

¿ES EL PLAGIO UNA CONDUCTA REPRIMIDA POR EL DERECHO PENAL?

ERNESTO RENGIFO GARCÍA*

Se trae a estudio la sentencia de 28 de mayo de 2010 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, porque sirve para observar la importancia crítica que la propiedad intelectual ha tomado para el Derecho Penal¹. Se mira con preocupación que pronunciamientos de similar relevancia no hayan sido proferidos por la jurisdicción civil, dado que esos asuntos, por tramitarse a través de procesos especiales -verbales-, no llegan a conocimiento de la Sala Civil de la Corte. Además se percibe cómo conductas que preocupaban sólo al civilista, hoy, en razón de su consagración en los códigos penales, han puesto al penalista del siglo XXI en el afán de estudiar los nuevos tipos penales relacionados con la información, la informática, la propiedad intelectual. Todo esto debido, entre otras cosas, a lo que se ha denominado el “expansionismo del Derecho Penal”².

A un civilista le resulta llamativo que la disciplina normativa de la casación penal pretenda, además de la efectividad del derecho material, la reparación de agravios de los intervinientes y la unificación de la jurisprudencia nacional, “el respeto de la garantía de los intervinientes”. En efecto, en la causal por violación de la norma

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Facultad de Derecho y director del Departamento de Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia. E-mail: ernesto.rengifo@uexternado.edu.co. Fecha de recepción: 9 de agosto de 2010. Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2010.

1. Casación n.º. 31.403, MP: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

2. Véase JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ (2001). Sobre este punto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 13 de mayo de 2009, dijo: “En la literatura especializada de los últimos años, se ha venido tratando el problema de una progresiva expansión que experimenta el derecho penal, relacionada con la globalización económica, la integración entre naciones y la necesidad de proteger intereses colectivos diversos a los bienes jurídicos tradicionales, como respuesta ante la aparición de varios tipos de delincuencia, vinculados con el crimen organizado y su carácter transnacional. Estos fenómenos de globalización, integración transnacional y poder económico han suscitado la aparición de otras modalidades de delitos clásicos, así como la consagración de nuevas formas de conductas punibles, que al ser abordadas según los principios del derecho penal ilustrado acarrear problemas de diversa índole, muchos de ellos directamente relacionados con la teoría del bien jurídico y la exigencia de lesividad”.

sustancial se incluye la vulneración a una norma del bloque de constitucionalidad e incluso a una norma de la Constitución. Así, en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 se indica que “El recurso [de casación] como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por: 1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso”. Es decir que el recurso de casación en materia penal y en razón del fenómeno conocido como “la constitucionalización del Derecho”, tiene una tarea no sólo de control legal sino constitucional de las sentencias proferidas en segunda instancia. Esto es bueno precisarlo pues fue por ello por lo que la Sala Penal le dio una interpretación particular y sugestiva al numeral 1 del artículo 270 del Código Penal que tipifica las conductas que vulneran los derechos morales de autor.

Y esa interpretación particular la dio la Sala Penal tomando como base del principio *pro homine* expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, así: “El principio *pro homine* es un criterio de interpretación del derecho de los derechos humanos, según el cual se debe dar a las normas 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 derechos”.

La jurisprudencia en análisis giró en torno de un punto trascendental para los especialistas, esto es, si la publicación de una obra literaria ya divulgada, es decir, no inédita, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, es una conducta violatoria de los derechos morales de autor. Y la pregunta surge porque el tipo penal de la violación de los derechos morales de autor, interpretándolo exegéticamente, sólo recoge como conducta censurable o punible la publicación sin autorización de la obra literaria inédita. Veamos:

Artículo 270.- Violación a los derechos morales de autor. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien: 1. Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, *una obra inédita* de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico (Subrayado fuera de texto).

Obsérvese, pues, que *prima facie* la conducta de publicar una obra literaria divulgada, no inédita, incluso sin autorización previa y expresa del titular del derecho, no sería una conducta que caiga en la descripción del tipo penal transcrito, es decir, que esa conducta no sería punible por ser esencialmente atípica. Sin embargo, otra fue la postura de la Sala Penal.

Con la sentencia, además, se hace evidente que el plagio sí es una conducta reprimida por el Derecho Penal, postura jurisprudencial que deja en claro este tema porque algunos conspicuos sostenían que como el legislador no utilizaba la palabra “plagio” no existía represión penal para aquel que copiaba una obra integralmente o tomaba sus partes sustanciales sin autorización de su autor o titular de derechos.

La doctrina distingue entre la publicación y la divulgación. Esta última, por supuesto, es mucho más amplia que la primera. La publicación consiste en la “producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra”³. Divulgar es “hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento”⁴. Nótese, pues, que el concepto de publicación está recogido en el de divulgación, porque en ésta se encuentra incluida la edición de libros colocados al alcance del público.

“Por lo tanto -dice la sala Penal-, de acuerdo con una interpretación literal del precepto, podría concluirse, como lo hacen, para cuestionarlo, algunos tratadistas, que quien publica total o parcialmente una obra ya divulgada, atribuyéndose falsamente la paternidad de la misma, pese a ser evidente la lesión al principal derecho moral de autor, como lo es la paternidad, en principio no estaría desarrollando conducta atentatoria contra tales derechos, lo cual resulta contrario a la Constitución y a los instrumentos que obligan a la protección de este derecho fundamental”.

La Sala Penal, ante esta contradicción o vacío, si así se quiere llamar, interpreta constitucionalmente el tipo penal para censurar también la publicación sin autorización de una obra literaria ya divulgada. La cláusula general de cierre del contenido del Derecho Penal lo constituye el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo ordenamiento penal vigente, principio que es expresión del supremo rango normativo que tiene la Constitución.

En consecuencia, si se tiene claro que el tópico de los derechos morales de autor dice relación con una inescapable remisión a derechos humanos fundamentales, cuya protección y tutela ha sido objeto de consagración internacional a través de tratados suscritos por Colombia, con reiteración expresa en la carta Política y reafirmación inconcusa en la jurisprudencia del máximo vigía de la misma, asoma un verdadero contrasentido que esa inexcusable obligación del Estado colombiano haya sido omitida al momento de emitir las normas de derecho positivo penal encaminadas a su salvaguarda. Ello, para remitir a la forma como el artículo 270 del Código Penal, en sus numerales 1º, 2º y 3º, pretende materializar ese compromiso del país con las normas que protegen los derechos de autor, pues, esa redacción confusa que busca aparecer técnica, termina por producir un efecto de limitación incomprensible, al punto de

3. Artículo 3 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

4. Idem.

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 prístina. [...] Por tal razón, dentro del marco de la protección internacional y nacional de los derechos de autor, de carácter fundamental, y en aplicación del principio pro homine, las normas que lo protegen 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 honrar sus compromisos de respeto, protección y garantía, inherentes a los tratados firmados.[...] Bajo esa perspectiva no solo constitucional sino de ineludible aplicación, la Sala debe armonizar el contenido del artículo 270 del Código penal con la preceptiva internacional que hace parte del Bloque de Constitucionalidad para que, a través de la integral aplicación del principio pro homine, sus efectos cubran adecuadamente el derecho fundamental menesteroso de protección y tutela”.

En este orden de ideas, la Sala Penal señala el sentido y alcance del artículo 270:

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

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

De esta forma, debe agregarse, se respeta también el rótulo de la norma típica, que, como se recuerda, ampliamente define que se trata del delito de “violación a los derechos morales de autor”, en evidente pretensión de enmarcar los matices más relevantes de vulneración de ese que se estima derecho fundamental.

Por lo tanto, acorde con la que ha definido la Corte como manera constitucional de examinar la norma, se protege integralmente ese derecho fundamental en sus más importantes aristas, vale decir, derecho de paternidad o reivindicación, derecho de inédito y derecho de integridad de la obra.

Resta por señalar, en punto del derecho de paternidad, que doctrinariamente se reconocen dos modalidades del llamado plagio: Uno, cuando el actor se atribuye la obra de otro, tal y como ha sido creada por el autor; y dos, cuando el actor se atribuye la obra de otro, no reproduciéndola idénticamente, sino imitándola en sus extremos esenciales.

Así pues, la Sala Penal, interpretando constitucionalmente el artículo 270 del Código Penal sobre violación a los derechos morales, consideró que dentro de él cabe la conducta de la publicación total o parcial, sin autorización, de una obra ya divulgada.

Este enriquecimiento del contenido del tipo penal a través de interpretación constitucional por vía de la casación penal se presenta, sin lugar a dudas, como una novedad al jurista clásico, para quien el principio de legalidad o de adecuación típica no admite interpretaciones o construcciones hermenéuticas tendientes a ensanchar la conducta descriptiva previamente fijada por el legislador. Empero, aquí -podrían sostener algunos- ello no habría acontecido porque la Constitución o el bloque de constitucionalidad hace parte del ordenamiento penal; la “constitucionalización del derecho”, o mejor, la interpretación de la norma a la luz de la Constitución significa que el tipo penal puede ser interpretado a la luz de los principios y valores constitucionales. Mejor dicho, se llegaría a esa conclusión por cuanto a la luz de los desarrollos del Derecho Penal moderno, las normas constitucionales integran el sistema penal.

¿Cuáles fueron, entonces, los hechos que significaron esta ampliación por vía de interpretación constitucional del tipo penal sobre “Violación a los derechos morales de autor”? Veamos:

Una prestigiosa crítica literaria y profesora universitaria tomó como base para la elaboración de un artículo sobre un poeta colombiano, que a la postre sería publicado en una revista mejicana, la tesis que una alumna suya había elaborado para obtener su título de maestría. Se discutió en las instancias que el artículo de la profesora lo que había tomado eran ideas de la tesis que ella misma previamente le había expuesto a la alumna en clase. Esta circunstancia fáctica fue desestimada, existiendo incluso dentro del proceso dos dictámenes en contrario.

Desde luego que el método comparativo intentado por la casacionista permite advertir cómo la afectada pudo haberse valido de esas ideas para construir su tesis, pero de ninguna manera hacer ver que algún tipo de desarrollo conceptual de las mismas, hubiese sido objeto de apropiación. [...] Ciertamente, confrontados los textos iniciales

de la procesada -escritos con antelación a la tesis de grado objeto del plagio-, con el desarrollo expuesto por la víctima en la misma, es posible hallar similitudes en ideas o conceptos. Sin embargo, [...] ello no constituye plagio, ni mucho menos torna ilícita, dentro del espectro de los derechos morales de autor, la conducta de la para ese momento estudiante, pues, como por lo general sucede, tomó como insumos esos que arriba se relacionan, para crear un trabajo original, vertido a través de su particular forma literaria o escritural, en amplio desarrollo intelectual. Desde luego, el que esas ideas o conceptos primarios de la profesora, sirvan como insumos para la tesis de grado, no autoriza, a pesar de lo que intenta entronizar la defensora, para que, a su vez, la acusada diga suyo lo construido por la afectada, o siquiera copie su tesis y la difunda sin el respectivo reconocimiento.

Para la sentencia, lo que aconteció fue lo contrario, esto es, un plagio de la profesora al trabajo de tesis de la alumna. En efecto, la Sala Penal, después de explicar que las ideas no son protegibles, sino su forma de expresión, señaló:

[B]asta confrontar [...] lo consignado en la Revista La Casa Grande, por la procesada, con apartados extensos de la monografía de grado presentada por la afectada, para verificar sin mayor dificultad que lo realizado por la primera supera la simple apropiación de ideas o conceptos generales, para ingresar en el apartado penal del ostensible plagio, en su cariz simulado. Es que, si se advierten párrafos enteros en los cuales apenas se cambia una palabra o se muta su orden, es lógico concluir que la procesada no sólo hizo valer como propio lo ajeno, sino que, consciente del desafuero, busco ocultarlo, aunque, cabe decir, de forma bastante burda.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA O DE LA ADECUACIÓN TÍPICA

Desde el punto de vista técnico el motivo de la casación fue la supuesta violación al principio de congruencia en la medida en que en la resolución de acusación se ubicó la conducta de la profesora como violatoria del numeral tercero de la ley 44 de 1993 (hoy numeral 3 del artículo 270 del Código penal), que censura la compilación, mutilación o transformación de una obra literaria sin autorización previa o expresa de su titular y en la sentencia, en cambio, se condenó por infringirse el numeral primero de la referida ley (hoy numeral primero del artículo 270 del Código Penal), que como se ha visto reprime la conducta de publicar total o parcialmente sin autorización una obra inédita o – se agrega- divulgada, de acuerdo con la interpretación que le dio la Sala Penal.

Sobre esto dijo la Corte:

En la sentencia de segunda instancia, el Tribunal descartó que el cambio en la adecuación típica, del numeral 3º al numeral 1º, haya generado vulneración de las garantías procesales de la acusada, pues los hechos fácticos por los cuales se le condena son los mismos por los cuales se le acusó, además de que la pena no varía y los argumentos

defensivos siempre estuvieron dirigidos a controvertir la imputación por la violación del derecho moral reclamado por la quejosa, y que gira en punto de la publicación parcial de un artículo en la revista *La Casa Grande*, cuyo sustento o fragmento fueron autoría de ROSA MARÍA LONDOÑO, a quien no se le dio el crédito debido ni se le pidió autorización para ese efecto.

Por lo tanto, agrega el Tribunal, la acción de “publicar” endilgada fue ampliamente conocida y debatida dentro de la investigación, y alrededor de ella se practicaron las pruebas.

De esa manera, descarta igualmente que la acusación haya sido anfibológica, confusa o contradictoria, pues reitera, los hechos siempre versaron sobre el mismo tema y en tal sentido las partes orientaron sus argumentos para reclamar los derechos que estiman les asiste.

Razón asiste al Tribunal en todas sus argumentaciones. De un lado, porque ciertamente la jurisprudencia de la Corte tiene decantado que la congruencia no implica perfecta armonía o identidad entre el acto de acusación y el fallo, sino señalamiento de un eje conceptual fáctico-jurídico para garantizar el derecho de defensa y la unidad lógica y jurídica del proceso, de manera que no se desconoce la consonancia, si el juez, al decidir sobre los cargos imputados, condena en forma equivalente en cuanto a la punibilidad o de manera atenuada, por la razón de que si puede absolver, también puede atemperar, siempre y cuando se respete el núcleo básico de la conducta imputada.

En ese mismo sentido, se ha sostenido que sólo la congruencia personal y fáctica es absoluta, mientras que la jurídica es relativa, porque el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos o a la que se esgrime en la variación (artículo 404 de la Ley 600 de 2000), siempre y cuando no agrave la situación del procesado con una pena mayor, siempre que se respete el supuesto fáctico central de la imputación.

En el caso sometido a estudio, es evidente, de acuerdo con lo reseñado, que el supuesto fáctico que estructura la descripción típica del delito de violación a los derechos de autor y que fue objeto de amplio análisis en la resolución de acusación, se sostiene, en perfecta consonancia, en la sentencia, sólo que se desestimó su ubicación en el numeral 3º del artículo 51 de la Ley 44 de 1993 (numeral 3º del artículo 270 de la Ley 599 de 2000), para ubicarlo en el numeral 1º del mismo precepto, por razones interpretativas entendibles que en nada variaron el núcleo básico de la acusación.

En efecto, es evidente la dificultad que afrontaron los funcionarios judiciales al momento de definir la concreta ubicación típica del hecho, precisamente por razón de esa forma genérica y descontextualizada como el artículo 270 de la Ley 599 de 2000

(anterior artículo 51 de la Ley 44 de 1993) ha afrontado la protección del bien jurídico de los derechos morales de autor.

Incluso, se advierte en el común de las personas cierta confusión entre las ideas, como aspecto no cubierto por la protección en cita, y los conceptos o desarrollo de ellos -acto creativo individual-, objeto central de esa tutela judicial.

De la extensa cita se destaca la no violación del principio de congruencia porque no hubo desconocimiento del derecho de defensa, dado que en las instancias siempre hubo un eje conceptual fáctico y jurídico (violación del derecho moral de autor) y sobre todo por cuanto hubo congruencia personal y fáctica en lo discutido, así haya habido en la sentencia condenatoria un cambio de numeral en el tipo penal que a la postre se consideró vulnerado, es decir, el infringido no fue el numeral tercero sino el primero del artículo 270 del Código Penal.

DISTINCIÓN ENTRE IDEA Y LA EXPRESIÓN DE LA IDEA

se discutía en derecho colombiano si el plagio era reprimido por la ley penal. Algunos afirmando que como la palabra plagio no aparecía en el Código Penal, dicha conducta no era reprimida. El plagio es en esencia una reproducción total o parcial de obra precedente sin autorización del autor o de su titular. Pues bien, esta sentencia aclara el tema, como se ha dicho.

Pero en torno de la copia, el plagio o de la reproducción no autorizada gira una de las discusiones más apasionantes del Derecho de autor moderno, esto es, la distinción entre la idea, que no es protegible, y la de la expresión de la idea, que sí lo es, y a cuya distinción se refirió esta sentencia por primera vez en derecho colombiano.

Señala la ley que “las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación. Esta ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas”⁵, o “queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial”⁶.

Pues bien, la aplicación de dicha distinción, que en el Derecho de autor tomó el cariz de principio, fue discutido en el proceso penal por cuanto la profesora argumentó que quien había copiado había sido la alumna y no ella. Sin embargo, del análisis comparativo de las obras, se llegó a una conclusión diferente.

5. Artículo 6 de la Ley 23 de 1982.

6. Artículo 7 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Para la Corte, la alumna, para la realización de la tesis, pudo haberse valido de las ideas que previamente había recibido de su profesora, sin constituir esto un plagio, porque éste recae es sobre la reproducción de la forma como se expresan las ideas:

Desde luego que el método comparativo intentado por la casacionista permite advertir cómo la afectada pudo haberse valido de esas ideas para construir su tesis, pero de ninguna manera hace ver que algún tipo de desarrollo conceptual de las mismas, hubiese sido objeto de apropiación. [...] Ciertamente, confrontados los textos iniciales de la procesada -escritos con antelación a la tesis de grado objeto del plagio-, con el desarrollo expuesto por la víctima en la misma, es posible hallar similitudes en ideas o conceptos. Sin embargo, ya quedó claro con el amplio examen realizado por la Corte en líneas procedentes, ello no constituye plagio, ni mucho menos torna ilícita, dentro del espectro de los derechos morales de autor, la conducta de la para ese momento estudiante, pues, como por lo general sucede, tomó como insumos esos que arriba se relacionan, para crear un trabajo original, vertido a través de su particular forma literaria o escritural, en amplio desarrollo intelectual. Desde luego, el que esas ideas o conceptos primarios de la profesora, sirvan como insumos para la tesis de grado, no autoriza, a pesar de lo que intenta entronizar la defensora, para que, a su vez, la acusada diga suyo lo construido por la afectada, o siquiera copie su tesis y la difunda sin el respectivo reconocimiento”. [...] La Sanción penal se basa, debe reiterarse una vez más, en que se repita, copie o translitere la ‘forma’ como cada autor o exponente de determinada corriente, si de ello se trata, asuma su visión del tema, pues, en este caso esa ‘forma’ transforma el concepto de idea y lo apropia a la capacidad creadora individual del autor. Es lo que sucede, si se tratase de ejemplificar, con el metal precioso y la joya que a partir de allí elabora el orfebre. Claro que el oro, en sí mismo, posee un valor material apreciable, pero lo plasmado allí como creación es la talla que sobre esa base hizo el artista y a ello es que se dirige la protección consagrada en la ley respecto de los derechos morales de autor⁷.

En cambio sí halló plagio de la profesora respecto del trabajo de tesis elaborado por la alumna en la medida en que la profesora tomó extensos párrafos de la tesis de su alumna para la elaboración del artículo sobre un connotado poeta nacional, a tal punto que ello “supera la simple apropiación de ideas o conceptos generales, para ingresar en el apartado penal del ostensible plagio, en su cariz simulado. Es que si se advierten párrafos enteros en los cuales apenas se cambia la palabra o se muta su orden, es lógico concluir que, consciente del desafuero, buscó ocultarlo, aunque, cabe decir, de forma bastante burda”.

7. Continúa la sentencia diciendo: “Lo que no puede hacerse, y si se hace representa responsabilidad penal, es copiar fragmentos enteros de la obra literaria de GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ (sin citar al verdadero artífice literario), así se trate de ocultar el hecho con simples cambios insustanciales de palabras, pues, en ese caso no existe creación libre del individuo, fruto de su propia individualidad, sino evidente apropiación de lo ajeno”.

Como dato curioso, se ha de mencionar que en las instancias se allegó una declaración juramentada del poeta objeto del artículo de la profesora y de la tesis de grado de la alumna y sobre ello dijo la Corte: “Incluso, con evidente impropiedad, el instructor buscó que el poeta, respecto de quien se hizo la crítica o análisis literario objeto de plagio, rindiera, en declaración juramentada, un inaceptable concepto de autenticidad, no sobre su obra, sino en torno de lo que acerca de ella se ha dicho. Y no era necesario que así se hiciera, pues, como se anotó, el juez dentro de su conocimiento común, referido al ciudadano medio, está en posibilidad de auscultar esa armonía o desarmonía textual, precisamente la que constituye el núcleo central del delito y consecuente responsabilidad penal”.

Es decir que la Corte avala en su integridad el arbitrio del juez en la valoración de la existencia o no del plagio incluso independientemente de la existencia de medios probatorios que sostengan lo contrario. En este caso, obraba un dictamen pericial y una declaración juramentada a favor de la profesora que a la postre resultó condenada: “Lo que en el asunto analizado se busca, no es precisar el valor literario de lo escrito por el poeta, ni los imaginarios que dentro de su peculiar estilo plasma en su obra, sino apenas determinar si la crítica que de ello se hizo, ha sido copiada por la acusada, sin el correspondiente reconocimiento, de lo previamente expuesto por la afectada”.

Aquí se puede establecer la regla de que en el tema de copia o plagio de obras tradicionales, el Juez dentro de su conocimiento común, está en capacidad “de auscultar esa armonía o desarmonía textual”, es decir de desentrañar el núcleo del delito y la consecuente responsabilidad penal.

REFLEXIONES

El concepto de reproducción envuelve dos elementos: (i) la existencia de un grado suficiente de similitud objetiva o sustancial entre las obras que se comparan y (ii) una relación de causalidad entrabas, es decir, que una fue el resultado del uso que se hizo de la otra obra. Mejor: para que exista reproducción además de la similitud objetiva, debe existir la prueba de que en efecto el demandado tuvo la posibilidad de conocer, usar o acceder a la creación del demandante (RENGIFO GARCÍA, 1997: 166).

En el caso en análisis, esos dos elementos fueron probados. La Corte analizó un cuadro comparativo en donde observó la reproducción -y la relación de causalidad-, lo cual la llevó a inferir que el trabajo de la crítica literaria sobre el poeta había tomado o reproducido partes sustanciales de la tesis de grado de la alumna: “Nada diferente de lo acabado de relacionar, es lo que objetivamente se advierte en el asunto examinado, en tanto, basta confrontar, conforme lo hizo la parte civil en su escrito de objeción al dictamen pericial [...] lo consignado en la Revista la Casa Grande, por la procesada, con apartados extensos de la monografía de grado presentada por la afectada, para verificar sin mayor dificultad que lo realizado por la

primera supera la simple apropiación de ideas o conceptos generales, para ingresar en el apartado penal del ostensible plagio, en su cariz simulado”.

El Derecho de autor no puede resultar infringido por una creación independiente sino por una verdadera copia de una obra o creación precedente; en consecuencia, tanto la prueba del acceso al trabajo ajeno, como la similitud objetiva resultan esenciales en este tipo de infracciones. Esto resultó probado conforme con la jurisprudencia en análisis.

Así mismo, no está de más insistir en que el Derecho de autor nunca protege en la obra el contenido expresado, sino la forma que lo expresa y notifica. Cualquier idea para que sobre ella recaiga tutela jurídica, debe ser valorada y juzgada tan solo como el contenido de una expresión formal que la identifica y la hace ya protegible en cuanto elemento material vinculado a esa forma concreta y determinada. El Derecho de autor no concede a nadie el derecho de ser el único que exponga o utilice una idea, cualquiera que sea la forma como esa idea pueda quedar expresada. Mejor dicho, las ideas deben permanecer en el dominio público y ello, más que tener raíz en el concepto de obra, la tiene en principios de política cultural. El Derecho de autor entiende que las ideas no pueden ser monopolio ni propiedad de nadie, por cuanto de su libre circulación y uso depende en gran medida el desarrollo de la sociedad. Las ideas son de dominio público, cualquier persona puede hacer uso de ellas. Permitir su monopolio privado implicaría detener el desarrollo de la sociedad. Por tanto, el Derecho de autor no protege la idea o el concepto contenido en un trabajo sino la forma o expresión de la idea. Dicho de otra manera, mientras no es permitido reproducir la creación de otro, sí es permitido recoger las ideas o información y usarlas en beneficio propio. El Derecho de autor no protege en la obra el contenido expresado, sino la forma como el autor lo expresa y lo comunica.

Ahora bien, algunos podrán sostener que en la decisión del caso no ha habido un desconocimiento del principio liberal *Nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*, por cuanto, como se ha dicho, la Constitución hace parte del ordenamiento penal. Mejor dicho, y en general, el caso sería la reafirmación o aceptación de que el Derecho Penal constitucional está constituido por aquellos preceptos que consagran derechos fundamentales y que, por lo tanto, delimitan el *ius puniendi*, tanto en lo que al poder legislativo se refiere como al poder judicial en cuanto instancia a la que se confía la ejecución de las leyes penales.

Sin embargo, en el proceso de juzgamiento concreto de una persona procesada o acusada, culta, rica o socialmente débil, el principio de legalidad penal significa que respecto de los tipos penales no cabe la interpretación analógica ni la interpretación extensiva *in malam partem*. En el presente caso ha habido una interpretación extensiva del tipo penal, porque la Corte ha ampliado el elemento normativo, para incluir no sólo la obra inédita, sino también la obra divulgada en la violación al derecho moral de autor. Un elemento normativo es aquella parte del tipo que para

ser comprendido presenta la necesidad de recurrir a otra normativa, en este caso a la disciplina del Derecho de autor⁸.

Los interrogantes que me surgen de la presentación de la sentencia son los siguientes: 1) ¿Si aplicamos la teoría del precedente, debemos entender que por vía jurisprudencial se ha reformado el artículo 270 numeral 1 del Código Penal?; 2) Si la respuesta al interrogante anterior es positiva, nos preguntamos: ¿se puede condenar a una persona por hechos ocurridos con anterioridad a la interpretación de la norma por vía jurisprudencial?; 3) Con el mismo criterio, ¿se puede, entonces entender que en algunos casos es válida en materia penal la interpretación extensiva *in malam partem*?

Son interrogantes bastante complejos que deben ser resueltos por los especialistas; pero pienso que los principios generales del Derecho Penal nos obligan a responder en sentido negativo. Con base en el principio de legalidad de los delitos y de las penas, es el legislador el que previamente describe la conducta que repudia y sobre esa descripción prevalece la prohibición general de realizar interpretación analógica o extensiva *in malam partem*, por ir en contravía de principios consagrados en la Constitución y en Tratados Internacionales, como lo son el debido proceso y el derecho de defensa. También se ha de observar que el juez, so pretexto de cumplir con la función actualizadora de la norma al caso concreto, no puede desnaturalizarla a tal grado de convertirse en legislador.

Además de lo anterior y de un seguimiento de otras sentencias que la Sala Penal ha proferido en materias de derechos de autor, percibo en este un particular rigor y un trato diferencial que no dejan ver en la Sala Penal coherencia al momento de decidir. Veamos:

En sentencia de casación del 30 de abril de 2008, la Sala Penal decidió un caso en el que una persona en el sur de Bogotá se dedicaba a realizar duplicados en discos ópticos (CDs) de fonogramas originalmente grabados en discos de acetatos sin autorización previa de sus autores, los que vendía a un precio de cinco mil pesos por cada acetato copiado⁹. Es decir, realizaba un cambio de formato con la ayuda de computadores y de cinco programas de computación sin licencia. Por supuesto, el cambio de formato es una forma de reproducción¹⁰. En las instancias,

8. “La delimitación y división entre elementos descriptivos y normativos son muy discutidas en las cuestiones concretas. Tradicionalmente se entiende por elementos descriptivos aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez. En cambio, son normativos todos los elementos cuya concurrencia presupone una valoración; así p.ej. conceptos como “edificio” o “sustraer” son descriptivos, mientras que términos como “injuria” o “ajeno” son normativos”: ROXIN (1997: 306). “Los elementos normativos del tipo se refieren, por el contrario, a premisas que sólo pueden ser imaginadas y pensadas con el presupuesto lógico de una norma. Se incluyen aquí los conceptos jurídicos propios, los conceptos referidos a valor y los conceptos referidos a sentido: JESCHECK (1993: 244). En igual sentido, MIR PUIG (1996: 210); VELÁSQUEZ (2009: 552).

9. Casación 29188, MP: JOSÉ BUSTOS MARTÍNEZ.

10. “Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”: artículo 14 de la Decisión 351 de 1993.

el ciudadano fue declarado culpable por incurrir en la conducta de reproducir fonogramas, sin autorización previa y expresa del titular (artículo 51 de la Ley 44 de 1993, hoy numeral 1 del artículo 271 del Código Penal). La Corte casó la sentencia porque consideró que esa conducta encajaba dentro de las limitaciones y excepciones al derecho de autor. Sin embargo, ello no es así, por cuanto la copia privada, como excepción, se predica sólo de las obras literarias o científicas, y un fonograma no es lo uno ni lo otro. Es decir, que la Corte, al extender la excepción de la copia privada a los fonogramas, eximió de responsabilidad al procesado¹¹. En este caso, a diferencia del anterior, se observa laxitud interpretativa, a tal punto que se terminó alterando el sentido de la ley de derechos de autor en el tema de las excepciones al derecho de autor y, además, se le agregó al tipo penal un nuevo ingrediente normativo, el ánimo de lucro, que no aparece en la configuración que previamente había hecho el legislador. En efecto, para la Corte, en el proceso de adecuación típica de la conducta, el bien jurídico tutelado en el caso es el derecho patrimonial de autor y por tanto “quien pretenda afectarlo, ha de obrar con ánimo de lucro y con la intención de lesionar ese patrimonio para beneficio propio o de terceros”. Además, el tema de la piratería del *software* no fue reconocido.

Y para que se observe la diferencia de rigor en la valoración, recientemente la Corte en punto de la aplicación de la ley penal para las personas que distribuyen libros espurios en los semáforos, estimó que esta conducta carece de antijuridicidad material, o mejor, que con ella no se lesiona o se ponen en peligro los derechos patrimoniales de autor de los titulares de obras literarias¹². En uno de los salvamentos de voto a esta decisión, se lee esta reflexión: “Ahora, cuando se aborda el estudio de los derechos protegidos con la norma prohibitiva, el proyecto

11. De conformidad con el artículo 21 de la Decisión 351 de 1993: “Las limitaciones y excepciones al derecho de autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”. Y sobre la copia privada la legislación interna, es decir, la Ley 23 de 1982, artículo 37 señala: “Es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro”. Obsérvese que ni la obra artística ni el fonograma están incluidos en la excepción.

12. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, sentencia de 13 de mayo de 2009, MP: Julio ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. Aquí se lee: “Esto último no quiere decir que toda conducta relacionada con la venta callejera o informal de obras no autorizadas debería quedar en la impunidad, sino que, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, el objeto material de la acción, analizado en directa relación con el bien jurídico que el numeral 1 del artículo 271 del Código Penal pretende proteger, no implicó un peligro trascendente para los derechos patrimoniales en cabeza de los escritores y de las casas editoriales, sin perjuicio de que sí lo sea la acción de ofrecer para la venta reproducciones ilegales en cantidades considerablemente superiores. En este orden de ideas, el problema no se agotaba con la simple realización de la acción, tal como lo afirmó el demandante, ni mucho menos con aseverar que la voluntad del legislador estaba dirigida a combatir la piratería en cualquiera de sus manifestaciones, incluso por encima de la exigencia de lesividad, ya que no es posible interpretar el alcance del tipo penal de manera aislada, o sin tener en cuenta todos los principios que integran el ordenamiento jurídico, y mucho menos en detrimento de la filosofía del nuevo sistema acusatorio, que propende por la investigación y juicio de conductas de marcada trascendencia social”.

confunde, como si fuese uno solo, el derecho patrimonial que pueda asistir a las editoriales, con el inmaterial del autor de la obra, pues, asume una concepción eminentemente cualitativa [cuantitativa?], referida al número de obras ofrecidas para la venta, sin detenerse a señalar por qué en ambos casos la lesividad es mínima o inexistente”¹³.

Ahora bien, en punto, una vez más de la violación de los derechos patrimoniales de autor, llegó a la Sala Penal un caso en el que el procesado había anunciado en la web, sin ser el distribuidor legal, dos programas (*Easyrecovery Pro 5.1* y *Encase 1.99*) que permitían recuperar la información eliminada en los discos duros de los computadores¹⁴. El procesado había reconocido en su indagatoria haber negociado entre diez y quince discos compactos con los programas, a diferentes personas en un período de seis meses a un año. Cada CD tenía un valor de \$10.000 frente a los US 1.000 a US 5.000 en que oscilaba el valor de los programas originales. Alegó que la conducta imputada no le había ocasionado al denunciante ni a su empresa daño alguno y que además éste no se había constituido en parte civil y tampoco había señalado el monto de los perjuicios. El procesado fue condenado por la reproducción y venta ilegal de *software*. En la casación, el censor, con el apoyo en las dos decisiones a las cuales se ha hecho referencia (ánimo de lucro e intención de lesionar el patrimonio ajeno como elementos del 271 y lesividad real y significativa), pretendió quebrar la sentencia condenatoria. En cuanto al tema de la antijuridicidad de la conducta, la Sala Penal sostuvo un criterio diferente al sostenido en el caso de la venta pública de libros ilegales en los semáforos. Para la Sala Penal, “Ni la conducta objeto de estudio puede ser apreciada dentro del mismo contexto de irrelevancia o gradualización negativa. [...] Bien se sabe que la reproducción es un derecho exclusivo del autor de la obra y la ley lo protege en procura de que los terceros, sin su autorización previa, en ningún caso puedan ejecutar actos de copiado, con las únicas excepciones referidas a conservar una copia privada de reposición, fines educativos, actuaciones judiciales o administrativas, entre otros (L. 23/82, arts. 31 a 44, Decisión 351/93, arts. 21 y 22), todos ellos exentos de ánimo de lucrarse, de todo lo cual emerge de la misma un deterioro con impacto para el bien jurídico fundamento de protección, esto es, los derechos patrimoniales de sus autores dentro del espectro comprensible de los mismos revalorado por la Corte precedentemente”.

Es decir que para la Sala Penal la copia de programas de computación sin autorización y para ser distribuidos, es cosa diferente a la venta pública de libros en los semáforos, en la medida en que esa conducta no “puede ser apreciada dentro del mismo contexto de irrelevancia”; sin embargo, la Sala mantuvo el criterio del ánimo de lucro como elemento estructural del tipo penal descrito en el artículo 271 del Código Penal y que había expuesto en la sentencia de la conversión de

13. Salvamento de voto a la sentencia anterior, MP: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

14. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de mayo de 2010, MP: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

acetatos a discos compactos. En efecto, para la Corte, la mera utilización de un programa de computador no es una conducta punible y recordando su sentencia de 30 de abril de 2008 indicó: “Toda vez que el allí inculcado poseía con fines de uso ciertos programas de computador para convertir discos y cassettes a CD, no comprendidos por la descripción del tipo descrito en el mencionado canon 271”. Es discutible, de todas maneras, que en ese caso los programas de computador estuviesen instalados con fines de uso; pero se infiere de la sentencia que una cosa es el uso sin fines de lucro y otra es la copia con fines de lucro, y es en esta segunda hipótesis en que encuentra aplicación el delito de violación de los derechos patrimoniales de autor¹⁵.

De todo lo anterior, las preguntas que surgen son: ¿será que el mensaje de la Sala Penal de la Corte Suprema es el de no activar la *última ratio* del sistema legal con conductas que deben ser materia de la jurisdicción civil, pero eso sí dependiendo de quién las acometa o ejecute? (se recuerda que el caso en análisis envuelve a una profesora universitaria) y ¿será que la dificultad teórica y práctica de adecuación de la conducta a los tipos penales relacionados con el derecho de autor, hace que el Derecho Penal no sea el instrumento institucional más idóneo para reprimir la infracción a los derechos de esa particular área jurídica? La respuesta a estos interrogantes debe ser el comienzo para pensar o repensar si ese expansionismo del Derecho Penal, que ha llegado al campo de la propiedad intelectual, vale la pena revisarlo y mantenerlo. Señalaba CESARE BECCARIA: “Lo que impide el crimen, no es la cantidad de reprimendas penales, sino la garantía de su punición”. Si no hay certeza o garantía en el castigo, ¿valdrá la pena recurrir a la aplicación judicial de esos tipos penales? Queda, pues, abierta la discusión.

BIBLIOGRAFÍA

- JESCHECK, HANS-HEINRICH (1993). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Granada: Comares Editorial
- MIR PUIG, SANTIAGO (1996). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Santiago Mir Puig, 4ª ed.
- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO (1997). *Propiedad Intelectual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2ª ed.

15. En esta sentencia de 24 de mayo de 2010 la Corte transcribe lo que había dicho en su casación 29188 de 2008: “En cuanto tiene que ver con la conducta que en el calificatorio se describe como utilización no autorizada de programas de computador, refulege su atipicidad pues lo que sanciona el legislador en el artículo 271-1 del Código penal (L.44/93, 51-4), como con acierto precisó el procurador delegado, es el acto de reproducir sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes, salvo las excepciones previstas en la ley, entre otras obras, los soportes lógicos o programas de computador, así como las acciones de transportar, almacenar, conservar, distribuir, importar, vender, ofrecer, adquirir para la venta o distribución o suministrar a cualquier título, las reproducciones ilegalmente obtenidas; pero la mera utilización de un programa de computador no lo describe como punible” (subrayado fuera de texto).

- ROXIN, CLAUS (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas, tomo I.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA (2001). *La expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas
- VELÁSQUEZ, FERNANDO (2009). *Derecho Penal, Parte General*. Medellín: Librería Jurídica Comlibros.