

**Influencia de las Interpretaciones Prejudiciales del Tribunal de Justicia de la
Comunidad Andina de Naciones en los Fallos de Propiedad Intelectual de la Sala
Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia****

Floreia Vallejo Trujillo**

Resumen

El artículo analiza los conceptos que desde la dogmática jurídica se aplican a las decisiones judiciales revisadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para la protección de los derechos de propiedad intelectual, a partir de la información recolectada de sentencias de dicho tribunal, así como del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. La investigación no buscó precisar aspectos penales o procesales generales, pues se enfocó en la identificación de los conceptos de propiedad intelectual aplicados en el derecho penal, como sistema jurídico que apoya la protección de los bienes inmateriales.

Palabras clave: Derecho penal, Jurisprudencia, Propiedad Intelectual.

* Este artículo fue presentado a la revista el día 27 de marzo de 2012 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 14 de junio de 2012, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

* Artículo resultado de la investigación “El Juez Penal en la Propiedad Intelectual” desarrollada por el Grupo de de Estudio en Propiedad Intelectual -GEPI- de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, en la línea “Propiedad Intelectual”.

** Abogada y Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías de la Universidad Externado de Colombia. Directora del Centro de Investigaciones Sociojurídicas CISJUC de la Universidad Católica de Colombia. Investigadora del Grupo de Estudio en Propiedad Intelectual -GEPI- de la Universidad Católica de Colombia. Colombia. fvallejo@ucatolica.edu.co

Abstract

This article analyzes definitions that come from legal doctrine and are applicable to case law at the Colombian Supreme Court- Criminal Chamber on IP protection. The source was the case law from the Supreme Court and from the Andean Tribunal of Justice. The research did not pretend to deep into criminal law issues, either the legal procedure issues. It is strictly focused on finding intellectual property concepts applied in criminal law, as a legal system that protects the intangible property.

Keywords: Criminal law, Case law, Intellectual Property.

Sumario

Introducción	4
1. Las teorías transnacionales del derecho	7
2. El sistema andino de integración	9
2.1 El derecho comunitario andino	9
2.2 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	12
2.3 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ¿lugar de creación?	12
3. La propiedad intelectual en el derecho penal.....	13
3.1 Protección penal al Derecho de Autor	16
3.2 Protección penal a la Propiedad Industrial	18
4. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como lugar de creación.....	19
4.1 Desarrollo jurisprudencial sobre los delitos contra el Derecho de Autor .	21
4.2 Desarrollo jurisprudencial sobre los delitos contra la Propiedad Industrial	31
Conclusiones	38

Introducción

Las garantías otorgadas a las patentes, marcas, obras y demás derechos inmateriales hacen de la propiedad intelectual una rama del derecho indispensable para el progreso tecnológico y económico de las naciones. La función social de esta clase de propiedad se manifiesta en el equilibrio existente entre los derechos de los creadores y los derechos de la sociedad (al desarrollo económico, social y cultural), expresado en la concesión de derechos exclusivos en cabeza del creador durante un periodo determinado, luego del cual, estos bienes pasan al dominio público.

Para responder a las necesidades de la economía global, la propiedad intelectual se sitúa en el plano del derecho internacional, motivo por el cual los criterios para la protección de intangibles son compartidos en forma muy similar por diferentes países. Esta situación parece explicarse por el hecho de que casi todas sus normas son fruto de tratados o convenios internacionales, los cuales además incorporan compromisos de observancia cuyo reto más importante¹ en la actualidad ha sido el control de la piratería.

Dentro de las relaciones internacionales la observancia ha cobrado tal importancia, que hace parte de la llamada diplomacia internacional, que obliga a los países a ofrecer a los inversionistas extranjeros iguales condiciones que las otorgadas a sus nacionales, además de garantizar la seguridad jurídica para la protección de sus

¹ De acuerdo con A. J. LYONS, la protección a la propiedad intelectual se encuentra cada vez más ligada al concepto de seguridad nacional, debido a la creciente participación de redes de crimen organizado que ejercen el comercio de la piratería y la falsificación; cfr. A. J. LYONS. “Tendencia de la Jurisprudencia en Colombia”, Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de América Latina (OMPI/PI/JU/LAC/04/25), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI. Antigua, Guatemala, 25 a 29 de octubre de 2004, p. 2.

intangibles. Estos compromisos conllevan la expedición de normas internas que buscan la protección de los bienes de propiedad intelectual.

Las normas de propiedad intelectual contienen conceptos amplios, aplicables a la totalidad de los intangibles que buscan proteger. Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Decisión Andina 486 de 2000, establece la concesión de patentes siempre y cuando sean nuevas, tengan nivel inventivo y aplicación industrial; por su parte el artículo 18 indica que una invención tiene nivel inventivo cuando no es obvia para un técnico medianamente versado en la materia y cuando no se haya derivado de manera evidente del estado de la técnica; mientras que el artículo 16 explica que una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica. Como se observa, los conceptos obvio, evidente y estado de la técnica no son definidos en la norma, siendo necesario entonces desentrañar su alcance y contenido para la correcta administración de derechos de propiedad intelectual.

La labor de interpretación normativa ha sido desarrollada por la jurisprudencia. En nuestro caso por ser parte de la Comunidad Andina de Naciones –CAN–, la normativa es desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; no obstante, la función interpretativa también es realizada por las altas cortes nacionales².

Como consecuencia de la interpretación y aplicación de la norma sustantiva por parte de los jueces, estos son reconocidos como creadores de subreglas y no como simples

² Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha expresado: “Bastante se ha insistido que el recurso de casación no es una instancia adicional del proceso ordinario, sino un juicio lógico-jurídico que se formula a la sentencia para quebrantar la doble presunción de acierto y legalidad de la que se encuentra amparada, a través de una exposición clara y precisa del yerro que se pretende hacer valer, en el marco de alguna de las causales expresamente consagradas en la ley”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2009, radicación 31413, M. P.: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

aplicadores pasivos de la ley. De tal forma, sus fallos se han convertido en fuente de interpretación legítima del derecho, denominada por la doctrina el “derecho de los jueces”³. Al manifestarse sobre esta actividad, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que

... no es cierto que el problema de la afectación del bien jurídico le corresponda determinarlo únicamente al legislador en virtud de la política criminal que subyace a la elaboración de tipos penales, sino también le compete valorarlo en cada caso concreto al juez, al igual que a los demás operarios jurídicos, respecto de todos los asuntos que asuman en las distintas fases de la actuación y con base en la aplicación de principios ineludibles para un Estado Social de Derecho como son los de lesividad, prohibición de exceso, necesidad, mínima intervención y naturaleza fragmentaria del derecho penal, entre otros⁴.

Esta reestructuración en las fuentes del derecho tiene un impacto posterior en las prácticas argumentativas de usuarios y operadores jurídicos, de allí la importancia de su estudio y análisis. Y dado que el derecho fundamental a la propiedad y, específicamente, a la propiedad intelectual, son supuestos necesarios para la existencia del intercambio en las economías capitalistas en las que los bienes adquieren un valor de mercado⁵ que requiere de protección efectiva mediante la imposición de penas⁶, es claro que la actividad de los jueces afecta la relación entre derecho y economía en tanto sus fallos tienen repercusiones directas sobre el mercado

³ D. E. LÓPEZ MEDINA. *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Legis, 2001.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Proceso 31362 de 2009, M. P.: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

⁵ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Departamento Nacional de Planeación. Documento CONPES 3533 de 2008, “Bases de un Plan de Acción para la adecuación del Sistema de Propiedad Intelectual la Competitividad y Productividad Nacional”, Bogotá, 2008.

⁶ Apartado III. “Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual”, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –ADPIC–.

en general, y en particular sobre los derechos de propiedad intelectual de creadores y empresarios.

En consecuencia, para comprender la protección dada a esta clase de derechos no sólo es necesario conocer las normas que regulan la materia sino, también, la manera en que los jueces las interpretan y aplican pues, no obstante la obligación del país de garantizar mecanismos eficaces de observancia y protección de estos derechos⁷, no se encuentra un estudio sistemático de las decisiones judiciales relacionadas con la protección penal de los derechos de propiedad intelectual.

En ese orden de ideas, los resultados aquí presentados constituyen un avance en la construcción de dicho estudio, los cuales refieren específicamente a los conceptos teóricos empleados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en comparación con los contenidos en las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.

1. Las teorías transnacionales del derecho

De acuerdo con el profesor D. LÓPEZ⁸, las principales tendencias en teoría jurídica de las naciones dominantes de Europa Occidental son una herramienta indispensable para la comprensión de la cultura jurídica latinoamericana, como nuevo paradigma para estudiar lo que él llama, *sitios de producción* y *sitios de recepción* de teoría jurídica.

Sostiene que dicho paradigma es un modelo de *influencia* de las teorías creadas en los sitios de producción, las cuales son posteriormente trasplantadas a los sitios de

⁷ Como miembro de la OMC y como futuro firmante de TLC con otros países.

⁸ D. E. LÓPEZ MEDINA. *La teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2002

recepción. De acuerdo con este modelo, en los *países prestigiosos* o *sitios de producción* se crean teorías del derecho de carácter aparentemente general y abstracto denominadas *teorías transnacionales del derecho*, que posteriormente son adoptadas por los *países periféricos* o *sitios de recepción*.

Adicionalmente, los discursos de los sitios de producción se caracterizan por ignorar la presencia de los teóricos de los sitios de recepción, quienes, por el contrario, utilizan las teorías transnacionales para producir *teorías jurídicas locales* de alcance nacional o regional, circunstancia que refuerza la idea del carácter abstracto y general de las teorías transnacionales.

No obstante, para el profesor LÓPEZ el proceso de adaptación de la teoría transnacional a una local es una *transformación* o *transmutación* que implica, más allá del simple trasplante teórico, un proceso de creación y redefinición de la teoría transnacional, como producto de las posibles lecturas de dicha teoría. Es decir, no existe una única y correcta manera de leer las teorías transnacionales sino varias interpretaciones posibles, que obedecen a una *lectura transformadora*, necesaria de toda lectura, dada la ambigüedad de los textos canónicos de teoría jurídica.

En consecuencia, las diferentes interpretaciones y adaptaciones de las *teorías transnacionales* realizadas por los iusteóricos locales, no son una serie de *errores* o *aciertos* en la comprensión de sus significados, sino “una explicada obra canónica dentro de sus múltiples lecturas posibles en el contexto local”⁹.

Esto se explica, además, porque los procesos de transformación de teorías transnacionales también ocurren en los sitios de producción, circunstancia que depende de la teoría jurídica desde la que se realiza la lectura, de la cultura jurídica

⁹ Ídem.

del sitio de producción y de la agenda política que guía tanto al autor canónico como al iusteórico que lo interpreta. De allí que dichas teorías sean una secuencia cronológica de autores canónicos, en las que los autores posteriores se encuentran transformando a los anteriores, sin que por ello se afirme que éstos últimos estén realizando una lectura errónea de los primeros.

2. El sistema andino de integración¹⁰

Con la finalidad de permitir una coordinación efectiva entre los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones y con el objeto de profundizar en la integración subregional andina, promover su proyección externa y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración, se creó el Sistema Andino de Integración –SAI–, compuesto por diferentes órganos e instituciones¹¹, entre los que se encuentra el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

2.1 El derecho comunitario andino¹²

El artículo 1.º del Acuerdo de Cartagena establece que los objetivos y valores sociales del proceso de integración subregional se orientan a

¹⁰ [<http://www.comunidadandina.org/sai/que.html>], consultada el 6 de octubre de 2011.

¹¹ Consejo Presidencial Andino; Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; Comisión de la Comunidad Andina; Secretaría General de la Comunidad Andina; Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; Parlamento Andino; Consejo Consultivo Empresarial; Consejo Consultivo Laboral; Corporación Andina de Fomento; Fondo Latinoamericano de Reservas; Convenio Simón Rodríguez, Organismo Andino de Salud, Convenio Hipólito Unanue y Universidad Andina Simón Bolívar.

¹² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Procesos 02-IP-88, 01, IP-96, 07-AI-98, 07-AI-99, 06-IP-93, 34-AI-2001.

... promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano [...] Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad Subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros [...] Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión...

Igualmente, establece que el principio fundamental del Derecho Comunitario Andino es su *supremacía*, la cual encuentra apoyo directo en otros como la eficacia, la aplicación inmediata y la autonomía. En este sentido, en caso de presentarse antinomias entre el derecho comunitario y las normas de derecho internacional o el derecho interno de los países miembros, prevalece el primero.

El Derecho Comunitario frente al derecho interno de los Países Miembros

Tratándose de la relación entre el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales, el Tribunal Andino ha declarado que en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual es de aplicación preferente; sin que esto signifique que la norma comunitaria derogue a la nacional, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, con competencias diferentes. La falta de aplicación de la norma nacional se debe al efecto directo de los principios de *aplicación inmediata* y de *primacía*.

En virtud de dichos principios, el Tribunal Andino ha declarado inadmisibles las modificaciones de sus decisiones, vía derecho interno, en materias objeto de regulación comunitaria, al considerar que ello equivaldría a desconocer la eficacia propia del

derecho de la integración. En su sentir, estos principios no dejan espacio para que los países miembros emitan disposiciones de derecho interno, so pretexto de que estas dificultan la aplicación en su territorio de las normas comunitarias, porque de ser así no podría hablarse de un ordenamiento jurídico común, sino de tantos ordenamientos cuantos países miembros existan.

Por otro lado, al formar parte de la Comunidad Andina de Naciones, los países se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a las normas andinas y a no obstaculizar su aplicación. Así mismo, la preservación del orden y del ordenamiento jurídico comunitario encuentra sustento en los principios y obligaciones del artículo 4.º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en sus competencias, de las que se derivan el conocimiento y decisión de los recursos y acciones previstos en el Tratado.

El Derecho Comunitario frente al Derecho Internacional

Respecto a los tratados internacionales suscritos por los países miembros sobre aspectos ya regulados por la normatividad andina, el Tribunal ha manifestado que en la media que la comunidad asume la competencia *ratione materiae*, el derecho comunitario se vincula al tratado internacional de manera que este le pueda servir de fuente para desarrollar su actividad reguladora, sin que por ello pueda decirse que el derecho comunitario se subordina a aquél. Por el contrario, dado que el tratado internacional pasa a ser parte del ordenamiento jurídico interno, el derecho comunitario conserva sobre este los principios de aplicación inmediata y la primacía. Por lo tanto, las normas nacionales, sean de origen interno o internacional, no pueden menoscabar o contrariar los imperativos comunitarios; de allí que si bien la Comunidad no se encuentra vinculada por tratados que celebren individualmente los países miembros, puede tomarlos como referencia cuando dichos países hagan parte de aquellos.

2.2 *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*¹³

Desde su creación en mayo de 1979, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha sido un órgano jurisdiccional compuesto por cuatro magistrados que representan a cada uno de los países miembros, con competencia en todo el territorio de la CAN. Tiene por función asegurar la aplicación uniforme de la normatividad andina en los procesos adelantados al interior de cada país miembro. Esta labor es desarrollada mediante la acción de nulidad y las interpretaciones prejudiciales de la norma. Desde la aprobación del “Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, en agosto de 1999, conoce también del Recurso por omisión o inactividad, tiene funciones arbitrales y jurisdicción laboral.

Este Tribunal es el competente para interpretar por *vía prejudicial* las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, siempre que la solicitud provenga de un juez nacional de algún país miembro, conforme a lo establecido por el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (codificado mediante la Decisión 472), en concordancia con lo previsto en los artículos 2.º, 4.º y 121 del Estatuto del Tribunal (codificado mediante la Decisión 500).

2.3 *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ¿lugar de creación?*

Si bien se acepta que existe un canon transnacional en teoría jurídica, surge la pregunta respecto a si ocurre lo mismo en otras áreas como, por ejemplo, el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual. Para dar respuesta a esa pregunta,

¹³ http://www.comunidadandina.org/sai/estructura_4.html, 6 de octubre de 2011.

fue necesario verificar el grado de influencia que ejerce el Tribunal Andino a través de sus interpretaciones prejudiciales en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante el uso que hiciera dicha sala de los conceptos teóricos contenidos en tales interpretaciones.

Lo anterior debido a que, en la salvaguarda de la uniforme aplicación de la norma andina al interior de cada país miembro, le corresponde al Tribunal la facultad exclusiva de interpretar dicha normatividad, y de allí la pertinencia de comprobar, en materia penal, el uso de los conceptos dogmáticos expuestos en las interpretaciones prejudiciales.

Para el presente estudio se analizaron en total 1.353 interpretaciones prejudiciales, de las cuales 15 fueron en derecho de autor y 1.338 sobre propiedad industrial (787 sobre marcas y 551 sobre patentes), 410 sentencias del Consejo de Estado (6 sobre derecho de autor, 356 sobre marcas y 48 sobre patentes) y 34 sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (16 sobre derecho de autor y 18 sobre propiedad industrial). Estos fallos se encuentran sistematizados en la base de datos producto de la investigación. En todos los casos se verificó que los fallos del Consejo de Estado estuvieran soportados en interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

3. La propiedad intelectual en el derecho penal

En cumplimiento del deber de “asegurar que en la legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual”¹⁴, Colombia ha tipificado conductas tanto para la protección de los derechos de los autores como

¹⁴ Apartado III, artículo 41, numeral 1. “Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual”, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – ADPIC–.

para la protección de los derechos de propiedad industrial. La importancia de establecer con claridad cuál es el bien jurídico tutelado y cuál es la conducta sancionada deriva del carácter de *última ratio* que ostenta esta rama del derecho y, en consecuencia, de la imposibilidad del juez de interpretarla o aplicarla más allá de los elementos contenidos en cada tipo penal específico, los cuales constituyen la conducta punible.

Sin embargo, a pesar de que los delitos relacionados con la protección de la propiedad intelectual se configuran a partir del modelo de los *tipos de peligro abstracto*¹⁵, no es posible afirmar que la voluntad del legislador fue prever como punible todo comportamiento que se ajuste en la descripción típica del precepto, pues tal como ha sido reiterado por la Corte Constitucional en diferentes oportunidades¹⁶, “la potestad punitiva del Estado no puede ir en contra de los principios que legitiman al derecho penal en un Estado Social de Derecho”¹⁷; presentándose gran dificultad para asimilar los *delitos de peligro abstracto* con los *de mera actividad* porque, en últimas, a ambos se les exige la verificación de la existencia de una *situación de peligro*.

De hecho, para varios autores estos delitos pueden asimilarse mejor a la estructura de *delitos imprudentes*, pero *sin* resultado. Así, por ejemplo, la distinción entre *delitos de*

¹⁵ Únicos que pueden asimilarse al concepto de mera actividad. Sobre este tipo de delitos la Corte Constitucional ha mantenido la exigencia de la creación de un resultado, en tanto haya una *situación de puesta en peligro*, además *verificable* y, por tanto, debatible en una dimensión probatoria: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencias del 15 del septiembre de 2004, radicación 21064; 12 de octubre de 2006, radicación 25465 y 13 de mayo de 2009, radicación 31362.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-356 y C-804 de 2003, C-897 de 2005 y C-988 de 2006.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009, radicación 31362.

peligro abstracto y delitos de peligro concreto giraba en torno a la presunción de peligro:

Puede afirmarse que existen dos clases de delitos de peligro, cuya diferencia obedece a la proximidad y gravedad del riesgo al bien jurídico tutelado [...] Delitos de peligro presunto y delitos de peligro demostrable, porque en los primeros la ley presume de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídicamente tutelado y no sólo no requieren, sino que, por el contrario excluyen cualquier indagación sobre si se da o no la probabilidad del perjuicio o lesión de éste. En tanto que los otros requieran (*sic*) que se demuestre la posibilidad del daño, es decir, comprobación de que hay un peligro. Implica esta distinción la consecuencia de que en los delitos de peligro presunto una determinada situación subsumible en la respectiva descripción legal, debe ser sancionada aun cuando no haya determinado el peligro que constituye la razón de la norma¹⁸.

Situación que se mantiene, descartando la presunción *iuris et de iure* de peligro, lo cual constituye una presunción *iuris tantum*¹⁹, y que conlleva la falta de un criterio certero para la diferenciación entre los dos peligros (concreto y abstracto), porque, en últimas, los dos son debatibles.

Esta situación comporta que en varios casos no se profiera sentencia condenatoria por falta de antijuricidad. Así, por ejemplo, vender 20 CD piratas en un semáforo es una conducta que si bien se adecúa al tipo penal descrito en la norma, a juicio del fallador no lesiona el bien jurídicamente protegido.

De acuerdo con el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Fiscalía General de la Nación dirigir, realizar y coordinar las investigaciones en

¹⁸ Sentencia del 22 de septiembre de 1982, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO.

¹⁹ Sentencia del 12 de octubre de 2006, radicación n.º 25465, M. P.: MARINA PULIDO DE BARÓN.

materia penal. En la etapa de juzgamiento tienen la competencia, en primera instancia, los jueces del circuito, en segunda los tribunales superiores del distrito y, por último, conociendo del recurso de casación la Corte Suprema de Justicia.

Ahora, si bien la propiedad intelectual es una única rama del derecho, sus principales componentes, el derecho de autor y la propiedad industrial, han sido objeto de tutela penal diferenciada, de manera que en el primero se busca la protección de bienes jurídicos individuales, mientras que en el segundo se propende por el cuidado de derechos de carácter colectivo. Esta distinción se observa claramente en la consagración de los delitos contra el derecho de autor en un título único, mientras que los que atentan contra la propiedad industrial hacen parte de los delitos contra el orden económico y social.

3.1 Protección penal al Derecho de Autor

El Título VIII del Código Penal consagra, en sus artículos 270 a 272, la protección del derecho de autor mediante la tipificación de tres conductas punibles: 1. La violación a los derechos morales de autor; 2. La violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, y 3. La violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, y otras defraudaciones.

Las conductas que afectan el derecho moral se relacionan con actos destinados a *desconocer la paternidad de la obra*, mediante su inscripción en el registro de autor con nombre de persona distinta al autor, 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; así como al desconocimiento de la voluntad del autor mediante la *publicación de una obra inédita*; y a la afectación de la *integridad* de la obra, compendiándola, mutilándola o transformándola.

Quedan protegidos los derechos morales de ineditud, paternidad e integridad. Sin embargo, como ha sido señalado por algunos autores²⁰, aunque el nuevo Código Penal busque abarcar de manera más completa los objetos de protección, su redacción no es la más acertada. Así, por ejemplo, sólo será sancionado quien inscriba en el registro la obra cambiando el nombre del autor mientras que, como consecuencia de la protección automática de las obras y de la ausencia de formalidades, el registro no es constitutivo de derechos ni obligatorio.

Los derechos patrimoniales se encuentran protegidos mediante el artículo 271. Estos derechos envuelven un contenido económico, 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”²¹, de esta manera, durante el proceso debe quedar demostrada la intención concreta (elemento subjetivo del tipo) requerida al momento de realización de la conducta típica. Los comportamientos que afectan esta clase de derechos se relacionan con la explotación de la obra, en formas no consentidas o deseadas por el titular del derecho en quien recae de manera exclusiva la facultad de decisión sobre la misma.

Específicamente se protegen los derechos de reproducción, explotación, disposición y comunicación pública, contra quien ejercite estos derechos sin autorización previa y expresa de su titular. Una nota característica de la protección a estos derechos es que el párrafo de la norma prevé una disminución de la pena, “si como consecuencia de

²⁰ C. A. MATIZ BULLA. “Delitos contra los derechos de autor en el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2001)”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 5, 2.º sem. 2002, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 3-16.

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2008, radicación 29188, M. P.: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

las conductas contempladas en los numerales 1, 3 y 4 de este artículo resulta un número no mayor de cien (100) unidades”.

Por otro lado, el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal contempla la terminación de la acción penal por *indemnización integral* para los delitos cometidos con posterioridad al 1.º de enero de 2005, encontrándose dentro de estos los *delitos contra los derechos de autor*.

La norma penal también contempla conductas que afectan los mecanismos de protección de los derechos de autor, mediante actos destinados a:

1. Superar o eludir medidas tecnológicas adoptadas para restringir usos no autorizados; 2. Suprimir o alterar la información esencial para la gestión electrónica de derechos, importar, distribuir o comunicar ejemplares con la información suprimida o alterada; 3. 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 4. La presentación de declaraciones o informaciones destinadas al pago, liquidación o distribución de derechos, alterando o falseando los datos requeridos al efecto²².

3.2 Protección penal a la Propiedad Industrial

El Código Penal consagra prisión, sanciones pecuniarias, confiscación, decomiso y destrucción de las mercancías infractoras y de los materiales y accesorios utilizados para su producción, para quienes cometan delitos por violación de derechos de

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009, radicación 31362, M. P.: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

propiedad industrial, entre los que se encuentran: la usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales; la utilización fraudulenta de nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial, así como la usurpación de derechos de obtentor de variedad vegetal protegidos legalmente o confundibles con uno protegido legalmente (art. 306)²³.

También es materia de sanción la financiación, el suministro, la distribución, la venta, la comercialización, el transporte o la adquisición con fines comerciales o de intermediación de bienes producidos o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso mencionado atrás.

Según el artículo 307, conlleva pena el uso ilegítimo de patentes, la fabricación de productos sin autorización de quien tiene el derecho protegido legalmente, o el uso, sin la debida autorización, de medios o procesos patentados. Así como la introducción o evasión del país de productos fabricados con violación de patente y su venta o enajenación.

De acuerdo con el artículo 308 (violación de reserva industrial o comercial) incurren en delito quienes empleen, divulguen o revelen descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial cuyo conocimiento provenga de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva.

4. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como lugar de creación

²³ Modificado por el artículo 4.º de la Ley 1032 de 2006. El anterior tipo se denominaba “usurpación de marcas y patentes”.

En materia de observancia, son competentes para conocer de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual los jueces civiles del circuito especializados²⁴, en primera instancia, respecto de los procesos relativos a las “patentes, dibujos y modelos industriales, marcas, enseñas y nombres comerciales y los demás relativos a la propiedad industrial” que no sean de competencia de las autoridades administrativas o la jurisdicción contencioso administrativa. Estos conocen también de los recursos de reposición interpuestos contra las sentencias que profieran, mientras que de los recursos de apelación y queja conocen los Tribunales Superiores de Distrito Judicial²⁵.

Los Jueces Civiles del Circuito y la Superintendencia de Industria y Comercio son competentes a prevención, para decidir sobre asuntos de competencia desleal cuando las acciones son iniciadas ante ellos.

La Superintendencia de Industria y Comercio también tiene facultades jurisdiccionales para adelantar procesos por competencia desleal relacionados con la propiedad intelectual, y surte los trámites correspondientes al otorgamiento de derechos de propiedad industrial y el depósito de nombres y enseñas comerciales²⁶.

²⁴ Si bien el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil establece esta competencia, debido a que los jueces civiles de circuito especializados en asuntos de comercio no han sido designados por el órgano correspondiente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia estableció, mediante Auto de junio 25 de 1992, M. P.: EDUARDO GARCÍA SARMIENTO, que la competencia a ellos asignada le corresponde a los *jueces civiles de circuito*.

²⁵ Artículo 26 Código de Procedimiento Civil.

²⁶ De conformidad con el numeral 6 del artículo 2. del Decreto 2153 de 1992, corresponde a esta Superintendencia, la función de “Administrar el sistema nacional de la propiedad industrial y tramitar y decidir los asuntos relacionados con la misma”.

Por su parte, el Consejo de Estado conoce de la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio. Sus fallos se basan en las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los que se determinan los criterios de aplicación de las normas andinas. Es mediante la interpretación de estas normas que ocurre la labor creadora del Tribunal.

En materia penal, la Unidad Nacional de Delitos contra la Propiedad Intelectual y las Telecomunicaciones –UNPIT– de la Fiscalía es la encargada de dar inicio a las investigaciones sobre delitos contra la propiedad intelectual, las cuales culminan en la etapa de juicio adelantada por los jueces penales.

4.1 Desarrollo jurisprudencial sobre los delitos contra el Derecho de Autor

La Corte Constitucional ha expresado que el derecho de autor es un concepto complejo y bien elaborado en el que concurren las dimensiones *personal o moral*, que nace con la obra misma como consecuencia del acto de creación, y la *patrimonial*, bajo la cual el titular tiene plena capacidad de disposición, circunstancia que deriva en que estos derechos sean transferibles y, por lo tanto, objeto de una regulación especial que establezca las limitaciones y excepciones de su ejercicio, con miras a su explotación económica, que en la concepción jurídica latina son tantas como formas de utilización de la obra sean posibles²⁷.

Citando a RENGIFO²⁸, la Corte Suprema de Justicia²⁹ ha entendido que la protección otorgada por los tipos que consagran la infracción al derecho de autor

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-276 del 20 de junio 1996, M. P.: JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ.

²⁸ E. RENGIFO GARCÍA. “Delitos contra los derechos de autor”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

... es la preservación del equilibrio que debe existir entre el interés privado de los autores, intérpretes, productores fonográficos, etc., y el interés público y social de acceder en condiciones justas y de competencia leal al disfrute de todas aquellas manifestaciones en que se concreta la creación del intelecto.

Si bien la constante en los fallos de esta Corte es utilizar fuentes distintas al Tribunal Andino para el análisis e interpretación de la normatividad andina, puede observarse una clara coincidencia entre los conceptos expuestos entre una y otro. Esta coincidencia deriva precisamente del uso de las fuentes que en ambos casos, Corte Suprema de Justicia y Tribunal de Justicia Andino, son las mismas.

Así por ejemplo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia³⁰ considera que el derecho de autor “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”³¹, previsto dentro de la gama de derechos sociales, económicos y culturales, a los cuales el Estado debe protección y tutela “desde el momento de su creación y por un tiempo determinado”³², surgiendo entonces, como una forma de protección a la producción intelectual que “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”, la cual radica “en que a diferencia de la propiedad común que recae sobre las cosas corporales, la propiedad nacida del

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de mayo de 2010, radicación 31403, M. P.: SIGFREDO ESPINOSA PÉREZ.

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2008, radicación 29188, M. P.: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

³¹ D. LIPSZYC. *Derechos de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO y Cerlalc-Zavalía, 1993.

³² Ministerio de Gobierno. “Génesis y evolución del Derecho de Autor”, 1991.

derecho de autor, tiene como objeto bienes inmateriales, los cuales se denominan obras”³³.

Por su parte, el Tribunal Andino³⁴ explica que el derecho de autor “protege todas las manifestaciones originales que sean fruto del ingenio humano, cuando ellas son o pueden ser accesibles a la percepción sensorial y pueden ser objeto de reproducción por cualquier medio apto a tal finalidad”, e identifica como sus características principales:

1. Que el resultado de la obra debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario artístico o científico.
2. Que esa protección es reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión mérito o destino.
3. Que ese producto del ingenio humano, por su forma de expresión, exige características de originalidad.

Citando a LIPSZYC³⁵ y ANTEQUERA³⁶, y a los tribunales argentino³⁷, brasilero³⁸ y español³⁹, la Corte identifica como criterios de protección de la obra la originalidad,

³³ Dirección Nacional de Derechos de Autor. Unidad Administrativa Especial. Ministerio del Interior y de Justicia, disponible en [www.derautor.gov.co/htm/legal/servicios/conceptos2006/2-2006-4924.doc].

³⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 139-IP-2003; 150-IP-2006; 20-IP-2007; 110-IP-2007; 33-IP-2008; 2-IP-2010; 97-IP-2010 y 102-IP-2010.

³⁵ D. LIPSZYC. “*Derechos de autor y derechos conexos*”, cit., p. 62.

³⁶ R. ANTEQUERA PARILLI. *Estudios de derecho Industrial y Derecho de Autor: análisis de jurisprudencia comparada*, Colección Internacional, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2009, p. 158.

³⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E (Argentina). Fallo del 1.º de octubre de 1981, citado por M. ÁNGEL EMERY. *Propiedad Intelectual*, Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 14; La Ley, 1981-D-378 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D (Argentina). Fallo del 18 de mayo de 1987, en *El Derecho* (t. 126), pp. 320-323.

³⁸ Superior Tribunal de Justicia, 3.ª Cámara (Brasil). Sentencia del 22 de septiembre de 2006, a través del portal del Tribunal de Justicia, disponible en [<http://www.stj.gov.br>].

la no relevancia del mérito y destinación, y la protección inmediata o ausencia de formalidades⁴⁰.

De otro lado, la Corte entiende por obra

... toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

Y define la obra de *carácter literario* como

... todo conjunto de ideas llevadas al mundo de los sentidos por medio de la escritura⁴¹, concepto que por lo demás comprende libros y publicaciones de diversa índole, como novelas, ensayos, monografías, compilaciones, colaboraciones, trabajos de divulgación, etcétera, sin que importe el valor intelectual, artístico o de utilidad que se le haya atribuido a su contenido⁴².

Sobre este mismo precepto, el Tribunal Andino entiende que una obra es

... toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma [especificando que] son objeto de protección las obras literarias, artísticas y científicas [y que] el objeto específico y exclusivo de protección no son directamente las ideas del autor, sino la

³⁹ Tribunal Supremo Español. Fallo del 9 de junio de 2001. Extracto de la sentencia en la Base de Datos de Jurisprudencia del Cerlalc (selección, disposición y comentarios por R. ANTEQUERA PARILLI), disponible en [<http://www.cerlalc.org/derechoen linea/dar/index.php>].

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de mayo de 2010, radicación 31403, M. P.: SIGFREDO ESPINOSA PÉREZ.

⁴¹ A. PHILLIP. *Del derecho de autor y del derecho del inventor*, Bogotá, Temis, 1999, p. 14.

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009, radicación 31362, M. P.: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

forma a través de la cual tales ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a la obra⁴³.

Siendo la originalidad el requisito primordial para que la obra sea considerada como tal, se presume, por tanto, que quien la niegue deberá probarla⁴⁴.

Así mismo, para la Corte es autor “la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales o cualquier otro signo que lo identifique, aparezca impreso o indique autoría en el texto de la obra, salvo prueba en contrario”⁴⁵. Mientras que para el Tribunal ostenta dicha categoría “la persona física que realiza la creación intelectual”⁴⁶, o “la persona natural o física que ha generado la obra a través de su esfuerzo y trabajo creativo, obteniendo como resultado una obra individual y original de la que es titular”, entendiéndose que la norma andina también contempla una presunción de autoría, de manera que, salvo prueba en contrario, se presume autor “la persona cuyo nombre, seudónimo, u otro signo que la identifica, aparezca indicado en la obra”⁴⁷.

La Corte también ha sostenido que en

... 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 inédita; 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

⁴³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Procesos 150-IP-2006; 20-IP-2007; 33-IP-2008; y 2-IP-2010.

⁴⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 2-IP-2010.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de mayo de 2010, radicación 31403, M. P.: SIGFREDO ESPINOSA PÉREZ.

⁴⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 139-IP-2003; 20-IP-2007; 110-IP-2007 y 102-IP-2010.

⁴⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 150-IP-2006; 2-IP-2010 y 102-IP-2010.

derecho de arrepentimiento, esto es, la posibilidad de retirar los ejemplares de la obra cuando estos ya están en circulación⁴⁸.

Sobre el derecho de paternidad, el Tribunal explica que este se refiere al derecho que tiene todo autor a que la obra contenga su nombre cuando se divulgue, buscando impedir con ello que otra persona quiera pasar por autor de la misma, de manera que le es dado al verdadero autor reemplazar el nombre del falso por el suyo propio⁴⁹.

Sobre las características de los derechos morales, ambas corporaciones consideran que “estos derechos son perpetuos, irrenunciables, inalienables e inembargables”⁵⁰. Adicionalmente, para la Corte estos derechos tienen una inescapable remisión a los derechos humanos fundamentales, cuya protección y tutela ha sido objeto de consagración tanto en el artículo 61 de la Constitución Política, como en la suscripción de diferentes tratados internacionales y en el amplio desarrollo jurisprudencial⁵¹ del tema⁵².

Los derechos morales tienden a la protección de la personalidad del autor en relación con su obra, y abarcan el conjunto de facultades que le permiten reivindicar, en cualquier momento y contra cualquier persona, la paternidad o autoría de su obra, oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el mérito de la misma o su reputación, o a conservarla inédita o anónima.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2008, radicación 29188, M. P.: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

⁴⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 139-IP-2003 y 20-IP-2007.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2008, radicación 29188, M. P.: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ y Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Procesos 139-IP-2003; 110-IP-2007; 33-IP-2008; 97-IP-2010 y 102-IP-2010.

⁵¹ Cfr., por ejemplo, Corte Constitucional. Sentencias C-155 de 1998 y C-1409 de 2000.

⁵² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de mayo de 2010, radicación 31403, M. P.: SIGFREDO ESPINOSA PÉREZ.

De acuerdo con la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, los tres numerales y el párrafo que integran el tipo del artículo 270 buscan la protección de los derechos morales de autor de una manera distinta. Así, el numeral 1.º sanciona a quien “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”, quedando limitada la acción del tipo a los conceptos *publicar* y *divulgar*. El primero supone un acto de reproducción en cantidad tal que sea suficiente para satisfacer las necesidades del público, y el segundo se refiere al simple hecho de poner la obra a disposición del público. De esta manera, el verbo rector *publicar*, parece dejar por fuera otros medios de divulgación que pueden afectar el derecho a la ineditud de una obra.

El numeral 2.º sanciona a quien

... 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...

Aunque busca constituir como objeto de protección el derecho a la paternidad, la norma resulta insuficiente en los eventos que la obra ya ha sido divulgada, a pesar de consagrar una de las conductas más recurrentes de fraude en el ámbito del trabajo intelectual, usualmente denominado *plagio*, entendido como “la apropiación indebida de la creación de otro”⁵³. Adicionalmente, el tipo restringe la conducta al fraude en el registro, situación excepcional en la cultura jurídica de nuestros autores.

⁵³ A. GONZÁLEZ GÓMEZ. *El tipo de los delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 192.

La Corte Suprema de Justicia⁵⁴ ha prestado especial atención a la violación al derecho de paternidad también conocida como *plagio*, considerándolo como la vulneración que más agravio genera, en tanto “es precisamente la posibilidad de reconocimiento a partir de la labor de la inteligencia trasplantada a la obra, lo que impulsa la ardua tarea y permite que muchas de las grandes creaciones del intelecto hoy conocidas hayan superado la simple idea”, motivo por el cual parece un lugar común, tanto en el ámbito interno como externo, la prohibición al plagio “asociado a esa grosera vulneración del principio de paternidad que consiste en tomar lo de otro y hacerlo parecer propio”.

Entiende que

... la diferencia entre piratería y plagio, es que en la primera se reproduce una obra sin desconocer el autor de la misma⁵⁵ [piratería es la] conducta que comporta la copia de todo lo original y lo que está en el dominio público, pero, no obstante, se le atribuye al autor la paternidad de la obra[mientras que el plagio es la] conducta con la que el sujeto agente da por propia la creación ajena, en los eventos de “piratería” el infractor no desconoce la paternidad de la creación de la obra ajena en cuanto simplemente efectúa reproducciones ilícitas.

Sobre estos aspectos, el Tribunal ha dicho que, con fundamento en el derecho de reproducción, el autor tiene la facultad exclusiva de generar copias totales o parciales

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de mayo de 2010, radicación 31403, M. P.: SIGFREDO ESPINOSA PÉREZ.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de marzo de 2007, radicación 25583, M. P.: SIGFREDO ESPINOSA PÉREZ.

de la obra así como el derecho a que se le reconozcan sus derechos de autor cuando dichas copias sean hechas por un tercero⁵⁶.

Finalmente, el numeral 3.º penaliza a quien

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

Para la Corte, este tipo deja por fuera los casos de publicación total o parcial de una obra ajena, con atribución de autoría y sin que medie alteración alguna. En consecuencia, quien publique total o parcialmente una obra ya divulgada, atribuyéndose falsamente la paternidad de la misma, no estaría desarrollando la conducta descrita en la norma penal aunque sea atentatoria contra los derechos morales de autor, situación manifiestamente contraria a la Constitución y a los instrumentos internacionales que obligan a la protección de este derecho fundamental.

Tratándose de los derechos patrimoniales de autor, coincide en que sólo estos pueden ser objeto de cesión o disposición a otras personas jurídicas o naturales, otorgando exclusividad al autor para reproducir, comunicar públicamente, transformar la obra y distribuirla, mediante venta, arrendamiento o alquiler, así como importarla⁵⁷.

Para esta corporación, la redacción del artículo 271 del Código Penal resulta confusa y termina por producir un efecto de limitación incomprensible,

⁵⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 139-IP-2003; 110-IP-2007 y 33-IP-2008.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2008, radicación 29188, M. P.: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

... al punto de omitir relacionar expresamente la conducta que con mayor vigor afecta los derechos morales –un derecho humano, cabe reiterar– del autor de la obra, esto es, el plagio en su acepción prístina⁵⁸.

El resultado de ello es la omisión de la obligación de la salvaguarda de los derechos que se busca proteger. Por ello, en el marco de la tutela internacional y nacional a los mismos, y en aplicación del principio *pro homine*⁵⁹, estas normas deben interpretarse de manera que permitan materializar de forma efectiva las prerrogativas otorgadas a los titulares del derecho, so pena de que al país se le acuse de no cumplir con sus compromisos de respeto, protección y garantía, inherentes a los tratados firmados.

Considera la Corte que la protección otorgada al derecho patrimonial implica las actividades que envuelven un contenido económico valorable pecuniariamente, de manera que quien pretenda afectarlos ha de obrar con ánimo de lucro; por ello, aunque dichas exigencias no se encuentren expresamente consagradas en el artículo 271, constituyen verdaderos elementos subjetivos del tipo que deben ser considerados por el juez al momento de interpretar y aplicar la norma, pues

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 expresión⁶⁰.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de marzo de 2007, radicación 25583, M. P.: SIGFREDO ESPINOSA PÉREZ.

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006: “El principio *pro homine* es 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”.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2008, radicación 29188, M. P.: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

4.2 Desarrollo jurisprudencial sobre los delitos contra la Propiedad Industrial

Es en este campo donde se encuentra el mayor número de interpretaciones prejudiciales que describen el alcance de los conceptos básicos sobre la propiedad industrial.

Así, por ejemplo, el Tribunal Andino ha establecido que

... un signo puede registrarse como marca si reúne los requisitos de distintividad y susceptibilidad de representación gráfica y, además, si el signo no está incurso en ninguna de las causales de irregistrabilidad señaladas en los artículos 135 y 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina⁶¹.

Así mismo, establece que un signo es irregistrable si carece de distintividad, de susceptibilidad de representación gráfica o de perceptibilidad, y que la distintividad tiene un doble aspecto: 1. *Intrínseca*, mediante la cual se determina la capacidad que debe tener el signo para distinguir productos o servicios en el mercado, y 2. *Extrínseca*, mediante la cual se determina la capacidad del signo de diferenciarse de otros signos en el mercado.

Sobre el particular, la Corte ha manifestado que las marcas cobran vida y se justifica su existencia legal, cuando se utilizan para distinguir productos y servicios en el

⁶¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 133-IP-2003; 128-IP-2006 y 56-IP-2011.

mercado⁶², entendiendo que la marca comercial es un “signo distintivo de un producto o servicio dentro del mercado”⁶³.

A diferencia del derecho de autor, en la propiedad industrial el registro es constitutivo de derechos. En palabras del Tribunal, esta manifestación alude al “único acto constitutivo del derecho de su titular al uso exclusivo del signo”⁶⁴, que permite a su titular ejercer el *ius prohibendi* para impedir que terceros utilicen la marca sin su expreso consentimiento⁶⁵.

Respecto a la marca notoria, sostiene que aquella

... reúne la calidad de ser conocida por una colectividad de individuos pertenecientes a un determinado grupo de consumidores o usuarios del tipo de bienes o de servicios a los que les es aplicable, porque se encuentra ampliamente difundida entre dicho grupo,

de manera que este signo goza de protección especial, motivo por el cual no es posible registrar otra marca que pueda ser confundida con el signo notorio, sin importar la clase de producto o servicio a la que pertenezca. No obstante, para el Tribunal, la notoriedad de la marca no se presume sino que debe ser probada por quien alega dicho estatus⁶⁶, concepto que es compartido por la Corte Constitucional,

⁶² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de marzo de 2011, radicación 35984, M. P.: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

⁶³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de julio de 2004, radicación 19702, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

⁶⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 116-IP-2004 y 50-IP-2011.

⁶⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 33-IP-2000; 69-IP-2000; 116-IP-2004 y 50-IP-2011.

⁶⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 40-IP-2003; 143-IP-2004; 08-IP-2005 y 42-IP-2011.

al manifestar que para su protección penal los signos distintivos deben estar jurídicamente protegidos, entendiéndose por ello, *debidamente registrados*⁶⁷.

Sobre este mismo concepto, la Corte ha manifestado que la

... notoriedad de una marca es un hecho que si se alega debe probarse por quien corresponda conforme a las reglas de la carga probatoria ante la autoridad administrativa o jurisdiccional que esté conociendo el proceso de oposición o de observaciones al registro de nulidad, o de nulidad del mismo⁶⁸.

De otro lado, respecto a la posibilidad de creación de la Corte Constitucional mediante la interpretación de la norma en sus fallos, no se encontraron, en las sentencias de la Sala Penal, referencias a conceptos teóricos sobre derechos de propiedad intelectual distintos a las marcas.

Sin embargo, por hacer parte del tipo penal contenido en la norma, se expondrán brevemente las consideraciones realizadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre las patentes. Refiriéndose al concepto de invención, este tribunal asevera que

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de julio de 2004, radicación 19702, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de julio de 2004, radicación 19702, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO. Si bien la Corte admite el carácter especial de las marcas notorias, también reconoce la necesidad de probarlas, argumentando para ello que no es posible aceptar la notoriedad como fundamento del derecho a partir de la afirmación latina “*notoria non eget probatoriem*” –lo notorio no exige prueba–. Así mismo, que el conocimiento que el juez tiene de un hecho no es prueba del mismo “*quod non est in actis, non est de hoc mundo*” y, por ello, la notoriedad exige su propia prueba.

... a efectos de ser objeto de una concesión de patentes, comprende todos aquellos nuevos productos o procedimientos que, como consecuencia de la actividad creativa del hombre, impliquen un avance tecnológico –y por tanto no se deriven de manera evidente del “estado de la técnica”–, y además sean susceptibles de ser producidos o utilizados en cualquier tipo de industria⁶⁹.

También ha dicho que para que una invención sea novedosa se requiere que no esté comprendida en el *estado de la técnica*, es decir,

... que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o de la prioridad reconocida, ni la innovación ni los conocimientos técnicos que de ella se desprenden hayan sido accesibles al público, entendiéndose que la difusión de la información que se menciona debe ser detallada y suficiente para que una persona versada en la materia pueda utilizar esa información a fin de explotar la invención⁷⁰.

Así mismo, que una invención tendrá nivel inventivo

... si no resulta obvia para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica, y si no deriva de manera evidente del estado de la técnica. El experto medio deberá poseer experiencia y estar provisto de un saber general en la materia técnica correspondiente, así como de una serie de conocimientos en el campo específico de la invención⁷¹.

⁶⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 21-IP-2000; 107-IP-2007; 129-IP-2007; 197-IP-2007; 13-IP-2010; 36-IP-2010; 64-IP-2010 y 95-IP-2010.

⁷⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 12-IP-2010; 13-IP-2010; 36-IP-2010; 95-IP-2010 y 81-IP-2010.

⁷¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 107-IP-2007; 132-IP-2007 y 32-IP-2010.

Mientras que un invento tendrá aplicación industrial cuando “pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de actividad productiva, incluidos los servicios”⁷².

No obstante el desarrollo significativamente superior de interpretaciones prejudiciales del Tribunal Andino en propiedad industrial respecto de la misma producción en materia de derechos de autor, tratándose de los fallos sobre propiedad industrial, se encontró que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció, casi en su totalidad, respecto a temas objeto de la acción penal como, por ejemplo, la admisibilidad de la demanda de casación, el cumplimiento de los presupuestos de lógica y debida argumentación de la demanda de casación, el tipo penal en blanco, el concurso aparente de tipos penales, la prescripción de la acción penal, la configuración de un falso juicio de existencia, la configuración de un falso juicio de identidad y falso raciocinio, entre otros.

Adicionalmente, si bien los desarrollos teóricos contenidos en la jurisprudencia penal se refirieron exclusivamente al delito de “usurpación de marcas, patentes y derechos de obtentores de variedades vegetales” consagrado en el artículo 306 del Código Penal, lo cierto es que dichos desarrollos sólo versaron sobre las marcas.

A este respecto, en términos generales la Corte⁷³ considera que el delito consagrado en el artículo 306 del Código Penal constituye una afrenta diferente contra el orden económico y social, no por la realización de actividades económicas reservadas por el Estado con fundamento en la ley y con miras a obtener recursos para el efectivo cumplimiento de los fines de utilidad pública o social que le son propios, como, por ejemplo, el ejercicio ilícito de la actividad monopolística de arbitrio rentístico, sino en

⁷² 13-IP-2004; 107-IP-2007; 129-IP-2007; 123-IP-2007; 197-IP-2007; 13-IP-2010; 36-IP-2010; 49-IP-2010 y 81-IP-2010

⁷³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de octubre de 2001, radicación 15793, M. P.: EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

razón al desconocimiento de la propiedad industrial vinculado causalmente a su utilización fraudulenta, que por lo tanto alude a una forma distinta de protección del mismo bien jurídico, cuya efectiva tutela es considerada un medio eficaz para el desarrollo económico y el consecuente avance social.

La conducta contenida en la norma se refiere a la *utilización fraudulenta* de nombre, enseña, marca, rótulo, dibujo, etiqueta, patente, modelo de utilidad, diseño industrial o derechos de obtentor de variedad vegetal con uno *protegido legalmente* o susceptible de ser *confundible*, cualificación del objeto material que para la Corte⁷⁴ comportó necesariamente una precisión en torno a la necesidad de establecer si se encuentra referida a esos elementos cuando están debidamente registrados o si por el contrario bastaba con la notoriedad de su uso.

Al respecto concluyó, al igual que ha sido expresado por el Tribunal Andino⁷⁵, que la protección de las marcas comerciales, entendidas como un signo distintivo de un producto o servicio en el mercado, deriva su protección legal del registro, por ser el título constitutivo de la propiedad y exclusividad sobre la marca. De manera adicional consideró que esta protección también es predicable de una *marca notoria*, porque, según el derecho mercantil, la notoriedad determina un alto grado de reconocimiento en el público consumidor que la hace susceptible de una especial cualificación en el derecho marcario, lo cual la privilegia en el tráfico comercial frente a terceros que en un momento puedan usarla o registrarla indebidamente, tal como ha sido consignado en los artículos 228 y siguientes de la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones. Pero que, no obstante, es necesaria una fundamentación mediante la presencia de elementos objetivos reales de los que pueda

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de julio de 2004, radicación 19702, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

⁷⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos 116-IP-2004 y 50-IP-2011.

valerse el derecho para admitir su reconocimiento mediante la presencia de una prueba que acredite, que para las marcas, notorias o no, es el certificado del registro. En este fallo la Corte emplea una interpretación prejudicial del Tribunal de la Comunidad Andina, aunque sin explicitarlo.

Finalmente, sobre los signos distintivos la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia considera que para la configuración de la usurpación marcaria no es necesaria la identidad entre las marcas en conflicto, pues basta con que sean similarmente confundibles. Sobre la distintividad, manifiesta la irrelevancia de que la marca alterada tenga capacidad para engañar al público consumidor, porque ese hecho en sí mismo ya es una utilización fraudulenta de la marca debidamente registrada y, por tanto, legalmente protegida⁷⁶.

⁷⁶ El argumento es explicado mostrando la alteración a las marcas Levis y Chevignon: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de julio de 2004, radicación 19702, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

Conclusiones

1. Se asocia el progreso económico, social y cultural de las naciones con la efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual.
2. Las normas de propiedad intelectual contienen amplios preceptos, los cuales son desarrollados por la jurisprudencia para su correcta aplicación a cada caso concreto.
3. En la interpretación y aplicación de la norma sustantiva por parte de los jueces, estos se han convertido en fuente de interpretación legítima del derecho, situación que genera un impacto posterior en las prácticas argumentativas de usuarios y operadores jurídicos.
4. Entre las normas que regulan la protección de los derechos de propiedad intelectual se encuentran las Decisiones Andinas 351 de 1993 y 486 de 2000.
5. En aplicación de los principios de *aplicación inmediata* y de *primacía*, la norma interna queda desplazada por la comunitaria, la cual es de aplicación preferente.
6. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es el competente para interpretar por *vía prejudicial* las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario.
7. Para aplicar la normatividad andina, los jueces colombianos deben basarse en las interpretaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
8. Se encontró un mayor número de interpretaciones prejudiciales en propiedad industrial, específicamente, sobre marcas.

9. Se verificó que el Consejo de Estado siempre soporta sus fallos en las interpretaciones prejudiciales del Tribunal Andino de Justicia.

10. Se verificó que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no se basa en las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

11. Se verificó que, no obstante el mayor número de interpretaciones prejudiciales es en propiedad industrial, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene mayores desarrollos teóricos sobre el derecho de autor.

12. No hay disparidad entre los conceptos de la Corte colombiana respecto a los del Tribunal Andino como consecuencia de que ambos utilizan los contenidos teóricos expuestos por los mismos doctrinantes, principalmente D. LIPSZYC y R. ANTEQUERA.

Bibliografía

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –ADPIC–. Apartado III “Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual”.

ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de derecho Industrial y Derecho de Autor: análisis de jurisprudencia comparada*, Colección Internacional, Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2009.

Consejo Nacional de Política Económica y Social. Departamento Nacional de Planeación. Documento CONPES 3533 de 2008: “Bases de un Plan de Acción para la adecuación del Sistema de Propiedad Intelectual la Competitividad y Productividad Nacional”, Bogotá, 2008.

GONZÁLEZ GÓMEZ, A. *El tipo de los delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid, Tecnos, 1998.

LYONS, A. J. “Tendencia de la Jurisprudencia en Colombia”, *Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de América Latina* (OMPI/PI/JU/LAC/04/25), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI–. Antigua, Guatemala, 25 a 29 de octubre de 2004.

LÓPEZ MEDINA, D. E. *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2001.

LÓPEZ MEDINA, D. E. *La teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2002.

LIPSYC, D. *Derechos de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO y Cerlalc-Zavalía, 1993.

REVIST@ e - *Mercatoria* Volumen 11, Número 1 (enero – junio
2012)
(Rev. e-mercatoria)

MATIZ BULLA, C. A. “Delitos contra los derechos de autor en el nuevo código penal (Ley 599 de 2001)”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 5, 2.º sem., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

PHILLIP, A. *Del derecho de autor y del derecho del inventor*, Bogotá, Temis, 1999.

RENGIFO GARCÍA, E. “Delitos contra los derechos de autor”, *Lecciones de Derecho Penal, Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Sentencia C-356 del 6 de mayo de 2003, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Sentencia C-804 del 16 de septiembre de 2003, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Sentencia C-897 el 30 de agosto de 2005, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Sentencia C-988 del 29 de noviembre de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Sentencia C-276 del 20 de junio 1996, M. P.: JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ.

Sentencia C-155 del 28 de abril de 1998, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Sentencia C-1409 del 25 de octubre de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal

Sentencia del 8 de octubre de 2001, radicación 15793, M. P.: EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

Sentencia del 21 de julio de 2004, radicación 19702, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

Sentencia del 21 de marzo de 2007, radicación 25583, M. P.: SIGFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Sentencia del 30 de abril de 2008, radicación 29188, MP. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

REVIST@ e - *Mercatoria* Volumen 11, Número 1 (enero - junio
2012)
(Rev. e-mercatoria)

Sentencia del 13 de mayo de 2009, radicación 31362, M. P.: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

Sentencia del 20 de mayo de 2009, radicación 31413, M. P.: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

Sentencia del 28 de mayo de 2010, radicación 31403, M. P.: SIGFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Sentencia del 15 de marzo de 2011, radicación 35984, M. P.: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Procesos

02-IP-88; 06-IP-93; 01-IP-96; 07-AI-98; 07-AI-99; 21-IP-2000, 33-IP-2000 y 69-IP-2000; 34-AI-2001; 40-IP-2003, 133-IP-2003 y 139-IP-2003; 13-IP-2004, 116-IP-2004 y 143-IP-2004; 08-IP-2005; 128-IP-2006 y 150-IP-2006; 20-IP-2007, 107-IP-2007, 110-IP-2007, 123-IP-2007, 129-IP-2007, 132-IP-2007 y 197-IP-2007; 33-IP-2008; 02-IP-2010, 12-IP-2010, 13-IP-2010, 32-IP-2010, 36-IP-2010, 49-IP-2010, 64-IP-2010, 95-IP-2010, 81-IP-2010, 95-IP-2010, 97-IP-2010 y 102-IP-2010; 42-IP-2011, 50-IP-2011 y 56-IP-2011.

Páginas web

[www.cerlalc.org].

[www.comunidadandina.org].

[www.derechodeautor.gov.co].