

Proceso No 29188

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION PENAL**

Magistrado Ponente

Dr. **JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

Aprobado acta número 105

Bogotá, D.C., treinta de abril de dos mil ocho.

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación, que en su propio nombre, presenta el abogado **GUILLERMO LUIS VÉLEZ MURILLO** contra la sentencia dictada el 4 de septiembre de 2007 por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la proferida por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de esa ciudad, con la cual lo condenó por el delito de violación de derechos de autor previsto en el artículo 51-4 de la Ley 44 de 1993,

el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena privativa de la libertad.

ANTECEDENTES

1.- La cuestión fáctica fue declarada por el Juzgador de la manera siguiente:

“El 8 de octubre de 1999, se practicó diligencia de allanamiento al inmueble ubicado en la carrera 19 No. 24-94 al sur de esta ciudad, toda vez que, según queja presentada por la Asociación Colombiana de Productores de Fonogramas –ASINCOL- se estaban duplicando de manera ilegal discos compactos, ofreciendo tal servicio con el respectivo anuncio en el diario El Tiempo y fueron halladas cuatro (4) computadoras que tenían instalado el sistema operativo WINDOWS 98, OFFICE 97 y 2000, programas antivirus marca NORTON, enciclopedia ENCARTA 99, sin la respectiva licencia de funcionamiento; estableciéndose que tenían tarjeta de sonido, unidad ZIP, con una capacidad mayor que los CDs normales, además se instalaron programas de diferentes casas productoras de SOFTWARE que permitían copiar el DC RW y que podían ser grabados o reproducidos, sin que contaran con la licencia de utilización”.

Seccional de la Unidad Quinta de Fe Pública y Patrimonio Económico¹, el veintinueve de noviembre del año dos mil dos se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra del procesado GUILLERMO LUIS VÉLEZ MURILLO, “como presunto autor del punible de la infracción al artículo 51, numeral 4 de la Ley 44 de 1993”², mediante determinación que la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior confirmó íntegramente **el diecinueve de mayo de dos mil tres**, al conocer en segunda instancia de la apelación promovida por el procesado.³

3.- El Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá adelantó la etapa de juzgamiento, a la cual puso término con la sentencia del 30 de junio de 2006, condenando a **GUILLERMO LUIS VÉLEZ MURILLO** a las penas referidas.⁴

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó esta decisión con la que profirió el 4 de septiembre de 2007, al desatar el recurso de apelación que interpuso el acusado.

4.- El procesado presentó recurso extraordinario de

DEMANDA DE CASACIÓN

El demandante acudió a este medio extraordinario de impugnación, por vía discrecional o excepcional, con la pretensión de alcanzar la efectividad de las garantías materiales que le “confiere el derecho comunitario andino, de obligatorio cumplimiento en Colombia” y para “la unificación de la jurisprudencia en un tema tan importante como es el derecho de autor, así como “la protección de garantías fundamentales infringidas por falta de aplicación de normas de bloque de constitucionalidad y de la ley”.

Al comienzo del libelo, señaló que la Convención de Berna, la Decisión 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y la Ley 23 de 1982, constituían el marco legal que debió regir esta actuación.

Según manifestó, por la época en que se realizaron los hechos “se estigmatizaba la grabación de los discos

establecimientos educativos, informáticos, financieros, han superado esa época oscura y avanzado, inclusive, hasta los DVD grabables y las memorias flash, con muchas más capacidades y prestaciones que los otrora perseguidos discos compactos”.

Sostuvo que en información difundida por el diario “El Tiempo” se revelan detalles de su trabajo, “en el cual gastaba horas enteras al frente de un computador, para llevar la música desde un viejo y obsoleto disco de acetato, a un disco compacto por \$5.000. Labor realizada, hoy, hasta por niños de primaria, gracias a la conversión de la música a formato MP3”.

Teniendo como referencia este preámbulo, con apoyo en la causal primera de casación, presentó cinco cargos contra la sentencia del Tribunal, con los que la acusó de haber incurrido en violación directa de la ley sustancial.

En el **primer cargo**, sostuvo que el Tribunal dejó de aplicar los preceptos contenidos en los artículos 6 y 271 de la Ley 599 de 2000, específicamente en lo relativo a la expresión “...salvo las excepciones previstas en la ley”, la

Anotó que “si el fallador hubiera aplicado el artículo 271 del Código penal, y no la Ley 44 de 1993, en conjunto con la Ley 23 de 1982 (arts. 8, 37 y 44) y la decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Derecho Comunitario Andino), hubiera encontrado que la conducta juzgada encajaba dentro de las numerosas excepciones que contempla el derecho de autor”.

Precisó que existe un conflicto entre lo dispuesto por el artículo 271 del Código Penal sobre “defraudación a los derechos patrimoniales de autor”, con la verdad establecida en el juicio, toda vez que con el fallo se impone una condena por una defraudación pecuniaria cuyo monto no fue establecido, ni se supo quién era el titular de ese derecho. “No es admisible, dice, condenar por una defraudación pecuniaria cuando nunca se supo el monto ni la víctima de la misma”.

En consecuencia, concluyó, el fallo de segunda instancia vulnera lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, cuyo texto seguidamente reproduce.

primero del Decreto 1360 de 1989, según la cual “es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro”, y el artículo 84 de la Carta Política.

Las citadas disposiciones, anotó, “confieren una facultad o derecho legal, a cualquier persona, para ordenar la reproducción de una copia (léase duplicación), de obras protegidas por las leyes de propiedad intelectual”.

Consideró que si bien la ley exige el cumplimiento de requisitos de orden subjetivo a quien ordene la reproducción, no hace lo mismo a quien recibe tal orden. “De ahí que, castigar ciudadanos humildes y honestos, que trabajan para prestar ese servicio a las personas que usan esa prerrogativa legal, contenida en el artículo 37, de la Ley 23 de 1982, constituye una violación directa de la ley por inaplicación de las normas mencionadas”.

Sostuvo que “la prueba analizada (informes y declaraciones de policía judicial), revelan que el procesado nunca ofreció en venta, alquiler o préstamo, copias de

duplicación”.

En lo que tiene que ver con el **tercer cargo**, manifestó que la sentencia resulta violatoria de la ley sustancial, en cuanto dejó de aplicar los preceptos contenidos en el artículo 44 de la Ley 23 de 1982, que confiere la libertad del uso, instalación o empleo del soporte lógico, cuando ello se lleva a cabo dentro de un domicilio privado.

En este caso, los informes de policía reseñan el hecho de que el inmueble donde se llevaba a cabo la supuesta conducta punible no tenía acceso del público, y la Fiscalía, en la resolución a través de la cual ordenó el registro del inmueble, reconoció que se trata de un domicilio privado, cuya definición es la que establece el artículo 76 del Código Civil.

Como consecuencia de la falta de aplicación de un precepto sustancial (art. 44 de la Ley 23 de 1982), sostuvo, se generó la causal primera de casación, pues de no haberse incurrido en dicho desacierto, se habría dado lugar a la absolución del enjuiciado Vélez Murillo.

vigencia de la Ley 44 de 1993 por parte de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, como aquellos que se refieren a las definiciones de “usos honrados” y “uso personal” de las obras protegidas, para denotar que la sentencia de segunda instancia no solamente inaplicó las definiciones legales aludidas, sino que asimismo dejó de aplicar las normas contenidas en la Decisión 351 de 1993, que establecen que las limitaciones y excepciones al derecho de autor, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los titulares de los derechos.

Consideró, por tanto, que la sentencia objeto de ataque incurrió en violación directa de la ley sustancial, en cuanto dejó de aplicar claros preceptos normativos que permitían la reproducción individual de obras protegidas, así como el empleo del soporte lógico para uso personal y en el proceso nunca se dijo, acusó o insinuó que sus equipos de cómputo o los sistemas Windows u Office, estuvieran al servicio del público o de terceros, pues estaban en un domicilio privado donde no existía acceso a otras personas.

contenido en el artículo 10 de la Ley 599 de 2000, que establece el principio de tipicidad, pues al no recurrir a la descripción clara y precisa de la supuesta conducta punible, impidió confrontar los hechos y conductas debatidos con las situaciones contempladas en los capítulos VI y VII de la decisión Andina 351 de 1993, en los artículos 37 y 44 de la Ley 23 de 1982, error bajo el cual se produjo una condena por un comportamiento atípico.

En el acápite que destinó a la “sustentación de los cargos” agregó que los hechos fueron llevados a cabo en un domicilio privado, y que al no profundizar dentro de la amplia gama de excepciones legales y definiciones que contempla el derecho de autor, el sentenciador confundió los verbos rectores reproducir (difundir) con utilizar, instalar o usar, estructurando un supuesto de hecho definido en el numeral primero del artículo 271 del Código Penal, pero condenando por el punible establecido en el numeral quinto del citado estatuto.

Con auto del seis de marzo de dos mil ocho, la Corte admitió a trámite la demanda habida consideración que

sustancial que autorizarían la realización del comportamiento imputado, convirtiéndolo, por ende en atípica la conducta; y de antijuridicidad material o de lesividad del comportamiento por ausencia de ánimo de lucro y del perjuicio de un tercero, con lo cual distante se hallaría de poner en riesgo el bien jurídicamente tutelado.

De igual modo, la Sala atendió la invocación del actor acerca de la necesidad de desarrollar la jurisprudencia nacional en torno a la naturaleza, alcance y sentido de la protección penal de los derechos de autor, modalidades de realización, y tipicidad de la conducta frente al bien jurídico que pretende tutelar, que según el recurrente impidió dar adecuada solución al caso.

Advirtió además la Corte, la posibilidad de hacer uso de la facultad oficiosa prevista por el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, en orden a corregir yerros no invocados expresamente por el recurrente, atendiendo al hecho de que el fallo de segunda instancia confirmó el del a quo en el sentido de “No condenar a VÉLEZ MURILLO, al pago de suma alguna por concepto de indemnización de daños y perjuicios” por no haberse demostrado la cuantía de éstos, con lo cual pudo haber dado lugar a privar al procesado de

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal presentó un concepto que se resume de la siguiente manera:

1. El delito de defraudación a los derechos patrimoniales de autor, se encontraba tipificado en el artículo 51, numeral 4° de la Ley 44 de 1993, el cual fue declarado exequible mediante sentencia C-1490 de 2000.

2. En esta sentencia la Corte Constitucional puntualizó que, la Decisión 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, es un instrumento internacional que regula los derechos morales y patrimoniales de autor. “Por tanto, como los derechos morales tienen el rango de fundamentales... se impone su incorporación al Bloque de Constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la Carta Política, sin que ello implique que los patrimoniales, por no tener tal categoría, no merezcan protección del Estado”.

la Ley 44 de 1993. Sin embargo, mientras esta última disposición consagraba un párrafo que aumentaba la pena “*hasta en la mitad*”, el artículo 271-1, por su parte, contenía un párrafo que rebajaba la pena en la misma proporción, para los supuestos de hecho previstos en cada una de tales disposiciones. La Ley 1032 de 2006 suprimió este párrafo y aumentó las penas principales de prisión y multa.

4. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 21 de marzo de 2007, consideró que la acción de *llevar consigo*, como sinónimo de portar, no está incluida en el catálogo de conductas que tipifican el delito de defraudación a los derechos de autor. En consecuencia, la conducta que consiste simplemente en portar un número determinado de películas de video o discos compactos “*piratas*”, resulta atípica.

5. El delito que se analiza, corresponde a un *tipo penal compuesto*, en tanto el verbo rector o núcleo esencial de la conducta que el legislador quiso reprimir (la “piratería”), está determinado por la expresión “*reproducir*”, los restantes verbos rectores empleados en la norma, en la medida que sirven de complemento a esa acción, son

6. El bien jurídico tutelado “... es el provecho económico del cual es titular el autor de una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, en tanto dicho autor puede explotar económicamente su obra de distintas maneras como la publicación, representación, ejecución, radiodifusión, o por cualquier otro medio. El objeto de protección penal también se extiende a los llamados derechos conexos de autor, de los cuales son titulares los intérpretes, ejecutantes, productores cinematográficos, editores, organismos de radiodifusión, traductores, arreglistas, etc.”

7. A pesar de la incoherencia presentada en la redacción de los incisos primero y segundo del artículo 42 de la Ley 600 de 2000, para la jurisprudencia, antes como ahora, es claro que resulta posible extinguir la acción penal por indemnización integral para los delitos contra los derechos de autor.

Bajo este marco conceptual, el representante del Ministerio Público considera que si GUILLERMO LUIS VÉLEZ MURILLO fue acusado por la conducta punible

271 de la Ley 599 de 2000, el comportamiento resulta atípico por las siguientes razones:

a) La investigación se adelantó porque, según la queja presentada por la Asociación colombiana de Productores – ASINCOL – el procesado, al parecer, “*estaba duplicando de manera ilegal discos compactos {y} ofreciendo tal servicio con el respectivo anuncio en el diario El Tiempo.*”

b) No obstante, la sentencia impugnada no indica cuáles habrían sido los discos compactos que reprodujo, el autor o casa disquera, la cantidad en que lo hizo, ni muchos menos si fueron comercializados. Es decir, nunca se supo el monto del perjuicio ni quién fue la víctima.

c) Los fallos de instancia no precisan qué discos compactos fueron duplicados u ofrecidos por el acusado, de manera que la acciones a él atribuidas quedan en el terreno de la hipótesis, la especulación o la probabilidad, sin la necesaria precisión exigida por la ley para considerarlas típicas. Tratándose de un delito de resultado, debió establecerse qué fue lo que reprodujo u ofreció y acreditarse el perjuicio generado con la conducta, pues “*al no existir defraudación económica, bien*

d) “Poseer cuatro computadores con los sistemas operativos o *software*, programa antivirus, enciclopedia Encarta, tarjeta de sonido y unidad ZIP, dispositivos que posiblemente *permitían copiar* discos compactos o películas de video, por sí solo, no configura la conducta punible imputada a VÉLEZ MURILLO, en tanto que lo que ella reprime es la acción comúnmente conocida como *piratería*... Empero, tal reproducción debe ser efectiva y no simplemente potencial, por tratarse de un delito de resultado, sin que tampoco pueda hablarse de tentativa por no haberse determinado el objeto material de la supuesta reproducción ni la supuesta víctima, lo cual impide establecer con la precisión requerida, el inicio de los actos ejecutivos de la acción atribuida.”

e) En relación con los computadores, los sistemas operativos y demás dispositivos hallados en la residencia del procesado, *sin que contara con licencia de utilización*, de conformidad con las disposiciones que rigen la materia, representa un acontecimiento que carece de relevancia para el derecho penal colombiano, de una parte, porque la conducta de *poseer* tales elementos en la casa u oficina, no está tipificada como punible y, por la otra, porque no se estableció defraudación patrimonial ni

Con base en lo anterior, el Procurador Delegado solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, en un fallo de reemplazo, absolverlo del cargo por el cual fue llamado a juicio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En la decisión a través de la cual admitió la demanda, la Corte identificó en el libelo los siguientes temas que justifican un pronunciamiento de fondo en esta actuación: i) el desconocimiento por parte de los falladores de instancia de los principios de tipicidad estricta y de antijuridicidad; y ii) el desarrollo de la jurisprudencia nacional en torno a la naturaleza, alcance y sentido de la protección penal de los derechos de autor, modalidades de realización y tipicidad de la conducta frente al bien jurídico que se pretende amparar.

En el análisis de estos temas la Corte procederá de la siguiente manera:

—

En la doctrina especializada se le concibe diciendo que,

“Es la rama del derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales”⁵

También se concibe como “... la protección que le otorga el Estado al creador de toda obra literaria o artística desde el momento de su creación y por un tiempo determinado.”⁶

Surge, entonces, como una forma de protección de la producción intelectual de carácter artístico, literario o científico y “Otorga al autor una serie de prerrogativas sobre su obra, a tal punto que se ha llegado a considerar como una forma especial de propiedad. Esa especialidad radica en que a diferencia de la propiedad común que recae sobre las cosas corporales, la propiedad nacida del derecho de autor, tiene como objeto bienes inmateriales, los cuales se denominan obras...”⁷

⁵ LIPSZYC, Delia “Derechos de autor y derechos conexos” Buenos Aires, Zavalia

Resulta importante precisar que la propiedad surgida del derecho de autor, otorga derechos de orden moral y patrimonial.

“En el ejercicio de los derechos morales el autor está facultado para reivindicar en todo momento la paternidad de la obra; decidir si la publica o la deja en la ineditud; oponerse a cualquier deformación o mutilación que atente contra la integridad de la obra o la reputación del autor; modificar por sí la obra en cualquier momento; y a ejercer el derecho de arrepentimiento, esto es, la posibilidad de retirar los ejemplares de la obra cuando estos ya están en circulación. Estos derechos son perpetuos, irrenunciables, inalienables e inembargables.”

“Por otra parte, tenemos los derechos patrimoniales, cuyo carácter puede entenderse netamente económico y se refieren a la posibilidad de explotación o utilización de la obra como a bien tenga el autor, bien sea cediéndola, enajenándola, autorizando, prohibiendo o realizando directamente su reproducción, comunicación pública, transformación, o cualquier otra forma de utilización.”⁸

Marco normativo. El derecho de autor está previsto dentro de la gama de derechos sociales, económicos y culturales, a los cuales el Estado debe protección. De esa manera, el artículo 61 Superior determina que *“El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.”*

En desarrollo de este mandato, el legislador expidió la Ley

cual se suma la Decisión 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Este conjunto normativo propende, en general, por la protección a los autores y demás titulares de derechos, de obras literarias, científicas y artísticas; regula lo relacionado a los derechos patrimoniales y morales de autor, establece limitaciones y excepciones a este derecho, determina el objeto y alcance de la protección así como el término durante el cual se confiere; establece la autoridad encargada del registro de derechos de autor y prevé las sanciones para quienes atenten contra esta clase de derechos.

En este punto importa destacar los artículos 51 y 52 de la Ley 44 de 1993 (*vigente en la época de los hechos que se examinan en la presente actuación*), 270, 271 y 272 de la Ley 599 de 2000 (*actualmente en rigor*), que tipifican como delito las conductas que afectan los derechos de autor.

El Código Penal de 2000, (*Libro II, Título VIII, Capítulo Único*) clasifica en tres grupos las conductas que constituyen delitos contra los derechos de autor, así: i) violación a los

derechos de autor y derechos conexos y otras defraudaciones (art. 272).

Las conductas que afectan el derecho moral de autor se relacionan con actos destinados a *desconocer la paternidad* de una obra cuando se le inscribe en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de la obra; de igual modo, con los actos que desconozcan la voluntad del autor de *mantener inédita* su creación, porque se publica, total o parcialmente, sin su autorización expresa; y con comportamientos que atentan contra la *integridad* de la obra, cuando se compendia, mutila o transforma sin la expresa y previa autorización de su titular.

Por su parte, los comportamientos que atentan contra los derechos patrimoniales de autor, se relacionan con la explotación o utilización de la obra en formas no consentidas o deseadas por el autor o titular del derecho, en quien recae de manera exclusiva la facultad de enajenarla, cederla, autorizar o prohibir las

Y las conductas que afectan los mecanismos de protección de los derechos de autor, comprenden actos destinados a: i) superar o eludir medidas tecnológicas adoptadas para restringir usos no autorizados; ii) suprimir o alterar la información esencial para la gestión electrónica de derechos; importar, distribuir o comunicar ejemplares con la información suprimida o alterada; iii) introducir en el comercio (*mediante fabricación, importación, venta, arriendo, etc.*), dispositivos o sistemas que permitan descifrar señales de satélite cifrada; o eludir, evadir, inutilizar o suprimir dispositivos que permitan al titular del derecho controlar la utilización de la obra o restringir usos no autorizados; y iv) la presentación de declaraciones o informaciones destinadas al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos, alterando o falseando los datos requeridos al efecto.

Conductas que constituyen violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos. El artículo 271 del Código Penal, modificado por el 2º de la Ley 1032 de 2006, establece lo siguiente:

“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

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 suscripción.”

El nuevo Código Penal, como se indicó en precedencia, escinde las diversas formas de delitos contra los derechos de autor (*violación a los derechos morales, patrimoniales y a los mecanismos de protección*), que en las legislaciones precedentes se entremezclaban.⁹

Pero aparte de esa mejor técnica empleada, en relación específica con los derechos patrimoniales de autor, el legislador determinó la existencia de conductas excepcionales que no se consideran lesivas a los derechos de autor, al introducir la fórmula '**salvo las excepciones previstas en la ley**', establecida en el artículo 271 del Código Penal.

Las excepciones a las que alude la norma tienen que ver con las *limitaciones del derecho de autor*, las cuales se justifican porque:

“La propiedad intelectual en todos los regímenes legales por excelencia, tiene dos fundamentos prácticos, puestos en un balanza, ellos deben nivelarse mutuamente pues los dos contribuyen a la expansión cultural. De un lado el estado (*sic*) reconoce un monopolio para la explotación de la obra, aunque de carácter temporal pero sólo a favor del autor, para premiar y reconocer su esfuerzo creativo (eso impulsa a otros a crear obras también). No obstante lo anterior, al mismo tiempo el estado (*sic*) es consciente de que para garantizar la transmisión del conocimiento se hace necesario que terceras personas, en situaciones que la misma ley considera de excepción, pueden tener acceso a dichas obras sin necesidad de autorización del titular, casos dentro de los cuales podemos mencionar a título de ejemplo, el derecho de cita (citar a un autor con fines científicos, de crítica, etc.)¹⁰

En el sistema norteamericano (Copyright Act 1976) existen limitaciones a los derechos de autor que se reflejan en

basa en el principio de que hay ciertos usos que se le pueden dar a la obra de terceras personas que no constituyen una disminución o pérdida de los derechos del titular.¹¹

“Bajo el concepto del fair use o uso justo se permite que terceras personas distintas a los titulares del derecho de autor utilicen en ciertos casos partes de una obra sin necesidad de autorización de dichos titulares. Las situaciones para hacer uso de dichas obras no están enumeradas en forma taxativa como sí ocurre en la mayoría de los sistemas legales de tradición latina, sino que por el contrario, para determinar si existe un uso justo o una infracción de derechos de autor un juez frente a una disputa legal de esta naturaleza, debe tener en cuenta cuatro factores a saber: **1) El propósito y carácter del uso**, incluyendo si tal uso es de naturaleza comercial o si es para propósitos de carácter educativo y sin ánimo de lucro; **2) La naturaleza de la obra protegida** con derechos de autor; **3) la cantidad y sustancialidad de la porción usada** en relación con la obra protegida considerada como un todo, y **4) El efecto del uso sobre el mercado potencial** o el valor de la obra protegida.”¹²

Entre nosotros, la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, que integra el Bloque de Constitucionalidad conforme precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-1490 del 2 de noviembre de 2000,¹³ en el artículo 21 determina que “Las limitaciones y excepciones al Derecho

¹¹ Ib.

¹² Ib.

¹³ Lo anterior según se expresa la Corte Constitucional porque la Decisión tiene por

de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o los titulares de los derechos.¹⁴ (Subrayas fuera de texto).

Y, en el artículo posterior enumera las siguientes limitaciones o excepciones a los derechos de autor:

“Artículo 22. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

- a) Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;
- 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 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

¹⁴ En el mismo sentido, la Convención de Berna sobre Derecho de Autor “Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor”, aprobado mediante la Ley 565 de 2000, en su artículo 10° prevé: **LIMITACIONES Y EXCEPCIONES.** 1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten

título oneroso, **ni tenga directa o indirectamente fines de lucro;**

c) Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:

1. Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o,

2. Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.

d) Reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga;

e) Reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente;

f) Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;

g) Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras;

h) Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una

propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstos en cada legislación nacional;

j) Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, **siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto**, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución;

k) La realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.”

Por otra parte, las limitaciones y excepciones al derecho de autor en la Ley 23 de 1982, son las que se encuentran establecidas del siguiente modo en los artículos 31 a 44:

“Artículo 31°.- Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman. En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra.

Cuando la inclusión de obras ajenas constituya la parte principal de la nueva obra, a petición de la parte interesada, los tribunales fijarán equitativamente y en juicio verbal la cantidad proporcional que corresponda

publicaciones, emisiones de radiodifusión o grabaciones sonoras o visuales, dentro de los límites justificados por el fin propuesto, o comunicar con propósitos de enseñanza la obra radiodifundida para fines escolares, educativos, universitarios y de formación profesional sin fines de lucro, con la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas.

Artículo 33°.- Pueden ser reconocidas {a} cualquier título, fotografía ilustración y comentario relativo a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, si ello no hubiere sido expresamente prohibido.

Artículo 34°.- Será lícita la reproducción, distribución y comunicación al público de noticias u otras informaciones relativas a hechos o sucesos que hayan sido públicamente difundidos por la prensa o por la radiodifusión.

Artículo 35°.- Pueden publicarse en la prensa periódica, por la radiodifusión o por la televisión, con carácter de noticias de actualidad, sin necesidad de autorización alguna, los discursos pronunciados o leídos en asambleas deliberantes, en los debates judiciales o en las que se promuevan ante otras autoridades públicas, o cualquier conferencia, discurso, sermón u otra obra similar, pronunciada en público, siempre que se trate de obras cuya propiedad no haya sido previa y expresamente reservada. Es entendido que las obras de este género de un autor no pueden publicarse en colecciones separadas sin permiso del mismo.

Artículo 36°.- La publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público.

Artículo 37°.- Es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro.

Artículo 38°.- Las bibliotecas públicas pueden reproducir para el uso exclusivo de sus lectores y

las reciba en caso de que ello sea necesario para su conservación, y con el único fin de que ellas sean utilizadas por sus lectores.

Artículo 39°.- Será permitido reproducir por medio de pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas, las obras que estén colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas y distribuir y comunicar públicamente dichas reproducciones u obras. En lo que se refiere a las obras de arquitectura esta disposición solo es aplicable a su aspecto exterior.

Artículo 40°.- Las conferencias o lecciones dictadas en establecimiento de enseñanza superior, secundaria o primaria, pueden ser anotadas y recogidas libremente por los estudiantes a quienes están dirigidos, pero es prohibida su publicación o reproducción integral o parcial, sin la autorización escrita de quien las pronunció.

Artículo 41°.- Es permitido a todos reproducir la Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, reglamentos, demás actos administrativos y decisiones judiciales, bajo la obligación de conformarse puntualmente con al edición oficial, siempre y cuando no esté prohibido.

Artículo 42°.- Es permitida la reproducción de obras protegidas o de fragmentos de ellas, en la medida que se estime necesaria por la autoridad competente, para su uso dentro de los procesos judiciales o por los órganos legislativos o administrativos del Estado.

Artículo 43°.- El autor de un proyecto arquitectónico no podrá impedir que el propietario introduzca modificaciones en él, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada.

Artículo 44°.- Es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado sin ánimo de lucro.”

Surge así que el examen de tipicidad que se adelante frente a las conductas que afecten los derechos patrimoniales de autor, debe comprender las

limitaciones indicadas, o, resulta contrario a derecho porque las desborda y, además, porque se ejecuta sin el consentimiento o autorización de autor o del titular de los derechos que se tengan sobre una obra específica.

La conducta punible de reproducción de obras de carácter literario, científico o artístico. El artículo 51-4 de la Ley 44 de 1993, sancionaba con prisión de 2 a cinco años y multa de 5 a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a “Quien reproduzca fonogramas, videogramas, soporte lógico u obras cinematográficas sin autorización previa y expresa del titular, o transporte, almacene, conserve distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución o suministre a cualquier títulos dichas reproducciones”. Esta norma es esencialmente igual a la que recoge el artículo 271-1 del Código Penal salvo en lo relacionado con las excepciones previstas en la ley que hacen lícito el comportamiento.

En lo fundamental, se trata de un tipo penal que requiere un único sujeto activo que desarrolle la conducta (*monosujetivo e indeterminado*); que genera un resultado concreto y verificable (*de resultado*); se agota en un solo momento con la ejecución de la reproducción ilícita (*tipo de*

sanción con todos sus elementos constitutivos, de manera que no necesita complementarse con el contenido de normas jurídicas diferentes.

La estructura de la norma permite concluir también que corresponde a la categoría de los tipos compuestos, ya que contiene varios verbos rectores. Sin embargo como acertadamente opina el Agente del Ministerio Público, el verbo rector o núcleo esencial de la conducta que pretende restringir el legislador, está determinado por la expresión *reproducir*, *‘los demás verbos utilizados en la disposición son accesorios, en la medida que sirven de complemento... es decir, son apenas modalidades de esta conducta, a través de las cuales es posible comercializar de cualquier forma las reproducciones ilícitas a que se refiere la primera parte de la norma.’*

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*, en virtud del cual ejerce actos de explotación o de disposición de la obra, es decir, actividades que envuelven contenido económico, valorables pecuniariamente, de manera que quien pretenda afectarlos ha de obrar con ánimo de lucro y con

Si bien estas exigencias no se encuentran expresamente consignadas en la norma prohibitiva, constituyen verdaderos elementos subjetivos del tipo que en cada caso han de ser constatados por el juez, en orden a declarar demostrada, en grado de certeza, la materialidad de la conducta.

Este aserto reafirma su sentido lógico a partir de la concepción ecuménica de las limitaciones y excepciones del derecho de autor, que considera lícita la “invasión” a esos derechos *siempre que no atenten contra la normal explotación de la obra o no cause perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o los titulares de los derechos*, y lo corrobora el contenido del artículo 72 de la Ley 23 de 1982 al señalar que: “El derecho patrimonial de autor se causa desde el momento en que la obra o producción, **susceptible de estimación económica** y cualquiera sea su finalidad, se divulgue por cualquier forma o modo de expresión.” *(se destaca)*.

Así, por ejemplo, opina Muñoz Conde cuando afirma:¹⁵

“En todo caso hay que tener en cuenta que los preceptos penales no deben ser aplicados más allá de lo que permiten sus propios términos y que, a diferencia de los que sucedía en el Código Penal anterior donde se

lucro y el perjuicio de tercero, haciendo recaer, pues, el acento en el aspecto patrimonial antes que personal.¹⁶

De esa manera, frente a un acto que pueda considerarse típico de violación de los derechos patrimoniales de autor, el juez debe verificar que cuenta con elementos formales y materiales que lo hacen típicamente antijurídico y si, además, comprueba que se trata de un comportamiento culpable, puede, entonces, concluir que corresponde a una verdadera conducta punible.

Téngase en cuenta, por vía de ejemplo, que no puede ser punible la actuación de quien realiza una copia de los discos compactos adquiridos legalmente para utilizarla en el reproductor de su carro, o quien los copia para almacenarlos en aparatos de uso personal como el MP3, es decir, en medios digitales con gran capacidad de almacenamiento que le permiten al propietario disfrutar durante horas la música de su preferencia.

De igual manera, si en la Internet circulan millones de canciones,¹⁷ no puede concentrarse en el derecho penal la función de perseguir a los usuarios que, aprovechando tal

¹⁶ Sin desconocer la posibilidad de que los derechos morales de autor en ocasiones reporten contenido económico, pues como dice el mismo autor "... sin excluir que en algún caso concreto, como el plagio, se proteja la paternidad de la obra o su integridad

circunstancia, descargan la música que se coloca a su alcance, pues en estos casos como en todos aquellos en los que la persona obra sin ánimo de lucro y sin el propósito de ocasionar perjuicio a la obra o a los intereses económicos del titular de los derechos, resulta imposible afirmar la existencia de una conducta punible, toda vez que no se lesiona o pone efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado por la ley.

En consecuencia, si a la actuación no la acompañan los elementos referidos, valga reiterar, el ánimo de lucro y la intención de lesionar el patrimonio ajeno, la conducta será atípica.

El caso concreto del procesado VÉLEZ MURILLO. Los jueces de instancia condenaron al acusado porque lo consideraron responsable de la conducta contenida en el artículo 51, Inciso 4° de la Ley 44 de 1993, pues según quejas presentadas por la Asociación Colombiana de Productores de Fonogramas – ASINCOL, en su vivienda ofrecía el servicio de duplicación de discos compactos, el cual anunciaba en los clasificados del diario El Tiempo.

En la diligencia de registro y allanamiento ordenada por

Windows 98, programas como Office, Norton Antivirus, Encarta y quemadores para discos compactos, ‘*sin que contara con la licencia de utilización*’.

De acuerdo con lo anterior, al acusado se le imputó la reproducción ilegal de fonogramas (*discos compactos*), y la **utilización**, también ilegal, de programas de ordenador o *software*.

Frente al primer comportamiento, en el proceso se demostró que en la diligencia de registro y allanamiento se encontraron “229 CDS vírgenes, 13 CDS dañados y 14 CES regrabados; cinco (5) de software; y ocho (8) cds dañados.”

Además, que el procesado ofrecía el servicio de reproducción en la modalidad de conversión de los formatos de casete y LP (*long play*) a CD (*disco compacto*), labor por la que cobraba 5 o 6 mil pesos.

En principio y desde el punto de vista eminentemente objetivo, el artículo 12, literal a. de la Ley 23 de 1982, establece que la reproducción de la obra y la autorización para hacerlo, son derechos patrimoniales exclusivos del

Sin embargo, en orden a determinar si se trata de una conducta típicamente antijurídica, deben tenerse en cuenta los conceptos de *usos honrados* y *uso personal*, a los que alude el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos o Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, que define los primeros como aquellos que “... no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”, y el segundo como la “Reproducción u otra forma de utilización, de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento”; conceptos que se identifican con el de las excepciones que al derecho de reproducción de obras señala el artículo 9º de la Convención de Berna, en donde se reitera que los países miembros podrán permitir las ‘*con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*’

El señor **VÉLEZ MURILLO**, reconoce que reproducía en discos compactos el contenido de diversos fonogramas fijados en formatos obsoletos, como casetes y larga duración, actividad que hacía por encargo de los

No obstante, su actuación no se dirigía a causar perjuicio irrazonable o desmedido ni a atentar contra la normal explotación de la obra, dado que no multiplicaba en grandes cantidades la música fijada en casetes o en discos de larga duración, sino que convertía esos formatos a discos compactos por encargo que le hacía el propietario de ese elemento.

En conclusión, la reproducción ilícita de obras ajenas que se atribuye al procesado, no corresponde a una conducta típicamente antijurídica, por lo que resulta improcedente la sanción que le impusieron los jueces de instancia.

De acogerse el análisis y la conclusión de los sentenciadores, habría que concluir que en Colombia existe responsabilidad objetiva y que no hay lugar a tener en cuenta los principios de antijuridicidad material y de culpabilidad, cuando la realidad normativa y jurídica del País es totalmente contraria, de manera que no sobra recordar que la responsabilidad penal tiene como soporte el principio de conducta punible, es decir, que sólo es objeto de sanción penal la conducta típica, antijurídica y culpable.

varios ejemplares, según el número de copias requeridas por sus clientes por una contraprestación dineraria y porque sabía de su actuar ilegal por tener formación jurídica, por consiguiente conocía la ilicitud de su acción y obró con voluntad de producir el resultado antijurídico, pero desconoció que la norma está nutrida de elementos subjetivos que la dotan de sentido jurídico para considerarla socialmente dañosa.

En cuanto tiene que ver con la conducta que en el calificadorio se describe como *utilización no autorizada* de programas de computador, refulge su atipicidad pues lo que sanciona el legislador en el artículo 271-1 del Código Penal (51-4 L. 44/93), como con acierto precisó el Procurador Delegado, es el acto de **reproducir** sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes, salvo las excepciones previstas en la ley, entre otras obras, los *soportes lógicos o programas de computador*, así como las acciones de trasportar, almacenar, conservar, distribuir, importar, vender, ofrecer, adquirir para la venta o distribución o suministrar a cualquier título, las reproducciones ilegalmente obtenidas; pero la mera utilización de un programa de computador no lo describe como punible.

implícitos elementos subjetivos que no acompañan la conducta atribuida al señor **VÉLEZ MURILLO**.

Se evidencia, de esa manera, el desacierto de la sentencia con la que se condenó al procesado por comportamientos que no constituyen conducta punible, por lo que se impone, como remedio para restablecer sus derechos y hacer efectivo el derecho material en la presente actuación, casar el fallo objeto de impugnación y, en su lugar, absolverlo de los cargos por los cuales se le acusó.

Por las razones consignadas, **la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CASAR** la sentencia de segunda instancia del 4 de septiembre de 2007, con la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la proferida el 30 de junio de 2006 por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito, que condenó a **GUILLERMO LUIS VÉLEZ MURILLO** como autor

2. **ABSOLVER** al señor **VÉLEZ MURILLO** de los cargos por los que se le llamó a juicio en esta actuación.

El Juzgado de primera instancia dispondrá la devolución de las cauciones que hubiere prestado el acusado en el proceso.

Contra esta decisión no procede recurso alguno. Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Corte Suprema de Justicia
Casación 29188
Guillermo Luis Vélez Murillo

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Permiso

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria