

Sentencia C-1490/00

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Concepto

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Integración

COMISION DEL ACUERDO DE CARTAGENA-Objeto

DERECHOS DE AUTOR-Categorías/DERECHOS MORALES DE AUTOR-Fundamental/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Incorporación de derecho fundamental

ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO-No regulación de derechos humanos

INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE-Vulneración de tratados de derechos humanos

DERECHOS DE AUTOR-Soporte lógico y reproducción

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Alcance

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Reserva legal y tipicidad

TIPO PENAL EN BLANCO-Definición

TIPO PENAL COMPLETO EN DERECHOS DE AUTOR-Elementos necesarios

NORMA PENAL-Alcance

NORMA PENAL-Elementos

DERECHOS DE AUTOR-Software o soporte lógico

TIPO PENAL COMPLETO-Elementos necesarios

CONDUCTA PUNIBLE-Elementos

PROCESO PENAL-Definición de causales de extinción

Definir las causales de extinción del proceso penal, es una competencia exclusiva del legislador, que las establece previo el ejercicio de ponderación que efectúa de los fenómenos de la vida social que tipifica como delitos y del mayor o menor daño que, en su criterio, ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado social.

PROCESO PENAL-Presupuestos de extinción o preclusión/CONDUCTA PUNIBLE-Definición/PENA-Alcance y graduación

LEGISLADOR-Creación o supresión de tipos penales

ACCION PENAL-Extinción por desistimiento

PROCESO PENAL-Desistimiento

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL-Extinción por desistimiento de acción

ACCION PENAL-Condicionamiento razonable para extinción

DERECHO A LA INTIMIDAD-Acceso a documentos privados

DERECHO A LA INTIMIDAD-Acceso a información por autoridad judicial

SISTEMA DE INFORMACION-Acceso de autoridad judicial

HECHO PUNIBLE-Destrucción de materiales ilegales

Referencia: expediente D-2987

Acción pública de inconstitucionalidad contra los numerales 2 y 4 y el párrafo del artículo 51; el numeral 2 y el párrafo del artículo 52; el numeral 2 del artículo 53; y el artículo 55 de la Ley 44 de 1993, "Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944."

Actores: Gustavo Jimenez Gomez Y

Samuel Gamboa Pinilla

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

Bogotá, D.C.; noviembre dos (2) de dos mil (2000).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Gustavo Jimenez Gomez y Samuel Gamboa Pinilla presentaron ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 2 y 4 y el párrafo del artículo 51; el numeral 2 y el párrafo del artículo 52; el numeral 2 del artículo 53; y el artículo 55 de la Ley 44 de 1993, "Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944."

Mediante Auto de fecha 24 de mayo de 2000, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda de la referencia; así mismo, ordenó el traslado del expediente al señor Procurador General de la Nación para que emitiera el concepto de su competencia y el envío de las comunicaciones de rigor al señor Presidente de la República, al señor Ministro del Interior y al señor Fiscal general de la Nación.

Cumplidos como se encuentran los trámites propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir sobre la demanda de la referencia.

## II. EL TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto de las normas acusadas, advirtiendo que las mismas se subrayarán y destacarán.

LEY 44 de 1993

(Febrero 5)

“Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944”

“1. (...)

“2. Quien inscriba en el registro de autor una obra literaria, científica o artística a nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionado falsamente el nombre del editor, productor fonográfico, cinematográfico, videográfico o de soporte lógico.

“3. (...)

“4. Quien reproduzca fonogramas, videogramas, soporte lógico u obras cinematográficas sin autorización previa y expresa del titular, o transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

“Parágrafo. Si en el soporte material, carátula o presentación de la obra literaria, fonograma, videograma, soporte lógico u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, las penas anteriores se aumentarán hasta la mitad.

“Artículo 52. Incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de tres (3) a diez (10) salarios legales mínimos mensuales:

1. (...)

2. Quien alquile o de cualquier modo comercialice fonogramas, videogramas, soportes lógicos u obras cinematográficas sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

(...)

(...)

Parágrafo. 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.

Artículo 53. Las penas previstas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en la mitad en los siguientes casos:

1. (...)
2. Cuando el perjuicio económico causado por el hecho punible, sea superior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, o siendo inferior, ocasione grave daño a la víctima.

Artículo 55. Las publicaciones, ejemplares, reproducciones, moldes, planchas, matrices, negativos, cintas, carátulas o etiquetas incautadas serán sometidos a inspección judicial con la ayuda del perito, y una vez demostrada por este medio su ilegitimidad, serán destruidas por las autoridades de policía judicial, en presencia del funcionario judicial y con la citación de la defensa de la parte civil.

### III. LA DEMANDA

#### A. Normas constitucionales que se consideran infringidas.

Los actores consideran que las disposiciones acusadas vulneran lo dispuesto en el Preámbulo y en los artículos 1, 2, 6, 13, 15, 28, 29, 61, 83, 150-24 y 333 de la Constitución Política; así mismo, la Decisión 531 de 1993 o Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos del Acuerdo de Cartagena y el Acuerdo por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, aprobado mediante la Ley 170 de 1994, el cual, señalan los actores, tiene rango de norma superior y por lo tanto hace parte del bloque de constitucionalidad.

#### B. Fundamentos de la demanda.

Los demandantes presentan los cargos de inconstitucionalidad que a continuación se relacionan, contra las expresiones subrayadas de los artículos 51, 52, 53 y 55 de la Ley 44 de 1993; en efecto, a través de un extenso y denso escrito los actores expresan los motivos por los cuales, en su criterio, las expresiones impugnadas son contrarias a la Constitución Política, ellos en resumen son los siguientes motivos:

1. Las expresiones impugnadas están viciadas de una inconstitucionalidad sobreviniente, en la medida que desconocen y vulneran normas contenidas en tratados internacionales suscritos por el Gobierno de Colombia y aprobados por el Congreso de la República, los cuales, según los actores, se incorporan a nuestro ordenamiento superior con el rango de normas constitucionales.

Señalan los demandantes, que antes de la expedición de la Ley 44 de 1993, el ordenamiento jurídico colombiano no contenía ninguna norma especial referida a los programas de computadores, y que solo con la expedición del Decreto 1360 de 1989, que produjo el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 23 de 1992, se dispuso la inscripción del soporte lógico (software), en el Registro Nacional de Derecho de Autor, lo que implicó que se asumiera

y aceptara que el mismo constituye “una creación propia del dominio literario”.

Esa definición legal, según los demandantes, contiene una descripción inadecuada, desactualizada y obsoleta, que contribuye a la desprotección en la que se encuentran hoy día los programas de computador en Colombia, pues al recoger la descripción que en 1978 adoptó la OMPI, obviamente no incluye ni atiende el acelerado desarrollo tecnológico que desde esa época se ha producido en la materia.

Definir el soporte lógico como una obra o creación del ingenio, según los actores, es equívoco, pues si bien hacerlo es útil para efectos de inscripción y protección de la propiedad, tal definición resulta insuficiente e inadecuada a la hora de configurar conductas penales, mucho más si el legislador no precisa, como es su obligación hacerlo para dar cumplimiento al principio de legalidad, “...las conductas delictivas que eventualmente recaigan sobre un objeto merecedor de tutela penal.”

Afirman los actores, que si se hiciera el ejercicio dirigido a interpretar la Ley 44 de 1993, particularmente los artículos impugnados, “...se deduciría que cuando se intenta saber qué es el soporte lógico ... el intérprete no tiene otra opción que hacerlo a través del Decreto 1360 de 1989, lo que hace que el resultado de la interpretación resulte ambiguo y obsoleto”

En su opinión, normas de carácter internacional tales como las Decisiones 344 y 351 de 1993 del Régimen Común sobre derechos de autor y derechos conexos del Acuerdo de Cartagena, y el Acuerdo por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio -OMC-, entre otras, son desconocidas y por ende vulneradas por el legislador colombiano, no obstante la obligación que asumió el país de incorporarlas en su ordenamiento interno, al remitir a través de ellas al intérprete, a definiciones de carácter técnico cuyo contenido actualmente es insuficiente y caduco dado el acelerado desarrollo científico y tecnológico en materia informática, lo que se traduce, si se tiene en cuenta el rango constitucional de las citadas disposiciones internacionales aprobadas por el Congreso de Colombia, es la configuración de una inconstitucionalidad sobreviniente que como tal exige la declaratoria de inexecutable de las normas impugnadas por parte del Juez Constitucional.

Lo anterior significa también, según los demandantes, que las expresiones impugnadas de los artículos demandados, violan el Preámbulo y el artículo 9 de la C.P., al no contribuir al cumplimiento de las obligaciones resultantes de los compromisos adquiridos con ocasión de la adhesión de nuestro país a tratados e instrumentos internacionales, cuyos objetivos son la protección de los derechos de autor y derechos afines y el logro de la integración de la normatividad jurídica que rige en los distintos países en esa materia.

Tales obligaciones suponen incorporar al ordenamiento jurídico interno, de manera efectiva, las normas contenidas en esos tratados, así como adecuar la legislación nacional a sus disposiciones y mandatos, de manera tal que los contenidos de unos y otros confluyan a un esquema armónico, vital para los procesos de integración de los mercados y para contrarrestar el flagelo de la “piratería”, que se ha convertido en un grave problema que rebasa las fronteras nacionales, propósitos cuya realización se ve interferida de manera grave por las disposiciones acusadas.

2. El numeral 4 del artículo 51 de la Ley 44 de 1993, tipifica una conducta como delito, bajo el supuesto de la responsabilidad objetiva, lo que viola el principio constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.

En efecto, según los actores, la reproducción del soporte lógico no en todos los casos traduce una conducta ilícita, por ejemplo cuando se hace para obtener copia privada o para realizar una adaptación de uso personal, conductas despojadas de la intención de causar daño, la cual es esencial a la hora de configurar un delito. La penalización de una conducta, insisten los demandantes, debe estar supeditada a que en el sujeto que la realiza exista dolo, circunstancia que en el caso específico que se analiza no se presenta, pues basta que el individuo reproduzca el soporte lógico, cualquiera sea su objetivo, para que incurra en la comisión del delito, determinación del legislador que viola los principios rectores en materia penal.

En opinión de los demandantes, para que una conducta que recaiga sobre el soporte lógico o software de los computadores, pueda legítimamente configurarse como delito a la luz de nuestro ordenamiento superior, debe, además de ser intencional, estar acompañada de “ánimo de lucro”, o de “propósitos comerciales”, expresiones inequívocas del dolo específico requerido en la duplicación abusiva del software”, por tal motivo solicitan la declaratoria de inexecutable de esa expresión.

Complementan su alegato los actores señalando, que el legislador debió utilizar el verbo “duplicar” y no “reproducir”, pues el primero, si no está precedido de la correspondiente y legítima autorización, si configuraría un delito, dado que implica la utilización del software para distribución a terceros y con provecho económico.

3. Las normas acusadas corresponden a lo que la doctrina ha denominado tipos penales en blanco, los cuales para no violar el ordenamiento superior, especialmente el principio de legalidad, deben remitir al intérprete a aquellas disposiciones, de la misma u otra ley, en las que de manera inequívoca se definan las conductas punibles.

En esa perspectiva, sostiene los actores, en el caso específico de las normas que se demandan, dado que la expresión “soporte lógico” no se define en ellas, éstas debieron remitir al intérprete a otras disposiciones, de la misma u otra ley, en las cuales la misma se precisará de manera específica, al no hacerlo, ellas contrarían la Constitución, en concreto su artículo 29, pues el juez en cada caso efectuará un ejercicio subjetivo de valoración de la conducta, como tal violatorio del principio de legalidad.

Así las cosas, señalan los actores, “...al referirse los artículos 51 en sus numerales 2 y 4 y 52 en el numeral 2 de la Ley 44 de 1993, al soporte lógico, se requería, para fines de interpretación, que la misma ley u otra indicara qué debe entenderse por dicho concepto y más precisamente por programas de computadora...”, pues para el operador del derecho una disposición penal tiene por lo menos que expresar claramente la finalidad de protección legal, “...poniendo límites a la extensión arbitraria de la interpretación.”

Una norma penal en blanco, aclaran los demandantes siguiendo la doctrina especializada, “...es aquella en la cual la conducta no está integralmente descrita por lo que el legislador se remite al mismo u otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla”; mientras tal

concreción no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica...”, pues los tipos penales en blanco “...sustancialmente muestran un vacío conceptual que ha de ser llenado por la misma o por otra ley, son como cheques en blanco que esperan ser completados en su confección para que tengan valor pleno”, vacío que en el caso que se analiza no es susceptible de ser llenado.

4. Las disposiciones impugnadas tampoco definen con claridad el bien jurídico protegido y en cabeza de quién radica la titularidad del derecho de autor, lo que acarrea una clara violación del artículo 29 de la C.P.

Señalan los actores, que la lectura de las normas jurídicas impugnadas no permite establecer con claridad quién es el titular del derecho protegido, o “el autor” que se afecta con la comisión del ilícito, entre otras cosas porque, dicen ellos, en materia de “software” los titulares “...generalmente son personas jurídicas que la más de las veces contratan empleados para su confección”.

En las normas atacadas tampoco aparece claro que fue lo que intentó proteger el legislador, si los derechos patrimoniales o los derechos morales del autor; así las cosas, la expresión contenida en los artículos 51 y 52, “sin autorización previa y expresa del titular”, es susceptible de impugnación dado que ella no le brinda al intérprete “...certeza sobre el bien jurídicamente protegido y su titular”, concluyen los actores.

5. Las disposiciones impugnadas vulneran los principios de proporcionalidad de la pena e igualdad ante la ley, que como tales rigen la actividad del legislador en materia penal.

Según los demandantes, el tratamiento que en materia penal el legislador dispuso para quienes incurran en las conductas tipificadas como delito cuando se trata del software o soporte lógico, es desproporcionado, si se tiene en cuenta la gravedad del ilícito cometido, pues no existe “...un justo equilibrio entre el delito y la pena prevista.”

En cuanto a la violación del principio de igualdad, ésta la respaldan los actores argumentando que las normas demandadas, expedidas para prevenir y reprimir el aprovechamiento patrimonial indebido, “...van dirigidas a ayudar a los productores de programas”, por lo general las grandes empresas, mientras que para los usuarios del software no se prevén garantías o algún tipo de asistencia”; el consumidor de productos y bienes informáticos, manifiestan los demandantes, siempre ha sido la parte débil de la relación contractual, pues se ve obligado siempre a celebrar contratos de adhesión que contienen cláusulas abusivas y excluyentes de responsabilidad.

6. El párrafo del artículo 52 de la Ley 44 de 1993, viola el Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la C.P.

El Preámbulo de la C.P., que garantiza a todos los integrantes de la Nación justicia, al igual que los artículos 1 y 2 de la misma, que establecen y garantizan como uno de los fines esenciales del Estado la efectividad de los principios, derechos y deberes que consagra la Constitución, y la vigencia de un orden justo, y que le atribuyen a las autoridades de la República la responsabilidad de defender a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y creencias, en opinión de los demandantes son vulnerados por las

disposiciones impugnadas, al permitir que el proceso penal que se origine en las conductas que se tipifican como delitos, se extinga por desistimiento del ofendido, siempre y cuando el mismo se produzca antes de dictarse sentencia de primera instancia y el infractor indemnice los perjuicios causados.

Para los demandantes, esa posibilidad es contraria al objetivo constitucional de una justicia eficaz, pues implica reconocer la debilidad del Estado en su tarea de persecución del delito, permitiendo que en el proceso que adelante con miras a sancionar al infractor, éste participe activamente, desvirtuando el objetivo que aquel persigue y pervirtiendo el sistema, que terminaría siendo meramente simbólico, mucho más para las grandes empresas que tendrían la posibilidad mediante el pago de las correspondientes indemnizaciones, de terminar unilateralmente los procesos penales que se adelanten en su contra cuando mejor les convenga, posibilidad que en cambio no tendrían los usuarios individuales cuya capacidad económica es notoriamente inferior.

7. El mandato del artículo 55 de la Ley 44 de 1993, no solo es inocuo, sino que atenta contra el derecho fundamental a la intimidad que como tal garantiza el artículo 15 de la C.P.

Sostienen los demandantes, que el decomiso que ordena el artículo 55 de la Ley 44 de 1993, recae sobre bienes intangibles, lo que hace que dicho mandato sea inocuo, pero además de eso, el mismo implica la práctica de diligencias judiciales a través de peritos, que se traducen en el acceso ilegítimo al sistema de información del presunto infractor, develándolo y poniéndolo a disposición de terceros, incluso con el riesgo de destruirlo, lo que viola abiertamente el derecho fundamental a la intimidad del que aquel es titular y por lo mismo vicia de inconstitucionalidad la medida.

#### IV. INTERVENCIONES OFICIALES

Dentro del término establecido para el efecto, el abogado José Camilo Guzmán Santos, actuando como apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho, presentó a esta Corporación un estudio jurídico sobre las disposiciones impugnadas en la demanda de la referencia, en el que sustenta la constitucionalidad de la mismas. Los argumentos que desarrolla en dicho documento son los que se resumen a continuación:

Respecto de la solicitud que presentan los actores, en el sentido de que el juicio de inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas se realice confrontándolas con el Acuerdo de Cartagena y el Acuerdo por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio OMC, tratados que fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico previa la aprobación de los mismos por el legislador, y que por lo mismo, según ellos, hacen parte del bloque de constitucionalidad, el interviniente señala, que dicha teoría no corresponde a la realidad argumentativa de la Corte Constitucional, como lo sostienen los demandantes, ni con el texto mismo de la Carta Política, del cual se concluye que los únicos tratados que tienen esa jerarquía son los referidos a derechos humanos; así las cosas, el cargo de violación a dichas normas con miras a la declaratoria de inexecutable en este caso concreto no prospera.

En cuanto a la presunta violación del Preámbulo y del artículo 9 de la Carta Política, que según los actores acarrearán las disposiciones impugnadas, el apoderado del Ministerio de

Justicia manifiesta que la misma no se produce, pues contrario a lo que ellos afirman, esas normas antes que impedir u obstaculizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por Colombia a través de los tratados internacionales que desarrollan la materia, éstas contribuyen a su plena realización, tanto es así, agrega, que al revisar el texto del Decreto 1360 de 1989, “antecedente y base próxima de la Ley 44 de 1993”, específicamente la definición que hace del software, se encuentra que la misma coincide en sus elementos esenciales con aquellas contenidas en los Acuerdos de Cartagena y de la OMC.

Sobre el cargo de inconstitucionalidad dirigido contra el numeral 4 del artículo 51 de la Ley 44 de 1993, observa el interviniente, que el hecho de que el legislador haya utilizado el verbo reproducir para determinar la conducta punible, no puede entenderse como la consagración de un “tipo penal de responsabilidad objetiva”, pues “...el aparataje punitivo gira en torno a unos postulados básicos siempre observables que son los orientadores de la función interpretativa del juzgador, ... entre ellos, la punición con carácter de “última ratio” y la naturaleza culpabilista que lo soporta, los cuales fuerzan a entender y juzgar toda conducta desde las orilla de la acción y de la representación subjetiva del agente infractor...”

Es evidente, anota el interviniente, “... que donde no hay intención positiva del daño (dolo) no debe haber pena”, a menos que así lo disponga el legislador, como cuando castiga los delitos culposos, en consecuencia en el caso concreto es pertinente desechar el cargo formulado por los demandantes, el cual carece de asidero jurídico y se limita a la opinión de ellos.

Los actores de la demanda impugnan las disposiciones que solicitan sean declaradas inexecutable, porque según ellos las mismas vulneran el principio de legalidad, dado que son tipos penales en blanco, que no remiten de manera precisa e inequívoca a otras normas legales que los completen, lo que se presta para interpretaciones subjetivas del juez que obviamente atentan contra la libertad de las personas; esa acusación la rebate el apoderado del Ministerio de Justicia, señalando que los tipos penales impugnados cumplen con los elementos que les son esenciales, al señalar clara y expresamente, un sujeto activo, un sujeto pasivo, una conducta, un bien jurídico tutelado y una sanción, lo que implica que su contenido en nada vulnera el principio de legalidad; el alegato de los actores, manifiesta el interviniente, sostiene que el concepto “soporte lógico” que se utiliza en dichos tipos penales carece de interpretación conceptual y de claridad, lo que deviene en ambigüedad y ausencia de definición legal, aseveración que no corresponde a la realidad, pues dicho concepto se definió de manera expresa en el Decreto 1360 de 1989 y encuentra disposiciones regulatorias en el Decreto 460 de 1995, que reglamentó el registro nacional de derechos de autor, lo que descarta de plano la analogía “in mala partem”, que es una de las acusaciones que presentan los actores.

Así las cosas, el artículo 51 de la Ley 44 de 1993, tipifica de manera idónea, clara y previa los motivos que dan lugar a la sanción, lo que indica que no hay vulneración de los artículos 28 y 29 de la C.P.

El cargo de violación del derecho a la intimidad, que según los actores se ocasionaría al dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 44 de 1993, en criterio del interviniente tampoco es admisible, pues “...la autoridad en ejercicio de sus deberes

constitucionales tiene la plena obligación de hacerle frente a cualquier atentado a los derechos de autor ..." y en consecuencia está facultada para desarrollar cualquier medida que tienda a combatir los delitos que infrinjan este tipo de propiedad, además, dice, es lógico que una medida preventiva sea la destrucción de cualquier material ilegalmente obtenido antes de que éste salga al mercado.

Fiscalía General de la Nación.

La abogada María Marlen Mejía de Silva, actuando en calidad de delegada de la Fiscalía General de la Nación, intervino dentro del término establecido para el efecto, con el objeto de defender la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas por los motivos que se resumen a continuación:

En primer lugar la delegada de la Fiscalía observa, que la solicitud de declaratoria de inexequibilidad de la expresión "ocasiona grave daño a la víctima", contenida en el numeral 2 del artículo 53 de la Ley 44 de 1993, no reúne los requisitos que la Constitución y la ley señalan para adelantar juicios de inconstitucionalidad, pues no sólo no se mencionan las normas de la Carta Política que se consideran vulneradas, sino que tampoco se expresan las razones por las cuales las disposiciones impugnadas contrarían el ordenamiento superior, lo que hace procedente por parte de esta Corporación, que se declare inhibida para pronunciarse respecto de la citada norma.

En segundo lugar, la interviniente analiza el cargo de inconstitucionalidad que los actores presentan contra las disposiciones impugnadas, al considerar que la expresión "soporte lógico" que ellas contienen, vulnera el principio de legalidad en sentido estricto, o principio de taxatividad, dada su ambigüedad e imprecisión.

Previo un juicioso análisis sobre los orígenes y evolución de la palabra "software", la delegada de la Fiscalía anota, que a raíz de la evolución de este tipo de creaciones y su multiplicación en el mercado, comenzaron a surgir problemas con el uso y reproducción fraudulenta de las mismas, que hicieron necesario que los distintos países legislaran para proteger a sus creadores, propietarios y usuarios, legislación que en el caso colombiano se concretó en la ley 44 de 1993. Así las cosas, dice, es claro que las disposiciones de esa ley tienen por objeto "...proteger los derechos de autor que pesan sobre los soportes lógicos o software..." y ello en ningún caso es confuso o ambiguo, como lo pretenden hacer ver los demandantes.

Además, la expresión soporte lógico acusada por los actores, según la interviniente, "...no constituye un ingrediente normativo del tipo, pues este concepto puede ser aprehendido sin necesidad de recurrir a valoraciones normativas que especifiquen su contenido, la naturaleza del "software", aclara, viene dada, no por el derecho, sino por la técnica." Es decir, que en su criterio los artículos 51 y 52 de la Ley 44 de 1993, acusados por los actores, "...no hacen un reenvío al decreto 1360 de 1989...", lo que no obsta para que el operador judicial pueda servirse de esa normatividad para realizar su función de interpretación.

Manifiesta el concepto de la Fiscalía, que pretender que cada término legal esté previamente definido en el ordenamiento jurídico, implica una "sobredimensionalización" legislativa; para la claridad del tipo penal basta, concluye, que estos conceptos sean entendibles por parte del destinatario de la ley y del intérprete, lo que en el caso que se analiza se cumple a cabalidad.

En cuanto a la presunta vulneración del principio de taxatividad por parte del legislador, al utilizar la expresión “reproducir” en las normas objeto de cuestionamiento, específicamente en el numeral 4 del artículo 51 de la Ley 44 de 1993, considera la interviniente, que la misma no se da, pues se trata de un verbo rector claro y preciso, cuya interpretación y alcance, en cada caso específico, es asunto de competencia de la jurisdicción ordinaria y no de la constitucional.

Dicha expresión, agrega, tampoco acarrea vulneración del principio fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 superior, pues la misma es una norma de carácter sustancial que regula un derecho material, por lo que se concluye que el cargo de inconstitucionalidad en este caso concreto carece de fundamento.

Sobre la supuesta vulneración del bloque de constitucionalidad que según los actores producen las disposiciones impugnadas, al ser éstas contrarias a normas del Acuerdo de Cartagena y del Acuerdo que estableció la OMC, la delegada de la Fiscalía manifiesta lo siguiente:

Primero, que la Decisión 351 de 1993, o régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos del Acuerdo de Cartagena, en efecto haría parte del bloque de constitucionalidad, en la medida que regula los derechos morales del autor, los cuales son reconocidos como derechos fundamentales, luego según lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta Política, dichas normas tendrían el rango de superiores dentro del ordenamiento jurídico, además de que ellas encuentran sustento en el artículo 227 de la C.P., que ordena de manera expresa acoger los principios del derecho comunitario; segundo, que no ocurre lo mismo con las disposiciones del Acuerdo por el cual se estableció la OMC, las cuales al no regular derechos fundamentales no hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, aceptando la viabilidad de confrontar las disposiciones impugnadas con las de la Decisión 351 de 1993, entendiendo éstas últimas incorporadas al bloque de constitucionalidad, se concluye, según la interviniente, que tampoco se produce violación alguna, pues la creación de los tipos penales que contiene la Ley 44 de 1993, se traduce en un desarrollo indispensable para su aplicación.

Prosigue su análisis la interviniente, señalando que si bien es cierto que la creación de un tipo penal que permita la sanción por la mera responsabilidad objetiva, es una conducta del legislador que contradice y vulnera principios constitucionales, especialmente el del debido proceso que consagra el artículo 29 superior, pues nuestro ordenamiento adoptó “...un derecho penal del acto que supone la adopción del principio de culpabilidad...”, lo que a su vez implica que en la materia rige el principio de que “no hay acción sin culpa” y por lo mismo que es imprescindible “la existencia del elemento subjetivo o psicológico del delito”, en el caso de las disposiciones demandadas eso no ocurre, pues lo que ellas sancionan es un acto específico, el de “reproducir”, que en cada caso se juzgara a partir de la aplicación de los principios rectores del derecho penal, a saber, los de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, luego no se configura la violación alegada.

Aclara la interviniente, que los argumentos que presentan los actores para justificar su

petición de inexequibilidad, por tratarse, según ellos, de un tipo penal que sanciona la responsabilidad objetiva, dirigidos a demostrar que los mismos terminan castigando acciones como la reproducción para uso personal del soporte lógico, lo cual es absurdo y contradice la legislación internacional, se desvirtúan si se tiene en cuenta que la citada Decisión 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, y el artículo 37 de la Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor, establecen la licitud de esas conductas, lo que de plano descarta en esos casos la presencia de los elementos de tipicidad y antijuridicidad que exige la conducta punible.

Para rebatir el cargo que presentan los actores contra las disposiciones impugnadas, que se concreta en la ausencia, según ellos, de claridad sobre el bien jurídico protegido, lo que daría lugar a la violación del artículo 29 de la Constitución, la delegada de la Fiscalía se remite a apartes de la doctrina especializada, que en su concepto justifican de manera suficiente la decisión del legislador de incluir el soporte lógico o software como una modalidad que cabe dentro de las denominadas obras propias del dominio literario, como tales objeto de protección a la luz de las disposiciones de la ley 23 de 1982 y del decreto 1360 de 1989.

En opinión de la interviniente, los cargos de violación al principio de proporcionalidad y el desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado, como lo es la administración oportuna y eficaz de justicia, que le imputan a las disposiciones impugnadas, no deben prosperar en el juicio de inconstitucionalidad que se adelanta, pues en cuanto al primero, tal vulneración no se produce dado que la protección de un derecho fundamental como el que configuran los derechos morales del autor, admite, sin lugar a duda, la acción penal; sobre el segundo, señala el concepto de la Fiscalía, que en un Estado social y democrático de derecho impartir de manera efectiva justicia, no necesariamente se traduce en imponer penas, de lo que se trata es de, incluso acudiendo a vías alternativas, solucionar los conflictos que afectan a la sociedad, luego el desistimiento por parte del ofendido, previo el pago de la correspondiente indemnización por parte del infractor, no es más que uno de esos mecanismos alternos a los que recurre el aparato judicial, que en nada contradice el ordenamiento superior.

Por último, la delegada de la Fiscalía defiende la constitucionalidad del artículo 55 de la Ley 44 de 1993, que ordena la destrucción de los bienes ilegítimos decomisados, señalando que en reiteradas oportunidades esta Corporación se ha pronunciado sobre la conformidad de dicha figura con las normas del ordenamiento superior, teniendo en cuenta que el objetivo de la misma no es otro que interrumpir los daños producidos por el delito y castigar a aquel que lo ha cometido.

#### Dirección Nacional de Derechos de Autor

El director general de la Unidad Administrativa Especial, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Fernando Zapata López, intervino dentro del término establecido para defender la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas de la Ley 44 de 1993. Sustenta su posición en los siguiente argumentos:

En primer lugar, el interviniente considera necesario hacer algunas precisiones sobre el alcance del concepto “soporte lógico” sobre el cual los demandantes dirigen sus acusaciones; al efecto se remite a algunas de las definiciones que del mismo hacen instrumentos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno, entre

ellas las del glosario de la OMPI, y la de la Decisión 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena. Así mismo, destaca lo dispuesto por los artículo 1 y 2 de la Ley 23 de 1982, que establecen que la finalidad de las mismas es proteger adecuada y efectivamente los derechos de los autores y demás titulares de las obras del ingenio, entre ellas los programas de ordenador.

Tratándose de programas de ordenador, aclara el interviniente, "...éstos quedan protegidos por el ordenamiento jurídico autoral en los mismos términos que las obras literarias...", decisión de nuestro legislador que coincide plenamente con lo dispuesto en Convenios internacionales de protección de la propiedad intelectual suscritos por Colombia, especialmente con los mandatos del Acuerdo ADPIC de la OMC, al que adhirió Colombia a través de la Ley 170 de 1994, y del Convenio de Berna de 1971.

Aclara, que dicha protección cuando recae sobre el soporte lógico o software, incluye, según lo dispuesto en el artículo 23 de la Decisión 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, tanto "los programas operativos como los aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto"<sup>1</sup>, todo lo cual permite concluir que es procedente incluirlos, para efectos de protección, dentro de la categoría obras de creación del ingenio u obras de creación del espíritu en el campo científico, tal como lo aceptó el H. Consejo de Estado, al señalar que las mismas son "objetos protegibles por la ley de derechos de autor".

En conclusión, dice el director de la Unidad Administrativa Especial de Derecho de Autor, "...la mención de la palabra (sic) "soporte lógico", en los artículos demandados ..., es una expresión que corresponde en los mismos términos a la de "programa de ordenador" o "software", no siendo contradictoria con los tratados internacionales, convenios, ni con la Decisión 351 de 1993, sobre derecho de autor, ya que estas normas utilizan de manera indistinta expresiones como programa de ordenador, software, soporte lógico, para referirse a lo mismo."

A continuación el interviniente analiza el alcance de las normas del derecho comunitario, cuya aplicación, anota, se rige por dos principios básicos fundamentales, el de preeminencia y el de aplicación directa; así las cosas, señala, la Decisión 351 de 1993 se encuentra en un estadio superior respecto de las normas internas de cada país miembro de la comunidad andina, lo que significa que en caso de contradicción entre unas y otras, se aplicará de manera preferente el ordenamiento comunitario, que para el caso se encuentra condensado en esa decisión.

Al introducirse en el análisis de las disposiciones impugnadas, el interviniente observa que "...una lectura integral del capítulo IV de la Ley 44 de 1993, que trata sobre las sanciones penales a las infracciones de un derecho de autor o de un derecho conexo, nos da a prima facie la posibilidad de concluir que el artículo 51 numerales 2 y 4 y parágrafo, el artículo 52 numeral 2 y parágrafo, el artículo 53 numeral 2 y el artículo 55 de la Ley 44 de 1993, al incluir la palabra (sic) "soporte lógico", no violan disposición constitucional alguna; pues en ellos en claro que la definición dada por el legislador al "soporte lógico" corresponde al término usual de software o programa de ordenador, como es denominado en la Decisión 351 de 1993, en el Convenio de Berna (Ley 33 de 1987), en el Acuerdo sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio, ADPIC, anexo del Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio, OMC (Ley 170 de 1994), y más recientemente en el

Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, de 1996, de Derecho de Autor, (Ley 565 de 2000)”

Destaca, que la Ley 44 de 1993 lo que hizo fue actualizar las penas establecidas para las violaciones a los derechos de autor que establecía la Ley 23 de 1982, armonizándolas y haciéndolas acordes con las obligaciones asumidas por el Estado Colombiano al suscribir los diferentes tratados internacionales, en relación con el respeto y la protección que debe brindar a la propiedad intelectual. La Ley 23 de 1982, sostiene el interviniente, “...adolecía de un tratamiento jurídico específico para temas puntuales como las nuevas tecnologías v.g. la protección legal al soporte lógico o software, así como para aspectos relacionados con la inspección y vigilancia de la gestión colectiva que merecían un replanteamiento, con miras a que los autores gozaran de una amplia, técnica y profesional gestión de sus derechos”, aspectos que suplió precisamente a través de la Ley 44 de 1993, específicamente de las disposiciones objeto de impugnación.

Los artículos 51 y 52 de la Ley 44 de 1993, anota el interviniente, recogen las conductas de mayor contenido antijurídico en contra de los derechos de autor y de los derechos conexos, “...clasificándolos metódicamente en dos tipos penales que atienden el mayor perjuicio o daño causado, distinguiendo la reproducción de obras publicadas (piratería) ..., y el tipo penal [que se configura cuando] cuando se hace aparecer una obra de otra persona como propia (plagio)...”; así mismo, penalizando la falsificación, usurpación o la transformación no autorizada de obras, las cuales distingue del alquiler, la retransmisión de emisiones por parte de organismos de radiodifusión y la recepción y distribución de señales de televisión por suscripción. “...En este sentido, concluye el director de la Unidad Administrativa Especial de Derechos de Autor, las normas impugnadas cumplieron con la garantía constitucional de describir previa y claramente las conductas recogidas en los tipos penales, tratando de mantener armonía con relación al régimen de penas establecido por el Código Penal de 1980.”

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En la oportunidad correspondiente el señor Procurador General de la Nación rindió el concepto de su competencia, en el cual le solicita a esta Corporación que declare la constitucionalidad de las expresiones “soporte lógico” y “reproduzca”, contenidas en los artículos 51 y 52 de la Ley 44 de 1993; así mismo, que declare exequible el parágrafo del artículo 52 de la misma ley, en el entendido de que el desistimiento del perjudicado o la indemnización integral de los daños ocasionados con el delito antes de dictarse sentencia de primera instancia, dan lugar a la culminación de la actuación penal; y por último, que se declare inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la expresión “ocasiona grave daño a la víctima”, contenida en el agravante del artículo 53-2 de la impugnada Ley 44 de 1993.

Señala el Ministerio Público, que el diseño de la política criminal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150-2 de la C.P. le corresponde al legislador ordinario, el cual tiene competencia para materializarla a través de la definición de tipos penales, no obstante, tal función debe cumplirla sin incurrir en definiciones arbitrarias lo que implica aplicar en cada

caso los principios de proporcionalidad y racionalidad y el respeto irrestricto a los derechos fundamentales.

Precisamente, dice el Procurador, en ejercicio de esa facultad el legislador expidió la Ley 44 de 1993, con la cual quiso realizar, entre otros, los mandatos de los artículos 61 y 150-24 de la C.P., que se refieren a su obligación de proteger la propiedad intelectual. Así las cosas, agrega, es claro que a él le correspondía definir los tipos penales con los cuales se aspira a concretar esa garantía y a brindar esa protección, luego lo que tiene que definir el juez constitucional para resolver la demanda de la referencia, es si esos tipos penales, como lo sostienen los actores, son ambiguos e imprecisos y por lo mismo vulneran el principio constitucional de legalidad, consagrado en el artículo 29 de la Carta.

En esa perspectiva, señala el Procurador, si se tiene en cuenta que el principio de legalidad encierra el principio de tipicidad, que implica que lo que no esté expresamente previsto en la ley como infracción penal no se considera prohibido para los particulares, y que de él se desprende la obligación del legislador de diseñar tipos penales inequívocos, claros y precisos, no hacerlo se traduce en la expedición de normas penales que contengan tipos indeterminados los que acarrearán una clara violación del artículo 29 superior.

Al analizar los tipos penales de los artículos 51-2-4 y parágrafo y 52-2 de la Ley 44 de 1993, a la luz de los presupuestos mencionados, el Procurador concluye, que si bien los mismos corresponden a lo que la doctrina denomina tipos en blanco, que como tales deben remitir a otras normas para completar su descripción, los mismos de ninguna manera pueden catalogarse como tipos indeterminados, que como se dijo son los que vulneran el ordenamiento constitucional, dado que contienen los elementos descriptivos necesarios y están definidos previamente, lo que indica que no son susceptibles de interpretación discrecional por parte del juez.

Así las cosas, no encuentra el Procurador que la expresión “soporte lógico”, que los actores acusan, según ellos por ambigua e imprecisa, lo sea, dado que la misma se encuentra claramente definida en el Decreto 1360 de 1989, en el cual se establece que es una creación del dominio literario, que comprende uno o varios de los siguientes elementos: el programa de computador, la descripción del programa y el material auxiliar, conceptos que a su vez se encuentran expresamente desarrollados en la misma norma. Por lo dicho, concluye el Ministerio Público, los tipos penales consignados en las normas acusadas no solo contribuyen a evitar la reproducción o registro ilegal de todo o parte de los componentes del soporte lógico o software, sino que cumplen con las características de precisión y definición clara e inequívoca que exige la realización del principio de legalidad, lo que descarta los cargos que contra la expresión analizada presentaron los actores.

Además, anota el Ministerio Público en su concepto, la definición aludida coincide en lo esencial con la que presenta la Decisión 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, emitida con posterioridad a la expedición de la Ley 44 de 1993, lo que descarta la acusación de los actores en el sentido de que las disposiciones impugnadas vulneran tratados internacionales debidamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno, las cuales se imponen en caso de discrepancia con el contenido de normas nacionales sobre la materia.

En cuanto a la acusación que los actores dirigen contra la expresión “reproducir” contenida

en el numeral 4 del artículo 51 de la Ley 44 de 1993, la misma, dice el Procurador, constituye el verbo rector del tipo penal que la citada norma contiene, el cual indica sin lugar a equívoco cual es la acción que será objeto de sanción penal; la misma, agrega, se debe entender en su sentido natural y obvio, pues ella no acarrea dificultades para el intérprete, no obstante, si surgieran, dicho verbo aplicado a la materia específica se encuentra claramente definido en la citada Decisión 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, que como se dijo se impone para los países miembros, lo que hace que el cargo de inconstitucionalidad se desvirtúe.

La acusación de los actores, que señala que los tipos penales que impugna establecen formas de responsabilidad objetiva de los autores de las conductas punibles, en concepto del Procurador, no debe prosperar, por cuanto las mismas se edificaron sobre el principio de culpabilidad, tal como lo ordena el artículo 29 de la Constitución; una interpretación sistemática de las normas acusadas, que atienda los principios rectores del derecho penal, dice el Ministerio Público, conduce a la conclusión de que dichas conductas, para ser tipificadas como delito, necesariamente han de estar originadas en el dolo del autor.

Al cargo de inconstitucionalidad presentado contra el párrafo del artículo 53 de la Ley 44 de 1993, que señala la terminación de un proceso penal que se adelante por infracción de los tipos penales que consagran los artículos 51 y 52 de la misma ley, antes de que se dicte sentencia de primera instancia y siempre que el afectado desista y el infractor cancele la correspondiente indemnización, es contraria al ordenamiento superior por cuanto constituye una negación del poder punitivo del Estado y por lo tanto un factor que genera impunidad, el Ministerio Público responde rebatiéndolo, pues en su criterio, se trata de un mecanismo alterno que diseñó el legislador que como tal no se opone a los preceptos constitucionales.

No obstante lo anterior, para el ministerio Público la norma ofrece dificultades, "...por cuanto de un lado extiende la figura del desistimiento a hechos delictivos perseguibles de oficio, y de otra condiciona el efecto exterminador de la indemnización al desistimiento de los perjudicados, lo cual afecta el principio de igualdad, si se considera que el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal permite que la indemnización integral de los perjuicios extinga la acción iniciada de oficio (y termine el proceso por preclusión de la investigación o cesación del procedimiento), cuando se trata de los delitos de homicidio culposo, lesiones personales culposas y procesos por delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos salarios mínimos, excepto el hurto calificado y la extorsión, sin que se exija desistimiento del ofendido como requisito adicional para la terminación de la actuación."

En esas condiciones, considera el ministerio Público que el párrafo del artículo 52 de la Ley 44 de 1993 es constitucional, "...únicamente bajo el entendido de que el desistimiento del perjudicado o la indemnización integral de los daños ocasionados con el delito antes de dictarse sentencia de primera instancia, dan lugar a la culminación de la actuación penal."

Por último, manifiesta el Procurador, que no se pronunciará sobre la expresión "ocasiona grave daño a la víctima" del artículo 53-2 de la Ley 44 de 1993, por cuanto los demandantes no presentaron cargo alguno contra la misma, ni señalaron las disposiciones del ordenamiento superior que en su concepto la misma infringe.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

## 1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Constitución Política, esta Corporación es competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los numerales 2 y 4 y el párrafo del artículo 51; el numeral 2 y el párrafo del artículo 52; el numeral 2 del artículo 53; y el artículo 55 de la Ley 44 de 1993, “Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944.”

## 2. La Materia.

En esta oportunidad los actores demandan la inexecutable parcial de los artículos impugnados, sobre los cuales le corresponde determinar a la Corte lo siguiente:

2.1. Si sobre las disposiciones impugnadas recae el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente, dado que las mismas contradicen y vulneran normas contenidas en instrumentos internacionales suscritos y aprobados por Colombia con posterioridad a su expedición, que al ser incorporados a nuestro ordenamiento interno, adquieren el rango de normas superiores y por lo tanto entran a hacer parte del denominado bloque de constitucionalidad, que en el caso específico resultaría transgredido.

2.2. Si la expresión “soporte lógico”, contenida en los numerales 2 y 4 y el párrafo del artículo 51 y en el numeral 2 del artículo 52 de la Ley 44 de 1993, como lo sostienen los actores, por su ambigüedad e imprecisión, vulnera el principio de legalidad que como garantía constitucional consagra el artículo 29 superior, pues si bien dichas normas contienen tipos penales en blanco, las mismas no remiten a una definición suficiente y exacta de dicho concepto, dado que la única disponible se encuentra en el Decreto 1360 de 1989, que es caduca y obsoleta y por lo tanto genera vacíos que el intérprete, específicamente el juez penal, debe llenar recurriendo a un ejercicio de valoración subjetivo.

2.3 Si la expresión “reproduzca” del numeral 4 del artículo 52 de la misma Ley 44 de 1993, también vulnera el principio de legalidad a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, pues dicha acción no necesariamente traduce conductas ilícitas en materia informática, la cual, según la legislación internacional vigente e incorporada al ordenamiento interno de nuestro país, admite que la misma se efectúe, con miras por ejemplo a obtener una copia personal o una versión adaptada del respectivo programa, sin ánimo de distribución o de lucro, situaciones que la disposición impugnada no contempla. Así las cosas, deberá establecer la Corte, si como lo señalan los actores, tal disposición penal consagra un tipo de responsabilidad objetiva, que desconoce que el dolo es esencial para la configuración de una conducta objeto de sanción penal, esto es que no atiende el hecho de que nuestro sistema punitivo fue diseñado sobre los principios de las teorías culpabilistas.

2.4 También deberá dilucidar la Corte, si lo dispuesto por el legislador en el párrafo del artículo 52 de la Ley 44 de 1993, en el sentido de que la acción penal se extinguirá por desistimiento del ofendido, antes de que se dicte sentencia de primera instancia y siempre y cuando el infractor indemnice los perjuicios causados, vulnera los principios constitucionales que le señalan al Estado, su obligación de garantizar un sistema de justicia oportuno y eficaz y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, pues lo coloca en una posición de debilidad para cumplir con su responsabilidad de combatir el

delito, lo que implica fomentar la impunidad.

2.5 Por último, la Corte deberá establecer, si lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 44 de 1993, en el sentido de que una vez demostrada la ilegitimidad de los materiales incautados en los procesos adelantados por la comisión de los delitos a los que se refieren los artículos precedentes de esa misma ley, procedimiento que se cumplirá con el apoyo de peritos que actuarán en las respectivas diligencias de inspección judicial, éstos serán destruidos por la policía judicial, viola el derecho a la intimidad de las personas, consagrado en el artículo 15 de la C.P., en la medida que permite que terceros se introduzcan, sin autorización, en los sistemas de información personales de aquellos.

En cuanto a la demanda contra la expresión “grave daño a la víctima” del artículo 53 de la Ley 44 de 1993, esta Corporación coincide con lo expresado por el Ministerio Público y algunos intervinientes, que le solicitan a la Corte que se declare inhibida, dada la inexistencia de cargos de inconstitucionalidad contra la misma.

3. La Decisión 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que contiene el Régimen Común sobre derecho de autor y conexos, dado que regula los derechos morales de autor, que son derechos fundamentales, a la luz de lo dispuesto en el artículo 93 de la C.P. se incorpora al bloque de constitucionalidad; no ocurre lo mismo con el Acuerdo a través del cual se estableció la “Organización Mundial de Comercio -OMC-, cuya materia no puede incorporarse al bloque de constitucionalidad, pues no corresponde a aquellas a las que se refiere el citado artículo 93 superior.

El primer cargo de inconstitucionalidad que estudiará la Corte, es el que corresponde al punto 2.1 del numeral 2 de esta providencia, esto es, si sobre las disposiciones impugnadas recae el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente, dado que las mismas contradicen y vulneran normas de instrumentos internacionales suscritos y aprobados por Colombia con posterioridad a la expedición de aquellas, que al ser incorporados a nuestro ordenamiento interno, según los actores, adquieren el rango de normas superiores y por lo tanto entran a hacer parte del denominado bloque de constitucionalidad, que en el caso específico resultaría transgredido.

Para resolver la cuestión es pertinente, en primer lugar, establecer si en efecto los tratados internacionales a los que aluden los actores, aprobados e incorporados por Colombia a nuestro ordenamiento interno, en efecto hacen parte del bloque de constitucionalidad, al detentar ellos, según los demandantes, el rango de normas superiores.

Los tratados internacionales que en opinión de los demandantes resultan vulnerados con las disposiciones impugnadas, son la Decisión Andina 351 de 1993, por la cual se adopta un Régimen Común sobre Derecho de Autor y derechos conexos para los cinco países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, expedida en desarrollo del Acuerdo Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), aprobado por el Congreso Nacional mediante la Ley 8ª. de 1973, y el Acuerdo por el cual se establece la Organización Mundial de Comercio OMC, aprobado por el Congreso Colombiano a través de la Ley 170 de 1994.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, el bloque de constitucionalidad, definido como "...el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes ..."2, admite que en él se incluyan tratados internacionales, una vez éstos se incorporen debidamente en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, una vez hayan sido aprobados por el Congreso de la República y superado el control de constitucionalidad que para los mismos establece el artículo 241-10 de la Carta Política; ahora bien, no todos los tratados internacionales incorporados en nuestro ordenamiento pueden ser incluidos en el bloque de constitucionalidad, pues el Constituyente introdujo esa prerrogativa únicamente para aquellos tratados que versen sobre derechos humanos o sobre la prohibición de limitarlos en los estados de excepción, tal como lo dispone el artículo 93 de la Carta.

Sobre el particular esta Corporación ha dicho lo siguiente:

"Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: stricto sensu, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De otro lado, la noción lato sensu del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

(...)

En principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias. Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexecutable de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución.

No todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues tal y como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha señalado en varias oportunidades, "los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias". En efecto, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica.

Así las cosas, deberá ahora verificar la Corte, si los tratados que en opinión de los demandantes son vulnerados por las disposiciones impugnadas, regulan la materia de

derechos humanos o prohíben su limitación en estados de excepción, pues solo así de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la C.P., podría aceptarse que los mismos hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En cuanto a la Decisión 351 de 1993, ésta fue expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 por los Plenipotenciarios de Colombia, Bolivia, Chile, el Ecuador, y el Perú, Acuerdo que fue aprobado por el Congreso de nuestro país mediante la Ley 8ª. de 14 de abril de 1973.

Dicho instrumento fue aprobado por el legislador colombiano e incorporado a nuestro ordenamiento interno, con fundamento en lo dispuesto el artículo 76-18 de la Constitución de 1886, por entonces vigente, que le atribuía al Congreso Nacional, la función de “aprobar o improbar los tratados o convenios que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional”, por medio de los cuales, agregaba dicha norma, “... podrá el Estado obligarse para que, sobre bases de igualdad y reciprocidad, sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”.

Sobre el objetivo del mismo, la doctrina especializada coincide en catalogarlo como “...un instrumento de integración económica multinacional, que exige una organización comunitaria, que articule funcionalmente la economía de los países participantes en el proceso, por impulso de los respectivos Estados, los organismos comunitarios, los empresarios y los trabajadores de sus pueblos (...), que adquiere el perfil de sujeto de derecho internacional público.”<sup>3</sup>

“Una comunidad económica como la andina es una organización personificada, de origen internacional, que dispone de poder suficiente y autónomo para promover y conseguir el desarrollo de los países que la constituyen, mediante un proceso de unificación de sus actividades económicas, dentro del marco jurídico del Estatuto de su creación, mediante decisiones obligatorias para sus fundadores y habitantes.”<sup>4</sup>

Ahora bien, el máximo órgano del Acuerdo según el artículo 6º del mismo es la Comisión, la cual tiene una composición intergubernamental, siendo su principal función, la de “...formular la política general del Acuerdo y adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de sus objetivos”, ésta expide “Decisiones” con el voto de los dos tercios de sus miembros, que tienen efectos erga omnes, todo lo cual permite catalogarla como un órgano político decisorio.

Tales decisiones, según lo disponen los artículos 12 y 15 del Acuerdo, se producen siempre a propuesta de la Junta, lo que indica, “...que son ejercicio de una competencia normativa ejercida con base en la iniciativa de un órgano de carácter técnico...”<sup>5</sup>

“Las decisiones, desde el punto de vista de su contenido normativo, o se ocupan de dictar las regulaciones que sobre las materias específicas ordenó expedir en forma expresa el Acuerdo, u obedecen al ejercicio de la potestad legislativa ordinaria para ejercer las demás competencias de la Comisión, incluidas las administrativas.

“(...)”

“Las Decisiones [que carecen de carácter legislativo se pueden agrupar en dos categorías], “... las que determinan mecanismos necesarios para dinamizar el proceso, y las puramente administrativas.

“Entre las primeras pueden señalarse aquellas que contienen programas de armonización de instrumentos y mecanismos de comercio (art.30), aprobación de programas sectoriales de desarrollo industrial (art.33), determinación de los productos reservados para los anteriores programas (art.47) ...”<sup>6</sup>

“Artículo 30. La Comisión, a propuesta de la Junta, acordará un programa de armonización de los instrumentos y mecanismos de regulación del Comercio exterior de los países miembros que será puesto en práctica por éstos antes del 31 de diciembre de 1972. ...”

En cumplimiento de esa disposición, la Junta expidió la Propuesta 261 que dio origen a la citada Decisión 351 de 1993, cuyos objetivos, según lo dispone el artículo 1º de la misma son los siguientes:

“Artículo 1º. Las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico y científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino. Así mismo, se protegen los Derechos Conexos a que hace referencia el Capítulo X de la presente Decisión.”

Así las cosas, la Decisión en comento, expedida en desarrollo del Acuerdo de Cartagena, que como se anotó antes es un acuerdo de integración económica, tiene por objeto armonizar instrumentos y mecanismos de regulación en comercio exterior necesarios para impulsar el proceso de integración, específicamente en materia de Derecho de Autor, lo que implica que regule de manera minuciosa tal derecho, el cual presenta dos categorías: los derechos morales y los derechos patrimoniales de autor; en esas circunstancias y atendiendo el carácter de fundamental que la Corte le reconoció a los derechos morales de autor, se produce la incorporación de la citada decisión al bloque de constitucionalidad, dado que su materia, a la luz del artículo 93 de la C.P. así lo impone.

“... 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 condicional 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 derecho que emana 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. (Corte Constitucional, Sentencia C155 de 1998, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

En cuanto al Acuerdo por el cual se establece la Organización Mundial de Comercio -OMC-,

aprobado por el Congreso Colombiano a través de la Ley 170 de 1994, éste, como su nombre lo indica, regula materias ajenas a los derechos humanos y a la prohibición de limitarlos en estados de excepción, en consecuencia, como lo ha señalado de manera expresa esta Corporación, el mismo no se incorpora al bloque de constitucionalidad:

“El “Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio” no constituye parámetro de constitucionalidad, como quiera que dentro del bloque de constitucionalidad no pueden incluirse convenios o tratados internacionales que regulen materias autorizadas expresamente en la Carta. Dicho de otro modo, no pueden considerarse parámetros de control constitucional los acuerdos, tratados o convenios de carácter económico, pues no existe disposición constitucional expresa que los incluya, ni son de aquellos que el artículo 93 de la Carta otorga un plus, ni son normas que la Carta disponga una suprallegalidad. Existen razones procesales y prácticas del control constitucional que justifican esa decisión. En primer lugar, los acuerdos comerciales, en esencia, traducen objetivos y políticas gubernamentales, los cuales están sometidos a la reciprocidad de los Estados y a las necesidades económicas coyunturales, lo cual impediría un control definitivo de la constitucionalidad de una disposición legal. Igualmente, no es razonable que la Corte excluya definitivamente una disposición que deba compararse con una norma cuya vigencia puede ser temporal, pues tal y como esta Corporación ya lo dijo “mal podría entonces la Corte excluir en forma permanente del ordenamiento una ley por violar un tratado cuya aplicabilidad está sujeta a contingencias”. De otro lado, aceptar la tesis de los actores, imposibilita el control constitucional, pues le correspondería a la Corte revisar las disposiciones impugnadas con todo el universo jurídico- comercial. Finalmente, la inclusión al bloque de constitucionalidad del acuerdo comercial que se estudia, también desconocería la fuerza normativa de la Carta y la naturaleza del control constitucional, pues la Corte estaría obligada a confrontar dos normas de la misma jerarquía (ley que aprueba el acuerdo comercial y la que se considera infringida)”. (Corte Constitucional, Sentencia C-582 de 1999, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)

Así las cosas, el cargo de inconstitucionalidad sobreviniente que formulan los actores contra las disposiciones impugnadas, por violación según ellos de tratados internacionales que se incorporaron al bloque de constitucionalidad, se considerará respecto de la Decisión 351 de 1993, y se descartará en lo que tiene que ver con el Acuerdo que establece la Organización Mundial del Comercio -OMC-

En ese orden de ideas, la pregunta que surge es la siguiente: por qué las expresiones impugnadas de los artículos 51-2, 51-4, 52-2 y parágrafo y del artículo 55 de la Ley 44 de 1993, vulnerarían la citada Decisión 351 de 1993?

Según los actores, porque la expresión “soporte lógico” que en ellas se utiliza es caduca y obsoleta, y por lo mismo obstruye la aplicación de la norma incorporada al bloque de constitucionalidad.

La expresión “soporte lógico” es la que ha aceptado la Real Academia de la Lengua como traducción del anglicismo “software”, sobre la misma la tratadista argentina Delia Lypszyc ha dicho que ella equivale a la expresión “programas de ordenador”, “...también denominado, según los países, programa de computación, programa para computador, programa de

cómputo, soporte lógico (del francés “logiciel”), o, al igual que en los países anglófonos, software”7.

Revisada la citada Decisión 351 de 1993, se encuentra que en su artículo 3º el “programa de ordenador” (software), o lo que es lo mismo “el soporte lógico”, se define de manera expresa de la siguiente manera:

“Artículo 3. Programa de ordenador (software): Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automática, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.”

Esa definición es clara y precisa, y no encuentra la Corte que la misma pueda ser obstruida en su aplicación por las disposiciones impugnadas de la Ley 44 de 1993, al contrario, ellas permiten proteger a los creadores de esas obras de acciones dolosas contra su propiedad, lo que implica realizar los mandatos de protección eficaz que contiene la Decisión para todos los países miembros, y lo dispuesto en el artículo 61 de la C.P., que le atribuye al Estado la función de proteger la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley, luego no se advierte ninguna inconstitucionalidad sobreviniente en las normas atacadas.

4. Las expresiones “soporte lógico” y “reproduzca” contenidas en las disposiciones impugnadas, no vulneran el principio de legalidad que consagra el artículo 29 de la C.P.

El segundo lugar, la Corte se pronunciará sobre los cargos de inconstitucionalidad consignados en los puntos 2.2 y 2.3 del numeral 2 de esta providencia, esto es, si las expresiones “soporte lógico” y “reproduzca”, contenidas en los numerales 2 y 4 y el párrafo del artículo 51 y en el numeral 2 del artículo 52 de la Ley 44 de 1993, como lo sostienen los actores, dada su ambigüedad, imprecisión y su obsolescencia, vulneran el principio de legalidad que como garantía constitucional consagra el artículo 29 superior, pues si bien dichas normas contienen tipos penales en blanco, las mismas no remiten a una definición suficiente y exacta de dichos conceptos; así, en lo que hace al primero, dicen los demandantes, la única definición disponible se encuentra en el Decreto 1360 de 1989, que es caduca y obsoleta y por lo tanto genera vacíos que el intérprete, específicamente en el juez penal, debe llenar recurriendo a un ejercicio de valoración subjetivo, mientras el segundo no delimita su alcance, lo que implica que incluya conductas que pueden ser lícitas, ocasionando el mismo resultado.

En efecto, según los actores los delitos que se tipifican en las normas impugnadas, corresponden a lo que la doctrina denomina “tipos penales en blanco”, los cuales no riñen con el ordenamiento constitucional, no obstante, las expresiones que ellos impugnan, “soporte lógico” y “reproduzca”, son, según ellos, ambigua e inexacta la primera, y muy amplia la segunda, lo que contradice el principio de legalidad que como garantía constitucional consagra el citado artículo 29 de la Constitución.

Para analizar de fondo los argumentos con los que los demandantes sustentan su acusación,

es pertinente detenerse, por lo menos de manera somera, en el contenido y alcance del principio de legalidad que consagra el artículo 29 la Constitución, el cual, según ellos, es vulnerado por las disposiciones impugnadas. Al efecto, la Corte se remitirá al fallo producido recientemente por ella, contenido en la Sentencia C-739 de 2008, que desarrolló el tema:

“Dice el artículo 29 de la C.P.:

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso sin dilaciones injustificadas ; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”

Es claro, que en la norma superior citada, el Constituyente de 1991 consagró de manera expresa el denominado principio de legalidad, “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, principio tradicionalmente reconocido y aceptado como inherente al Estado democrático de derecho, sobre el cual se sustenta la estricta legalidad que se predica del derecho penal, característica con la que se garantiza la no aplicación de la analogía jurídica en materia penal<sup>9</sup>, la libertad de quienes no infringen la norma, y la seguridad para quienes lo hacen de que la pena que se les imponga lo será por parte del juez competente, quien deberá aplicar aquélla previamente definida en la ley.

Dicho principio encuentra expresión en varios componentes, que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”, los cuales se definen de la siguiente manera:

“...*nullum crimen sine praevia lege*: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; *nulla poena sine praevia lege*: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; *nemo iudex sine lege*: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; *nemo damnetur nisi per legale indicum*, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.”<sup>10</sup>

En esa perspectiva, para la realización del principio de legalidad, paralelos han de encontrar espacio propicio y efectivo para su pleno desarrollo otros principios que se derivan de él, tales como el de reserva legal y el de tipicidad.

El primero, el principio de reserva legal, implica en el Estado democrático de derecho, que él único facultado para producir normas de carácter penal es el legislador, pues además de ser

esa su función natural en desarrollo del principio de división de poderes, en él se radica la representación popular, la cual es esencial en la elaboración de todas las leyes, pero muy especialmente en las de carácter penal, que, como lo ha dicho la Corte, 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 ..."11

"Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento...el respeto riguroso del principio de legalidad opera no solo como un mecanismo de protección de las libertades fundamentales, sino que también obliga a la discusión colectiva y democrática de las políticas criminales a fin de evitar la intervención penal inútil y perjudicial. El principio de legalidad es expresión no solo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal." (Corte Constitucional, Sentencia C-559 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Respecto del principio de tipicidad, que también como se dijo se deriva del principio de legalidad, esta Corporación ha dicho lo siguiente:

"Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.

"Quiere decir lo anterior 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." (Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 1993, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)

Al abordar el análisis del principio de legalidad y de sus derivados los principios de reserva legal y de tipicidad en el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en el derecho penal, esta Corporación se ha pronunciado en el siguiente sentido:

"De acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional sólo el legislador puede establecer hechos punibles y señalar las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellos. Un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale. Ley, que ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o "preexistente".

"El artículo 1 del Código Penal incluye tal principio dentro de las normas rectoras del proceso penal, en estos términos: "Nadie podrá ser juzgado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió ni sometido a

pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella". Y en el artículo 3 del mismo estatuto establece: "La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca."

"El principio de legalidad 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". (Corte Constitucional, Sentencia C- 133 de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz )

Con base en los anteriores presupuestos, procederá ahora la Corte a establecer, si, como lo sostiene [los] actores de la demanda, [las expresiones impugnadas de los artículos 51 y 52 de la Ley 44 de 1993] vulneran el principio de legalidad y sus derivados los de reserva legal y tipicidad.

"... La modalidad del tipo penal en blanco es válida y aceptada en nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando sus contenidos se puedan complementar, de manera clara e inequívoca, con normas legales precedentes que permitan la correspondiente integración normativa.

(...)

El primer aspecto de la controversia que debe acotar la Sala, es el referido al denominado tipo penal en blanco, ... [lo que quieren señalar los actores] es que en el caso específico las normas demandadas son contrarias al ordenamiento superior, dado que consignan un tipo penal en blanco cuyo contenido no puede ser complementado por parte del intérprete, específicamente el juez penal, dada la ausencia de normas legales precedentes, que definan de manera clara e inequívoca los servicios y actividades técnicas a las que alude la primera, lo que implica que sea precisamente el juez, en cada caso específico, el que de manera arbitraria proceda a hacerlo, violando así el principio de legalidad.

El tipo penal en blanco lo define la doctrina como aquel que contiene una norma incriminadora incompleta o imperfecta, dado que aunque incluye precepto y sanción, el primero, el precepto, es relativamente indeterminado, "...siendo determinable mediante norma jurídica distinta que será, generalmente, un decreto, resolución o mandamiento de autoridad extraprocesal (administrativa por regla general), cuyo reglamento - complementario del precepto - tiene que darse antes del hecho, pues de otra manera se sancionaría en parte con una norma posterior." Los tipos penales en blanco, son aquellos en que "la conducta no aparece completamente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo u otros ordenamientos jurídicos para actualizarla y concretarla."<sup>12</sup>

Esta modalidad de tipo penal ha sido aceptada por la jurisprudencia nacional e internacional; así, al referirse a las distintas categorías de tipos penales esta Corporación la ha incluido, señalando al efecto lo siguiente:

"... 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. En relación con el sujeto activo pueden ser monosubjetivos, plurisubjetivos, de sujeto indeterminado o de sujeto cualificado, En cuanto al bien jurídico

tutelado pueden ser simples, complejos, de lesión y de peligro. De acuerdo con su contenido existen tipos de mera conducta, de resultado, de conducta instantánea, de conducta permanente, de acción, de omisión, abiertos y cerrados.” (Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz)

Es decir, que en nada contraría el ordenamiento superior el hecho de que el legislador recurra a esta modalidad de tipo penal, siempre y cuando verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e inequívoca, aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco, cuyos contenidos le sirvan efectivamente al intérprete, específicamente al juez penal, para precisar la conducta tipificada como punible, esto es, para realizar una adecuada integración normativa que cumpla con los requisitos que exige la plena realización del principio de legalidad.

Así las cosas, esto es determinada la validez de los tipos penales en blanco en nuestro ordenamiento jurídico, lo que a continuación debe establecer la Sala es si efectivamente la norma impugnada reúne las características propias de esa modalidad de tipo penal, y de ser así, si existen las disposiciones jurídicas precedentes necesarias para que el juez proceda a la respectiva integración normativa, de manera tal que sin violar los principios de legalidad y reserva, dote de contenido completo e inequívoco el tipo penal que el actor tacha de inconstitucional. (Corte Constitucional, Sentencia C-739 de 2000, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz)

4.1 Los artículos 51 y 52 de la Ley 44 de 1993, que consagran conductas punibles que atentan contra el derecho de autor, no son tipos penales en blanco, pues 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.

Coincide la Corte en este punto con lo expresado en su concepto por el señor Fiscal General de la Nación, en el sentido de que las normas impugnadas, en el caso que se analiza, no son tipos penales en blanco; para verificar esta aseveración es necesario remitirse a los elementos que configuran un tipo penal completo, esto es a su caracterización, para lo cual la Sala de nuevo se remitirá a reciente jurisprudencia que sobre el tema ha producido la Corporación:

“La norma penal, siempre de origen estatal, es un imperativo que contiene reglas de comportamiento impuestas por el Estado, dirigidas a regular conductas de los ciudadanos, asociadas a determinados comportamientos sancionados punitivamente. La norma penal tiene una función valorativa, en el sentido de que a través de ella ciertos comportamientos se califican como contrarios a los fines del Estado, al efecto “...el legislador prohíbe ciertas acciones u omisiones porque las considera perjudiciales o peligrosas para la comunidad social.”<sup>13</sup>

Así las cosas, por lo general la norma penal está constituida por dos elementos: el precepto (*praeceptum legis*) y la sanción (*sanctio legis*). “El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto.”<sup>14</sup>

En el precepto está contenida la descripción de lo que se debe hacer o no hacer, y, por lo tanto del hecho que constituye delito. La situación descrita en la norma se denomina

comúnmente figura o tipo penal.

El tipo penal presenta entonces una estructura que contiene varios elementos, pues "...todo tipo penal muestra una conducta que, realizada por alguien, lesiona o pone en peligro un bien del cual otra persona es titular; por consiguiente, en cada tipo se identifican dos sujetos, el activo que ejecuta el comportamiento y el pasivo en cuya cabeza radica el interés que se vulnera; una conducta que genéricamente allí se plasma y que, siendo por lo regular de naturaleza objetivo - descriptiva, en veces trae referencias normativas y subjetivas, y un objeto de doble entidad: jurídica en cuanto legalmente tutelado y material en cuanto ente (persona o cosa) sobre la cual se concreta la vulneración del interés jurídicamente protegido."15 El tipo penal que contenga todos estos elementos es un tipo penal completo.

A partir de los anteriores presupuestos procederá ahora la Corte a analizar las disposiciones impugnadas.

Los artículos 51 y 52 de la Ley 44 de 1993, algunas de cuyas expresiones impugnan los actores, establecen los siguiente:

"Artículo 51. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales:

"1. (...)

"2. Quien inscriba en el registro de autor una obra literaria, científica o artística a nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionado falsamente el nombre del editor, productor fonográfico, cinematográfico, videográfico o de soporte lógico.

"3. (...)

"4. Quien reproduzca fonogramas, videogramas, soporte lógico u obras cinematográficas sin autorización previa y expresa del titular, o transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

"Parágrafo. Si en el soporte material, carátula o presentación de la obra literaria, fonograma, videograma, soporte lógico u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, las penas anteriores se aumentarán hasta la mitad.

"Artículo 52. Incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de tres (3) a diez (10) salarios legales mínimos mensuales:

1. (...)

2. Quien alquile o de cualquier modo comercialice fonogramas, videogramas, soportes lógicos u obras cinematográficas sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

(...)

(...)”

Dichas normas, que se circunscriben a una actividad concreta, la inscripción de obras en el registro de autor, contienen los elementos necesarios para ser catalogadas como tipos penales completos, pues como tales contienen un precepto y una sanción; el precepto define el sujeto activo del hecho punible, a través de la expresión “Quien inscriba en el registro de autor...”, la cual indica que se trata de un sujeto activo indeterminado, en la medida en que cualquier persona puede incurrir en las acciones que se prohíben.

En cuanto al sujeto pasivo, esto es el titular del bien jurídico que se protege, éste en el caso del numeral 2 del artículo 51 de la Ley 44 de 1993, se encuentra definido inequívocamente en la norma acusada, en la cual éstos se señalan de manera expresa: “...el autor verdadero” y el “productor ... de soporte lógico”, a quienes se les garantiza protección cuando un tercero, sin su autorización previa y expresa, inscriba la correspondiente obra en el registro, o mencione falsamente el nombre de dicho productor.

En el caso del numeral 4 del mismo artículo 51 de la Ley 44 de 1993, el sujeto pasivo también está claramente determinado, al señalar la norma que incurrirá en la conducta punible, “...quien reproduzca ...soporte lógico ...sin autorización previa y expresa del titular...”, siendo éste último el sujeto al que se le garantiza protección.

En cuanto a la conducta que se señala como punible, ésta en la disposiciones impugnadas es plural y se encuentra descrita de manera precisa a través de tres verbos concretos (verbos rectores o núcleos rectores del tipo penal): inscribir, mencionar falsamente y reproducir, que descartan la ambigüedad que los actores les atribuyen a las normas; así, se desprende inequívocamente del contenido de los artículos 51-2 y 51-4 de la Ley 44 de 1993, que el que “inscriba a nombre de persona distinta del autor verdadero”, o “mencione falsamente el nombre del editor o productor de soporte lógico”, o quien “reproduzca soporte lógico sin autorización previa y expresa del titular”, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios mínimos mensuales.

En cuanto a los conceptos técnicos involucrados en las normas parcialmente acusadas, específicamente al de “soporte lógico”, éstas eventualmente pueden remitir al juez a otras normas legales que lo definen de manera precisa y para la materia, (instrumentos internacionales debidamente incorporados a nuestro ordenamiento, la Decisión 351 de 1993 por ejemplo, decretos, el 1360 de 1989 y reglamentos, que en el caso específico existen como bien lo señalan varios de los intervinientes)

Así, como se anotaba antes, la citada Decisión 351 de 1993, define el “soporte lógico” de la siguiente manera:

“Artículo 3. Programa de ordenador (software): Expresión de un conjunto de instrucciones

mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automática, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.”

En cuanto al Decreto 1360 de 1989, éste presenta la siguiente definición de “software o “soporte lógico”:

“La expresión de un conjunto organizado de instrucciones, en lenguaje natural o codificado independientemente del medio en que se encuentre almacenado, cuyo fin es el de hacer que una máquina capaz de procesar información, indique realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específico.”

No obstante lo anterior, si se diera el caso de que dicho concepto careciera de definición legal precedente, los tipos penales impugnados tampoco requerirían de tal remisión para adquirir sentido, pues las mismas pueden entenderse de acuerdo con el uso común que se les da, tal como lo establece el artículo 28 del Código Civil<sup>16</sup>, dado que el hecho de que sean de carácter técnico no implica, necesariamente, que sean ajenas a una definición en el lenguaje cotidiano. Sobre el particular, es pertinente señalar, que la Real Academia de la Lengua ha aceptado la traducción de los anglicismos “software” y “hardware”, como “soporte lógico” y “soporte material” respectivamente, expresiones que se encuentran en los diccionarios de uso, que definen la primera de la siguiente manera<sup>17</sup>:

Ahora bien, si el juez o funcionario judicial competente lo considera pertinente, tales expresiones pueden ser dilucidadas por expertos a los que él acuda en ejercicio de la potestad que le otorga el artículo 257 del Código de Procedimiento Penal, o por autores reconocidos en la materia.<sup>18</sup>

Queda claro entonces, que en el caso que se revisa las normas impugnadas configuran tipos penales completos, que si bien no requieren, como lo sostienen los actores, 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.

En cuanto a la sanción, ella también está claramente determinada en las normas en cuestión, que, en el caso del artículo 51 establece que quien incurra en las conductas prohibidas incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios legales mínimos mensuales, mientras que en el artículo 52, señala como penas para quienes comentan los delitos en ella tipificados, prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de tres (3) a diez (10) salarios legales mínimos mensuales, las cuales se agravarán, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 44 de 1993, hasta en la mitad, cuando el perjuicio económico causado por el hecho punible sea superior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, o siendo inferior, “ocasiona grave daño a la víctima”, expresión también demandada por los actores, sobre la cual se declarará inhibida la Corte, dada la ausencia de cargos específicos.

En cuanto a la expresión “reproduzca” del numeral 4 del artículo 52, que también acusan los actores, argumentando violación del principio de legalidad, según ellos porque dada su amplitud incluye conductas que en materia informática se reconocen lícitas, lo que hace que el acto se tipifique como delito a partir de la responsabilidad objetiva del sujeto activo, contrariando así los principios rectores del derecho penal, lo que debe señalar la Corte, en primer lugar, es que dicha expresión es clara y precisa y por ende no da lugar a equívocos, y en segundo lugar, que ella conduce a la configuración del tipo penal, sólo y siempre y cuando esté acompañada de los elementos que en materia penal son esenciales para el efecto, los cuales están consignados en el artículo 2 del Código Penal:

“Artículo 2. Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable”.

En síntesis, para que las conductas que señalan las normas impugnadas puedan ser calificadas por el juez como punibles, éste debe verificar que por parte del sujeto activo exista la intención de causar daño, esto es que haya dolo; así, a manera de ejemplo, la conducta podrá configurar delito si presenta como objetivo obtener beneficios económicos ilegítimos con la obra de un tercero, en el caso concreto con el soporte lógico o “software” creado por él, causándole perjuicios a éste en cuanto titular del bien jurídico protegido, no solo de carácter patrimonial sino de carácter moral; así las cosas, la reproducción de soporte lógico para obtener una copia de uso personal<sup>19</sup>, por ejemplo, es una conducta en la que está ausente el dolo, razón por la cual no cabe dentro de los tipos penales impugnados, cosa distinta es la reproducción, sin autorización previa y expresa del titular, con el objeto de distribuirla a terceros y obtener beneficios económicos, situación que se conoce como “piratería”, la cual si cabe dentro de los tipos penales analizados.

Es decir, que es precisamente el intérprete de la norma, el juez penal, el que en cada caso específico debe verificar si se dan los presupuestos que permiten calificar una determinada conducta como dolosa y si la misma corresponde a aquellas a las que se refieren las normas impugnadas, ejercicio propio de su quehacer y de su autonomía que en nada contraría el principio de legalidad.

No hay duda que la redacción de las normas cuestionadas no es perfecta, que ellas adolecen de errores, no obstante las mismas no pueden ser calificadas como ambiguas e inexactas, a punto que originen vacíos que arbitrariamente deba llenar el juez penal, violando así, no sólo el principio de legalidad, sino el principio de reserva legal, que le atribuye al legislador de manera exclusiva la función de definir las conductas punibles a través de la ley. Por eso, las expresiones impugnadas serán declaradas exequibles.

5. Definir las causales de extinción del proceso penal, es una competencia exclusiva del legislador, que las establece previo el ejercicio de ponderación que efectúa de los fenómenos de la vida social que tipifica como delitos y del mayor o menor daño que, en su criterio, ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado social.

La tercera acusación que estudiará la Corte, es la que se refiere a si lo dispuesto por el legislador en el párrafo del artículo 52 de la Ley 44 de 1993, en el sentido de que la acción

penal se extinguirá por desistimiento del ofendido, antes de que se dicte sentencia de primera instancia y siempre y cuando el infractor indemnice los perjuicios causados, vulnera los principios constitucionales que le señalan al Estado la obligación de garantizar un sistema de justicia oportuno y eficaz, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, pues lo coloca en una posición de debilidad para cumplir con su responsabilidad de combatir el delito, lo que implica fomentar la impunidad.

Sobre la definición de las conductas punibles, el alcance y la graduación de las penas aplicables, los criterios de agravación o atenuación y desde luego, los presupuestos para la extinción o preclusión del proceso penal, la Corte ha manifestado lo siguiente:

“La verificación acerca de si una sanción penal es suficiente o no respecto del delito para el cual se contempla encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, escapa al ámbito de competencia de los jueces. Si la Corte Constitucional pudiera, por el sólo hecho de la eliminación de la pena menor, porque la entiende tenue, cómplice y permisiva, retirar del ordenamiento jurídico una disposición, estaría distorsionando el sentido del control constitucional. La norma sería excluida del ordenamiento con base en el cotejo de factores extraños al análisis jurídico, ecuánime y razonado sobre el alcance de aquélla frente a los postulados y mandatos establecidos en la Constitución, que es lo propio de la enunciada función, cuyo objeto radica, de manera específica, en preservar la integridad y supremacía constitucionales. Calificaría exclusivamente, por tanto, asuntos de pura conveniencia, reservados a la Rama Legislativa del Poder Público.

“(…)

“Mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.

“(…)

“Quien expide la ley debe gozar de atribuciones suficientes -que a la vez comprometen su responsabilidad- para adecuar razonablemente las penas, según los diversos elementos que inciden en las conductas proscritas. La norma absoluta, que no establece distinciones, que otorga el mismo trato jurídico a situaciones diferentes, podría ser objeto de glosa, con mayor propiedad, por romper la igualdad y por desvirtuar el concepto de justicia, que aquélla orientada a la gradación y distinción fundada en hipótesis diversas.” (Corte Constitucional, Sentencia C-103 de 1997, M.P. Dr. José Gregorio Hernández)

Los cargos que contra el párrafo del artículo 52 de la Ley 44 de 1993 presentan los actores, dirigidos a probar que su contenido vulnera los principios constitucionales que le señalan al Estado la obligación de garantizar un sistema de justicia oportuno y eficaz, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, dado que lo

colocan en una posición de debilidad para cumplir con su responsabilidad de combatir el delito, lo que implica que él fomente la impunidad, están nutridos de elementos subjetivos y de conveniencia que no tienen cabida en un juicio de inconstitucionalidad.

Además, siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación, es al legislador al que le corresponde, en ejercicio de la cláusula general de competencia que el Constituyente radicó en él, crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados y determinar los presupuestos que dan vía a la preclusión o extinción del proceso por desistimiento del afectado, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o lleguen a causar en el conglomerado social.

“Lo cierto y definitivo de estas distinciones, es que la competencia radica exclusivamente en el legislador, quien en ejercicio de sus atribuciones y, en concordancia con la política criminal fijada por el Estado, es el encargado de establecer los nuevos hechos punibles, y determinar la jerarquía de los mismos, así como, establecer las sanciones y los procedimientos aplicables al los hechos punibles ...” (Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra)

En esa perspectiva, la decisión del legislador, consignada en el parágrafo del artículo 52 de la Ley 44 de 1993, de permitir que la acción penal se extinga por desistimiento del ofendido, en principio es acorde con el ordenamiento superior; ahora bien, la decisión del legislador de condicionar la extinción del proceso cuando se produce el desistimiento por parte del sujeto pasivo del delito, antes de dictarse sentencia de primera instancia, a que el agresor indemnice los perjuicios causados, ¿es también acorde con los preceptos de la Constitución?, o como lo señala el Ministerio Público, tal condicionamiento vulnera preceptos superiores, especialmente el principio de igualdad?

Sobre la figura del desistimiento en materia penal la Corte ha manifestado lo siguiente:

“En nuestra legislación, el principio que se acoge es el de la oficiosidad, pero por excepción, en algunos casos se acoge el principio de la dispositividad, el cual consiste en exigir querrela de parte para iniciar la investigación y el juzgamiento de ciertos delitos.

Significa esto, que la acción penal no puede iniciarse sino a solicitud de la víctima o del sujeto pasivo del delito. Así mismo, se faculta a la víctima para poner fin a la acción penal, mediante la figura del desistimiento, vale decir, que el sujeto pasivo del delito, tiene la facultad de iniciar y terminar la acción penal en las conductas delictivas señaladas en la ley.

Nuestro Código Penal, establece en su artículo 77 lo atinente al desistimiento: “El desistimiento aceptado por el querrellado extingue la acción penal”, a su vez, el artículo 33 del Código de Procedimiento Penal, consagra los delitos que requieren querrela de parte y, el artículo 34 ejusdem, admite el desistimiento, a condición de que sea aceptado por el querrellado.

(...)

(Corte Constitucional, Sentencia C- 301 de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra)

En el caso que ocupa a la Corte, ésta debe establecer si la decisión del legislador, de admitir la extinción de la acción penal en los casos de delitos contra la propiedad intelectual, protegida de manera expresa en el artículo 61 superior, siempre y cuando el ofendido desista de la misma y el procesado indemnice los perjuicios causados antes de que se dicte sentencia de primera instancia, vulnera el principio de igualdad, en la medida en que respecto de otros delitos (los señalados en el artículo 39 del C. de Procedimiento Penal, por ejemplo), basta con la indemnización integral del daño para que cese el procedimiento. Para resolver el asunto es pertinente remitirse a dos decisiones de la Corte que han desarrollado el tema de desistimiento en materia penal:

La primera decisión se produjo cuando la Corte analizó el contenido del artículo 27 de la ley 228 de 1995, que establece, en el caso de las contravenciones, que la respectiva acción se extingue por el desistimiento del sujeto pasivo, aún en los casos en que no se produzca indemnización del daño causado; en efecto, en la redacción inicial de la citada norma, ese desistimiento procedía "...siempre y cuando se [reparara] íntegramente el daño", no obstante, esa expresión fue declarada inexecutable por esta Corporación, que consideró que en esos casos la decisión autónoma del ofendido, de solicitar la cesación del proceso, no puede condicionarse al pago de la correspondiente indemnización, dado que ese es un asunto que sólo le compete a él, en la medida que traduce un interés particular y privado; dijo la Corte en esa ocasión:

"... cuando el particular ejerce la facultad que lo asiste para desistir de la acción en una investigación iniciada para que por la autoridad competente se imponga una sanción al presunto autor de una conducta contravencional, no resulta razonable ni proporcionado exigirle que para la procedencia de ese desistimiento se le exija por la ley la reparación integral del daño que hubiere sido inferido por la contravención.

Por ello, cuando el particular como sujeto pasivo de ese hecho punible opta por impetrar del Estado que la investigación no prosiga o que la sanción no se imponga, ello significa, sin lugar a dudas, que está renunciando a la protección que la ley le otorga en ese caso concreto a su interés particular y privado, por una parte; y, por otra, la indemnización que al actor pueda corresponderle por concepto de reparación del daño aludido, por cuanto corresponde a la esfera patrimonial, es susceptible de que sobre ella se ejerza soberanamente por el interesado un acto de disposición, el cual incluye, como se advierte con facilidad incluso la renuncia total a ese derecho, en ejercicio autónomo de la propia libertad del sujeto pasivo de la infracción". (Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

La segunda decisión se produjo al analizar en juicio de inconstitucionalidad el artículo 39 del C.P.20., en esa ocasión esta Corporación no encontró violación al ordenamiento superior, en la norma expedida por el legislador que establece que se precluya la instrucción o cese el procedimiento por indemnización integral, en los casos de delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, siempre y cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 330 y 341 del Código Penal, y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico, excepto el hurto calificado y la

extorsión, norma que no condiciona dicho efecto al desistimiento expreso del sujeto pasivo del delito; es decir, que el legislador impuso al ofendido la cesación del proceso penal, cuando se produzca el pago de la indemnización integral correspondiente, sin condicionar dicho efecto a su desistimiento expreso, circunstancia que en opinión del Procurador, implica que lo dispuesto en el párrafo del artículo 52 de la Ley 44 de 1993 vulnera el derecho a la igualdad.

Qué pasa entonces con el párrafo del artículo 52 de la Ley 44 de 1993, objeto del juicio de inconstitucionalidad que se adelanta?. Que éste condiciona la extinción de la acción penal al desistimiento del ofendido y el desistimiento al pago de la indemnización por los perjuicios causados por parte del procesado, situación desde luego más gravosa que las anteriores; no obstante, no encuentra la Corte que dicha disposición, al ser comparada con la del artículo 27 de la Ley 228 de 1995 y con la del artículo 39 del C.P.P., vulnera el principio de igualdad, tal como lo sostienen los actores, pues los supuestos de hecho que subyacen en las mismas son de fondo diferentes.

En efecto, en el primero, el de las contravenciones, el legislador atendió la circunstancia de que se trata de hechos punibles de menor trascendencia jurídico-social que los delitos, mientras en la segunda, la del artículo 39 del C.P.P, si bien impuso la preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento por indemnización integral, para el caso de delitos culposos, o de delitos contra el patrimonio económico, exceptuando el hurto calificado y la extorsión, sin condicionarla al desistimiento del ofendido, lo hizo por tratarse de conductas culposas, que como tales admiten un tratamiento más benévolo por parte del estado y de la sociedad, tanto es así, que en el caso de los delitos contra el patrimonio económico, quiso condicionar la extinción de la acciones al monto de los daños, señalando que la norma en cuestión era aplicable siempre y cuando el monto de los mismos no excediera los doscientos salarios mínimos legales mensuales, expresión que fue declarada inexecutable por esta Corporación<sup>21</sup>.

En cambio el párrafo impugnado del artículo 52 de la Ley 44 de 1993 se refiere a conductas dolosas, no culposas, que afectan los derechos de autor, los cuales se ven vulnerados en sus dos dimensiones, derechos morales y derechos patrimoniales, los primeros de carácter fundamental, que como tales no se resarcan con el pago de una compensación económica, lo que implica que no sería admisible, en sede de constitucionalidad, que el legislador le impusiera a la víctima, como en el caso del artículo 39 del C.P.P., la cesación del proceso, por el mero hecho de que patrimonialmente sea indemnizado.

Así las cosas, para la Corte la disposición impugnada, dada la gravedad de las conductas punibles, contiene condicionamientos proporcionales y razonables para la extinción de la acción penal, que se ajustan en todo al ordenamiento superior y que en nada contrarían el principio de igualdad, por lo que no accederá a la petición del Ministerio Público, de que se declare la constitucionalidad del párrafo del párrafo del artículo 52 de la Ley 44 de 1993, "...bajo el entendido que el desistimiento del perjudicado o la indemnización integral de los daños ocasionados con el delito antes de dictarse sentencia de primera instancia, dan lugar a la culminación de la actuación penal."

6. El derecho a la intimidad de las personas no se viola cuando las autoridades judiciales, en

desarrollo de investigaciones que son de su competencia, acceden a sistemas de información que contienen documentos de carácter privado.

Por último, la Corte deberá establecer, si lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 44 de 1993, en el sentido de que una vez demostrada la ilegitimidad de los materiales incautados en los procesos adelantados por la comisión de los delitos a los que se refieren los artículos precedentes de esa misma ley, éstos serán destruidos, procedimiento que se cumplirá con el apoyo de peritos que actuarán en las respectivas diligencias de inspección judicial, viola el derecho a la intimidad de las personas, consagrado en el artículo 15 de la C.P., en la medida que permite que terceros se introduzcan, sin autorización, en los sistemas de información personales de los presuntos infractores.

El artículo 15 de la C.P. garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y el derecho al buen nombre. En esa perspectiva, el interrogante que se deriva de la acusación presentada por los actores contra el artículo 55 de la Ley 44 de 1993, es si el acceso a sistemas de información por parte de las autoridades judiciales que investigan los delitos a los que se refieren los artículos 51 y 52 de la misma ley, apoyadas éstas en esa labor por peritos, implica vulneración de ese derecho fundamental, en la medida en que acceden sin autorización a información privada que como tal está protegida por el ordenamiento superior.

La intimidad, ha dicho la Corte Constitucional, "...encuentra su razón de ser y su fundamento último en el ámbito de autodeterminación y libertad que el ordenamiento jurídico reconoce al sujeto como condición indispensable para el libre desarrollo de su personalidad y en homenaje justiciero a su dignidad", es por eso precisamente, subrayo la Corte, que

"...dentro de ese refugio jurídicamente amurallado que lo protege, el sujeto puede actuar como a bien lo tenga. De ahí que las divulgaciones o investigaciones que penetren tal muro sólo podrán ocurrir por voluntad o aquiescencia del sujeto o cuando un verdadero interés general legitime la injerencia." (Corte Constitucional, Sentencia T-022 de 1993, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón)

No hay duda, que en el caso de investigaciones de carácter judicial, dirigidas a verificar la existencia de conductas punibles, el acceso a sistemas de información por parte de las respectivas autoridades se legitima, pues el objetivo de dichas investigaciones no es otro que salvaguardar el interés general, en la medida en que pretenden frenar y sancionar conductas tipificadas como delitos dados los nefastos efectos sociales que ellas producen.

En cuanto a la destrucción de los materiales ilegítimos que se incauten en desarrollo de las diligencias de inspección judicial a las que alude la norma impugnada, es claro y así lo establece el texto de la misma, que ella sólo procede previa la verificación y declaración de ilegitimidad del mismo, lo cual en nada transgrede el ordenamiento superior, pues sería contradictorio que material que sea producto de la comisión de un delito, por lo tanto viciado también de ilegalidad, pueda circular libremente en el mercado, seguramente produciendo beneficios económicos a quien por fuera de la ley los produjo.

Esta medida, como lo señala el Señor Fiscal General de la Nación en su concepto, debe interpretarse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 338 del Código de Procedimiento

Penal, que establece que los "...instrumentos y efectos con los que se haya cometido un hecho punible doloso o que provengan de su ejecución y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción."

Así las cosas, no encuentra la Corte mérito para acoger los argumentos de la demanda, dirigidos a demostrar la inconstitucionalidad del artículo 55 de la Ley 44 de 1993, por lo que procederá a declararlo exequible.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR EXEQUIBLES las expresiones "soporte lógico" y "reproduzca", contenidas en los artículos 51-2, 51-4 y 52-2 de la Ley 44 de 1993, "Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944".

SEGUNDO. DECLARAR EXEQUIBLE el parágrafo del artículo 52 de la Ley 44 de 1993.

TERCERO. DECLARARSE INHIBIDA en relación con la demanda presentada contra la expresión "...ocasiona grave daño a la víctima", del artículo 53 de la Ley 44 de 1993.

CUARTO. DECLARAR EXEQUIBLE el artículo 55 de la Ley 44 de 1993.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional.

FABIO MORON DIAZ

Presidente

JAIRO CHARRY RIVAS

Magistrado (E)

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Magistrada (E)

Magistrado

IVAN ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

Aclaración de voto a la Sentencia C-1490/00

CORTE CONSTITUCIONAL-Incompetencia de considerar vulneración de normas supranacionales (Aclaración de voto)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Conformación (Aclaración de voto)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Integración con derechos humanos (Aclaración de voto)

DERECHOS MORALES DE AUTOR-Protección por el sistema jurídico (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-2987

Acción pública de inconstitucionalidad contra los numerales 2 y 4 y el párrafo del artículo 51; el numeral 2 y el párrafo del artículo 52; el numeral del artículo 53; y el artículo 55 de la Ley 44 de 1999 "Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944"

Actores: Gustavo Jiménez y Samuel Gamboa Pinilla

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORÓN DÍAZ

Aunque expresé mi voto en favor de la decisión de exequibilidad de las normas demandadas en este proceso, por cuanto comparto en su mayoría las consideraciones de la sentencia, con el debido respeto, expongo las razones por las cuales discrepo de uno de los fundamentos de tal decisión.

En mi concepto, no era necesario analizar la eventual violación de la Decisión 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena y mucho menos, considerarla como parte del bloque de constitucionalidad. Así mismo, considero inaceptable desprender la existencia de un derecho fundamental asimilado a los derechos morales de autor.

Incompetencia de la Corte Constitucional para considerar la violación de normas supranacionales

La competencia de la Corte Constitucional se limita a confrontar las normas legales con la Constitución. Ha de recordarse, que esta Corporación ya se ha pronunciado sobre su incompetencia para conocer de la eventual violación de los acuerdos de la Comunidad Andina de Naciones<sup>22</sup>. De igual manera, la normatividad subregional tiene previsto un mecanismo judicial destinado a revisar la conformidad del ordenamiento interno de los países miembros de la Comunidad con las normas supranacionales. En efecto, el Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena dispuso la existencia de una acción contra los Estados miembros de la Comunidad, por incumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento supranacional.

Podría sostenerse que era necesario considerar dicho ordenamiento para integrar la norma en blanco acusada. Sin embargo, para tal efecto, no resultaba indispensable que la Corte se arrogara una competencia de la que carece por completo. Bastaba reconocer que, como norma supranacional, vinculaba al país y, por lo mismo, integraba la norma demandada.

### Bloque de constitucionalidad

La Sala recoge la jurisprudencia sobre el bloque de constitucionalidad y reafirma el precedente según el cual, únicamente algunos tratados relativos a derechos humanos lo integran. El reconocimiento de que algunos tratados sobre derechos humanos pueden integrar el bloque de constitucionalidad, encuentra asidero en el artículo 93 de la Carta, según el cual:

“ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”

y, en el artículo 53 de la Constitución, que dispone:

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.”

Ahora bien, ¿Resulta admisible que se asimile una decisión adoptada en el marco de la supranacionalidad, que tiene por propósito regular un aspecto de integración económica, a un tratado internacional sobre derechos humanos? Conforme lo ha señalado la jurisprudencia, el bloque de constitucionalidad no se puede conformar más que con instrumentos internacionales que reúnan al menos dos características, que se echan de menos en el caso de la Decisión 351 de 1993.

Como primera medida, la Constitución, tanto en el artículo 53 como en el 93, exige que sean instrumentos internacionales ratificados por Colombia. Las decisiones adoptadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena o por la Comisión de la Comunidad Andina, no requieren de incorporación expresa o de aprobación por parte del Congreso de Colombia<sup>23</sup>. Sobre el particular, en sentencia C-227 de 1999, la Corte señaló:

“La sujeción del Estado colombiano a los órganos supranacionales implica, necesariamente,

que sus disposiciones sean aplicables directamente en el ordenamiento interno, tal como lo dispone el artículo 3° del Tratado.”

Podría pensarse que, por tratarse de un asunto de competencia exclusiva de un organismo supranacional, en nada incide que la decisión comentada no hubiese sido aprobada por el Congreso de la República, a efectos de integrar el bloque de constitucionalidad. Este argumento es insostenible, por cuanto desconoce abiertamente el principio democrático y subvierte la estructura constitucional colombiana. La integración de la Constitución, en sentido lato, supone el ejercicio del poder constituyente o una autorización constitucional.

Así, la Carta ha fijado los procedimientos para reformar la Constitución, que invariablemente obligan a acudir a mecanismos democráticos, sea de manera directa (el pueblo) o indirecta (el Congreso de la República o una asamblea constituyente). De otra parte, la Constitución fija el valor normativo superior de ciertas leyes -estatutarias y orgánicas- que, en virtud de dicha autorización expresa, sirven como parámetro de control constitucional. Finalmente, los tratados y convenios sobre derechos humanos y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, siempre deberán ser aprobados por el Congreso. En suma, el bloque de constitucionalidad siempre está conformado por disposiciones que han sido aprobadas por el Congreso de la República. Únicamente de esta manera, se garantiza que sea el pueblo de Colombia quien defina el contenido de su Constitución.

La tesis de la mayoría conduce a que sean otros pueblos, distintos del colombiano, aunque hermanos, quienes definan el contenido de la Constitución. La Constitución en ningún momento ha autorizado al legislador, y mucho menos a la Corte Constitucional, a despojarse de su facultad constituyente y del control de constitucionalidad. En sentencia C-231 de 1997, esta Corporación dejó en claro cuales competencias podían ser despojadas en favor de un organismo supranacional:

“Queda claro que si no se descubre el modo de impedir que al menos los principios superiores del ordenamiento constitucional - respeto de los derechos humanos, vigencia del Estado social de derecho, de la democracia y de la separación de poderes -, se preserven en la fase de ejecución del acuerdo, los órganos de la comunidad detentarían un poder constituyente que ninguno de los países imaginó conferirles. Sin embargo, esta hipótesis debe desecharse puesto que el desarrollo del tratado, en modo alguno, requiere que dichos principios dejen de observarse. Las facultades de las autoridades de la subregión se limitan al ejercicio de las competencias que se trasladan a la comunidad y éstas, como emanación de los diferentes pueblos soberanos, no comportan la posibilidad de quebrantar tales principios que, además de corresponder a la tradición de los países firmantes, se recogen en los tratados internacionales suscritos por ellos y que, por su condición de derecho imperativo, resultan oponibles y vinculantes en el seno de la comunidad creada. No cabe la menor duda de que los actos y decisiones comunitarias que violen los principios superiores deben reputarse ultra vires y ser anulados por denotar desviación de poder.”

En suma, por decisión de la Corte Constitucional, la Comunidad Andina de Naciones se ha transformado, en virtud de la delegación de facultades constituyentes, en la Confederación Andina de Naciones.

El segundo elemento que no se encuentra en el caso de la Decisión 351 de 1993, tiene que

ver con el tema del cuerpo normativo. El artículo 93 de la Carta señala que los tratados “que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. La Carta ha querido que no cualquier tratado internacional se integre al bloque de constitucionalidad. Únicamente aquellos que tienen un contenido específico: reconocer derechos humanos.

No es posible asignarle tal naturaleza a cualquier tratado internacional que regule un tema que se relacione con los derechos. Los derechos humanos no pueden ser adscritos a cualquier tema o a cualquier tratamiento. Existen elementos claros que permiten que se califique el contenido de un cuerpo normativo como reconocedor de derechos humanos.

Básicamente, que se trate de normas con estructura abierta y, particularmente, con estructura de principio<sup>24</sup>. No es posible calificar de tratado sobre derechos humanos a uno que regule los derechos morales y patrimoniales de autor y conexos, la forma de protección de tales derechos, las competencias de las oficinas nacionales, etc.

Finalmente, debe recordarse que en sentencia C-256 de 1998, la Corte sentó la siguiente doctrina, que la mayoría ha debido seguir:

“Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional destacado en la citada sentencia No. C-231 de 1997, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc., de donde surge que una prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno, similar a la prevista en el artículo 93 de la Carta, carece de sustento.

Así pues, vistas las cosas a partir del artículo 93, el derecho comunitario andino no conforma el bloque de constitucionalidad y, por ende, tampoco comparte la supremacía de la Carta Fundamental frente a la ley. Empero, cabría considerar la hipótesis de que la incorporación del derecho comunitario en el bloque de constitucionalidad tuviera una base constitucional diferente del artículo 93. En este sentido, es de mérito anotar que para esta Corte, “la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta”<sup>25</sup> y, en verdad, las distintas normas superiores relativas a la supranacionalidad y a la integración, si bien constituyen el fundamento constitucional de estos fenómenos, no disponen ni entrañan la prevalencia de los respectivos tratados en el orden interno, pues “Una cosa es que las normas de los tratados internacionales tengan fundamento constitucional y otra, por entero diferente, que se hallen incorporadas al bloque de constitucionalidad y que deban ser tenidas en cuenta en el momento de decidir si una ley se ajusta o no a los preceptos de la Carta”.<sup>26</sup>

Sirven los anteriores argumentos al propósito de demostrar que no existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria, ya que la aprobación de los tratados por el Congreso se lleva a cabo mediante una ley ordinaria, de modo que, analizadas las cosas desde la perspectiva del juicio de constitucionalidad, las presuntas contradicciones entre la ley y el derecho comunitario andino no generan la declaración de

inexequibilidad, cuyo presupuesto es la inconformidad de una norma inferior con otra superior y no con otra de la misma jerarquía o proveniente de algún órgano comunitario.

Siendo así, la prevalencia de las normas comunitarias sobre las normas locales y la obligatoria aplicación directa de las decisiones de los órganos comunitarios creadoras de derecho secundario son situaciones distintas al juicio abstracto de constitucionalidad, y comportan unos alcances singulares, por cuya virtud la apreciación de las eventuales contradicciones entre las prescripciones regionales y el derecho interno corresponde a los jueces y a los operadores jurídicos encargados de resolver esos conflictos concretos, teniendo como norte los efectos especiales y directos que en el ordenamiento interno despliegan las normas supranacionales, cuya prevalencia sobre las normas locales reguladoras de una misma materia implica el desplazamiento que no la derogación de la norma nacional.

### Derechos fundamentales

La mayoría califica los derechos morales de autor como “derechos de rango fundamental”. Apoyan su afirmación recogiendo lo expuesto en la sentencia C-155 de 1998:

“los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar sus 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 condicional 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 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 derecho que emana de la misma condición de hombre.”

En primer lugar, en mi concepto, la Corte confunde la libertad de expresión, como derecho fundamental y los derechos morales de autor. En efecto, la importancia de reconocer la autoría de las personas sobre aquello que es “fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio” se apoya en “la posibilidad de expresar sus 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 condicional racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva”, lo cual no es más que la libertad de expresión en sentido amplio.

Es necesario distinguir entre los derechos que merecen protección del sistema jurídico, como lo pueden ser los derechos morales de autor, de los derechos que tienen que ser protegidos por la Constitución como derechos fundamentales. El desconocimiento o la ausencia de protección de los segundos genera, sin lugar a dudas, traumatismos para la persona. Lo mismo no puede predicarse de los primeros. El desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas limita su capacidad de acción y, en últimas, somete al ser humano a un trato que lo despoja de toda humanidad. La ausencia de seguridad, la inexistencia de un ámbito privado, la imposibilidad de trasladarse o de comunicarse, etc. constituyen daños a la persona humana que no son posibles de asimilar al desconocimiento

de la autoría sobre una obra.

No puede desconocerse que el reconocimiento de la autoría de una obra influye enormemente sobre la imagen de una persona. Sin embargo, el desconocimiento de la autoría, no menoscaba dicha imagen. No la daña. Simplemente, la iguala al resto de los conciudadanos.

De otra parte, olvida la Corte, la materia en la cual está reconociendo un derecho fundamental: derecho moral, de estatus fundamental, al reconocimiento de la autoría de un soporte lógico. Cabe preguntarse, hoy en día, ¿quién es titular de dicho derecho fundamental? ¿Serán los programadores anónimos que son contratados por las grandes empresas del ramo? ¿Tiene, por ejemplo, Microsoft, la obligación de registrar y reconocer quienes son los autores de los soportes lógicos que comercializa? ¿Qué pasa con las aplicaciones que no son más que desarrollos de productos anteriores? ¿A quién se le debe reconocer la autoría, al programador (realmente al grupo de programadores), a quien desarrolló el lenguaje de programación, a quienes aprovecharon exitosamente el producto?

Obsérvese la redacción del inciso 2° del artículo 51 de la Ley 44 de 1993, para apreciar las dificultades que se desprenden de la tesis de la Corte:

“2. Quien inscriba en el registro de autor una obra literaria, científica o artística a nombre de persona distinta del autor, verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor, productor fonográfico, cinematográfico, videográfico o de soporte lógico”. (Negritas fuera del texto).

¿Quién es el productor del soporte lógico? Más aún, ¿quien es el productor fonográfico, cinematográfico, videográfico o de soporte lógico? ¿Quién es el productor de las aplicaciones que se utilizan diariamente? La Corte no aborda este tema. De haberlo hecho, difícilmente hubiese arribado a la conclusión de la que me aparto, pues, de conformidad con el mismo artículo 3 de la Decisión 351 de 1993, el productor, esto es, la “persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra, por ejemplo, de la obra audiovisual o del programa de ordenador”, tendría un derecho fundamental a que se reconozca su autoría, por lo pronto, grandes empresas como Microsoft gozan de la posibilidad de acudir a la acción de tutela, en amparo de su derecho constitucional fundamental a que se reconozca el derecho de autor sobre los soportes lógicos.

Mas aún, toda persona, sin importar el lugar en el cual se encuentre domiciliado, tendría derecho fundamental a que se le reconociera la autoría de un virus informático. Tendría derecho a exigir que por la vía de la acción tutela se reconozca esa autoría.

Bien podría oponerse en este caso, que los creadores de los virus informáticos no “inscriben” los soportes lógicos<sup>27</sup> que producen y que, por lo tanto, no tienen derecho al reconocimiento de su autoría. ¿Es esto compatible con un derecho fundamental? ¿Es posible que la defensa de un derecho fundamental dependa de un acto de registro?

Considero que una lectura atenta de la Decisión 351 de 1993 hubiese dado suficientes

elementos de juicio para no calificar de fundamental un derecho trasmisible, como lo es el derecho moral de autor.

Fecha ut supra,

MARTHA V. SACHICA MENDEZ

Magistrada (e)

1 El código fuente es escrito en lenguaje que puede ser percibido por el ser humano, y el código objeto, escrito en lenguaje de máquina, es decir el que se identifica en forma escrita como unos o ceros, o números o letras, según las características del ordenador.

3 Sáchica, Carlos, "Derecho Comunitario Andino", Edit. TEMIS, segunda edición, 1990

4 Ibídem.

5 Ibídem.

6 Ibídem.

7 Lypszyc Delia, "Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, Buenos Aires, 1993.

8 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

9 "El repudio de la analogía jurídica en materia penal es justicia racional" Cossio Carlos, citado en "Tratado de Derecho Penal", Luis Jiménez de Asúa, Edit. Losada Buenos Aires, 1950.

10 Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal", Edit. Losada, Buenos Aires Argentina, 1950.

11 Corte Constitucional, Sentencia C- 559 de 1999, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

12 Reyes Echandía Alfonso, "Derecho Penal Parte General", Universidad Externado de Colombia, 1984

13 Antolisei Francesco, "Manual de Derecho Penal, Parte General", Edit. Temis, Bogotá Colombia, 1988

14 Ibídem.

15 Echandía Reyes Alfonso, "Derecho Penal Parte General", Universidad Externado de Colombia, 1984

16 Artículo 28 C.C.: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará a éstas su significado legal."

17 Diccionario De dudas y problemas del idioma español, José Martínez de Sousa; Diccionario de Manuel Rafael Aragón; Diccionario de María Moliner Segunda Edición.

18 Al referirse a las distintas expresiones que se utilizan y aceptan para referirse a los programas de ordenador, la tratadista argentina Delia Lypszyc, en su obra " Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA, Buenos Aires, 1993, dice lo siguiente: "... el programa de ordenador, también denominado, según los países, programa de computación, programa de computador, programa de cómputo, soporte lógico (del francés "logiciel") o, al igual que los países anglófonos, software"

19 El artículo 22 de la Decisión 351 de 1993, establece en qué casos es lícito realizar, sin autorización del autor y sin pago de remuneración alguna actos de reproducción de obras del ingenio, entre ellas del soporte lógico.

20 Dicho juicio de inconstitucionalidad concluyó con la Sentencia C-840 de 2000, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, a través de la cual la Corte declaró inexecutable la expresión "...cuando la cuantía no exceda doscientos salarios mínimos legales mensuales, ...", decisión que no compartió el Magistrado Sustanciador en el proceso de la referencia, como consta en el respectivo salvamento de voto.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2000, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

22 Sentencias C-256 de 1998

23 El artículo 3 del Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, dispone que:

Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

24 Sentencia C- de 2000

25 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-358 de 1997. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

26 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-327 de 1997. M. P. Dr. Fabio Morón Díaz.

27 Obsérvese que de acuerdo con la Decisión 351 de 1993, un virus informático reúne las características requeridas para ser calificado como soporte lógico.