

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL (LEY 599 DE 2001)

CARLOS ALFONSO MATIZ BULLA

La Ley 44 de 1993, elevó a delitos las infracciones a los derechos de autor, sirviéndose de una redacción algo densa que mezclaba atentados contra los derechos patrimoniales y violaciones a los derechos morales de los titulares, pero que fue suficiente para iniciar la lucha contra la piratería. La actividad constante de instituciones como la Dirección Nacional de Derecho de Autor junto con los gremios afectados y las autoridades (Policía Nacional, el DAS con su unidad especializada en este tipo de infracciones y finalmente la Fiscalía General de la Nación –que ahora posee una Unidad Nacional especializada en protección a los derechos de autor–) han dado vida a esta clase de instrumentos, logrando proteger los derechos de autor y que lentamente nuestra sociedad vaya haciendo conciencia sobre el respeto que se debe a tales derechos.

A partir del mes de julio de 2001 entró a regir un Nuevo Código Penal que por fortuna retoma la protección a los derechos de autor integrándola directamente en el cuerpo del Código dentro del Título VIII –Delitos contra los Derechos de Autor– ubicado entre los atentados contra el patrimonio económico y los delitos contra la fe Pública. En la misma fecha entró a regir un nuevo Código de Proce-

dimiento Penal que toma en cuenta el manejo procesal de los delitos que nos interesan.

I. LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

A. ESTRUCTURA DE LA LEY 44/93

La Ley 44/93 tenía una estructura que podemos sintetizar de la siguiente manera:

- Tipificaba los atentados a los derechos de autor mediante sus artículos 51 y 52.
- Contemplaba unas causales de agravación de la pena, específicas para esta clase de delitos, en el artículo 53.
- Definía el destino de los bienes fruto de la infracción o instrumento directo para la realización de la misma, en su artículo 55.
- Consagraba reglas para disponer de los bienes utilizados para la producción, reproducción, distribución, transporte o comercialización de los ejemplares ilícitos (art. 56).
- El artículo 57 establecía unos parámetros para la tasación de perjuicios a

partir del valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización, y considerando el valor que hubiere percibido el titular del derecho, de haber autorizado su explotación.

– El artículo 59 definía que la acción era pública, iniciable de oficio y el artículo 60 determinaba la legitimidad de las Asociaciones de Gestión Colectiva para iniciar acciones penales.

1. Artículo 270 del nuevo Código Penal

El artículo 51 de la Ley 44/93 contenía 4 numerales, los dos primeros relacionados con los derechos morales del autor, el tercero mencionaba violaciones a derechos patrimoniales (producir o enajenar una obra) junto con afectaciones a derechos morales (mutilar o transformar la obra). El numeral 4 del mismo artículo 51 se refería a derechos patrimoniales sobre fonogramas, videos, software u obras cinematográficas.

Esta mezcla de derechos morales y patrimoniales en una misma norma (incluso en un mismo numeral) dio lugar a la aparición del nuevo artículo 270 que contiene *exclusivamente* referencias a derechos morales, determinando que su vulneración será objeto de una sanción que va de los 2 a los 5 años de prisión¹ y multa de 20 a 200 salarios (en la Ley 44 la multa iba solo de 5 a 20 salarios), modificación que corresponde a la política general del nuevo código de aumentar las sanciones patrimoniales para hacerlas significativas.

Tenemos entonces un primer cambio notable en el nuevo estatuto: Se separan las conductas que atentan contra los dere-

chos morales (art. 270), de aquellas referidas a los derechos patrimoniales (arts. 271 y 272).

Continuando con el análisis del nuevo 270, es evidente un cambio en los términos de la redacción, con el cual se procura extender la protección penal a un mayor número de obras.

Por ejemplo, al referirse a la publicación de obras, el artículo 51 de la Ley 44 sólo se refería a obras literarias y artísticas, mientras que el nuevo 270 incluye obras “... científicas, cinematográficas, audiovisuales, fonogramas y programas de ordenador o soporte lógico”. Veremos a lo largo de esta síntesis, cómo el nuevo código hace un esfuerzo en este campo de la redacción para abarcar de manera más completa los objetos de protección, solución que no necesariamente es la más acertada.

Los numerales 1 y 2 del viejo artículo 51 de la Ley 44/93 fueron recogidos en el nuevo artículo 270 variando la redacción en el sentido anotado. Del numeral tercero del artículo 51 (que contemplaba aspectos sobre derechos morales y patrimoniales) lo relacionado con derechos morales se retomó en el nuevo artículo 270 y lo que hacía referencia a aspectos patrimoniales vino a quedar incluido en el artículo 271 del nuevo Código Penal. Finalmente, el numeral 4 del artículo 51 de la Ley 44 fue recogido por el nuevo artículo 271 del nuevo código (que trata de derechos patrimoniales).

Cabe hacer una reflexión que nos parece de trascendental importancia y que involucra las dos legislaciones:

El listado de comportamientos que han quedado sancionados en el nuevo artículo 270 del C. P. es el siguiente:

1. El monto de la pena privativa permaneció idéntico en el nuevo Estatuto Penal.

- Publicar (total o parcialmente) una obra inédita.
- Inscribir en el registro a alguien diferente al autor.
- Inscribir en el registro una obra cambiando o suprimiendo el título; alterando, deformando o mutilando el texto de la obra.
- Compendiar, mutilar o transformar una obra.

Tres son los derechos morales de los autores:

- El derecho a que la obra sea o no publicada.
- El derecho de paternidad.
- El derecho de integridad.

El listado de conductas previsto en el artículo 270 nos merece las siguientes observaciones:

a. El legislador tiene cierta tendencia a proteger con mayor claridad, las obras literarias. Es evidente que la protección para las obras plásticas (escultura, pintura, fotografía) está más limitada. Nótese por ejemplo, que cuando se habla en el numeral segundo del artículo 270 de registro de una obra con alteración, deformación, modificación o mutilación, se hace referencia al *texto*² y no al *contenido* de la obra. Este enfoque se refleja en varias de las disposiciones y no solo en el artículo 270.

b. Se está sancionando a quien vulnera el derecho a que la obra sea o no publicada, y el derecho a la integridad de la obra; sin embargo, nos parece que el derecho a

la paternidad no está protegido de manera suficiente.

Tanto en la Ley 44 como en el nuevo estatuto, la regla que se refiere a la paternidad de la obra se ha redactado sancionando a quien *inscriba en el registro* la obra, cambiando el nombre del autor (inscribir en el registro a alguien diferente al autor; inscribir en el registro una obra mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra).

Sabemos que el registro, en nuestro sistema, ni es constitutivo de derechos, ni es obligatorio. En ese orden de ideas nos parece que acciones en contra de la paternidad de la obra, que no tengan relación alguna con el acto de registro, quedarían sin sanción.

Adicionalmente debemos anotar que otra manera de afectar el derecho a la paternidad, es *no mencionar* (o suprimir) el nombre del autor de la obra. Esta forma de vulneración no fue tipificada. Veamos varios ejemplos de acciones que no encuadrarían en las descripciones típicas, a pesar de ser atentados contra los autores:

- Un comerciante en arte adquiere de un pintor novato, una excelente obra que se copia el estilo de FERNANDO BOTERO, le suprime la firma original y lo exhibe en su colección haciéndolo pasar como si fuese del famoso artista.
- A la inversa; un “nuevo rico” con pretensiones artísticas adquiere la obra de un artista talentoso, le suprime la firma y estampa la suya para presumir ante sus amigos.

2. Artículo 270: “2- Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico”.

– El productor de un fonograma contrata a un fotógrafo para la imagen de un nuevo CD y deliberadamente se abstiene de mencionar al autor de la fotografía.

Los anteriores casos son graves y de producirse, no podrán ser sancionados por la vía penal en tanto las acciones no se realizaron mediante un acto de inscripción en el registro. Hay sin duda, un notable vicio en la redacción del artículo que ha dejado protegido a medias el derecho moral a la paternidad de la obra.

3. *El párrafo del artículo 270*

El artículo 51 de la Ley 44 presentaba un párrafo que consagraba una causal específica de agravación, disponiendo que la sanción se aumentaría hasta en la mitad si:

En el soporte material, carátula, o presentación de la obra literaria, fonograma, videograma, soporte lógico, u obra cinematográfica, se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular.

El nuevo artículo 270 igualmente consagra la agravación, casi en idénticos términos y también mediante un párrafo. El aumento proporcional de pena es igual y la conducta que da lugar al mismo, se repite en la nueva legislación. La novedad la hallamos en la parte final del párrafo del artículo 270 que dispone:

... en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad.

Esta aclaración nueva, aparentemente pretende precisar el campo de aplicación de la causal de agravación, que antes parecía referirse a todos los eventos del artículo 51 de la Ley 44, lo cual era incoherente. Pensemos por ejemplo, en el caso de la publicación de una obra inédita, evento en el cual la agravación parece no tener sentido, pues es preferible que la obra salga a la luz con el nombre del verdadero autor, a que se publique sin él y se vulnere entonces doblemente el derecho del autor (por la publicación de una parte, y por no mencionar su nombre de otra).

Aunque la aclaración contenida en la norma parece obedecer a una buena finalidad, tenemos algunos reparos frente al párrafo que nos ocupa. La regla parece referirse a varios eventos del segundo numeral del artículo 270 que, como hemos dicho, están limitados por la necesidad impuesta en el tipo, de ser desarrollados en un acto de inscripción, así como parece referirse también a las conductas de mutilación o transformación del título o texto de la obra tipificados en el numeral 3 del artículo 270.

En tales eventos –dice el párrafo– la pena se aumentará cuando el infractor emplee el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular de la obra en el soporte material, carátula o presentación de la misma.

Veamos un ejemplo en el que la agravante parece cumplir su cometido:

Un hábil pirata de libros reproduce –sin autorización– la última obra sobre auto superación que se halla en el mercado. Para ahorrar dinero y poder comercializarla a muy bajo costo en los semáforos, el infractor suprime un par de capítulos que le parecieron tediosos (esto es, mutila la obra) como es apenas natural, el pirata

impone en la carátula de su edición personal ilícita, el nombre del verdadero autor.

En este caso, tendríamos una infracción al artículo 270 del nuevo C. P. (en tanto se ha mutilado la obra y esa acción es típica al tenor del numeral 3 del art. 270) además, la conducta sería agravada por el uso del nombre del titular de la obra en la carátula del libro editado y comercializado en la forma vista.

Aparentemente se ha querido imponer una mayor pena a quien desorienta al público sobre la autenticidad e integridad de la obra y eso parece bueno, pues quien adquiere una obra es al fin y al cabo *consumidor*, con toda la desprotección y desventaja que esa calidad implica.

Veamos un segundo ejemplo en el que la agravante parece no funcionar:

Alguien, para vengarse de un artista competidor, toma una obra de éste y luego de cambiarle el título y deformarla, procede a registrarla ante la Oficina Nacional del Derecho de Autor. En ese acto, el infractor mantiene en la presentación de la obra y en el formulario respectivo, el nombre de su antagonista. Se configuraría la agravante? Nótese que sería más grave que el infractor realizara el registro de la obra ajena –a la que ha cambiado el título y el contenido– manteniendo correctamente el nombre del autor.

En nuestra opinión la agravante está dirigida a eventos en los cuales hay una reproducción o comercialización de la obra. Está pensada para actos que involucren afectaciones de ese orden y no para atentados contra los derechos morales vinculados al acto de registro. De todas formas será necesario analizar cada caso en particular.

B. ARTICULO 271 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL

El nuevo artículo 271 se titula “Defraudación a los Derechos Patrimoniales”. Advertimos cambios en redacción que, como vimos en el artículo 270, obedecen a la intención de hacer más amplia la protección. Dentro de las modificaciones que podemos resaltar tenemos las siguientes:

– Aumento de la pena que ahora va de 2 a 5 años de prisión (antes iba de 1 a 4) y de multa de 20 a 1.000 salarios (antes la multa oscilaba entre 3 a 10).

– Al tipificar las conductas de reproducción de obras, el nuevo artículo 271 habla de quien “*por cualquier medio o procedimiento... reproduzca*”.

– En el campo de la reproducción se incluyen, además de los fonogramas, videos, soportes lógicos y obras cinematográficas –que ya estaban en el art. 51 de la Ley 44– las obras literarias, científicas, artísticas, los fonogramas, videogramas, y el soporte lógico.

– En el nuevo artículo no se dice *sin autorización* –como en la Ley 44– si no que se emplea la expresión *sin autorización previa y expresa* que es mucho más completa e ilustrativo.

– En el nuevo estatuto se habla no sólo de soporte lógico si no que se refiere a *soporte logico o programas de ordenador*, logrando igualmente mayor precisión.

El artículo 271 del nuevo código, que como dijimos, se refiere a la defraudación

de derechos patrimoniales, no incluye las conductas de los numerales 5, 6, 7 y 8 del anterior artículo 52 de la Ley 44 (que son atentados contra los derechos patrimoniales) pues el contenido de ellos, extrañamente, pasa a ser parte del nuevo artículo 272 que veremos enseguida, en una solución que no nos parece muy acertada.

Una innovación importante del artículo 271 es que presenta una expresión inicial referida a las conductas sancionadas, que dice así:

Incurrirá en prisión de 2 a 5 años y multa de 20 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, *salvo las excepciones previstas en la ley* (resaltado nuestro)

Esta expresión precisa el contenido del tipo con una referencia que nos remite al contenido de las reglas que establecen excepciones a los derechos de los autores.

En el caso colombiano, el resultado de esta expresión es que todo aquel que realice una cualquiera de las conductas que hemos visto dentro del artículo 271, y lo haga al amparo de un “uso permitido” que se halle definido en la ley nacional, comunitaria o en tratados vigentes, *no incurrirá en el delito*, lo cual es absolutamente lógico y conveniente.

La remisión entonces es, no sólo a la Ley 23 de 1982, cuyos artículos 31 a 44 contienen una amplia gama de usos permitidos, llamados *limitaciones y excepciones al derecho de autor*. Si no también a la decisión andina 351 y a todos los tratados vigentes para Colombia, pues estos hacen parte de nuestra legislación.

Nos parece interesante recordar algunas de las excepciones que trae la Ley 23 de 1982 y que, insistimos, servirán como

forma de defensa para quien sea investigado por un delito contra los derechos patrimoniales de autor, siempre que haya obrado en las circunstancias que a continuación se indican.

- El derecho de cita.
- El uso a título de ilustración dentro de obras destinadas a la enseñanza.
- Reproducción de las fotos, comentarios o ilustraciones que han sido noticia y que aparezcan en medios de comunicación –salvo que se haya prohibido este uso expresamente–.
- Uso, para fines informativos, de allocuciones, sermones, debates, etc. hechos en público.
- Publicación del retrato con fines científicos, didácticos, culturales, o como noticia.
- La copia personal, en un solo ejemplar, para su uso privado y sin fines de lucro.
- La reproducción en bibliotecas públicas para la conservación de la obra, préstamos a otras bibliotecas públicas si la obra esta agotada en el mercado local.

Naturalmente, el manejo práctico y probatorio de este tipo de excusas genera dificultades, motivo por el cual el funcionario, y en general los practicantes del derecho debemos tener mucha cautela y consultar no sólo las normas sino también el contexto y naturaleza de las excepciones que en muchos casos están redactadas dejando un amplio margen de discusión, como ocurre por ejemplo con el derecho de cita.

Continuando con el examen del artículo 271 del nuevo Código debemos apreciar que el artículo 52 de la Ley 44/93 presentaba un parágrafo que disponía:

La acción penal se extinguió por desistimiento del ofendido, cuando el procesado antes de dictarse sentencia, indemnizó los perjuicios.

La norma hacía dos exigencias que debían darse acumulativamente para que la acción penal se extinguiera: se requería la indemnización y además el desistimiento (manifestación expresa) del ofendido. Pues bien, el nuevo artículo 271 no trae esta norma, motivo por el cual cabe preguntarse, ¿qué pasa? La respuesta pareciera estar en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Ninguno de los delitos contra los derechos de autor se encuentran en la lista del artículo 35 del nuevo Código Procesal, motivo por el cual *no son querellables*, es decir, la acción sigue siendo pública, iniciable de oficio.

De otra parte, el artículo 42 del nuevo Estatuto Procesal se refiere a los delitos cuya acción penal puede terminarse por *indemnización integral*, norma cuyo contenido nos llama poderosamente la atención, veamos:

Artículo 42.- Indemnización integral. En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concorra alguna de las circunstancias de agravación [...] en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, *en los delitos contra los derechos de autor* y en los procesos por delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos salarios [...] la acción se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado.

Se exceptúan los delitos de [...] *violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección...* (resaltado nuestro).

Aparentemente la intención del legislador fue la de permitir la terminación del proceso cuando se trate de infracciones al artículo 271, pues de no haber querido que la indemnización operase, nunca hubiera mencionado este tipo de delitos en tal norma. Pero lo cierto es que la redacción tal como está, indica que finalmente ningún delito contra los derechos de autor puede finalizar por esta vía.

Sin embargo, una interpretación que tome en cuenta los antecedentes de la institución de protección penal de los derechos de autor, nos indica que si bien al redactar la excepción hubo un error, en todo caso se quiso que los delitos por infracción al artículo 271 tuviesen y mantuviesen este manejo, tal y como venía ocurriendo con las infracciones al artículo 52 de la Ley 44 que hoy se hallan recogidos en el nuevo artículo 271.

De ser aceptada esta interpretación, en las infracciones a los derechos patrimoniales contempladas en el artículo 271 no solo cabría la indemnización integral como forma de finalización del proceso, sino que igualmente se podría terminar por *conciliación* a partir de las reglas establecidas en el artículo 41 del nuevo CPP. Esto quiere decir que para terminar la acción penal basta uno de los dos requisitos: que el sindicado indemnice integralmente (caso en el cual no se requiere la aprobación del ofendido) o que entre sindicado y ofendido se produzca un acuerdo que, una vez cumplido, permitirá la terminación del proceso (por vía de la conciliación).

En relación con la primera modalidad de terminación del proceso, es decir, la indemnización que opera automáticamente sin que intervenga la voluntad del afectado, los titulares de derechos de autor han mostrado su preocupación indicando que tradicionalmente, para acudir a esta vía, los infractores solicitan a la Fiscalía o al juzgado un dictamen pericial que suele ser bastante benévolo, luego de lo cual el sindicado paga y termina liberándose de la responsabilidad fácilmente. Esta crítica es seria y creo que para contrarrestarla, los funcionarios y auxiliares de la justicia deben hacer conciencia del problema y propugnar por valoraciones más completas, verdaderamente justas.

Adicionalmente los mismos titulares de derechos de autor alegan que en últimas este tipo de terminación del proceso por indemnización, viene a convertirse en una especie de “perversa licencia obligatoria” tomada a la fuerza por el infractor, quien sabe que si tiene suerte no será procesado, pero que en el peor de los casos, paga y se libera del proceso, de tal forma que la autorización previa y expresa del titular de los derechos le tiene sin cuidado.

Esta apreciación es interesante, posee mucho de verdad cuando se trata de verdaderos empresarios de la piratería, pero olvida que el proceso penal, como escenario para la solución de conflictos, tiene este tipo de soluciones como una manera alternativa de resolverlos. Igual sucede en otros delitos cuya acción penal también

puede terminarse por indemnización integral, sin que por ello los bienes jurídicos protegidos hayan quedado huérfanos y a la libre violación de quien lo desee. Tal ocurre, por ejemplo, con los delitos contra el patrimonio y en las lesiones o el homicidio culposos sin agravantes.

No sobra agregar que el mismo artículo 42 del nuevo CPP, determina que:

... la extinción de la acción a la que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso respecto de las personas en cuyo favor se haya proferido resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación por este motivo, dentro de los cinco años anteriores. Para el efecto, la Fiscalía General de la Nación llevará un registro de las decisiones que se hayan proferido por aplicación de este artículo.

Regla ésta que impone un límite razonable a la figura de la que venimos tratando para que no se convierta, como lo temen algunos, en un medio para burlarse de la justicia y de los titulares de los derechos vulnerados.

Finalmente, el artículo 271 trae un párrafo que es nuevo y que prevé una causal específica de atenuación rebajando la pena *hasta en la mitad* cuando la infracción se refiera a los numerales 1, 3 y 4 del artículo en estudio³, en un número de hasta 100 unidades, lo cual nos parece razonable si consideramos que la cantidad

3. Artículo 271: 1- Por cualquier medio o procedimiento, sin autorización previa y expresa del titular, reproduzca obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

3- Alquile o de cualquier otro modo comercialice [...] 4- Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales sin autorización previa y expresa...”.

es, en general, comercialmente baja y que el nuevo código aumentó las penas básicas. Pueden darse dificultades o injusticias cuando se trate de ejemplares que unitariamente tengan un alto valor, caso en el cual 100 unidades pueden implicar graves perjuicios para el titular. Lamentablemente, la norma no permitirá otra salida que la aplicación de la rebaja de pena en tales eventos. Este hecho nos confirma que la ley parece estar enfocada primordialmente a la protección de obras literarias, fonogramas, y videos, pues cuando nos hallamos ante obras artísticas como cuadros o esculturas, o incluso fotografías, cien ejemplares pueden ser un número muy elevado, a pesar de lo cual, insistimos, la atenuación opera.

C. ARTÍCULO 53 DE LA LEY 44

Esta norma contemplaba dos causales de agravación específica:

- Si en la realización del hecho intervinieran dos o más personas.
- Cuando el perjuicio económico fuese superior a 50 salarios m/l/m/v o cuando siendo inferior ocasionara grave daño a la víctima.

La primera causal nos parecía inadecuada, pues casi todos los casos de infracción incluyen al menos a dos personas en la ejecución de las conductas y por lo tanto, creemos que la concurrencia de sujetos activos (coautores o cómplices) en este tipo de infracciones no representa necesariamente mayor gravedad en la conducta. El segundo evento es muy discutible ¿cuándo o cómo establecer el grado del daño?

Tal vez por estas razones la norma desaparece en el nuevo Código Penal y que-

dan simplemente las causales de agravación genéricas del nuevo código penal que incluyen eventos semejantes y sirven para tasar la pena dentro de los rangos establecidos en los artículos 270, 271 y 272, pero sin aumentarlos.

II. INFRACCIONES EN EL ENTORNO DIGITAL. ARTÍCULO 272 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL

El nuevo código penal hace incursión en el campo de las infracciones cometidas en el entorno digital. Veamos, por ejemplo, cómo en el nuevo estatuto aparece una norma (art. 195) cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 195.- Acceso abusivo a un sistema informático. El que abusivamente se introduzca en un sistema informático protegido con medida de seguridad o se mantenga contra la voluntad de quien tiene derecho a excluirlo, incurrirá en multa.

Esta norma busca sancionar penalmente la conducta de los llamados *hackers* que por simple reto, diversión, o en ocasiones con otros fines, se especializan en violar medidas de seguridad para ingresar a sistemas de información restringidos. Se moderniza entonces nuestro sistema penal al incluir tipos de esta naturaleza. Tenemos igualmente, en esa tendencia a ocuparse de las conductas que se pueden cometer en el mundo informático, la nueva redacción del delito de *panico economico* –art. 302 del nuevo Código Penal– con el cual se sanciona, básicamente a quien divulgue por medio de sistemas de comunicación públicos, informaciones falsas o

inexactas que puedan afectar la confianza de los clientes, o inversionistas frente a instituciones financieras, de valores o inversión, además de otras conductas.

Y en esa corriente modernizadora que toma en cuenta el entorno digital, hallamos precisamente el artículo 272 del nuevo Código Penal cuyo texto es el siguiente.

Artículo 272.- Violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones. Incurrirá en multa quien:

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

La norma merece varios comentarios a saber:

Primer Numeral

Se sanciona a quien simplemente eluda o supere los mecanismos de restricción implementados por el titular de los derechos, lo cual puede suceder en el campo del internet o bien en áreas como la televisión satelital o por cable.

Sin embargo debemos tener presente que la conducta será punible por esta vía *solamente* cuando ponga en peligro derechos de autor. Esta afirmación deriva del *titulo* en el que se halla la norma y del bien jurídico protegido. Si la elusión o superación se da, generando peligro para otros bienes jurídicos —el patrimonio económico, por ejemplo— no se puede aplicar esta norma y tal vez estaremos frente a un caso de violación al artículo 195 del nuevo código, ya mencionado.

Si además de la elusión o superación de las medidas (que de por si bastan para estructurar el tipo) hay una efectiva afectación de los derechos de autor, estimamos que se aplicarán el artículo 270 o el 271 según el caso, pues el principio de subsidiariedad en materia penal así lo indica.

Nos surge una inquietud que simplemente planteamos sin atrevernos a aventurar una respuesta:

El artículo 272 se titula expresamente “Violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones” referencia expresa que nos ubica exclusivamente en el campo de los derechos patrimoniales de autor. Si ello es así, qué sucederá con una conducta que superando o eludiendo medidas tecnológicas empleadas por el autor,

ponga en peligro *solamente* derechos morales? Pensemos en el campo del derecho a la integridad de la obra. ¿Se configurará el delito?

Tal vez nuestra preocupación no tenga bases, sin embargo, es pertinente dejar la inquietud, pues bien sabemos que la realidad suele superar la fantasía, y con mucha más facilidad, al derecho. Adicionalmente, hemos expresado ya nuestras dudas frente a la protección penal de los derechos morales, cuando la conducta no tiene relación con el registro de la obra o se trata de acciones encaminadas únicamente a no mencionar al autor.

Segundo Numeral

Allí se sanciona a quien incurra en cualquiera de los siguientes eventos:

- a. Suprimir o alterar información esencial relacionada con la gestión de derechos.
- b. Importar, distribuir, o comunicar ejemplares con esa clase de información, suprimida o alterada.

A partir de la conferencia del maestro MIHALY FICSOR en el seminario de la OMPI en el marco de la feria del Libro del 2001, nos han surgido varias preguntas. Definitivamente la alteración de información que se requiere para la gestión de derechos de autor involucra datos que van más allá del campo patrimonial. Importar o comercializar, por ejemplo, obras que traen suprimido o cambiado el nombre del autor, es sin duda alguna un atentado contra los *derechos morales* del autor. Parece entonces insuficiente la protección por esta vía que se enfoca únicamente hacia los derechos patrimoniales.

Tercer Numeral

En este delito se contemplan dos tipos de infracción a los derechos patrimoniales de autor:

1. Fabricación, importación, venta, arrendamiento o cualquier forma de distribución de dispositivos o sistemas que permitan:

- Descrriptar señales satelitales portadoras de programas.
- Eludir, evadir, inutilizar o suprimir dispositivos o sistemas de control de derechos.

Los dos eventos tienen gran actualidad en el control de los derechos de los cuales son titulares los organismos de televisión satelital o por cable (actividades en las que suele emplearse la encriptación de las señales) y frente a los fenómenos del internet, ámbitos en los cuales los titulares suelen acudir a mecanismos (dispositivos o sistemas) que procuran impedir el acceso a la obra o restringir determinados usos (por ejemplo para evitar la impresión o copia desde el computador).

Para que se configure la infracción basta que se importen, o comercialicen los dispositivos o sistemas, sin que se exijan resultados adicionales.

Aparentemente los tratados de la OMPI han buscado que los Estados Miembros ataquen por igual, tanto la distribución o comercialización de aparatos que únicamente sirven para superar mecanismos de protección, como la de aquellos que tienen utilidades lícitas o inocuas junto con las de carácter ilegal. Es el caso de los receptores de televisión que permiten captar señales incidentales (libres) y señales encriptadas. Nos parece que la redacción

de nuestra norma penal no hace diferencias y simplemente exige la potencialidad para superar o eludir sistemas de protección, de tal forma que esos dispositivos de finalidad “mixta”, a nuestro modo de ver quedan comprendidos en la descripción típica. Parece sí absolutamente exagerado que se pretenda sancionar penalmente la sola fabricación o importación de ese tipo de elementos, pues tales actividades bien pueden tener fines lícitos, ilícitos o indeterminados.

Cuarto Numeral

Aquí se sanciona a quien presenta declaraciones o informaciones alteradas o falsas que están destinadas a la gestión de derechos patrimoniales. No se distingue si se trata de datos o información electrónica, motivo por el cual la conducta puede realizarse frente a cualquiera de esos tipos de información. Se trata de los eventos incluidos en los numerales 5, 6, 7 y 8 del derogado artículo 52 de la Ley 44 que se unieron, simplificaron e incluyeron en el nuevo artículo 272.

Es de anotar que esas conductas – cuando eran parte del artículo 52 de la Ley 44– tenían una pena de 1 a 4 años de prisión y multa de 3 a 10 salarios mínimos. Ahora la pena será *solamente* de multa, lo cual no parece lógico, pues son típicas violaciones a los derechos patrimoniales, que deberían haber quedado incluidas en el artículo 271 del nuevo Código Penal.

De otra parte, si tomamos en cuenta lo expresado sobre la terminación de la acción penal por indemnización integral y conciliación, estas infracciones típicamente patrimoniales, que en la Ley 44 permitían la finalización del proceso por la vía alternativa (indemnización más desistimiento del ofendido) parecen haber quedado, definitivamente, por fuera de esas maneras alternativas de solución a pesar de ser, insistimos, típicas vulneraciones a los derechos patrimoniales.

III. SANCIONES A APLICAR

Como lo vimos a lo largo de la exposición las penas han quedado de la siguiente forma:

| | LEY 44 | NUEVO CÓDIGO PENAL |
|---|--|---|
| Derechos Morales | 2 a 5 años de prisión Multa de 5 a 20 s.m.m. | 2 a 5 años de prisión Multa de 20 a 200 s.m.m. |
| Derechos Patrimoniales | –Art. 52– 1 a 4 años de prisión multa de 3 a 10 s.m.m. | –Art. 271– 2 a 5 años de prisión Multa de 20 a 1.000 s.m.m. |
| Artículo 272.- Eventos que antes estaban en el artículo 52 de la Ley 44 | 1 a 4 años de prisión Multa de 3 a 10 s.m.m. | Multa. |

Es de aclarar que en el nuevo código penal, si el tipo solamente habla de “multa” sin establecer el rango, opera un sistema particular de tasación en el que incide, tanto la

gravedad del hecho, como el nivel de ingresos del condenado, observación particular frente al nuevo artículo 272.

IV. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y DESTINO DE LOS BIENES INVOLUCRADOS EN EL DELITO

Nuestro sistema permite que dentro del proceso penal se ejerza la acción civil para procurar la indemnización de todos los perjuicios. Creemos que para este fin, sigue vigente el artículo 57 de la Ley 44, pues el punto no fue regulado integralmente por los nuevos Códigos y se refiere a una materia mixta (civil y penal).

El tema de la disposición de los bienes relacionados con el delito fue regulado de manera similar, en el nuevo artículo 67 del Código Procesal Penal, cuyo texto original es el que sigue:

Artículo 67.- Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente.

Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente sean utilizados para la realización de la conducta punible o provengan de su ejecución [...]

En las investigaciones por delitos contra *la propiedad intelectual*, derechos de autor y *propiedad industrial*, o por *delitos de corrupción, falsificación, alteración, imitación o simulación de productos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, los productos o*

mercancías, las publicaciones, ejemplares, reproducciones, moldes, planchas, matrices, negativos, cintas, carátulas o etiquetas incautados serán sometidos a inspección judicial con la ayuda del perito, y una vez demostrada por este medio su ilegitimidad, serán destruidas por las autoridades de policía judicial, en presencia del funcionario judicial y de la parte civil si existiere.

Los bienes incautados, destinados directa o indirectamente para la producción, reproducción, distribución, transpone o comercialización de los ejemplares o productos ilícitos, podrán ser embargados y secuestrados o decomisados de oficio y, previo avalúo, los que no deban ser destruidos se adjudicarán en la sentencia condenatoria a los perjudicados con la conducta punible a título de indemnización de perjuicios o se dispondrá su remate para tal fin.

Es de anotar que el texto subrayado fue declarado inconstitucional según expediente D-3170 del 18 de julio de 2001 (sentencia C-760/01) independientemente de lo cual, el manejo del tema permanece en términos similares a los que empleaba la Ley 44/93.

CONCLUSIONES

Colombia posee una tradición respetable de protección a los derechos de autor; la Ley 23 de 1982 incorporaba tipos penales para el efecto, luego, con la Ley 44 de 1993 se continuaron sancionando conductas contra los derechos de autor. Esa tradición ahora sigue su evolución en el nuevo Có-

digo Penal, que protege esta particular forma de propiedad. El nuevo código tiene el mérito de incluir en su cuerpo los delitos contra los derechos de autor, antes regulados en una legislación diferente. La estructura de las normas responde a la intención de cumplir exigencias internacionales de protección a los mecanismos de control en el entorno digital.

Quedan dudas, se han dado fallas apenas naturales en cualquier sistema legislativo, pero creemos que el balance general es bueno y que los errores simplemente nos invitan a buscar soluciones en el ámbito de la doctrina, la jurisprudencia y la práctica del derecho.

Nuestro grado de avance es importante frente a legislaciones que hasta ahora

nacen en otros países o que contienen incluso elementos que dificultan la aplicación de la ley, como ocurre con los estatutos de otras naciones que exigen, por ejemplo, ánimo de lucro en el comportamiento del sujeto activo.

Tenemos buenas leyes y éstas van mejorando. Podemos sentirnos orgullosos de ellas y buscar su aplicación efectiva, en el convencimiento que el derecho y la justicia son elementos vitales para combatir la impunidad, afianzar la convicción ciudadana de que los derechos deben respetarse y exigirse; es este otro camino en el cual tenemos la obligación de ir modificando las situaciones que nos han llevado a la corrupción, la desilusión y la violencia que opacan la grandeza de nuestra patria.