 de 1982, cuando señala:

“Artículo 2. Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas en las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera sea el modo de expresión y cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, (...) y en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier medio conocido, o por conocer.”(En negrilla fuera de texto)

A su vez, el artículo 4 de la Decisión Andina 351 de 1993, consagra la protección a las obras de una manera amplia, cuando fija el objeto del derecho de autor, así:

“Artículo 4. La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer...”
(Negrilla fuera de texto).

Gyorgy Boytha en el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) al definir el derecho de autor, señala:

*“Es el derecho exclusivo concedido por la ley al autor de una obra para divulgarla como creación propia de él, para reproducirla y para transmitirla (distribuirla) o comunicarla al público de cualquier manera o por cualquier medio, y también para autorizar a otros a que la utilicen de maneras definidas. (...)”*²⁷³ (Negrilla fuera de texto).

Es claro entonces, que el derecho de autor despliega su régimen de protección en cualquier entorno donde sea susceptible de explotarse una obra, particularmente entendemos que las obras artísticas o

²⁷² www.convenioantipirateria.org.co

²⁷³ Op. cit. BOYTHA, Gyorgy. Voz 58, Pág. 59.

literarias se protegen en el ámbito análogo y también en el digital, lo cual necesariamente implica que cualquier utilización de una obra que se pretenda realizar por medios digitales debe contar con la previa y expresa autorización del autor o titular de derechos.

En el año 1996 se adoptaron al interior de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) dos tratados internacionales, cuyo objeto era otorgar claridad jurídica en lo que respecta a la protección de las obras y prestaciones explotadas en Internet.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA)²⁷⁴, adoptado por Colombia mediante la Ley 565 de 2000, en su artículo 8 dispuso en favor de los autores la facultad de autorizar cualquier forma de comunicación pública de sus creaciones por medios alámbricos o inalámbricos, aclarando que una forma de comunicación al público es la denominada “puesta a disposición” la cual se presenta cuando los miembros del público pueden acceder a las obras “desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

En este mismo tratado se establece en la declaración concertada del artículo 1.4: “*El derecho de reproducción tal y como se establece en artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna.*”

Esto se ve reafirmado en la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 14 donde se define reproducción como: “*...la fijación 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*”.

Conforme al marco normativo expuesto podemos concluir que el autor o titular de derechos tiene la facultad exclusiva de autorizar o prohibir el uso de su obra en Internet.

En consideración a lo expuesto, encontramos que el acto de “subir” una obra a internet constituye una reproducción de la creación intelectual que debe ser previa y expresamente autorizada por su autor o titular de derechos. Si además a la página web puede ingresar cualquier persona y tener acceso a la obra se configura un acto de puesta a disposición (modalidad de comunicación pública) que igualmente debe ser previa y expresamente autorizado por el autor o titular de la obra.

Ahora bien, en cuanto a la descarga de obras que se encuentren en internet, hemos de anotar, que esto se constituye como un acto de reproducción que en los mismos términos que cualquier otra utilización de una obra debe estar previa y expresamente autorizado por el autor o titular de derechos sobre la obra.

Teniendo claro que los autores o titulares de derechos tienen pleno control sobre la explotación de sus obras en internet, es posible deducir que en internet pueden presentarse actos de piratería, es decir actividades que impliquen explotación de obras sin contar con la previa y expresa autorización del autor o titular de derechos patrimoniales.

²⁷⁴ Ley 565 de 2000.

En otras palabras, ha de entenderse por piratería en internet o ciberpiratería, la explotación de obras, por ejemplo la puesta a disposición y descarga, sin contar con la previa y expresa autorización del legítimo titular de los derechos.

La piratería en internet se desarrolla de diversas maneras, sin embargo los modelos de explotación ilegal de obras más conocidos son los sistemas de intercambio de archivos persona a persona, mejor conocidos en el mundo como los sistemas *peer to peer* o *P2P*, estos se constituyen en términos generales en redes de intercambio de archivos entre personas a través de diferentes software.

El tratadista español Pedro Farré López ofrece una adecuada visión de las consecuencias de los sistemas *peer to peer* frente al derecho de autor:

“Se trata de unos programas que permiten a quienes lo utilizan descargarse masiva y gratuitamente archivos que contienen obras protegidas, al tiempo que el ordenador del usuario se convierte en un servidor al que tienen acceso todas las personas conectadas al sistema. En definitiva, un gigantesco intercambio o trueque global en el que no se tienen en cuenta, y hasta desprecian, los legítimos derechos de quienes crearon y produjeron las obras musicales o audiovisuales.

Es importante subrayar que, de ninguna manera, cabe calificar estos “intercambios” como “privados”, puesto que, desde el punto de vista jurídico-penal, lo que hace el usuario es poner a disposición de una pluralidad indeterminada de individuos anónimos obras protegidas por propiedad intelectual para que cualquiera pueda “descargárselas” gratis en su ordenador. A cambio, este usuario tiene la ventaja, el beneficio, de acceder a otros muchos directorios en los que igualmente se contienen obras musicales y audiovisuales no licenciadas por sus derechohabientes. Se trata, por tanto, de un acto ilegal.

(...)

Debemos llamar a las cosas por su nombre, y peer to peer no es intercambio entre amigos, es una forma de piratería...²⁷⁵.

Hoy en día además del *peer to peer* se han desarrollado otros sistemas informáticos que permiten el intercambio no autorizado, y en consecuencia ilegal, de obras protegidas por el derecho de autor, particularmente cobran vigencia los denominados sistemas basados en *Bittorent*, sistema que constituye una red de intercambio de archivos con especificaciones técnicas diferentes a las empleados por los *peer to peer*.

En todo caso, si tenemos en cuenta que la tecnología se encuentra en constante evolución y hoy hablamos de sistemas *P2P* o *Bittorent*, mañana seguramente nos encontraremos frente a otros modelos de explotación ilegal de obras, por lo cual lo importante es tener presente que la utilización no autorizada por los legítimos titulares de obras en internet, en cualquiera de las modales que existan o lleguen a existir, constituye una infracción al derecho de autor, o en términos más claros *piratería en Internet*.

En este sentido, importa saber que la piratería en internet al igual que la desarrollada en el entorno análogo, se encuentra tipificada en el artículo 270 del Código Penal:

²⁷⁵ FARRÉ LÓPEZ, Pedro. La defensa del derecho de propiedad intelectual frente a la piratería. Obra disponible en el libro: El derecho de autor y las nuevas tecnologías, Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de propiedad intelectual. Edición La Ley Wolters Kluwer España. Universidad Pontificia de Salamanca. 2008, Pág. 190 y 191.

“Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

I. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.”(Negrilla fuera texto).

En materia de investigación de la piratería por internet, cabe resaltar la labor que viene desarrollando la Unida de Delitos Informáticos de la Dirección de Policía Judicial, DIJIN, de la Policía Nacional de Colombia (www.policia.gov.co), entidad que forma parte del Convenio Antipiratería para Colombia²⁷⁶.

3. Almacenamiento digital no autorizado

Los titulares de derecho de autor o de derechos conexos o las sociedades de gestión colectiva en representación de estos, pueden autorizar o prohibir el almacenamiento digital de las obras o prestaciones protegidas por los derechos conexos²⁷⁷, bajo el entendido que entre los derechos patrimoniales reconocidos a los autores se encuentra la facultad exclusiva de autorizar o prohibir la reproducción²⁷⁸ de su creación por cualquier medio o procedimiento, incluyendo medios análogos o electrónicos.

Como fundamento normativo de lo expuesto anteriormente, debemos mencionar el artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993, el cual dispone: *“El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:*

*La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento...”*²⁷⁹.

Resulta pertinente traer a colación la declaración concertada del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 (Ley 565 de 2000), en donde se dijo:

“El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886”.

²⁷⁶ www.convenioantipirateria.org.co

²⁷⁷ Interpretaciones o fonogramas.

²⁷⁸ De acuerdo con el Glosario OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos, la reproducción de una obra se define como: *“... la realización de uno o más ejemplares (copias) de una obra o de una parte sustancial de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual. El tipo más común de reproducción es la impresión de una edición de la obra. El derecho de reproducción es uno de los componentes más importantes del derecho de autor. Reproducción significa también el resultado tangible del acto de reproducir.”* BOYTHA, Gyorgy. Glosario OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Published by the World Intellectual Property Organization, Gineva, 1980, p. 228.

²⁷⁹ En concordancia con la norma andina la Ley 23 de 1982 establece en su Artículo 12: *“El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquiera de los actos siguientes:*

a) Reproducir la obra...”

Ahora bien, también en el régimen de los derechos conexos se reconoce a los productores fonográficos el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, lo cual implica que a fin de reproducir el fonograma en un soporte análogo o electrónico (computador, rockola, etc.) el usuario debe obtener la autorización previa y expresa del productor fonográfico o de la sociedad de gestión colectiva que lo represente, y de ser el caso, pagar la suma que se convenga por dicha utilización.

En el ámbito de los derechos patrimoniales de los productores de fonogramas encontramos que el literal a) del artículo 37 de la Decisión Andina 35I de 1993, establece: *“Los productores de fonogramas tienen del derecho de:*

*a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas;”*²⁸⁰

El Tratado de la OMPI de 1996 sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, establece en sus declaraciones concertadas de los artículos 7 y 11 y 16, lo siguiente:

“El derecho de reproducción, según queda establecido en los artículos 7 y 11, y las excepciones permitidas en virtud de los mismos y del Artículo 16, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida o de un fonograma en forma digital en el medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos artículos”.

Conforme al marco normativo expuesto, cualquier persona que pretenda realizar el almacenamiento digital de una obra o de un fonograma, por ejemplo incorporándolo en un dispositivo electrónico, como un disco duro, está en la obligación legal de obtener la autorización previa y expresa del respectivo titular de los derechos, o la sociedad de gestión colectiva que los represente. Dicha autorización puede estar condicionada, si así lo considera el titular, al pago de una remuneración económica por parte del usuario.

El almacenamiento digital no autorizado puede presentarse, por ejemplo, cuando en un establecimiento abierto al público se utilizan dispositivos tales como rockolas, computadores, ipods o memorias USB, para almacenar obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos, sin contar con la autorización previa y expresa del respectivo titular.

Puede ocurrir que este acto se presente previamente a la realización de un uso autorizado, tal y como sucedería, si en el ejemplo que venimos tratando el establecimiento de comercio cuenta con la autorización para comunicar públicamente obras y prestaciones, pero realiza tal acto a partir de las copias que ha almacenado digitalmente sin la autorización correspondiente.

Por ello, es preciso recordar que uno de los principios fundamentales del derecho de autor es la independencia de las utilidades, es decir, la autorización para utilizar una creación en una modalidad de explotación determinada no faculta al usuario para utilizarla en otra modalidad distinta a la pactada

²⁸⁰ En el mismo sentido el artículo 172 de la Ley 23 de 1982, señala: *“El productor de un fonograma tiene el derecho de autorizar o de prohibir la reproducción directa o indirecta del mismo. Entiéndese por el ejemplar ilícito el que, imitando o no las características externas del ejemplar legítimo, tiene incorporado el fonograma del productor, o parte de él, sin su autorización.”*

(artículo 77 Ley 23 de 1982)²⁸¹. Así, en el ejemplo que venimos tratando, si un titular de derechos otorga una licencia autorizando al licenciatarario únicamente la comunicación pública de la obra, esta persona no podrá reproducirla, o realizar cualquier acto diferente a la simple comunicación pública que le fue autorizada.

También es posible que el almacenamiento digital no autorizado se realice con la finalidad de permitir otro tipo de transgresiones a los derechos de autor y conexos. Así por ejemplo, puede que el acto de reproducción ilegal se realice incorporando obras y prestaciones en un servidor, para luego realizar otro acto ilegal como lo es ponerlas a disposición del público que navega en Internet.

En este orden de ideas, es preciso resaltar que quien adelante almacenamiento digital de obras o prestaciones sin contar con la correspondiente autorización del titular estará incurso en la conducta descrita en el numeral I del artículo 271 del Código Penal.

En materia de almacenamiento digital de música (obras musicales y fonogramas) el otorgamiento de licencias al público usuario (propietarios de videorockolas y computadores usados para la ejecución pública de música en establecimientos), lo vienen realizando conjuntamente las sociedades de gestión colectiva SAYCO – Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (www.sayco.org) y ACINPRO – Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos (www.acinpro.org).

Lo anterior sin perjuicio que los titulares no vinculados a estas sociedades puedan efectuar la gestión individual de sus derechos en establecimientos públicos. Al respecto sugerimos consultar la Circular No 13 de 2008²⁸², proferida por la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor.

4. Ejecución pública no autorizada de obras musicales y fonogramas

La ejecución pública de obras es una modalidad de la comunicación pública, la cual requiere ser autorizada previa y expresamente por el autor o su derechohabiente acorde con lo dispuesto en los artículos 13, literal b), de la Decisión Andina 351 de 1993 y 12, literal c), de la Ley 23 de 1982.

El artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, define comunicación pública como *“todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”*, así mismo menciona una serie de actos constitutivos de comunicación pública, entre los cuales se encuentra en su literal a), como una de sus modalidades, la ejecución pública de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento. Por su parte, el artículo 158 de la Ley 23 de 1982 establece que *“La ejecución pública, por cualquier medio, inclusive radiodifusión, de obra musical con palabras o sin ellas, habrá de ser previa y expresamente autorizada por el titular de derecho o sus representantes”*.

La Ley no define el concepto de *“ejecución pública”*; sin embargo ello no impide que el intérprete en su hermenéutica pueda y deba acudir al sentido natural y obvio de dicha expresión, lo que nos conduce a

²⁸¹ *“Las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás.”*

²⁸² Disponible en: www.derechodeautor.gov.co/htm/legal/directivas_circulares/directivas_circulares.htm

entender que la ejecución de la obra musical no es sino la externalización en eventos sonoros de dicha creación artística, haciéndole perceptible al oído humano.

La doctrina en la materia propone diversas definiciones y diferencia varias modalidades. La destacada autorista argentina Delia Lipszyc en su Libro “Derechos de Autor y Derechos Conexos” (Ediciones Unesco – Cerlalc- Zavalía, Buenos Aires, 1993, Página 185) ejemplifica y distingue las formas de ejecución pública directa e indirecta en la siguiente forma:

B) “Representación y ejecución públicas”.

a) Directas

- *Las representaciones escénicas de obras dramáticas, dramático – musicales, coreográficas, pantomímicas y cualquier otra obra destinada a ser representada, así como las adaptaciones para el teatro de obras de géneros diversos (novela, cuento, etc.);*
- *Las recitaciones y lecturas de obras literarias;*
- *Las disertaciones, conferencias, alocuciones, sermones, clases o explicaciones pedagógicas etc.*
- *Las ejecuciones de obras musicales no dramáticas, con o sin letra.*

En formas de representación y ejecución públicas propiamente dichas la comunicación de la obra al público es realizada por medio de la actuación de intérpretes o ejecutantes, en “vivo” y en forma directa. Están caracterizadas por la presencia de los intérpretes frente a un público que se encuentra presente y por la unicidad de la comunicación.

La comunicación directa en estos casos siempre es “en vivo” porque requiere de la presencia de los intérpretes o ejecutantes frente al público.

b) Indirectas

- *La ejecución pública por medios mecánicos de obras musicales no dramáticas;*
- *La emisión o transmisión en un lugar accesible al público (un bar, una cafetería, etc.) de dichas obras radiodifundidas o distribuidas por cable.*
- *La comunicación, en un lugar accesible al público, de la fijación de dichas obras radiodifundidas o distribuidas por cable.*

La comunicación al público es indirecta cuando se efectúa por medio de una fijación sobre un soporte material o a través de una agente de difusión (organismo de radiodifusión o empresa de distribución por cable). Está caracterizada por la existencia de esos elementos (un soporte material o bien un agente de difusión) y por simultaneidad con que esas comunicaciones públicas pueden realizarse”.

Ninguna de las acepciones que el diccionario de la lengua da al término «ejecución» o «ejecutar» excluye la posibilidad de que esas acciones no puedan llevarse a efecto por medios mecánicos, pues mediante éstos se puede hacer manifestación de una cosa, ponerla en presencia de uno, o hacer perceptible al oído una composición musical. Cuando la ley se refiere a la ejecución de piezas musicales, comprende no solamente las que se realizan en vivo sino también a los que se hacen por medios mecánicos o eléctricos.

En efecto, la ejecución de la obra puede llevarse a cabo «en vivo», o mediante el uso del disco o grabación fonográfica o del instrumento en el cual la obra fue previamente grabada.

Como se ha mencionado, el artículo 158 de la Ley 23 de 1982 establece que *“La ejecución pública, por cualquier medio, inclusive radiodifusión, de obra musical con palabras o sin ellas, habrá de ser previa y expresamente autorizada por el titular de derecho o sus representantes”*. En el caso de la ejecución pública de música fonograbada, no solamente los beneficiarios del pago por los derechos de autor son los autores y compositores. En virtud del artículo 69 de la Ley 44 de 1993, se reconoce un derecho de remuneración por tal concepto a favor de los productores de fonogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes, titulares de derechos conexos.

El artículo 159 de la citada Ley 23 de 1982 dispone que se consideran ejecuciones públicas las que se realicen en teatros, cines, salas de concierto o baile, bares, clubes de cualquier naturaleza, estadios, circos, restaurantes, hoteles, establecimientos comerciales, bancarios e industriales y en fin donde quiera que se interpreten o ejecuten obras musicales, o se transmitan por radio y televisión, sea con la participación de artistas, sea por procesos mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales.

La ejecución pública de música puede efectuarse por las siguientes formas:

- Ejecución de obras musicales mediante espectáculos en vivo;
- Ejecución pública de obras musicales y fonogramas mediante su emisión a través de la radio y la televisión;
- Ejecución pública de obras musicales y fonogramas en establecimientos abiertos al público.

El artículo 160 de la Ley 23 de 1982 establece que las autoridades administrativas del lugar no autorizarán la realización de espectáculos o audiciones públicas, sin que el responsable presente su programa acompañado de la autorización de los titulares de los derechos o de sus representantes. De esta manera se atribuye una responsabilidad a cargo de alcaldías municipales o locales, quienes podrán inclusive llegar a asumir patrimonialmente una responsabilidad solidaria por infracciones a los derechos de autor, como puede ser la comunicación pública no autorizada de obras, en virtud del artículo 54 de la Decisión Andina 351 de 1993.

En el caso de la ejecución pública de obras musicales realizada en establecimientos abiertos al público, el artículo 2 literal c) de la Ley 232 de 1995, consagra como uno de sus requisitos de funcionamiento, el acreditar los comprobantes de pago expedidos por la autoridad legalmente reconocida.

De otra parte, la ejecución pública de obras musicales realizada a través de la radio, el artículo 162 de la Ley 23 de 1982 dispone que el Ministerio de Comunicaciones no permitirá a los organismos de radiodifusión que utilicen en sus emisiones obras científicas, literarias o artísticas y producciones artísticas que no hayan sido previamente y expresamente autorizadas por sus titulares o sus representantes.

La ejecución pública puede ser realizada de manera libre y gratuita al amparo de una limitación o excepción al derecho de autor, cuando se realiza con fines estrictamente educativos, dentro del recinto o instalaciones de los institutos de educación siempre que no se cobre suma alguna por el derecho de entrada. Lo anterior, en virtud del artículo 164 de la Ley 23 de 1982.

La existencia o no de ánimo de lucro por parte del usuario es irrelevante a efectos de exigirle la autorización previa y expresa del autor o su derechohabiente. Para nada se aprecia que el legislador haya hecho una exigencia específica de lucro económico al usuario, pues con el sólo hecho de comunicar o ejecutar la música por cualquier medio idóneo se genera la obligación de obtener la autorización para usar la música, y de ser el caso pagar la remuneración convenida (o en palabras más directas pagar derechos de autor).

El legislador por manera alguna exigió como ingrediente normativo o siquiera subjetivo que el usuario buscara un real o supuesto ánimo de lucro, ya que por el mero hecho de divulgarse, ejecutarse, transmitirse, publicarse o comunicarse por cualquiera medio idóneo la obra, se generan las obligaciones ya mencionadas de respecto al derecho de autor.

El cobro de este derecho surge de la facultad que les otorgan las disposiciones citadas a los titulares para autorizar o prohibir la utilización o comunicación de su música, sus interpretaciones o sus producciones fonográficas. El usuario utilizador de la música, como sujeto pasivo del derecho se encuentra en la obligación legal de obtener la autorización previa del titular o sus representantes pagar por tal autorización y además de las señaladas en el artículo 163 de la Ley 23 de 1982, cuyo numeral 4 faculta a los titulares para prohibir la utilización del repertorio de sus obras por cualquier medio.

Quien posee y utiliza un televisor en un establecimiento abierto al público, realiza a través de él una ejecución pública de música que requiere la autorización y el consecuente pago por concepto de derechos de autor y conexos (Art. 15 literal f) de la Decisión Andina 351 de 1993).

La ejecución pública de música mediante altoparlantes, receptores de radio y/o de televisores ubicados en establecimientos abiertos al público, de la obra inicialmente transmitida por la radio o la televisión, constituyen un nuevo acto de ejecución pública de la música, distinto al realizado y autorizado a la emisora de radio o canal de televisión. Se presenta el fenómeno conocido como la “ejecución pública en cascada”, en virtud del cual el propietario o responsable del establecimiento requiere una autorización diferente y adicional por parte del autor o su derechohabiente (Artículo 15 literal f) de la Decisión Andina 351 de 1993).

Por otra parte, es importante tener en cuenta que a efecto de la obligación de obtener la autorización previa y expresa del autor o su derechohabiente para la ejecución pública de la música, en virtud de la Sentencia C-282/97 de la Corte Constitucional, las habitaciones de hoteles no se consideran domicilio privado, en consecuencia no se exoneran del pago de los derechos de autor y conexos por ejecución pública. La obligación de pagar por los derechos de autor se causa no sólo por la ejecución pública de música en las áreas comunes del hotel, sino también por la que se realiza a través de los televisores y radios ubicados en las habitaciones

En cuanto a la responsabilidad por la ejecución pública no autorizada de obras musicales y fonogramas en locales que se alquilan para fiestas, Ricardo Antequera Parilli²⁸³ plantea que existe responsabilidad solidaria entre el propietario del local y el organizador del acto o evento. Esta responsabilidad surge de lo dispuesto en el artículo 54 de la Decisión Andina 351 de 1993 en virtud del cual *“ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante”* y que *“en caso de incumplimiento será solidariamente responsable”*. En respaldo de su argumento, Antequera Parilli cita una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Criminal y Correccional, Sala II de Argentina, de fecha 14 de septiembre de 1976, en donde se menciona, a título de ejemplo, quiénes podrían ser responsables por la ejecución pública de música no autorizada:

“... pueden resultar penalmente responsables, entre otros, el empresario del espectáculo, el director de la empresa televisiva o radiofónica, el dueño del negocio que explota el salón de fiestas aportando los discos, tocadiscos, amplificadores o parlantes o el presidente del club que ha organizado un baile con la utilización exclusiva de medios mecánicos en tanto hubiera actuado de mala fe”.

“Bastará para determinar la existencia del dolo específico (...) establecer que el encausado tenía conciencia de su malicioso obrar para lo cual sería suficiente, en principio, determinar que hubo ejecución sin autorización, a no ser que aquél (el culpable, anota Antequera) acredite, a su vez, que actuó de buena fe”.

En materia de comunicación pública de música en establecimientos abiertos al público la Organización SAYCO y ACINPRO (www.saycoacinpro.org.co) es la entidad constituida por las sociedades de gestión colectiva para efectuar el recaudo conjunto de sus derechos, y formular las acciones judiciales correspondientes.

En cuanto a la comunicación pública de música a través de la radio y la televisión, en Colombia las sociedades SAYCO²⁸⁴ (www.sayco.org) y ACINPRO²⁸⁵ (www.acinpro.org.co) gestionan y recaudan este derecho separadamente, de manera que las empresas radiodifusoras requieren obtener la licencia de una y otra sociedad.

En cuanto a la comunicación pública de música en espectáculos, los empresarios respectivos deben obtener la licencia para la ejecución de obras musicales en SAYCO y en caso que en el espectáculo se ejecute también música fonogramada deberán obtener la autorización de ACINPRO, esto bajo el entendido que se trate de obras musicales y fonogramas representados por dichas entidades de gestión. Cabe recordar que las mencionadas licencias deben ser presentadas ante las autoridades encargadas de autorizar la realización de espectáculos públicos (Art. 160 de la Ley 23 de 1982 y Art. 54 Decisión Andina 351 de 1993).

Lo anterior sin perjuicio que los titulares no vinculados a estas sociedades puedan efectuar la gestión individual de sus derechos en establecimientos públicos. Al respecto sugerimos consultar la Circular No

²⁸³ ANTEQUERA PARILLI Ricardo, Derecho de Autor Regional DAR – Jurisprudencia. Centro Regional para el Fomento del Libro CERLALC, Bogotá, 2007. Publicado en www.cerlalc.org

²⁸⁴ Sociedad de Autores y Compositores de Colombia

²⁸⁵ Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos

13 de 2008²⁸⁶, proferida por la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor.

5. Reprografía ilegal

Se entiende por reproducción reprográfica, *“hacer copias facsímilares tangibles, perceptibles visualmente, de un original o de una copia de una obra, en cualquier tamaño y forma, por cualquier sistema o técnica”*²⁸⁷.

Por su parte, el Glosario de la OMPI define la reproducción reprográfica como *“todo sistema o técnica por los cuales se hacen reproducciones en facsímil de ejemplares de escritos y otras obras gráficas en cualquier tamaño o forma...”*²⁸⁸.

En otras palabras, la reprografía es una forma de duplicación de las obras, en consecuencia, la reproducción reprográfica es un proceso que da como resultado una copia de la obra sobre una superficie gráfica, comprendiendo bajo este concepto tecnologías tales como la fotocopia o la imprenta.

No obstante lo anterior, el concepto de reprografía varía de un país a otro, y en algunos de ellos este concepto comprende las distintas formas de reprografía electrónica, es decir, de copias digitales que son equivalentes a la fotocopia. Así mismo, en algunos países, la copia en impresora de contenidos de Internet está incluida dentro del ámbito de las licencias que son otorgadas para las fotocopias.

Acorde con los artículos 12 de la Ley 23 de 1982 y 13 de la Decisión Nadina 351 de 1993, los titulares de derecho de autor tienen la facultad exclusiva para autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier medio o procedimiento.

Este principio tutelar del derecho de autor fue reiterado por la Ley 98 de 1993, conocida como ley del libro, la cual en su artículo 26 señaló:

“Todo establecimiento que ponga a disposición de cualquier usuario aparatos para la reproducción de las obras de que trata esta Ley o que efectúe copias que sean objeto de utilización colectiva y/o lucrativa, deberá obtener autorización previa de los titulares de los derechos correspondientes a tales obras, bien sea directamente o bien mediante licencia otorgada por la entidad de gestión colectiva que designe para tal efecto la Cámara Colombiana del Libro”.

En este mismo sentido, el artículo I del Decreto 1070 del 7 de abril de 2008 establece:

“Los establecimientos educativos que ofrezcan educación formal en cualquiera de sus niveles, preescolar, básica, media o las instituciones que ofrecen educación superior, o educación para el trabajo y el desarrollo humano, y las entidades de derecho público o privado que ofrezcan programas de capacitación dirigidos a terceros o a sus propios servidores, empleados o trabajadores, en los que se preste el servicio de reprografía deben contar con la autorización de los titulares del derecho de reproducción o de la sociedad de gestión colectiva que lo represente, para garantizar la debida protección del derecho de autor”.

²⁸⁶ Disponible en: www.derechodeautor.gov.co/htm/legal/directivas_circulares/directivas_circulares.htm

²⁸⁷ LIPSZYC, Delia, Derechos de Reproducción Reprográfica en las Convenciones Internacionales y en las Legislaciones Nacionales de América Latina. Bogotá: Seminario sobre Reprografía en América Latina y el Caribe, 26-28 de abril, 1995, p. 2.

²⁸⁸ Op. cit. BOYTHA, Gyorgy. Voz 224, Pág. 229.

Bajo las anteriores premisa puede concluirse que la fotocopia es una modalidad de reproducción reprográfica que como todo acto de reproducción, requiere en principio de la autorización previa y expresa del titular de derechos, salvo que una limitación o excepción al derecho de autor disponga que dicho acto, bajo ciertas condiciones, puede realizarse de manera libre y gratuita.

Precisamente, el literal b) del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, establece la posibilidad de reproducir una obra a través de la reprografía, bajo ciertas condiciones. En efecto la mencionada disposición establece:

"Artículo 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

b) Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de las obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro;"

En aquellos casos en los cuales el uso pretendido no se enmarque dentro de los parámetros y las exigencias consagradas en la precitada norma, será estrictamente necesario obtener la autorización previa y expresa del titular de los derechos o de la sociedad de gestión colectiva que los represente.

El CDR, Centro de Derechos Reprográficos, considera que la limitación o excepción de reproducción reprográfica para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, consagrada en el artículo 22 literal b) de la Decisión Andina 351 de 1993, no es aplicable respecto de las fotocopias obtenidas por las Universidades para entregar a sus estudiantes como material de lectura o estudio, toda vez que lo que sucede en la mayoría de los casos es que el material de lecturas entregados por los centros educativos para ser fotocopiados se repiten cada semestre o cada periodo académico, no ajustándose a los usos honrados en la medida que dicha reproducción repetida de unas mismas obras atenta contra la normal explotación de la obra y causa al autor un perjuicio injustificado.

Sostiene esta Entidad que la citada limitación está enfocada a la reproducción reprográfica cuando se trata de algo esporádico, que tenga un fin educativo y que se realice dentro de un centro educativo, por lo tanto, resulta de gran importancia para los centros educativos no tomar de forma ligera tal limitación, sino que les corresponden plantear políticas institucionales y directrices sobre este tema, con el objetivo que no se vulneren los derechos patrimoniales de los autores. Como sustento de este concepto, el CDR menciona la interpretación Prejudicial que realizó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 17 de marzo de 2004 en el proceso I39-IP-2003, interpretó la expresión "*en la medida justificada por el fin que se persiga*" utilizada tanto en la limitación o excepción de cita como de reprografía para fines de enseñanza, en el sentido de entender que aquella reproducción sólo puede comprender "lo mínimo necesario para poder realizar el acto permitido"²⁸⁹.

Ahora bien, a diferencia de la reproducción impresa que es objeto de una autorización específica del autor a un editor, en el marco del contrato de edición, en donde además se le faculta para distribuir o

²⁸⁹ Centro de Derechos Reprográficos, CDR. Bogotá. Concepto del Asesor Jurídico Juan Carlos Serna Rojas

comercializar por su cuenta los ejemplares reproducidos, la reproducción reprográfica constituye un uso masivo que el público realiza sobre múltiples obras de manera permanente. Por tanto, para obtener la autorización para esta clase de reproducciones se hace necesaria la intervención de sociedades de gestión colectiva que puedan otorgar licencias sobre el conjunto de obras nacionales y extranjeras, cuya gestión de derechos les han encomendado.

Las sociedades de gestión colectiva, están facultadas para recaudar los derechos de sus afiliados, y pueden por medio de la celebración de convenios con sociedades de gestión colectiva extranjeras, administrar los derechos de autores y editores extranjeros²⁹⁰.

En ese orden de ideas, el Centro Colombiano de Derechos Reprográficos, CDR (<http://cdr.com.co>)²⁹¹, es la sociedad de gestión colectiva en Colombia que asocia a los autores y editores, titulares de los derechos de autor sobre las obras literarias. Tiene como objeto la protección del autor y del editor, en el ejercicio de sus derechos en materia reprográfica, mediante la gestión colectiva de tales derechos.

Es importante señalar, que esta sociedad de gestión colectiva cuenta con personería jurídica (Resolución 88 del 14 de julio de 2000) y autorización de funcionamiento (Resolución 035 de 18 de febrero de 2002) concedida por la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

²⁹⁰ Ley 44 de 1993, artículo 13. Son atribuciones de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos:

(...)

6. Celebrar convenios con las sociedades de gestión colectiva extranjeras de la misma actividad o gestión.

²⁹¹ Puede contactar esta entidad en su sede ubicada en la Calle 35 N° 5 A-05, de la ciudad de Bogotá, D. C., teléfono 3230111 y en el correo electrónico info@cdr.com.co

BIBLIOGRAFÍA

- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Derecho de Autor Regional – DAR - Jurisprudencia. Centro Regional para el Fomento del Libro CERLALC, Bogotá, 2007. Publicado en www.cerlalc.org
- *El nuevo régimen del derecho de autor en Venezuela (Y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas)*. Venezuela, Autoralex, 1994.
 - *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*. Bogotá: Temis S.A., Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- BALBUENA, Pedro Virgilio. *El plagio como ilícito penal*. Ventana Legal Revista. Publicado en www.ventanalegal.com.
- BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. *El proceso civil en el derecho autoral*. En: El derecho de autor estudios, No 2, Enero – Junio de 1993. Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA)
- BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Principales transformaciones del derecho procesal penal: Un análisis estructural. Consejo Superior De La Judicatura - Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.
- BARREIRO, Jaqueline. *La piratería editorial*. En: Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, Instituto Interamericano de Derecho de Autor, IIDA, 1997.
- BORGGIO, Plinio. La piratería de obras audiovisuales. En: Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, Instituto Interamericano de Derecho de Autor, IIDA, 1997.
- BOYTHA, Gyorgy (Autor Principal). *OMPI Glosario del derecho de autor y derechos conexos*. Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1980.
- CHARRIA GARCÍA, Fernando. Derechos de autor en Colombia. Cali, Instituto Departamental de Bellas Artes, Entidad Universitaria, 2001.
- 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

- DELGADO PORRAS, Antonio. *Las medidas tecnológicas para la protección del derecho de autor y de los derechos conexos y la protección de la información sobre gestión de derechos en el WCT/TODA y en el WPPT/TOIEF. Su implementación, una perspectiva de futuro en América Latina*. En: La Propiedad Intelectual: Un Canal para el Desarrollo Panamá 2002 – IV Congreso Iberoamericano sobre derecho de autor y derechos conexos. Sistemas Jurídicos S.A., 2004.
- DI PIETRO PERALTA, Marcelo. *Protección de las obras y presentaciones en Internet. Los tratados de la OMPI: La “Agenda digital” de los tratados, Derechos involucrados y tratamiento de las medidas tecnológicas*. Ponencia presentada en el XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”. Publicado en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_9.pdf
- FARRÉ LÓPEZ, Pedro. *La defensa del derecho de propiedad intelectual frente a la piratería*. En: El derecho de autor y las nuevas tecnologías – Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de propiedad intelectual. Madrid: La ley, Grupo Wolters Kluwer España, 2008.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos. *La observancia del derecho de autor y de los derechos conexos, una visión de América Latina. Medidas de control de la piratería y otros ilícitos en el derecho de autor y los derechos conexos*. En: La Propiedad Intelectual: Un Canal para el Desarrollo Panamá 2002 – IV Congreso Iberoamericano sobre derecho de autor y derechos conexos. Sistemas Jurídicos S.A., 2004.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental*. Bogotá, Tomo I y II, Temis, 1995.
- FERNÁNDEZ DOVAT, Eduardo. *Regímenes penal y procesal penal autorales: Experiencias jurisprudenciales*. En: Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, Instituto Interamericano de Derecho de Autor, IIDA, 1997.
- FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. *Procedimiento penal acusatorio oral*, Bogotá, D.C: Librería ediciones del profesional, 2008.
- FICSOR, Mihály. *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*. Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, 2003.
- GAVIRIA LONDOÑO, Vicente E. *Delitos contra el derecho de Autor*. En: Lecciones de Derecho Penal - Parte especial. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- GUERRERO, Fernando. *Analizando la jurisprudencia: la antijuridicidad material en el derecho de autor*. Publicado en <http://www.propiedadcultural.com>

LEDESMA C, Julio. *Derecho Penal Intelectual*. EU Editorial Universidad. Buenos Aires, 1992.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones Unesco, Cerlalc, Zavalia, 2006.

- *La tecnología vs. Los ilícitos en el derecho de autor y los derechos conexos*. En: La Propiedad Intelectual: Un Canal para el Desarrollo Panamá 2002 – IV Congreso Iberoamericano sobre derecho de autor y derechos conexos. Sistemas Jurídicos S.A., 2004.
- *El Derecho Moral del Autor. Naturaleza y Caracteres*. Memoria del VIII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales (Del autor, el artista y el productor). Asunción, 1993.
- *Derechos de Reproducción Reprográfica en las Convenciones Internacionales y en las Legislaciones Nacionales de América Latina*. En: Seminario sobre reprografía en América Latina y el Caribe, Bogotá, 26-28 de abril, 1995

MARTÍNEZ GALLEGO, Eva M. *Protección jurídica de los derechos de propiedad intelectual*. En: El derecho de autor y las nuevas tecnologías – Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de propiedad intelectual. Madrid: La ley, Grupo Wolters Kluwer España, 2008.

MATIZ BULLA, Carlos Alfonso. *Delitos contra los derechos de autor, en el Nuevo Código Penal (Ley 599 de 2001)*. En: Revista La Propiedad Inmaterial número 5, segundo semestre de 2002. Universidad Externado de Colombia.

- *Comiso y destino de bienes relacionados con los delitos contra la propiedad intelectual*. En: El derecho de autor estudios, No 10, octubre de 2004. Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA).

MENDOZA PÉREZ, Diego. *Reflexiones sobre el plagio*. En: El derecho de autor estudios, No 11, Junio de 2006. Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA). Universidad Externado de Colombia.

MILLE, Antonio. *Piratería de programas de computación: Respuestas a las preguntas más frecuentes*. En: Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, Instituto Interamericano de Derecho de Autor, IIDA, 1997.

MIRÓ LLINARES, Fernando. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Madrid: Dykinson S. L., 2003.

MORETÓN TOQUERO, Aránzazu. *Delitos contra la Propiedad Intelectual*. España: Bosch S.A, 2002.

- MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido. *Los derechos del escritor y del artista*". Editorial Suramericana. Buenos Aires, 1957.
- ORTS BERENGUER, Enrique. *Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y Derecho penal*. En: Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información – Perspectivas de derechos civil, procesal, penal e internacional privado, Editorial Comares, Granada, 1998.
- PABÓN PARRA, Alfonso. *Código Penal Esquemático*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2008.
- *Comentarios al Nuevo Código Penal Sustancial*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2003.
- PARRA CASTRO, Ricardo. La piratería de películas, como combatirla. Programa Antipiratería de Obras Cinematográficas, PRACI, 2010.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá, Librería ediciones del profesional Ltda., 2006.
- PEÑA VALENZUELA, Daniel. Reflexión conceptual sobre la ciberpiratería. En: Revista La Propiedad Inmaterial, números 10 y 11, 2006 - 2007. Universidad Externado de Colombia.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Propiedad Intelectual - El Moderno Derecho de Autor. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- REYES E, Alfonso. *Derecho penal parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.
- RÍOS RUÍZ, Wilson. La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's). Bogotá, Temis, Universidad de los Andes, 2009.
- RODRÍGUEZ, Manuel. La piratería en el derecho de autor y derechos conexos (Experiencias prácticas en el combate contra la piratería). En: Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, Instituto Interamericano de Derecho de Autor, IIDA, 1997.
- RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, Alberto. BERGARECHE MENDOZA, Nicolás. Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de internet. Uría Menéndez - Abogados. Publicado en:
www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n17/02Art04.pdf.
- SATANOWSKY, Isidro. *Derecho intelectual*, volumen I y II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, TEA, 1954.
- SCHUSTER PINEDA, Felipe. VELASCO ALESSANDRI, Rodrigo. *Chile: ¿Ley antipiratería o nueva ley de propiedad intelectual?*. Instituto Interamericano de Derecho de Autor. Tomado de: www.iidautor.org/doctrina.html

- UCHTENHAGEN, Ulrich. *La Piratería de obras protegidas por el derecho de autor*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, Ginebra, 1993.
- VALENCIA ZEA, Arturo. ORTIZ MONSALVE, Álvaro: *Derecho Civil – Parte general y personas*. Decimoquinta edición, Bogotá, Editorial Temis, 2002
- VEGA JARAMILLO, Alfredo. *Manual de derecho de autor*. Dirección Nacional de Derecho de Autor, CERLALC y Alcaldía Mayor de Bogotá Instituto Distrital de Cultura y Turismo. Bogotá, 2003.
- VEGA VEGA, José. *Protección de la Propiedad Intelectual*. Madrid: Reus S.A., 2002.
- VELÁSQUEZ V, Fernando. *Manual de derecho penal – Parte general*, Bogotá: Temis, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *"Reflexiones político-criminales sobre la tutela penal de los derechos de autor"*. En: Conferencia Continental de derecho de autor. Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981.
- ZAPATA LÓPEZ, Fernando. *La observancia de los derechos en el Acuerdo Adpic – Medidas en frontera. Procedimientos penales*. Curso regional de la OMPI para países de América Latina sobre las nuevas tendencias en la protección internacional del derecho de autor y de los derechos conexos. Santo Domingo, 1996.
- Fiscalía General de la Nación. *100 preguntas Sistema Penal Acusatorio*. Tomado de: www.fiscalia.gov.co/sistPenal/.../Cartilla%20100%20preguntas.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI. *El tratado de la OMPI sobre derecho de Autor*. Seminario Nacional de la OMPI sobre las medidas Tecnológicas de protección en los tratados de la OMPI de 1996 y en el nuevo Código Penal Colombiano. Documento preparado por la Oficina Internacional de la OMPI. Bogotá, 25 a 27 de abril de 2001.

Portales y bases de datos electrónicas

- Business Software Alliance: www.bsa.org
- Blog Propiedad Cultural: www.propiedadcultural.com
- Cámara Colombiana del Libro: www.camlibro.com.co
- Centro Colombiano del Derecho de Autor: www.cecolda.org.co
- Convenio Antipiratería para Colombia: www.convenioantipirateria.org.co

- Corte Constitucional: www.corteconstitucional.gov.co
- Dirección Nacional de Derecho de Autor (Colombia): www.derechodeautor.gov.co
- Derecho de Autor Regional DAR Jurisprudencia. www.cerlalc.org
- Federación Colombiana de la Industria del Software y Tecnologías Informáticas Relacionadas, FEDESOFTE: (www.fedesoft.org)
- Instituto Interamericano de Derecho de Autor: www.iidautor.org
- Policía Nacional de Colombia: www.policia.gov.co
- Proimagenes - Programa Antipiratería de Obras Cinematográficas, PRACI: www.proimagenescolombia.com
- Rama Judicial: www.ramajudicial.gov.co
- Real Academia Española: www.rae.es
- Revista la propiedad inmaterial – Universidad Externado de Colombia: www.uexternado.edu.co/propiedadinmaterial
- Ventana Legal: www.ventanalegal.com

Jurisprudencia

- Base de datos: Derecho de Autor Regional DAR Jurisprudencia. www.cerlalc.org. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo
- Corte Constitucional de Colombia, sentencias:
 - C-024 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero
 - C-155 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
 - C-282 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo
 - C-301 de 1999. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra
 - C-355 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

- Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencias:

Sentencia del 10 de febrero de 1960. M.P. Humberto Barrera Domínguez.

Casación N° 25.583 del 21 de marzo de 2007. Sala de Casación Penal. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

Casación No 29188 del 30 de abril de 2008. Sala de Casación Penal. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

Casación 31362 del 13 de mayo de 2009. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Casación No 30532, del 21 de octubre de 2009. Sala de Casación Penal. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Casación No 31.403 del 28 de mayo de 2010. Sala de Casación Penal. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.



**DIRECCIÓN NACIONAL
DE DERECHO DE AUTOR**
Unidad Administrativa Especial
Ministerio del Interior y de Justicia

Calle 28 N° 13^a 15 Piso 17
Bogotá, D.C. Colombia
Teléfono: 3418177 (PBX)

Correo electrónico: info@derechodeautor.gov.co
Página web: www.derechodeautor.gov.co