

# **EL PAPEL DEL DERECHO PENAL EN LOS CONFLICTOS QUE SE PRESENTAN EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

**Gustavo Adolfo Arango Sánchez<sup>1</sup> y Marcela González Correa<sup>2</sup>**

## **RESUMEN.**

La protección de la propiedad intelectual en Colombia tiene su fundamento en diferentes tratados internacionales que se han venido ratificando por parte del estado Colombiano, razón por la cual se ha dado una protección a la propiedad intelectual desde las diferentes ramas del Derecho. Ramas dentro de las cuales, se encuentra el Derecho Penal. Es por esta razón que en la ley 44 de 1993 y en la ley 550 de 2000 se dispusieron que la violación a los derechos de autor y la propiedad industrial, traerían para el infractor la consecuencia más severa que el estado puede imponer, a saber la Pena Privativa de la Libertad.

No obstante toda la protección que el legislador quiso brindar a estos derechos, en la practica se evidencia que las decisiones de las altas cortes se alejan de el querer del legislador y que ponen en duda la eficiencia del derecho penal para dar protección a los derechos que emanan de la propiedad intelectual, esto en razón a las contradicciones y las conclusiones que llevan a puntos oscuros y líneas delgadas para determinar cuando se puede dar aplicación o no a estos tipos penales, circunstancia esta que desde toda lógica penal contradice los principios y fundamentos básicos en los que esta disciplina se edifica. Es por esta razón, que frente a esta realidad, nos cuestionamos en este trabajo el papel del derecho penal dentro de la protección de los derechos de propiedad intelectual, concluyendo que el mismo funge como un catalizador.

## **ABSTRACT.**

---

<sup>1</sup> Ciudadano Colombiano. Abogado egresado de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, estudiante del programa de Especialización en Derecho Comercial.

garangos@hotmail.com

<sup>2</sup> Ciudadana Colombiana, Abogado egresado de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, estudiante del programa de Especialización en Derecho Comercial.

ma.gonzalez.co@hotmail.com

In Colombia, the intellectual property Copyright Act has been based on different international treaties, ratified by the State, for this reason the different law branches have granted its protection. Criminal law is one of them. As for this, that law 44 of 1993 and law 550 of 2000 inquires custodial penalty for those that infract the law of intellectual property would imposing custodial penalty.

However, the protection that the legislator wanted to provide to the intellectual property, has been forgotten by the high courts of our country. As these fails are far away from what the legislator wanted and gives some insecurity to the protection established by the criminal law. This can only be explained by the conclusions and decisions made by the high courts, when they try to determine when the law is applicable or not. All this is contradictory and goes against the pillars of criminal law. Is for this reason, that we question the roll that criminal law in the intellectual property concluding that it serves as a catalyst.

### **Palabras Claves.**

Derecho Penal, Propiedad Intelectual, Derecho de Autor, Propiedad Industrial y Catalizador

Criminal Law, Intellectual property, Copyright, industrial property, catalust.

### **INTRODUCCIÓN.**

Con el presente trabajo, se pretende realizar un acercamiento acerca del papel que el Derecho Penal tiene en el marco de la protección de la Propiedad Intelectual. Analizando no solo las fuentes normativas de la mencionada protección sino las construcciones jurisprudenciales que se han edificado en relación el tema, análisis a partir del cual se pretende estudiar los alcances de la protección en la práctica identificando los principales problemas que se presentan, para de este forma dar respuesta a la pregunta que encabeza el presente artículo, a saber ¿Cuál es el papel del derecho penal en la protección de los derechos que emanan de la propiedad intelectual?.

## CAPITULO I.

### NOCIONES BÁSICAS.

**A. Nociones Básicas de la Propiedad Intelectual.** Con miras a dar una mayor claridad en los asuntos estudiados en el presente artículo, ilustraremos unas nociones básicas fundamentales de la propiedad intelectual.

**I. Definición de la Propiedad Intelectual.** Por propiedad intelectual debemos entender una rama del derecho que se subdivide en dos ramificaciones, por un lado está la propiedad industrial y por otro lado está el derecho de autor.

**II. Propiedad Industrial.** Es la subdivisión de la propiedad intelectual que se encarga de regular y proteger los derechos que emanan de la creación humana, novedosa que tiene aplicación industrial y que es el resultado de una actividad humana enfocada a obtener el resultado novedoso. Dentro de esta rama encontramos las creaciones industriales, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, los signos notorios, lemas comerciales, los nombres y enseñas comerciales, secretos industriales y la competencia desleal entre otros.

- i. **Creaciones Industriales:** De acuerdo al doctrinante Cárdenas (Comentarios Sobre la Propiedad Industrial, 2003, pág. 11), las creaciones industriales, son aquellas que en las que “se encuentran productos o técnicas que tienen un carácter de novedad absoluto”
- ii. **Diseño Industrial:** De acuerdo a la WIPO, un diseño industrial “es el aspecto ornamental o estético de un artículo, puede consistir en rasgos en tres dimensiones, como la forma o la superficie de un artículo, o rasgos en dos dimensiones, como el dibujo, las líneas o el color. Los diseños industriales se aplican a una amplia variedad de productos de la industria y la artesanía: desde instrumentos técnicos y médicos a relojes, joyas y otros artículos de lujo; desde electrodomésticos y aparatos eléctricos a vehículos y estructuras arquitectónicas; desde estampados textiles a bienes recreativos”. (WIPO, 2013)

En la legislación Colombiana, se consagra una protección a través de un registro de diseño industrial y se protege únicamente la parte estética del objeto, más no lo funcional.

- iii. Marcas. La marca es un signo distintivo por medio del cual se pretende identificar o representar los servicios o productos ofrecidos por una empresa o empresario
- iv. Lema: Es otro signo distintivo, que consiste en una frase, una palabra que generalmente se usa en conjunto con la marca con la finalidad de generar en el público un mayor reconocimiento de ésta.
- v. Nombres y Enseñas: El nombre es el signo distintivo que permite reconocer al empresario como tal en su actividad mercantil, se diferencia de la marca en razón a que ésta última pretende diferenciar los productos y servicios ofrecidos por el empresario, mientras que el nombre lo identifica como tal en su actividad comercial. Por su parte la Enseña es un signo distintivo que sirve para identificar un establecimiento de comercio.

**II. Derechos de Autor**. Citando al doctrinante Ernesto Rengifo (Propiedad intelectual el moderno derecho de autor, 1996, pág. 47)“el derecho de autor es una moderna disciplina jurídica que regula la particular relación del autor con su creación intelectual y de esta con la sociedad. En virtud de la primera, el derecho de autor otorga al creador un cúmulo de facultades tanto patrimoniales como morales que, de una parte, le permiten explotar en forma exclusiva su producción intelectual, y, de otra, persiguen que la obra siempre sea un reflejo de la personalidad de su creador. Pero, así mismo, el derecho de autor disciplina la obra dentro de la sociedad a través de preceptos que buscan fundamentalmente fijar una relación de equilibrio entre los derechos de explotación de la obra y el interés de la sociedad de disfrutar de la cultura, del arte y de compartir el avance científico y sus beneficios.”

El marco normativo de los derechos de autor, como se verá más adelante, tiene su origen principal en los derechos sociales, económicos y culturales, a los cuales el Estado debe proteger. Por esta razón el Artículo 61 de la Constitución. Con base en este artículo se expidió la ley 44/1993, la cual modificó y adicionó la Ley

23/1982 y se modificó la Ley 29/1944, normativa que se suma al Acuerdo de Cartagena el cual contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Esta reglamentación propende la protección de los autores y demás titulares de derechos, la regulación de lo relacionado con los derechos patrimoniales y morales, establece las limitaciones y excepciones de este derecho, determina el objeto y alcance de la protección y el término durante el cual se confiere, establece la autoridad encargada del registro y determina las sanciones para quienes atenten contra esta clase de derechos.

I. Derechos Morales. Es la protección de los derechos que recaen sobre las obras del intelecto humano que son protegidas por el derecho de autor <sup>3</sup> tienen su fundamento normativo en el artículo 30 de la 23 de 1982. El autor de una obra tendrá como derechos perpetuos, inalienables, irrenunciables, intransferibles, inembargables, imprescriptibles aquellos que tengan como objetivo principal proteger el vínculo personal del autor con su obra. Es así como en el marco de esta protección, el Autor tiene los siguientes derechos:

- a. Derecho de Paternidad: Consistente en el derecho que le asiste a que siempre se le reconozca la titularidad de la obra.
- b. Derecho de Integridad: Derecho a oponerse a que su obra sea modificada o deformada de cualquier forma que atente contra el decoro de la misma
- c. Derecho de Ineditud: El derecho que le asiste al autor de decidir si divulga o si se reserva la obra, así como a decidir el momento y la forma en que tal divulgación tendrá lugar.
- d. Derecho de Modificación: Es el derecho que tiene el autor de modificar su obra, entiéndase por modificación la corrección, mejora, los cambios accesorios de la obra. Este derecho está sometido a los límites en virtud de los derechos adquiridos por terceros.
- e. Derecho de retiro: El autor tiene el derecho a retirar la obra del mercado cuando ya no se ajuste a sus convicciones morales o intelectuales, después de haber contratado su divulgación, y previa indemnización por daños a los titulares de derechos patrimoniales de autor.

---

<sup>3</sup> ver Artículo 2 ley 23 de 1982

II. Derechos Patrimoniales. Los derechos buscan que el autor pueda obtener un provecho económico de la explotación de su obra. Este conjunto de derechos, está consagrado en el artículo 12 de la ley 23 de 1982 y encontramos los siguientes:

- a. Derecho de reproducción. Es el derecho que tiene el autor de fijar su obra en un medio que permita su exhibición. Es el derecho de la producción de ejemplares de la obra.
- b. Derecho de Distribución. Es el derecho que le asiste al autor para que su obra sea puesta a disposición del público.
- c. Derecho de Comunicación Pública: Es el derecho que tiene al autor de que su obra pueda ser exhibida al público, sin que se dé una distribución de la obra al público.
- d. Derecho de Transformación: Como su nombre es el derecho que tiene el autor de transformar la obra y que se generen unos derechos sobre la obra derivada. Que serán del titular de la obra derivada.

III. Excepciones de los derechos de Autor. El derecho de autor, tiene unas excepciones que están consagradas en el capítulo III de la ley 23 de 1982 y en la decisión 351 de la CAN y en la decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Las excepciones tienen su fundamento en la búsqueda de un equilibrio entre el interés público y el interés privado del autor. En palabras del Dr. Rengifo (Propiedad intelectual el moderno derecho de autor, 1996, pág. 169)“...el derecho de autor busca lograr un punto de equilibrio entre el interés público a la información de acceso a la cultura, de una parte, y de otra, una efectiva y razonable protección tanto económica como moral de los autores de creaciones literarias, artísticas y científicas.”

**B. Nociones Básicas del Derecho Penal.** Con miras a dar una mayor claridad en los asuntos estudiados en el presente artículo, ilustraremos unas nociones básicas fundamentales de la propiedad intelectual.

## **1. Nociones básicas.**

I. Bien Jurídico Tutelado. El doctrinante, Franz von Liszt (Tratado de Derecho penal, trad. de la 20a ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho penal español por Quintilliano Saldaña, 1999, pág. 6) se expresó de la siguiente manera: “los bienes jurídicos son los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”, Así las cosas, el bien jurídico tutelado, es aquel valor legalizado que el Estado quiere dar su máxima protección o bien por su inherencia en la comunidad o en el orden social.

II. El Tipo Penal. Entiéndase por tipo penal para los efectos del presente artículo la definición ofrecida por el Dr. Zaffaroni (Citado en Velasquez, 2004, pág. 254) “puede entenderse por tipo penal un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas” Los tipos penales, se pueden clasificar en:

- A. Tipos Penales básicos. Son aquellos en los que se describe una o varias conductas delictuales de manera autónoma. No se debe acudir a ningún otro instrumento normativo para completar o bien la conducta regulada o la pena impuesta.
- B. Tipos Penales Compuestos: Son aquellos “tipos que describen una variedad de conductas, cada una con capacidad de conformar por sí misma una descripción típica distinta”. (Velasquez, 2004, pág. 290)
- C. Tipo Penal en Blanco: Es aquel tipo penal en el cual "la conducta no aparece completamente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo u otros ordenamientos jurídicos para actualizarla y concretarla." (Echandia, 1984) Esta modalidad de tipo penal ha sido aceptada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al establecer en diversas sentencias, el reconocimiento de la validez de estos. "... los tipos penales se clasifican en distintos grupos, por ejemplo: según su estructura son básicos, especiales, subordinados,

elementales, compuestos, completos, incompletos, autónomos y en blanco."  
(Sentencia C-133 de 1999)

- D. Tipo Penal de Resultado: Son aquellos en los cuales se requiere un resultado para que se entienda configurada la comisión del delito, es de aclarar, que por resultado no solo se debe entender el daño causado al bien jurídico tutelado, sino también la puesta en riesgo o amenaza del bien protegido.
- E. Tipo Penal de mera conducta: Son aquellos en los que el delito se configura por la sola acción del sujeto activo, no requieren que se dé un resultado material. Estos se identifican porque en la redacción del tipo se describe la mera acción del autor.
- F. Tipo penal Monofensivo: Son aquellos en los cuales se busca la protección de un solo bien jurídico tutelado; por su parte los Tipo Penal Pluriofensivos, son aquellos por medio de los cuales el legislador busco la protección de varios bienes jurídicos tutelados.
- G. Tipo Penal de Lesión: Son aquellos en los que para la configuración del delito, se debe de generar un daño al bien jurídico tutelado.
- H. Tipo Penal de Peligro: Son aquellos en los que no es necesario que se de un daño al bien jurídico tutelado para la configuración del delito, basta con que se lleve a cabo una conducta que apenas alcance a poner en peligro al bien jurídico tutelado.

## 2. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

I. **Principio de reserva legal**, El único autorizado para expedir normas de carácter penal es el legislador, ya que en él se radica la representación popular, la cual es esencial en la elaboración de las leyes penales, que por sus características "...deben estar precedidas de un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática." (Asúa, 1950)

II. **Principio de Tipicidad**: Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", A través de este principio se pretende

evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria. El artículo 10 del Código Penal consagra de manera inequívoca el principio de tipicidad.

La corte Constitucional estipuló que: "...cuando el legislador redacta un tipo penal está obligado a definir de manera precisa el acto, el hecho o la omisión que constituye el delito, y que si no lo hace propicia un atentado contra la libertad individual, pues deja al arbitrio de la autoridad que deba aplicarlo la calificación de los actos, vulnerando la libertad y la seguridad individuales consagrados como derechos fundamentales en el ordenamiento superior." (Sentencia C-127 de 1993) Posteriormente, la Corte Constitucional determinó que atreves de este principio se "garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sean privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma, toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas" (Sentencia C- 133 de 1999).

**III. Principio de Antijuridicidad.** Este principio se encuentra consagrado en el artículo 11 del Código Penal, ha sido definido por la doctrina como "un juicio negativo de valor mediante el que se determina si la conducta típica y antinormativa pugna con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y si amenaza o lesiona el bien jurídico tutelado." (Velasquez, 2004, pág. 343) En este orden de ideas, a través de la aplicación de este principio, el operador jurídico realizará un análisis acerca de si la conducta violatoria en efecto generó un daño o puso en riesgo el bien jurídico tutelado.

**IV. Principio de Legalidad.** Este principio encuentra su fundamento jurídico en el Artículo 6 del Código Penal. En virtud de éste solo es delito el hecho que haya sido expresa y previamente declarado en la ley como tal. El Doctrinante Fernando Velásquez ha sostenido que "el organismo estatal ha de tener unos controles muy precisos y claros en su injerencia sobre el ciudadano. A su vez, el objeto de los actos de intervención ha de ser tan detallados y específico, que no se debe prestar a equívocos entre los coasociados; y por último, el gobernado debe tener la posibilidad real de conocer con toda claridad tanto el contenido de esos actos

como su fundamento. De este postulado se deriva todo un cumulo de garantías vitales para la seguridad jurídica.” (Velasquez, 2004, págs. 61,62)

**V. Principio de Proporcionalidad** Este principio se encuentra consagrado en el artículo 3 del Código Penal. En este orden de ideas, tal y como lo hace el Dr. Fernando Velásquez, podemos afirmar que éste principio “está integrado por un conjunto de criterios o herramientas. (...). No es un principio del que se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino solo por referencia al caso concreto, según la relación medio a fin que, finalmente, guarde el límite o gravamen de la libertad, con los bienes, valores o derechos que pretenda satisfacer” (Velasquez, 2004, págs. 36,37)

Estas herramientas, han sido igualmente desarrolladas por la Corte Constitucional en sentencias tales como pero sin limitarse a la C - 939 de 31 de Octubre de 2002, en la que se desarrollan los siguientes puntos: 1. Idoneidad: La sanción debe de ser idónea para alcanzar el fin perseguido y debe confrontarse con ese fin. 2. La necesidad de la pena. Las penas privativas de la libertad solo se deben imponer cuando sea absolutamente necesario, es decir, estas deben de ser la última rattia y solo acudir a ellas cuando no haya otro mecanismo para obtener el fin perseguido. 3. El uso de la pena privativa de la libertad este limitado de acuerdo con la gravedad del hecho reprimible cometido o del riesgo objetivo o subjetivo de comisión de una infracción. (Velasquez, 2004, pág. 37)

**VI. Principio de Racionabilidad** Al igual que el principio de proporcionalidad, el principio de racionabilidad encuentra su fundamento jurídico en el artículo 3 del Código Penal Colombino. Este principio lleva envuelta la obligación para el operador jurídico de hacer una adecuación armónica de una la comisión de una conducta punible y la sanción a imponer con aras de alcanzar el fin propuesto por el estado.

**VII. Principio de Necesidad**. El principio de necesidad se encuentra igualmente desarrollado en el artículo 3 del Código Penal. En virtud de este principio, se desarrolla para el Estado la obligación de imponer una sanción penal en la medida en que sea estrictamente necesario y no haya otro mecanismo que pueda lograr a restablecer el orden o a alcanzar el fin de la protección. Este principio tiene una

gran afinidad con la última ratio “solo se debe acudir a las penas privativa de la libertad cuando se haya descartado la posibilidad de obtener el fin legítimo perseguido con la conminación penal, acudiendo a medios menos dañinos u graves” (Velasquez, 2004, pág. 37) así las cosas, se puede concluir que el principio de necesidad significa que “la injerencia penal del Estado solo se justifica cuando ella es imprescindible para el mantenimiento de su organización política; todo lo que vaya más allá de dicho fin, encauza esas injerencias por las vías autoritarias y termina de manera inexorable, en la supresión de los fundamentos democráticos del Estado.” (Velasquez, 2004, págs. 41, 42)

**VIII. Principio de Culpabilidad.** El fundamento jurídico del principio o la noción estudiada, se encuentra en el artículo 12 del Código Penal. Es en este sentir, la razón por la cual doctrinantes tales como el Dr. Velásquez sostienen que según este principio “no hay pena sin culpabilidad, pues la sanción criminal solo puede fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle “exigido” al agente.” (Velasquez, 2004, pág. 56) A través de la aplicación de este principio busca la exclusión de toda pena que no tenga como presupuesto la culpabilidad del autor, y así eliminar la responsabilidad objetiva, o sea por la mera causación del resultado.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

**I. Fundamento de la Protección.** El Estado Colombiano, en cumplimiento de la Decisión 486<sup>4</sup> de la Comunidad Andina de Naciones, así como de la Decisión 351<sup>5</sup> de la Comunidad Andina de Naciones, y en el artículo 61 de la Constitución Política Colombiana, estableció la protección de los derechos que se circunscriben a la propiedad intelectual a partir de las disposiciones 270 y siguientes del Código Penal y los artículos 51 y siguientes de la ley 44 de 1993. A través de estos

---

<sup>4</sup> Artículo 257 decisión 486 de la CAN: “Los Países Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales para los casos de falsificación de marcas”

<sup>5</sup> Literal D artículo 57 de la decisión 351 de la CAN. Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.

artículos, el legislador pretendió darle la fuerza y el sustento a la protección de la propiedad intelectual.

**II. Evolución Histórica de la Protección.** La primera protección que podemos encontrar de manera fehaciente en un texto normativo expedido por la republica colombiana, es en el artículo 35 de la Constitución de 1886.<sup>6</sup> Si bien en ese texto normativo brindaba una protección, la misma se encontraba direccionada a una protección de las obras literarias o artísticas. Excluyendo todos aquellos modelos o formas de artes que para la fecha se presentaban pero frente a la cuales aún no se había dado la necesidad social de protección, obras tales como las obras teatrales, fotográficas, cinematográficas, un modelo productivo, un diseño industrial o cualquier otro de similar naturaleza. Posteriormente, con la expedición de la Constitución de 1991 y el cambio de la estructura del Estado a ser un Estado Social de Derecho, la propiedad intelectual paso a ser contemplada en el Artículo 61<sup>7</sup> de la Constitución Política de Colombia. Es allí donde el legislador quiso dar la protección tanto a los derechos de autor, los derechos conexos y la propiedad industrial. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia de Tutela T- 537 de 1992, M.P.: Simón Rodríguez. Ahora el legislador Colombiano no solo consagró la protección desde la Constitución Nacional, sino que dispuso la protección de estos derechos a través del Derecho Penal. Es por esta razón, que luego de una evolución normativa a lo largo de los Códigos Penales de 1890, 1936, y en el actual Ley 599 de 2000, se ha consagrado como delitos las conductas que atenten en contra de los derechos de autor y la propiedad industrial. En el caso de los tipos penales que protegen la propiedad intelectual, se puede determinar que la razón por la cual el legislador protege estos bienes jurídicos es debido un mandato de un tratado internacional y la constitución.

---

<sup>6</sup> Art. 35 Constitución 1886 "Será protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la Ley". (...)

<sup>7</sup> **Artículo 61 Constitución de 1991** "El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la Ley".

### **III. Análisis de las disposiciones jurídico penales.**

#### **A. Disposiciones Contenidas en el Código Penal.**

El Código penal en el Título VIII consagra el régimen de “*LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR*”. En el mencionado título consagró los Artículos 270 y siguientes, algunas de estas disposiciones fueron modificadas por la 1036 de 2006. Los tipos penales consagrado en el título estudiado, consta de las siguientes características: (Sentencia 30/Abril del 2008)

Son tipos penales monosubjetivos e indeterminados: Es decir, se requiere un único sujeto activo no calificado; Son tipos de Resultado: Es decir que genere un daño o amenaza al bien jurídico; Son Tipos de conducta instantánea: es decir que es un tipo de acción y que se agota en un solo momento; Son tipos Monoofensivos: Afecta solo a un bien jurídico; Son tipos compuestos: contiene varios verbos rectores.

#### **B. Disposiciones contenidas en la ley 44 de 1993.**

Las disposiciones que consagra la ley 44 de 1993 en el Capítulo IV, fueron reproducidas sustancialmente por el código penal en el título mencionado en el punto anterior.

Al respecto, la corte constitucional en sentencia C-1490 de 2000 dispuso que las normas analizadas no son de aquellas que se enmarcan dentro de los tipos penales en blanco, sino que son tipos penales compuestos, en cuanto a que en el artículo 52 y de la ley 44 de 1993 se encuentran tipos que describen una conducta concreta, que contienen un precepto y una sanción. De igual manera determina la corte que el sujeto activo, es indeterminado, pues no se requiere una calidad especial para efectuar la conducta descrita. Por su parte en razón al sujeto pasivo, se observa que al igual que en el Código Penal, que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado.

Frente a los verbos rectores que rigen las conductas punibles analizadas, podemos decir que son tipos penales que cuentan con 3 verbos rectores, a saber inscribir, mencionar falsamente y reproducir.

Es en este sentido que concluye la corte entonces que se está en presencia de normas que configuran tipos penales completos, que si bien no requieren, de un complemento legal precedente, sin el cual el juez no puede proceder a realizar la integración normativa correspondiente que exigen los ya analizados tipos penales en blanco, de necesitarlo lo encuentran abundante en varias normas legales, entre otras las arriba citadas.

### **C. Conclusiones de la Normatividad Analizada**

Del análisis que realiza la corte en la sentencia mencionada (C-1490 de 2000), así como el análisis realizado a las disposiciones de contenidas en el Código Penal, se puede concluir que en ninguna parte se establece en ellos que el tipo penal sea de aquellos en los cuales es para su configuración es necesario que se ocasione un daño fehaciente al titular de derechos, basta con la puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados. Por lo anterior, se puede deducir de una manera preliminar que de acuerdo con lo estipulado con la normatividad colombiana el solo incurrir en las conductas que se describen en los verbos rectores, sin analizar si se materializó o no un daño patrimonial en el titular del bien jurídico configura en sí cada tipo penal. Sin embargo, en las construcciones jurisprudenciales realizadas por las altas cortes al respecto (Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia), las cuales se puede observar como se alejan de esta conclusión.

## **CAPITULO TERCERO**

### **JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA CASACIÓN PENAL EN RELACIÓN CON LOS TIPOS PENALES ANALIZADOS.**

#### **Análisis de los requisitos subjetivos exigidos por la corte.**

La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en diversas sentencias<sup>8</sup>, han trazado varios parámetros en cuanto a la configuración de los tipos penales objeto del presente estudio, parámetros tales como el ánimo de lucro, el daño efectivo al bien jurídicamente tutelado y la comisión de delito en un entorno de empresa organizada en razón del delito mismo.

Las líneas delgadas que se encuentran dentro de este planteamiento en razón a los derechos patrimoniales, las centramos en lo siguiente:

A. ¿En qué punto se considera que se actuó con un ánimo de lucro y se causó un daño pecuniario al sujeto pasivo?

En este punto hemos encontrado posiciones encontradas por parte de la Corte Suprema de Justicia. En uno de los últimos pronunciamientos<sup>9</sup> estableció que la afectación a los derechos patrimoniales no solo se ve reflejada en el monto que el propietario dejó de percibir, sino en los esfuerzos invertidos para obtener la creación.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 30 de Abril de 2008 señaló que el bien jurídico tutelado son los derechos patrimoniales de autor. Y que para que se dé una afectación a éste debe de existir un ánimo de lucro y un perjuicio pecuniario para el titular de los derechos; afirma que si bien estos elementos no están dentro del tipo, su observancia es imperativa porque son elementos subjetivos del tipo las cuales en cada caso en concreto determinaran la materialidad de la conducta.

Es menester, resaltar que a través de esta afirmación, se da una violación clara al Principio de Legalidad y al de Tipicidad, pues pretende la Corte Suprema dar una interpretación extensiva a un tipo penal, olvidando lo dictado por la literalidad de los tipos penales.

---

<sup>8</sup> Sentencia del 30 de Abril de 2008, Radicado Nro. 29188, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, Sentencia del 31 de Mayo de 2009 Procesos Nro. 31403; Sentencia del 13 de Mayo de 2009 Proceso Nro. 31362; Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal; Sentencia 24 de Mayo de 2010, Proceso 31304, Sentencia 12 de Marzo de 1999 Radicado 15378 y otras

<sup>9</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 31304, 24/05/10

Se podría pensar, que esta construcción que realiza la Corte Suprema se debe a que esta considera que los tipos penales analizados, son aquellos denominados Tipos penales en Blanco, y que por ende se deberá acudir a las demás normas que rigen en materia de propiedad intelectual para completar la conducta descrita en estos. No obstante, frente a este posible raciocinio, podríamos contra argumentar sosteniendo que, en primer lugar, en la normatividad a la que se acudiría no se establece como requisitos los elementos subjetivos que arguye la Corte, y, por otro lado, en Sentencia C 1490 de 2000, la corte constitucional determinó que las conductas analizadas no constituyen tipos penales en blanco, en cuanto su contenido incluye todos los elementos necesarios de un tipo penal completo, claro e inequívoco, cuya producción por parte del legislador respetó en todo el principio de legalidad.

La discusión que frente a estos elementos subjetivos se vuelve interminable, en cuanto a que la Corte no ha delimitado una línea clara para determinar en qué punto se puede considerar realizado un daño; Pues en algunas de las sentencias analizadas se encontró que frente a situaciones similares el criterio para determinar el daño causado es distinto.

#### B. ¿Qué se requiere para calificar como empresa criminal?

En este punto la Corte ha sido aún más contradictoria, pues no ha logrado establecer qué se refiere como empresa criminal, en la medida que en la sentencia del 13 de Mayo de 2009 Proceso Nro. 31362; consideró que no se configuró un daño por cuanto no hubo un peligro trascendente para los derechos patrimoniales de los titulares. No solo bastaba la realización de la acción, ni que la voluntad del legislador era combatir la piratería en cualquiera de sus manifestaciones, incluso por encima de la exigencia de la lesividad, ya que no es posible interpretar el alcance del tipo penal de manera aislada. En esta sentencia la Corte consideró que no es una empresa criminal cuando un individuo vende copias de libros no autorizadas en la calle, que él es un simple eslabón de la cadena y que en el fondo hay una empresa criminal organizada de la cual el no

hace parte y la cual es la que genera que se cause un peligro trascendente para los titulares de los derechos.

En esta misma providencia la Corte define como empresas criminales organizadas con el propósito de obtener grandes beneficios económicos a partir de la ilícita explotación de obras producidas por el intelecto humano.

Posteriormente mediante la Sentencia del 24 de Mayo de 2010, determinó que sí se da una empresa organizada en razón a que la venta de copias ilícitas se hacía en un local cuyos enseres estaban todos destinados en eje de la ejecución de las conductas típicas.

Es de resaltar que el criterio diferenciado que tuvo la Corte en estos casos es que uno realizaba la actividad ilícita en las calles y por ende no era empresa criminal y que el otro que los hacía en un local si era una empresa organizada.

Olvida la Corte considerar que en ambos casos la conducta delictual cometida era la misma, venta de copias no autorizadas. Supone la Corte que al estar en un local hay toda una organización criminal que no está en el vendedor de la calle, más no se detiene a analizar esa suposición, pues no verifica si el señor de la calle tenía más libros almacenados en otro sitio, o cuántas copias ilícitas había logrado vender.

### C. Protección en cuanto a los Derechos Morales.

En razón a la construcción que la Corte Suprema de Justicia ha realizado en cuanto a la protección penal frente a los derechos morales, se trae a colisión la sentencia Nro. 31403 Sentencia del 31 de Mayo de 2009. En la cual la corte toma la decisión de elevar los derechos morales a la categoría de derechos fundamentales a través de un análisis acerca de la Estructura del Tipo Penal de Violación a los Derechos Morales de Autor. Establece la Corte que el Bien Jurídico Tutelado son los Derechos Morales de Autor; derecho de carácter fundamental que tiende proteger la personalidad del autor en relación con su obra y abarca el conjunto de facultades que permiten al autor de la misma, reivindicar, en cualquier momento y contra cualquier persona, la paternidad o autoría de su obra.

Esta construcción jurisprudencial de elevar el bien jurídico tutelado a un derecho fundamental que es la personalidad del autor, es una construcción que al igual que las comentadas en los párrafos anteriores, atenta contra principios propios del derecho penal, tales como el de tipicidad, reserva legal y legalidad.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **CONCLUSIONES.**

#### **EL DERECHO PENAL EN MATERIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL FUNGE COMO CATALIZADOR GRACIAS A SUS DEFECTOS Y A LOS ERRORES PRESENTADOS EN LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL.**

Tal y como lo hemos expuesto a lo largo del presente artículo, el Estado Colombiano llamado por su propia Constitución, por los Tratados Internacionales y por la misma exigencia de la realidad social ha construido sobre el derecho penal bases para brindar la protección debida a los derechos inherentes a la propiedad intelectual.

Bajo ese entendido en cuanto a la longevidad que tiene la inclusión de esos temas dentro del derecho penal, así como las construcciones jurisprudenciales de las altas cortes, surge entonces la necesidad de responder de manera sincera y sistemática qué o cuál es el papel del derecho penal en materia de propiedad intelectual.

Se inicia entonces por enunciar los posibles roles o papeles que revela el estudio realizado, teniendo por tales los siguientes:

- ✓ El derecho penal como instrumento de protección en materia de propiedad intelectual.
- ✓ El derecho penal como instrumento de persuasión en materia de propiedad intelectual.

- ✓ El derecho penal como catalizador en materia de propiedad intelectual.

Sea lo primero advertir que los roles enunciados al ser contextualizados frente a un fin común son susceptibles de confundirse o derivarse, por lo que se precisa entonces hacer un marco diferencial a fin de establecer su valor en un análisis separado.

En primer lugar, se analiza el derecho penal en estos casos como un instrumento de protección. Como argumento a favor, se tiene como referencia la tipificación por parte del legislador de conductas que atentan contra los derechos de propiedad intelectual; sin embargo, como se ha expuesto la forma y construcción de los mismos, así como las posiciones adoptadas por las altas cortes al respecto hacen que dicho argumento pierda valor, cediendo la utilidad de los mismos como mecanismos o instrumentos de efectiva protección. Para apoyar lo anterior, se debe tener en cuenta que los resultados alcanzados por los tipos penales imparagitablemente se tienen que catalogar como inútiles, toda vez que sobre los mismos se ha tejido una discusión que a nuestro modo de ver es de nunca acabar. Esto tal vez se pueda explicar por medio de un argumento de épocas; es decir, toda la teoría del derecho penal, en especial la teoría del delito, fue concebida y construida por lo que se puede denominar un derecho clásico, mientras que todo el desarrollo del derecho de la propiedad intelectual es producto de la era moderna, la cual no sólo en ésta rama ha demostrado que requiere de un derecho que le brinde mecanismos que le sigan el ritmo en el avance de los temas objetivos en que se funda el mismo. Así las cosas, solo está llamado al fracaso un instrumento clásico, caracterizado por lo perpetuo de sus conceptos, sí es el mecanismo pensado para blindar un derecho rodeado de temáticas dinámicas y cambiantes. Por otro lado, las posiciones y construcciones jurisprudenciales hechas por las altas cortes obligan también a desechar al derecho penal como un instrumento de protección, toda vez que sus decisiones adolecen bien sea de falta de claridad o de ambigüedad, lo cual afecta la utilidad del derecho penal como un

instrumento de protección puesto que dichos yerros repercuten en igual sentido en todo el órgano jurisdiccional.

En conclusión sobre este punto de análisis, el derecho penal no es precisamente un instrumento efectivo de protección, ya que si bien se cuenta con la elaboración de normas penales que buscan proteger y ayudar al derecho de la propiedad intelectual, el tema en la práctica forense no es seguro, lo que lo desvirtúa como tal.

Siguiendo con el orden se procede a establecer si el derecho penal es o funge como un elemento de persuasión en materia de derechos de la propiedad intelectual. Frente a este posible rotulo se debe predicar que al igual que sucedió con la concepción como instrumento de protección, el derecho penal no es en definitiva un elemento de persuasión en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual. Lo dicho, además de las razones esbozadas en el análisis pasado, se predica con base en una vista simple a la realidad colombiana y a la problemática clara y evidente de la cual cualquier persona que esté en Colombia (propios y extraños) pueden percibir. A favor de dicha concepción se tiene el argumento de que en la actualidad los comerciantes, entendiendo por estos las personas naturales y jurídicas que se dedican al comercio, últimamente han estado más atentas a la atención de los preceptos consignados en los tipos penales buscando evitar incurrir en delitos. Prueba de ello lo es la movilización comercial que se ha venido dando en los últimos años frente a la utilización de “Software” legales, la cual evidentemente es consecuencia de una ley apoyada en una política estatal. Sin embargo, el impacto y la movilización que se ha tejido alrededor de ese caso en particular, bajo una perspectiva de análisis más profundo, sólo denota lo atrasado que está el país en ese tema, razón por la cual sería un error encasillar al derecho penal como un elemento de persuasión. Para lo anterior se propone la realización de siguiente ejercicio: Ubíquese en cualquier sector de la ciudad, sin importar su estrato social. A simple vista, sin necesidad de ser un perito experto en materia de autenticidad usted fácilmente podrá estar ante por lo menos tres (3) casos de delitos a la propiedad intelectual

en cualquiera de sus modalidades, bien sea casos de piratería, reproducciones de fonogramas obtenidos de forma ilegal, o casos de infracción a patentes. Esta manifestación tan obvia, constante y espontánea desmerita el concebir al derecho penal colombiano actual como un instrumento de persuasión, porque si bien es cierto que no hay normas que castiguen o restrinjan a las personas del común usar elementos protegidos por el derecho penal en materia de propiedad intelectual, también lo es el hecho de que esos usuarios no son las personas que los fabrican, importan o distribuyen. Por ende, dicho ejemplo es muestra suficiente del fracaso de concebir al derecho penal como un elemento de persuasión.

No obstante lo anterior, siguiendo el ejercicio legislativo de que el hecho precede la norma, proponemos que esa realidad no se extinga como una simple crítica, sino como un llamado a intentar incluir tipos penales que castiguen a los usuarios de los productos hechos sin atención a las normas de la propiedad intelectual, ya que está claro que frente a los importadores, fabricantes y distribuidores locales dichas normas no cumplen ningún papel persuasivo.

Para cerrar, en cuanto a los argumentos que niegan la naturaleza de instrumento de persuasión se trae a colación un último argumento resaltado por la mismísima Corte Constitucional, quien advirtió la dificultad de contención que se presenta frente a los bienes jurídicos tutelados por el derecho de propiedad intelectual, ya que la conectividad mundial y simultánea que ofrece la internet sumada a la naturaleza de intangibles que ostentan estos bienes jurídicos hace imposible una efectiva protección o tutela con el modelo penal colombiano actual.

Ahora bien, no por cláusula residual sino producto de un análisis diferencial de los roles propuestos, se expresa entonces como conclusión del presente estudio que el derecho penal colombiano actual cumple con el papel de ser un catalizador de los problemas presentados en la práctica en materia de propiedad intelectual. (Entiéndase por catalizador para los efectos del presente trabajo, aquel elemento por medio del cual se nivelan o neutralizan las cargas y presiones para llegar a una solución más rápida, efectiva y favorecedora para ambas partes.)

Contrario a lo sucedido en el análisis diferencial de los anteriores roles, el análisis hecho frente a sí es o cumple el papel de catalizador arrojó cuatro (4) argumentos a favor contra uno (1) en contra.

En la práctica del derecho privado se ha discutido, intentado e interrogado sobre la utilidad que el derecho penal puede presentar para los conflictos propios del primero. En sede de dichas situaciones se han presentado discusiones referentes al derecho penal como última ratio contrastadas con la necesidad de promover escenarios de solución alternas a los conflictos. Por una u otra vía, el común denominador que se presenta en el tema radica en que se ha concebido el derecho penal como un elemento que propenda, bien sea por temor, desconocimiento o utilidad, una solución pronta y por qué no directa a los problemas.

Dicha situación se presenta en temas tan variados como lo son el derecho de familia, en temas propios de éste derecho como lo son la asistencia alimentaria a cargo de los padres, el cuidado de los hijos, e incluso en temas de retención indebida de los menores. En la práctica se ha invocado al derecho penal en tipos como lo son el de la inasistencia alimentaria y el del secuestro simple. Situaciones similares se presentan en negocios de naturaleza tanto civil como comercial, en el cual ante la suerte de contratos se han invocado tipos penales como los de estafa, abuso de confianza y hasta los del hurto continuado.

En este tipo de situaciones el derecho de la propiedad intelectual no ha sido la excepción, puesto que si bien se cuentan con normas y procedimientos del orden privado y administrativo, la existencia de tipos penales que custodien como bienes jurídicos tutelados derechos propios de ese derecho, han sido escenarios de presión para buscar y encontrar soluciones prontas y expeditas a sus conflictos propios.

Ya entrando en materia, el análisis en sede de determinar al derecho penal como un catalizador de los conflictos en material del derecho de la propiedad intelectual presentó una situación que no sucedió en los análisis anteriores, puesto que hay un argumento común que apoya y desvirtúa dicho papel en el análisis. Por tal razón, se comenzará por exponer dicho argumento en primer lugar para luego

desarrollar los que apoyan nuestra tesis y terminar contrastando lo dicho con el argumento que intenta persuadir la conclusión obtenida.

Dentro del giro ordinario de las actividades del comercio la eficiencia, tanto del tiempo como de los recursos son unos de los factores que mayor atención y cuidado demandan a las personas que a ello se dedican, por lo que evitar inversión tanto de tiempo como de dinero y personal en temas ajenos a los productivos es una premisa que se debe tener presente en todo momento en aras de producir utilidades. Así las cosas, cuando se está ante la inminencia de caer dentro de un proceso penal, haciendo de lado el temor a las consecuencias penales y pecuniarias que pudieren resultar del mismo, resulta ser lo más acertado evaluar las implicaciones y posibles escenarios que dicha situación puede representar.

Sin importar el tipo específico de protección de la propiedad intelectual, cualquier proceso penal de dicha naturaleza lleva inmerso dos condiciones que acompañan la incertidumbre. En primer lugar, se tiene lo demorado y engorroso que puede llegar a ser llevar un proceso penal hasta sus últimas instancias; y, en segundo lugar, de cara a las posiciones jurisprudenciales expuestas, la incertidumbre del resultado, que en éste tipo de procesos como se vio es significativamente mayor a la presentada normalmente en cualquier proceso judicial.

La situación expuesta puede fungir como un argumento en contra de la tesis de que el derecho penal pueda ser un catalizador; no obstante, somos del pensar de que por el contrario y atendiendo la premisa expuesta al inicio que deben observar los comerciantes, esta situación repercute no solo en ellos sino también en los afectados, puesto que en aras de zanjar la situación estarán más dispuestas a buscar una solución pronta para que cada parte pueda continuar con sus actividades, dejando el asunto penal finiquitado y en el pasado. A esto debe también sumarse el ahorro que presenta para cada parte el no entrar al desgaste en un proceso penal, no sólo por la presunción de inocencia sino también porque todo proceso penal en materia de propiedad intelectual se presenta el choque de dos principios generales del derecho, "los cuales son el indubio pro reo y el principio de la interpretatio favor auctoris, los cuales disponen en su respectivo

orden a que toda duda debe ser resuelta a favor del sindicato y que toda duda se interpretará en favor del titular de los derechos de autor". (Rengifo, 1996, pág. 103)

En consecuencia, y ahora si trayendo a la ecuación el factor de las posibles implicaciones personales y patrimoniales, se tiene que partir de la premisa de que en este tipo de asuntos es más seguro y pronto un arreglo, lo que demuestra que el derecho penal, con todas las falencias expuestas, es en sí un catalizador para ese tipo de conflictos, bien sea que se evalúe desde la óptica del autor o de la persona señalada de atentar contra los derechos de aquel.

Por último, el Parágrafo del Artículo 52 de la Ley 44 de 1993<sup>10</sup>, es la prueba irrefutable de nuestra posición, ya que expone con meridiana claridad al derecho penal como catalizador, toda vez que de forma expresa el legislador dispuso de una vía para extinguir la acción penal, lo cual sumado a las consideraciones expuestas por la corte en la Sentencia de Constitucionalidad C-1490 de 2000 (ya analizadas) no dejan otro camino que catalogar al derecho penal como catalizador de los conflictos penales suscitados en materia de la propiedad intelectual.

Para cerrar, es nuestra intención advertir y señalar que todos los ataques y críticas fuertes que se formularon en el presente artículo, tanto a los legisladores como a las altas cortes, encuentran un sentido de utilidad que va más allá de la crítica académica constructiva, pues sentimos el deber de señalar y resaltar que los yerros, falencias y vacíos contribuyen significativamente a catalogar como catalizador al derecho penal, lo cual afirmamos a través de la expresión que lo imperfecto tanto de las normas como de las construcciones jurisprudenciales hechas contribuyen paradójicamente a construir una solución, haciendo de ese instrumento un catalizador perfecto para dichas situaciones.

---

<sup>10</sup> **Parágrafo Artículo 52 ley 44 de 1993.** En los procesos por los delitos previstos en este artículo, la acción penal se extinguirá por desistimiento del ofendido, cuando el procesado antes de dictarse sentencia de primera instancia, indemnice los perjuicios causados

## **Bibliografía**

Asúa, L. J. (1950). *Tratado de Derecho Penal, Tomo II Filosofía y Ley Penal*.

Buenos Aires: Losada.

CARDENAS, P. E. (2003). *Comentarios Sobre la Propiedad Industrial*. Cosmos

J.P.A.

Echandia, A. R. (1984). *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Universidad el

Externado.

Rengifo, E. (1996). *Propiedad intelectual el moderno derecho de autor*. Bogotá:

Universidad El Externado.

Velasquez, F. (2004). *Manual de Derecho Penal*. Temis.

VON LISZT, F. (1999). *Tratado de Derecho penal, trad. de la 20a ed. alemana por*

*Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho penal español por*

*Quintilliano Saldaña*. Madrid: Reus.

WIPO. (2013). *www.wipo.int*. Obtenido de

[www.wipo.int/sme/es/ip\\_business/industrial\\_designs/inex.htm](http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/industrial_designs/inex.htm)

WIPO. (2013). *www.wipo.int*. Obtenido de [www.wipo.int/about-](http://www.wipo.int/about-ip/es/industrial_designs.html)

[ip/es/industrial\\_designs.html](http://www.wipo.int/about-ip/es/industrial_designs.html)

Sentencia T -537 de 1992 M.P. Simon Rodriguez

Sentencia C-127 de 1993 M.P. Alejandro Martinez

Sentencia C-133 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Sentencia C.S.J; Proceso 15378 del 12 de Marzo de 199

Sentencia C-1490 de 2000; M.P. Martha V. Sánchez Méndez

Sentencia C.S.J.; Proceso 29188 del 30 de Abril de 2008; M.P. Jose Leonias

Bustos

Sentencia C.S.J.; Proceso 31362 del 13 de Mayo de 2009

Sentencia C.S.J.; Proceso 31304 del 24 de Mayo de 2010

Constitución Política de Colombia de 1886

Constitución Política de Colombia de 1191

Decisión 486 de la CAN

Decisión 351 de la CAN

Decreto 259 de 1992

Ley 23 de 1982

Ley 44 de 1993