

*¿Es legítima la protección penal de los derechos morales de autor?**

César Alejandro Osorio Moreno**

Recibido: agosto 2 de 2010
Aprobado: septiembre 21 de 2010

Resumen

En el contexto del derecho penal moderno y desde una perspectiva comparada entre el derecho penal español y el derecho penal colombiano en cuanto a la protección penal de los derechos morales de autor, se pone en discusión si es necesaria la intervención penal o no, a partir de cuestionar si en verdad se protege un bien jurídico relevante que ameritaría el mecanismo de control social más grave del que dispone el Estado que es el derecho penal, o cómo se planteará, si a partir de la protección de los derechos patrimoniales de autor se cobijan los morales tal como acontece en España en la actualidad.

Palabras clave: derecho moral de autor, protección penal, intervención mínima, bien jurídico, última ratio.

* Este artículo es producto de investigación terminada y forma parte de la tesina escrita y sustentada para obtener el DEA (Diploma de Estudios Avanzados), titulada "Sobre la legitimidad de la protección penal de los derechos morales de autor: Un análisis comparado", y aprobada en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla – España, en el primer semestre del año 2008.

** Abogado de la Universidad de Antioquia, especializado en Derecho Penal: Teoría del Delito, y candidato a doctor en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Pablo de Olavide Sevilla – España, pasante del Max-Planck Institut para Derecho penal Extranjero y Comparado de Friburgo – Alemania, consultor, docente investigador Grupo "Derecho, Cultura y Ciudad" de la Universidad de San Buenaventura Medellín y catedrático en el área de Derecho Penal, Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías. Contacto: cesar.osorio@usbmed.edu.co

Is Criminal Protection of the Author's Moral Rights Legal?

Abstract

Within the scenario of the modern criminal law and from a compared perspective between Spanish criminal law and Colombian criminal law in relation to criminal protection of the author's moral rights, discussion on the need for having criminal intervention or not is started from questioning if a relevant legally protected interest is really protected that would deserve using the most serious social control mechanism of the State: the criminal law; or how will it be established if from protection of the author's property rights, his/her moral rights are also protected, as it commonly happens in Spain today.

Kew words: author's moral rights, criminal protection, minimum intervention, legally protected interest, ultima ratio.

Introducción

Este artículo obedece a un trabajo de investigación básica aplicada abordado bajo un enfoque metodológico cualitativo.

La investigación se realizó en dos fases: la primera consistió en el rastreo y clasificación de la información pertinente al tema, y la segunda, en la sistematización y el análisis de la información recolectada, la cual se interpretó, de acuerdo con la perspectiva analítico-crítica.

La legitimidad de la protección penal de los derechos morales de autor, que se propone en clave de pregunta, se hace con base en una referencia expresa a la doctrina española, ya que esta discusión no se ha presentado en Colombia hasta el momento.

Partimos de la base de que el ordenamiento jurídico colombiano aboga por una naturaleza jurídica tendencialmente personalista (se privilegia la conexión interna del creador con su obra) mientras que el ordenamiento jurídico español se ha decantado por una teoría monista integral tendencialmente patrimonialista (se privilegian los efectos económicos de la obra como beneficio para su creador) por lo que prácticamente se ha desterrado la protección de los derechos morales de autor y se privilegia casi exclusivamente la protección de los derechos de explotación exclusiva o patrimoniales. En efecto, a partir del Código Penal Español de 1995, en la regulación legal relativa a este tipo de delitos se exigen dos elementos para la configuración del tipo penal: el ánimo de lucro y el perjuicio de un tercero, con lo que no queda duda alguna de la intención del legislador de privilegiar la esfera patrimonial de los derechos de autor y/o propiedad intelectual. "Debe partirse de que el bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual está constituido exclusivamente por la vertiente patrimonial de los derechos de autor; por lo tanto, solo cabrá considerar delictivas aquellas conductas que

supongan o puedan suponer pérdidas económicas para los titulares de los derechos de propiedad intelectual" (Puente 2008, p. 104).

Por lo anterior, en cada uno de los temas que se tratarán en el artículo se hará una referencia permanente a la doctrina española, para derivar consecuencias para la regulación de los derechos de autor de carácter moral a través del ejercicio comparativo en el que se basa el presente trabajo de investigación.

En un primer apartado nos ocuparemos de una breve conceptualización de los derechos morales de autor, teniendo en cuenta que su regulación tiene origen civil en la ley 23 de 1982 (República de Colombia, 1982), sobre "Derechos de Autor", por lo que se mencionarán expresamente las normas que los regulan y las facultades que emanan de ellos.

Posteriormente nos ocuparemos del fundamento constitucional de la protección moral de los derechos de autor, haciendo una breve reflexión sobre la discusión de si la Constitución consideraba o no los derechos morales de autor como un derecho fundamental; y, desde el punto de vista del derecho colombiano, podremos ilustrar el estado de la cuestión con una jurisprudencia puntual de la Corte Constitucional que expresamente cataloga los derechos morales de autor como un derecho fundamental.

Finalmente, abordaremos la aproximación al bien jurídico protegido en el Código Penal colombiano, para contestar la pregunta que se planteó la investigación.

Resultado de investigación

Sobre la base discursiva que se ha presentado en el derecho español, acogemos los criterios que consideramos relevantes para definir el porqué sería ilegítimo mantener en el ordenamiento penal colombiano la protección de los derechos morales de autor, basándonos en el concepto

de bien jurídico protegido en combinación con otros principios límite del derecho penal.

Partimos de la idea básica de que el derecho penal moderno siempre ha estimado delictiva la lesión de la propiedad intelectual; lo que el desarrollo de la tecnología ha traído consigo son nuevas manifestaciones de la propiedad intelectual, bajo nuevas técnicas de ataque y, también y como consecuencia de todo ello, una potencialidad mayor de lucros y de perjuicios patrimoniales injustos (Gimbernat, 1990, p. 312).

1. Los derechos morales de autor

Se entiende como derecho moral todo lo que afecte al nombre y a la reputación del autor, a la integridad y paternidad de la obra y al derecho de decidir sobre su divulgación, como atributos de su individualidad o personalidad. El derecho moral, es por tanto, un derecho extra pecuniario. Es una emanación de la personalidad del autor (Vega, 2002, p. 106).

Cuando se tutela el derecho moral, se tutelan valores éticos, espirituales, psíquicos y personales que pueden traducirse en intereses subjetivos inconmensurables, de ahí sus características de inalienables, irrenunciables e imprescriptibles en cabeza de la persona, autor de la obra (Latorre, 1994, p. 64).

En este sentido, encontramos el reconocimiento de lo expuesto en un precedente importante de nivel internacional, cual es la Convención de Berna de 1886 Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que incluyó en su cuerpo normativo, con ocasión de su revisión en Roma en 1928, el artículo 6° bis, dedicado al derecho moral con el siguiente tenor: "Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de

La legitimidad de la protección penal de los derechos morales de autor, que se propone en clave de pregunta, se hace con base en una referencia expresa a la doctrina española, ya que esta discusión no se ha presentado en Colombia hasta el momento.

la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o reputación".

En Colombia los derechos morales de autor han tenido siempre su origen en leyes de carácter civil. La última de ellas, aún vigente, es la ley 23 de 1982 (República de Colombia, 1982) (es conveniente aclarar que también está vigente la ley 44 de 1993, que "Modifica la Ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor", que no cambió lo relativo a la regulación de los derechos morales en su carácter puramente civil, pero sí los tipos penales relacionados con la protección penal de los derechos morales de autor); allí, en el artículo 3° literal c), se menciona expresamente que dentro de las facultades exclusivas que tienen los titulares de derechos de autor está la de ejercer las prerrogativas, aseguradas por esta ley, en defensa de su "derecho moral".

La sección segunda de la ley 23 de 1982 (República de Colombia, 1982) se dedica a las facultades que puede ejercer el autor desde el punto de vista moral; veamos:

El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

- a) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;
- b) A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de

la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos;

- c) A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;
- d) A modificarla, antes o después de su publicación, y
- e) A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada.

Además, la ley advierte que ninguno de los derechos anteriores pueden ser renunciados o cedidos.

Los anteriores contenidos del derecho moral se pueden agrupar en los siguientes derechos o facultades.

- Derecho a la paternidad sobre la obra.
- Derecho a la integridad de la obra.

- Derecho al anonimato y al inédito.
- Derecho a modificar la obra.
- Derecho al arrepentimiento.

El derecho moral de autor, tal y como está regulado en la Ley sobre Derechos de Autor, responde a la consideración de la obra como un hecho personal del autor y eso explica que sea un derecho irrenunciable, intransmisible y que algunas facultades puedan ejercerse de forma perpetua en interés de la sociedad por mantener la memoria del autor (Miró, 2005, p. 52).

En conclusión, el derecho moral es entendido como el conjunto de facultades otorgadas por la ley que protegen y aseguran el vínculo íntimo y personal que existe entre el autor y su obra, supone el reconocimiento del interés ideal del autor en ser reconocido como tal y es, por tanto, un derecho personalísimo (Miró, 2003, p. 139).

En la actualidad la protección penal de los derechos morales de autor está regulada como se especifica en la siguiente tabla:

Delito	Penal actual	Norma	Modificación	Conductas Punibles
Violación a los derechos morales de autor	32 meses a 90 meses y multa de 26,6 a 1.300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.	Artículo 270 Código Penal	Ley 890 de 2004 decretó un incremento punitivo general para todos los tipos penales de la parte especial, una tercera parte en el mínimo y la mitad en el máximo. La pena original era 24 a 60 meses y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.	<ul style="list-style-type: none"> * Publicar total o parcialmente una obra inédita sin autorización expresa del autor. * Inscribir en el registro de autor una persona distinta del autor verdadero. * La transformación de la obra por cualquier medio sin autorización expresa del autor * Aumento de pena hasta de la mitad cuando además de la transformación sin autorización, sí se emplea el nombre del titular de la obra en la carátula o soporte de la misma.

2. *El fundamento constitucional de la protección de los derechos morales de autor*

Para poner en discusión la necesidad de protección penal de los derechos de autor es necesario referirse al reconocimiento de los derechos morales de autor como derecho fundamental o no, porque básicamente esta es la razón que invoca el legislador a la hora de justificar su protección, diciendo que la misma ya viene dada desde el orden constitucional.

En España se ha dado la discusión con respecto a si la Constitución española recoge o no la propiedad intelectual como derecho fundamental o no y ello es, a su vez, fundamento de la protección penal de los derechos morales de autor; en cambio, en Colombia puede decirse que no ha habido una discusión seria al respecto; sin embargo, la Corte Constitucional colombiana en varias sentencias de constitucionalidad ha reiterado que los derechos morales de autor son considerados derechos fundamentales.

La discusión de la doctrina española se ha centrado en dilucidar si el artículo 20. 1. b de la Constitución es el fundamento de la protección moral de los derechos de autor al reconocerlo como un derecho fundamental, al mencionar expresamente el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

Los autores que se inclinan por una respuesta afirmativa admiten que el artículo 20.1.b viene a reconocer y proteger el derecho de autor en toda su dimensión, incluida la moral. Sin embargo, hay que reconocer que son mayoría los que se inclinan por el no reconocimiento como derecho fundamental.

De Miró (2003, p. 168) puede decirse que tiene al respecto una posición ecléctica pero que apunta al no reconocimiento como derecho fundamental; sostiene que todos los intereses

individuales directamente protegidos mediante la institución jurídica de la propiedad intelectual, tanto los individuales morales y patrimoniales como los colectivos de carácter cultural y económico, están reconocidos constitucionalmente si bien no hasta el punto de formar parte del contenido esencial de un derecho fundamental.

El profesor Muñoz (2007, pp. 481-482) también es de la posición que lo que se protege es, en el 20.1.b., un derecho a la reproducción y creación intelectual que sólo puede ser lesionado mediante coacciones o amenazas pero no con delitos de carácter patrimonial o socioeconómico.

Me parece oportuno referenciar el siguiente extracto de una sentencia del Tribunal Supremo que se refiere concretamente a la cuestión de lo protegido constitucionalmente como el "derecho a ser autor" y no el "derecho de autor"; veamos:

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 1985, expresa nítidamente esta doble vertiente jurídica del ingenio humano: Una cosa es el "derecho a ser autor", como capacidad potencial de toda persona para crear una obra literaria, artística, científica o técnica, y otra bien distinta el "derecho de autor", como haz de facultades pertenecientes al creador y que tiene por objeto la obra ya creada: "lo que se consagra como fundamental –afirma el alto tribunal– es un derecho genérico e impersonal, a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad: cuando produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad porque (...) no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor (García, 1995, p. 213).

En esta sentencia se hace una distinción importante, según la cual lo que reconoce y ampara

el art. 20.1 b de la Constitución española es el *derecho a ser autor*, con rango de derecho fundamental, entendiéndolo como una faceta de la libertad intelectual o de pensamiento, porque se trata de un rasgo o carácter que pertenece a toda persona, y no los derechos morales de autor que no tienen ninguna conexión sustancial con el derecho fundamental protegido en el 20.1.b.

Opino, en todo caso, que el asunto no pasa por decidir si hay un derecho fundamental o no reconocido con respecto al derecho moral, sino que debemos interrogarnos sobre si ese derecho independiente de su carácter fundamental o no, es merecedor de sanción penal acorde con un principio básico como el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal (Gómez, 2002, pp. 204-205).

2.1 El derecho moral de autor como derecho fundamental (jurisprudencia colombiana)

Como lo anunciaba *supra*, en la doctrina colombiana no hay desarrollo de una discusión similar con respecto al fundamento constitucional de los derechos morales de autor, pero la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sí ha fijado posición al respecto.

Tenemos el artículo 61 de la Constitución Política de Colombia que expresamente señala la protección por parte del Estado de la propiedad intelectual y, con fundamento en éste, la Corte Constitucional se ha pronunciado para decir: uno, que el concepto de propiedad intelectual engloba los derechos de autor y la propiedad industrial; y dos, que los derechos morales de autor son de carácter fundamental.

El magistrado ponente, Julio César Ortiz Gutiérrez, en la sentencia de constitucionalidad C-276 del 20 de junio de 1996, definió así la propiedad intelectual:

Las creaciones del intelecto, y aquellas relacionadas con su divulgación y difu-

sión, en cuanto bienes inmateriales han sido agrupadas, para efectos jurídicos, en los denominados derechos de propiedad intelectual, los cuales, a su vez, comprenden los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial y los derechos sobre descubrimientos científicos, así como otras formas y manifestaciones de la capacidad creadora del individuo (Corte Constitucional, sentencia C-276 de 1996, 1996). (Subrayas del autor).

Por su parte, el magistrado ponente, Vladimiro Naranjo Mesa, en la Sentencia de Constitucionalidad C-155 de 28 de abril de 1998, definió que los derechos morales de autor son derechos con carácter de fundamentales en los siguientes términos:

La Corte estima pertinente señalar que los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre. Por su parte, los derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor, aunque no se consideran fundamentales, merecen también la protección del Estado. Así lo establece la Constitución Política en artículo 61 superior, que señala que *"el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la Ley"* (Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 1998, 1998). (Subrayas del autor).

Este criterio sobre el carácter de derechos fundamentales de los derechos morales de autor viene siendo utilizado por la Corte Constitucional de manera reiterada en los diferentes fallos que sobre la materia produce permanentemente¹ y podemos decir que es repetido por uno de los doctrinantes, que trabaja en el tema de los delitos contra los derechos de autor en la parte especial (Gaviria, 2003, p. 548).

Con lo anterior, quiero significar que no existe una discusión doctrinaria prolija, y más bien el criterio de los derechos morales de autor como derecho fundamental impuesto por la Corte Constitucional en el referido fallo ha sido acogido de manera acrítica por la doctrina.

El fundamento constitucional sería, además, absolutamente objetivo, basado en que el artículo 61 de la Constitución expresamente menciona la protección a la propiedad intelectual, a pesar de que dicho artículo está por fuera del título II, capítulo I, sobre los derechos fundamentales, que están recogidos en los artículos 11 a 41 de la Constitución Política de Colombia.

Si bien ya es discutible que se consideren los derechos morales de autor como derechos fundamentales *per se*, más grave es que la argumentación para llegar a dicha conclusión sea prácticamente inexistente.

Sin duda, respecto de este tema falta un desarrollo más profundo no sólo de la jurisprudencia sino de la doctrina que dedique esfuerzos a desmenuzar si conforme a la Constitución Política de Colombia de 1991, podemos identificar los derechos morales de autor o no como un derecho fundamental, porque desde un punto

¹ Al respecto pueden consultarse sentencias de Constitucionalidad como: C-334 de 1993, C-533 de 1993, C-040 de 1994, C-276 de 1996, C-155 de 1998, C-1940 de 2000, C-531 de 2001, C-1197 de 2005; incluso en fallos de Tutela como el T-269 de 1993, T-028 de 1998 y T-263 de 2006; sólo por citar algunos ejemplos de la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana creada a partir de la Nueva Constitución Política de 1991, y en los que, entre otras materias siempre ha insistido en los derechos morales de autor como derechos fundamentales y por lo tanto dignos de toda protección incluso la penal.

de vista crítico, aceptarlo sin reflexión alguna también lleva al lugar común de creer que todo lo que es reconocido como fundamental en la Constitución puede ser positivizado por el derecho penal como objeto de protección que desarrolla un bien jurídico, aunque en realidad no sea así.

2.2 *El derecho moral de autor en la sociedad de la información o como bien cultural*

La revolución tecnológica, económica y social ha dado lugar a la denominada sociedad de la información, en la cual aumenta la importancia de la información y la necesidad de una regulación que proteja y promueva su uso (Miró, 2005, p. 29).

La comprensión de la relevancia para la sociedad de este producto cultural, pero también económico, es esencial para entender que la justificación de la concesión de derechos de propiedad intelectual no estará solamente en razones de justicia individual, sino que también responderá a la función social que la creación intelectual desempeña en un determinado ámbito (Miró, 2003, p. 95).

Desde este punto de vista, el fundamento de la concesión de derechos de propiedad intelectual no puede estar únicamente en la existencia de un derecho natural del autor o en la retribución por el trabajo realizado, sino que también la función de cumplimiento de intereses sociales tan importantes como el desarrollo cultural y económico de un país justifica la regulación jurídica.

De la obra como producto del creador de la misma, no sólo surgen relaciones personales (de identidad personal de la obra con su dueño) que se traducen en derechos morales sino que también, una vez la obra es dada a conocer al público, adquiere cierta entidad como un bien cultural, de modo que al Estado le correspondería la protección interés individual del autor y

su obra –que no tiene que ser necesariamente a través del instrumento penal– sino también garantizar que la obra sea respetada como bien cultural que es.

Por ejemplo, en el sistema americano del Copyright que no reconoce la existencia de un derecho moral, en todo caso se asegura la producción y difusión de la información a partir de la protección de los derechos patrimoniales de autor una vez la obra es registrada a nombre del autor –recordemos que allí el derecho de autor no es originario, sino derivado de la obra– situación que nos sirve para resaltar que no es paso previo para la protección de bienes culturales en la sociedad de la información el reconocimiento y protección de los derechos morales de autor, porque éstos tienen verdadera trascendencia en sus implicaciones patrimoniales.

Cada vez más, la realización de actividades ilícitas contra los legítimos titulares de derechos de propiedad intelectual afecta a éstos, pero también produce, de forma mediata, riesgos para toda la sociedad, como pueden ser la desincentivación de los esfuerzos e inversiones realizadas por los sujetos intervinientes en el proceso creativo, mercantil y, también, la consecuente ralentización del progreso técnico, económico, cultural y social.

Desde este punto de vista, parece necesaria la protección de los derechos de autor, no sólo para el autor individualmente considerado sino también para la protección de la sociedad a través de garantizar su desarrollo científico y cultural y de paso, económico, por la valoración pecuniaria que tienen estos bienes informacionales.

Aceptando que la producción intelectual es un bien fundamental en la actual sociedad de la información, también podría pensarse que la supresión de los derechos de propiedad intelectual favorecería la difusión de la información y eso facilitarían que hubiera muchos otros creado-

res que, basándose en lo ya creado, aportararan su ingenio a la sociedad. Pero ello supondría, también, la desaparición del sistema de incentivos a la creación en que esta institución consiste esencialmente, con el riesgo que ello supone de desactivación del proceso de creación de obras del ingenio dada la gran relación de la creación e invención individual con las industrias dedicadas a ello que, sin beneficios económicos, no podrían seguir sus actividades de promoción e inversión.

En conclusión, se puede aceptar que la producción del autor es un bien relevante en la actual sociedad de la información, sin decir que ello implique alguna forma de intervención penal, ya que, con base en el mismo argumento, se puede pensar también en la eliminación de los derechos de autor y/o propiedad intelectual, con la finalidad de garantizar acceso cultural en condiciones de igualdad a todas las personas del mundo; al menos esto es una perspectiva a tono con políticas de aldea global “incluyente” y no “excluyente”.

3. Aproximación al bien jurídico protegido en el Código Penal colombiano

En el caso colombiano, la penalización de los delitos contra los derechos de autor vuelven al Código Penal luego de más de 60 años, que venían siendo regulados en leyes de carácter especial, o, mejor, leyes civiles, en las que se

Para poner en discusión la necesidad de protección penal de los derechos de autor es necesario referirse al reconocimiento de los derechos morales de autor como derecho fundamental o no, porque básicamente esta es la razón que invoca el legislador a la hora de justificar su protección, diciendo que la misma ya viene dada desde el orden constitucional.

incluía un capítulo para la definición de las conductas punibles y sus respectivas sanciones².

En esta medida no encontramos un desarrollo doctrinario elaborado, toda vez que generalmente no son trabajados este tipo de delitos por algo que se estableció desde el proyecto de investigación y es que estos delitos ni siquiera hacen parte de los planes de estudio de la parte especial del derecho penal en los programas de derecho de las diferentes universidades del país.

Por su ubicación sistemática dentro del Código Penal, tendremos que decir que están en un título independiente, el VIII, cuya rúbrica es "De los delitos contra los derechos de autor", compuesto por un capítulo único del que hacen parte tres artículos: el 270, relativo a la violación a los derechos morales de autor; el 271, sobre la violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos y, por último, el 272 sobre violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones.

En todo caso, aun desde la perspectiva comparada, la determinación del bien jurídico protegido en este delito no resultará fácil, fundamentalmente porque el sistema de protección no es genuinamente penal, sino que se relaciona con otras ramas del derecho, de forma que hay que acudir a ellas para definir sus presupuestos.

No es fácil precisar el bien jurídico tutelado en el título VIII del libro 2º del Código Penal, particularmente por el hecho de que la otra especie

² La primera regulación es una ley de carácter civil, la Ley 32 de 1886 sobre propiedad literaria y artística, allí se introducen algunas normas penales, luego en el Código Penal de 1890 se introducen otras normas penales que deberían concordarse con la Ley 32 de 1886; el Código Penal de 1936 no trae ninguna conducta contra los derechos de autor y debe acudir a la Ley 86 de 1946 sobre derechos de autor; realmente es en el Código Penal de la Ley 599 de 2000, cuando una conducta penal contra los derechos de autor vuelve a estar regulada directamente en un Código Penal y no en las leyes 23 de 1982 y 44 de 1993, sobre propiedad intelectual.

de derecho intelectual, esto es, la propiedad industrial, se contempla en un bien jurídico completamente diferente (el orden económico y social), pese a lo cual, para acercarse a tal propósito, conviene recordar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al referirse a una de las especies de derechos de autor, concretamente a los morales, adoctrinó que se trata de derechos de rango fundamental a través de los cuales se protege la facultad creadora del hombre (Gaviria, 2003, p. 548).

Gaviria (2003, pp. 548-549), autor colombiano que ha trabajado el tema en una publicación sobre la parte especial del derecho penal, expresa que: "El derecho de autor y, por ende, el bien jurídico que se tutela se refiere al conjunto de facultades, atribuciones o derechos morales y patrimoniales que le permiten al individuo explotar de forma exclusiva aquello que es producto de su intelecto".

La discusión sobre el bien jurídico protegido desde la perspectiva comparada con el derecho penal español ha superado la protección de los derechos morales de autor sobre la base de que lo protegido por el bien jurídico es lo eminentemente relacionado con los derechos de explotación exclusiva o derechos patrimoniales, como se les conoce.

La primera discusión que se presenta en la doctrina española es la ubicación sistemática de los delitos contra la propiedad intelectual en

Aceptando que la producción intelectual es un bien fundamental en la actual sociedad de la información, también podría pensarse que la supresión de los derechos de propiedad intelectual favorecería la difusión de la información y eso facilitaría que hubiera muchos otros creadores que, basándose en lo ya creado, aportaran su ingenio a la sociedad.

el Código Penal español, como delitos contra el orden socio-económico.

Existe, entonces, la natural división entre los autores que comparten la ubicación sistemática y quienes la rechazan por encontrarla impropia para la definición de los delitos contra la propiedad intelectual; sin embargo, los autores le buscan un sentido más allá de la simple aceptación de que se trate de un delito de carácter socioeconómico o no.

Muñoz (2007) admite que los delitos relativos a la propiedad intelectual obedecen más a una estructura de carácter patrimonial que socioeconómica, si bien el legislador no distingue cuáles pertenecen a uno y a otro pero concluye no dándole tanta importancia a la discusión en los siguientes términos: "Se puede concluir afirmando que la distinción delito contra el patrimonio-delito contra el orden socioeconómico tiene un valor sistemático relativo y materialmente escaso" (Muñoz, pp. 477-478).

3.1 El concepto de bien jurídico

El principio de protección de bienes jurídicos constituye un límite al *ius puniendi*, pero este concepto es pura ficción en tanto no seamos capaces de construir un concepto material de bien jurídico que nos dé rendimiento a la hora de evaluar una determinada normativa.

El derecho penal, que es el mecanismo de control social más grave de que dispone el Estado, precisa de límites concretos a la hora de su intervención; uno de ellos es el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; sólo la lesión o puesta en peligro de determinados bienes socialmente valorados puede ser merecedora de protección penal, pero si dichos bienes adolecen de determinación y concreción, el principio de protección de bienes jurídicos deja de ser un límite material y se cuestiona su eficacia para contener el poder punitivo del que dispone el Estado.

En todo caso, aun desde la perspectiva comparada, la determinación del bien jurídico protegido en este delito no resultará fácil, fundamentalmente porque el sistema de protección no es genuinamente penal, sino que se relaciona con otras ramas del derecho, de forma que hay que acudir a ellas para definir sus presupuestos.

Compartimos el concepto que de bien jurídico trae el profesor Muñoz (2004, pp. 60-61) según el cual, bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.

Está claro que no todas las conductas que impliquen ataques para bienes jurídicos están protegidas por el derecho penal ni todos los bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, pues al hablar de un derecho penal reservado sólo para los ataques más graves, estamos haciendo referencia a su carácter selectivo de aquellos "fragmentos" de la realidad social que le interesa proteger por su especial relevancia.

Si la obligación que tiene el legislador es escoger qué "fragmentos" de esa realidad regula a través del derecho penal, estamos diciendo que existen otros mecanismos –con seguridad menos lesivos de derechos individuales– que pueden significar incluso una protección más eficiente para el bien jurídico.

En concreto, estamos haciendo alusión a que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos resalta el carácter de *ultima ratio* del derecho penal; es decir, el derecho penal es la última opción que tiene el legislador pero, además, es subsidiario al fracaso de otros mecanismos de control social menos graves que el derecho penal.

La idea del bien jurídico conduce, por tanto, a una política criminal racional: el legislador penal

debe medir sus decisiones con criterios justos y claros, utilizándolos, al mismo tiempo, para su justificación y crítica. Todo aquello que nada tenga que ver con la protección de los bienes jurídicos debe ser excluido del ámbito del derecho penal (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 105).

Lastimosamente estamos asistiendo a una *funcionalización* del derecho penal que, en mi sentir, se traduce en una *normatización* del derecho penal, es decir, se protege penalmente lo que la norma establezca, independiente de los criterios de racionalidad y proporcionalidad que la norma pueda tener en cuenta para la protección de un determinado bien jurídico; en este sentido funcional y normativo, el concepto de bien jurídico no tiene relevancia alguna (Portilla, 2007, pp. 318-319).

No hay duda de que en los últimos tiempos el concepto de bien jurídico inmanente al sistema ha entrado en crisis debido a la ampliación constante del círculo de los bienes jurídicos universales (Hirsch, 2001, p. 381). Hay una tendencia a la desmaterialización, lo que ha implicado un adelantamiento de las barreras punitivas, un inflacionismo penal y una exacerbada confianza en el instrumento penal para la solución de problemas sociales.

En contra de esa desmaterialización del concepto de bien jurídico, reivindico la concepción personalista que lucha por una política del derecho penal vinculada a principios, que justifique y mida sus decisiones en función de si protegen intereses humanos dignos de protección, otorgándole así un contenido crítico y material al concepto de bien jurídico que sea referencia obligada para el legislador a la hora de la selección de los mecanismos de control social, sobre todo si de elegir derecho penal se trata.

En el caso específico de la protección de los derechos morales de autor, hemos referenciado *supra* en varias ocasiones que los mismos son considerados como un derecho fundamental

por la Corte Constitucional colombiana, que deriva tal conclusión de vincular la obra como una manifestación de la personalidad del autor, y, como tal, un atributo de la personalidad, y en tal sentido, un derecho que emana de la condición misma del ser humano.

Lo anterior se ha inferido de la expresa consagración de la protección constitucional de la propiedad intelectual de la cual emanan los derechos de autor y, a su vez, estos compuestos por los derechos morales y los patrimoniales.

Bajo este panorama —la consagración constitucional de los derechos morales de autor y su consideración como derecho de carácter fundamental por parte de la Corte Constitucional colombiana— cabe preguntarnos si su regulación constitucional es fundamento suficiente para la protección penal vinculando los derechos morales de autor como bien jurídico digno de protección penal.

Tengo que responder negativamente a la pregunta, si la regulación o consideración de los derechos morales de autor como derecho de carácter fundamental con rango constitucional es motivo suficiente para su inclusión como bien jurídico merecedor de protección penal; esto, porque la Constitución no es en medida alguna un proyecto positivo de criminalización; por el contrario, debe ser un concepto límite, otro criterio material de exclusión. No hay duda de que el ordenamiento está subordinado a la Constitución, lo que no quiere decir que el derecho penal aporte únicamente sanciones a preceptos constitucionales (Álvarez, 1991, pp. 32-33).

No hay duda de que en los últimos tiempos el concepto de bien jurídico inmanente al sistema ha entrado en crisis debido a la ampliación constante del círculo de los bienes jurídicos universales

A sabiendas de que se ha acogido un criterio personal de bien jurídico vinculado con la protección de intereses humanos como presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social, es obligatorio responder si se cumple con este propósito material de límite al penalizar, con penas de prisión hasta de 90 meses, los ataques contra los derechos morales de autor en el Código Penal colombiano vigente.

También tendremos que responder negativamente a esta pregunta, porque, en efecto, los derechos morales de autor bien puede decirse que constituyen un bien jurídico, pero su protección no puede estar vinculada exclusivamente al instrumento de carácter penal, porque el bien jurídico unido al principio de *ultima ratio* y en la manifestación del carácter fragmentario del derecho penal nos indica claramente que antes del instrumento penal el legislador puede elegir otras opciones menos lesivas de intereses individuales (Gómez, 2002, p. 205).

4. Conclusión

Sobre la respuesta a la pregunta de investigación, valga decir que la doctrina penal española considera, mayoritariamente³, que con la regulación introducida por el Código Penal español de 1995, para los ataques contra la propiedad intelectual se privilegian los derechos de explotación exclusiva de carácter patrimonial y, por el contrario, se deja en un segundo plano, casi sin importancia alguna, la protección de los derechos morales de autor.

El plagio, que se ha considerado como la forma que por excelencia ataca al derecho moral de autor, no es punible ni representa una conducta típica cuando la obra plagiada no va a ser comunicada, ni va a ser distribuida públicamente, y,

³ Al respecto puede consultarse: Vega (2002, p. 106); Ensayos Penales (Gimbernat, 1999, p. 439); Derecho penal, parte Especial (Muñoz, 2007, p. 482); Martínez (2005, p. 159); La protección penal (Miró, 2003, p. 233).

como expresa Gimbernat, así cumpla con todos los requisitos legales, no obstante en el caso concreto no lesiona el bien jurídico protegido, si quien plagia la obra la hace sin fines de explotación económica (Gimbernat, 1999, p. 438).

Está suficientemente claro que en el derecho penal español la propiedad intelectual como bien jurídico está orientada a los ataques que tengan un efecto patrimonial y no a la protección de los intereses morales del autor, toda vez que, de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual vigente, no cabe duda de que el perjudicado en sus derechos morales tiene otro tipo de acciones para la defensa de sus derechos, como es la civil, y le importan al derecho penal sólo los ataques más graves contra bienes jurídicos, pues el bien jurídico estará consolidado en la visión exclusivamente económica de los derechos de autor y/o propiedad intelectual.

En el caso colombiano partimos de la base de que el derecho penal es autónomo para la configuración de las conductas merecedoras de protección penal; sin embargo, no quiere decir ello que lo pueda utilizar a su antojo, porque tiene un referente claro que es el principio de intervención mínima, que, como expresa Muñoz, quiere decir que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos *por* el derecho penal, sino también *ante* el derecho penal. Es decir, si para el restablecimiento del orden jurídico violado es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben emplearse y no las penales.

Desde este punto de vista, la única solución respetuosa del principio mínima intervención en su manifestación de carácter fragmentario y subsidiariedad, consiste en que el Código Penal colombiano sólo castigue con pena las infracciones contra los derechos de autor que constituyan modalidades de ataque más graves contra los intereses implicados, esto es, elegir entre la protección penal de los derechos morales o los patrimoniales.

Hemos demostrado desde la perspectiva comparada a lo largo de este artículo que la verdadera incidencia en la protección de los derechos de autor y/o propiedad intelectual reside en su vertiente patrimonial y no en la moral, porque de hecho, a través de la protección de los intereses de explotación exclusiva, se protegen indirectamente intereses de carácter individual, personalísimos, del derecho moral de autor. Se puede concluir que con la sola protección penal de los derechos patrimoniales de autor se protege de manera indirecta, atenuada –acorde con la importancia del bien jurídico protegido– los derechos morales de autor.

Vigente la máxima de que el derecho penal constituye la *última ratio* de la respuesta estatal ante determinadas lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos provenientes de comportamientos humanos, la respuesta estatal ante ciertos desórdenes debe llegar de instancias anteriores al derecho penal, instancias que serán más eficaces y menos gravosas tanto para la sociedad como para la víctima y el victimario (Queralt, 2000, p. 93). Con ello, podemos concluir que si al proteger los derechos patrimoniales de autor se cobijan los que sean relevantes en cuanto a la protección moral de los derechos de autor, la protección independiente de estos últimos deviene ilegítima.

En la legislación penal colombiana sobre violación de los derechos morales y patrimoniales de autor, todavía no hay exigencia expresa de ánimo de lucro ni de perjuicios ocasionados a un tercero (a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento español en el que sí se exigen estos dos elementos que resaltan la vertiente económica del derecho protegido) por lo que conductas absolutamente irrelevantes para el derecho penal por no tener grado de afectación alguno para el bien jurídico protegido, podrían quedar protegidas.

En la legislación penal colombiana sobre violación de los derechos morales y patrimoniales de autor, todavía no hay exigencia expresa de ánimo de lucro ni de perjuicios ocasionados a un tercero (a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento español en el que sí se exigen estos dos elementos que resaltan la vertiente económica del derecho protegido) por lo que conductas absolutamente irrelevantes para el derecho penal por no tener grado de afectación alguno para el bien jurídico protegido, podrían quedar protegidas. Por ejemplo, la conducta de ponerse como autor de una reconocida pintura de Botero en una postal que el sujeto activo lleva dentro de su agenda y a la que ni tiene intenciones de darle publicidad ni uso alguno que implique perjuicio para Botero o ánimo de lucro para él sería punible por violación de los derechos morales de autor por la sola actividad de desconocer la paternidad original de su autor.

La Corte Constitucional con respecto a la legitimidad de la protección de los derechos morales de autor a través del instrumento penal, se limitó a decir que era válida en tanto esa misma corporación en la sentencia C-155 de 1998 había conceptualizado que los derechos morales de autor constituyen un derecho fundamental y en ese sentido el legislador tiene la potestad acorde con la política criminal de decidir cómo privilegia su protección.

Es decir, ni más ni menos, que la Corte Constitucional parte de un criterio positivo de criminalización que contiene la Constitución, identificando derechos fundamentales con bienes jurídicos penalmente protegibles, extremo éste en el que ya hemos dicho que la Constitución debe operar como un límite negativo de criminalización.

Como colorario de lo anterior se puede afirmar que tal y como están regulados los derechos morales de autor en el derecho penal colombiano, su protección deviene ilegítima y que acorde con la perspectiva comparada sería

más conveniente la protección de los mismos a través de la protección penal de los derechos patrimoniales de autor, porque, terminando con las palabras de Herzog: "Uno no se puede detener en la búsqueda de un mejor derecho penal, y mucho menos de más derecho penal, sino que siempre hay que buscar también algo mejor que el derecho penal" (2000, p. 79).

Referencias bibliográficas

- Álvarez, F. (1991). Bien jurídico y Constitución. *Cuadernos de Política Criminal*, 43, pp. 5-44.
- Busch, C. (1995) *La protección penal de los derechos de autor en España y Alemania: análisis del derecho comparado, perspectiva comunitaria de la lucha contra la piratería intelectual*. Barcelona: Cedecs.
- Convención de Berna. (1886). *Para la protección de las obras literarias y artísticas*. Recuperado el 13 febrero de 2008, disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html
- Córdoba, J. (2000) *Sentido y contenido del sistema penal en la globalización*, Bogotá: Ediciones Jurídicas, Fiscalía General de la Nación.
- García, N. (1995). Los delitos contra la propiedad intelectual en el código penal de 1995. En: *Propiedad intelectual, aspectos civiles y penales*. Madrid: Consejo general del poder judicial.
- Gaviria, V. (2003). Delitos contra los derechos de autor. En Hernando Barreto Ardila (ed.), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia,
- Gimbernat, E. (1999). "Otra vez: Los delitos contra la propiedad intelectual. (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código penal). En: *Ensayos Penales*. Madrid: Tecnos S. A.
- Gimberbat, E. (1990). Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual. En: *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Tecnos S.A.
- Gómez, J. & Quintero, G. (1988). *Protección penal de los derechos de autor y conexos*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- Gómez, V. (2002). La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995, *Revista del Poder Judicial*, N° 66, pp. 143-213.
- Hassemer, W. & Muñoz, F. (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Herzog, F. (2000). ¿Son todavía idóneos los principios y las categorías de la teoría liberal del delito para controlar la criminalidad? En J. Córdoba (Director). *Sentido y contenido del sistema penal en la globalización* (pp. 77-86). Bogotá: Ediciones Jurídicas, Fiscalía General de la Nación.
- Hirsch, H. (2001). Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. En: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología* (pp. 371-387). Madrid: Facultad de Derecho de la UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Latorre, V. (1994). *Protección Penal del derecho de autor*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez, C. (2005). *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*. (2ª ed.). Valencia: Tirant lo blach.
- Miró, F. (2003). *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Madrid: Dykinson.
- Miró, F. (2005). *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. Madrid: Fundación Autor.
- Muñoz, F. (2007). *Derecho penal, parte especial*. (16ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F & García, M. (2004). *Derecho penal, parte general*. (6ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Puente, Luz. (2008). El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual, *Revista Penal*, 21, pp. 103-111.
- Queralt, J. (2000). Derecho penal y globalización pp. 87-124 En: Córdoba Triviño, Jaime (Ed.). *Sentido y contenido del sistema penal en la globalización* (pp. 87-124). Bogotá: Ediciones Jurídicas, Fiscalía General de la Nación.
- Reino de España. (1995). *Código penal español*. Reino de España.
- República de Colombia. (1886). *Ley 32 de 1886*. Colombia.
- República de Colombia. (1980). *Decreto 100 de 1980*. Colombia.

- República de Colombia. (1982). *Ley 23 de 1982*. Colombia.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de 1991*. Colombia.
- República de Colombia. (2000). *Ley 599 del 2000*. Colombia.
- República de Colombia. (2004). *Ley 890 del 2004*. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1993). *Sentencia C-334 de 1993*. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1993). *Sentencia C-533 de 1993*. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1993). *Sentencia T-269 de 1993*. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1994). *Sentencia C-040 de 1994*. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1996). *Sentencia C-276 de 1996*. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1998). *Sentencia C-155 de 1998*. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1998). *Sentencia T-028 de 1998*. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (2000). *Sentencia C-1940 de 2000*. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (2001). *Sentencia C-531 de 2001*. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (2005). *Sentencia C-1197 de 2005*. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (2006). *Sentencia T-263 de 2006*. Colombia.
- Vega, J. (2002). *Protección de la propiedad intelectual*. Madrid: Reus.