

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

Magistrado Ponente
JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
Aprobado Acta No. 138

Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Editorial Planeta S. A. en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revocó la pena de ocho meses de prisión y cuatro punto cuarenta y cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes que por la conducta punible de *violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos* impuso en contra de JOSÉ DANIEL ACE-RO SAGANOME el Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad y, en su lugar, lo absolvió de los cargos imputados por la Fiscalía General de la Nación.

SITUACIÓN FÁCTICA Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 29 de noviembre de 2006, en la carrera 15 con calle 97 de Bogotá, miembros de la Policía Metropolitana detuvieron a JOSÉ DANIEL ACERO SAGANOME, debido a que estaba ofreciendo en plena vía pública dos reproducciones ilegales para la venta, correspondientes a las obras periodísticas *Pacto en la sombra*, de Édgar Téllez y Jorge Lesmes, publicado por Editorial Planeta S. A., y *H. P.: Historias particulares de los honorables parlamentarios*, de Édgar Artunduaga, publicado por Editorial Oveja Negra Ltda.

2. Por lo anterior, el Juez Treinta y Tres Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá declaró la legalidad de la captura de esta persona, así como de la imputación, no aceptada por JOSÉ DANIEL ACERO SAGANOME, que le formuló la Fiscalía General de la Nación por el delito de *violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos*, previsto en el numeral 1 del artículo 271 del Código Penal, ley 599 de 2000, modificado por el artículo 2 de la ley 1032 de 22 de junio de 2006, en la modalidad de 'ofrecer'.

3. Posteriormente, el representante del organismo instructor solicitó la preclusión de la actuación procesal con fundamento en la causal prevista en el numeral 4 del artículo 332 de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal vigente para este asunto, referida a la atipicidad del hecho investigado, en virtud del menoscabo insignificante que para el bien jurídico objeto de protección representaron las circunstancias particulares del caso.

El Juzgado Trece Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá negó la preclusión en comento, después de aducir que la falta de antijuridicidad material de la conducta no es un problema atinente a la atipicidad de la misma y que lo procedente, en todo caso, hubiera sido aplicar el principio de oportunidad, aparte de que la Fiscalía no contactó a las editoriales ni a los autores presuntamente afectados con los hechos para que tuvieran la posibilidad de oponerse a dicha pretensión, o incluso propiciar con el imputado una reparación o cualquier otro tipo de arreglo entre las partes.

4. Apelada dicha providencia por la defensora de JOSÉ DANIEL ACERO SAGANOME, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó en su integridad.

5. Formulada acusación por el delito materia de imputación y adelantado el respectivo juicio oral, que contó con la intervención de Editorial Planeta Colombiana S. A. como víctima, el Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá condenó al procesado a la pena principal de ocho meses de prisión y cuatro punto cuarenta y cuatro salarios mínimos legales mensuales de multa, así como a la pena accesoria de *inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas* por un tiempo igual al de la sanción privativa de la libertad. Así mismo, le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de dos años y ordenó la destrucción de los elementos incautados.

Según la funcionaria, la conducta del acusado fue lesiva para el bien jurídico consagrado por el legislador, debido a que "*el solo hecho de que se comercialicen libros carentes de originalidad genera una falta de percepción de ingresos por parte de las editoriales y el propio autor, quienes ven menguados sus patrimonios con la práctica de estas conductas contrarias a la ley*".

Igualmente, el a quo, dentro de la individualización de la pena (en la que además reconoció el descuento punitivo que por las condiciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema contempla el artículo 56 del Código Penal), sostuvo que acciones como las de JOSÉ DANIEL ACERO SAGANOME "*crean un daño potencial, dirigido a la sociedad, por las consecuencias negativas que encierra*".

6. Recurrida la sentencia por la parte defensora, el Tribunal Superior de Bogotá le halló la razón, en el sentido de que la conducta objeto de debate había carecido de relevancia jurídica y social, pues a pesar de que había sido por lo menos formalmente típica, no superaba el análisis de la antijuridicidad, debido a que en razón de su irrisoria cuantía e insignificante cantidad no afectó los derechos de las editoriales ni de los autores y, por consiguiente, hubo un desvalor de la acción, mas no del resultado, razón por la cual no fue vulnerado el bien jurídico que la norma pretende proteger.

En sustento de tal postura, trajo a colación un criterio del filósofo John Stuart Mill, así como el contenido del artículo 16 de la Constitución Política (según el cual los asociados sólo tienen como límite para el libre desarrollo de su personalidad tanto el orden jurídico como los derechos de los demás) y del artículo 11 de la ley 599 de 2000 (que requiere la lesión o efectiva puesta en peligro del bien jurídico), de los cuales coligió que el Estado Social de Derecho colombiano postula en el ámbito punitivo una concepción material de la antijuridicidad, tal como lo han reconocido tanto la Corte Constitucional como la Sala.

En consecuencia, revocó la decisión de la primera instancia y, en su lugar, absolvió a JOSÉ DANIEL ACERO SAGANOME de los cargos que por el delito de *violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos* le atribuyó la Fiscalía General de la Nación.

7. Contra el fallo de segundo grado, el representante de Editorial Planeta Colombiana S. A. interpuso el recurso extraordinario de casación, de suerte que, una vez admitida la demanda, fue adelantada ante la Corte la respectiva audiencia de sustentación.

LA DEMANDA

1. Con el fin de desarrollar la jurisprudencia y reparar el agravio sufrido, el recurrente formuló tres cargos, todos ellos al amparo de la causal primera de casación (numeral 1 del artículo 181 de la ley 906 de 2004), que alude a la violación directa de la ley sustancial.

2. En el **primer cargo**, planteó que el Tribunal interpretó de forma equivocada el alcance del tipo consagrado en el numeral 1 del artículo 271 del Código Penal, por cuanto éste no establece como elemento normativo adicional el causar grave detrimento económico al titular de la obra o de los derechos de autor, postura que no sólo defrauda la confianza que depositan los autores, sino que además riñe con la teleología de la ley 1032 de 2006, que buscó fortalecer la propiedad intelectual “*calificando a la piratería, desde el punto de vista penal, como un delito grave y una modalidad de criminalidad organizada*” y buscó el fin de “*impedir que la actividad ilícita se continúe desarrollando*”, tal como se aprecia en la exposición de motivos correspondiente.

Agregó que la cuantía de los perjuicios es un aspecto que se debe apreciar al momento de individualizar la pena, pero no incide en la tipicidad ni en la antijuridicidad de la conducta, pues de lo contrario desconocería los deberes constitucionales de asegurar la vigencia de un orden justo y de proteger el patrimonio de autor, señalados en los artículos 2 y 61 de la Carta Política, que corroboran los tratados e instrumentos internacionales suscritos por el Estado y aprobados por la legislación interna en ese sentido.

Sostuvo igualmente que la Decisión Andina 351 de 1993 dispuso en el artículo 6 que los derechos patrimoniales “*son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra*” y consisten, según el artículo 13, en el “*derecho exclusivo que tiene [el autor] de realizar, autorizar o prohibir [...] [l]a reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento*”, por lo que se trata de un bien jurídico especial e intangible, producto del intelecto humano, que no sólo está consagrado en un capítulo distinto al de los delitos contra el patrimonio económico, referido a objetos materiales, sino que además es susceptible de una interpretación diferente, en el entendido de que el objeto de tutela no es el haber patrimonial de los titulares, como ocurre en el ejemplo de quien descarga por Internet una obra publicada en una página de acceso gratuito y la reproduce con la intención de comercializarla, pues con ello vulnera en forma relevante la exclusividad del autor sin importar que a éste no le haya sido afectado el patrimonio.

3. En el **segundo cargo**, afirmó que el ad quem interpretó errónea-mente el artículo 11 del Código Penal, pues lo que configura la antijuridicidad material en el delito de *violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos* no es el aprovechamiento comercial o industrial de la obra con fines económicos (o, lo que es lo mismo, la propiedad común), sino el derecho inmaterial que se lesiona con el simple acto de reproducción, venta, distribución u ofrecimiento de la misma sin contar con la autorización previa y expresa del titular.

Añadió que el Tribunal se equivocó al citar un *óbiter dictum* de la sentencia C-565 de 1993, proferida por la Corte Constitucional (pues dicha decisión no habilita al operador judicial para que exima de responsabilidad penal por la poca o insignificante afectación del bien jurídico, sino señala que la sanción punitiva debe ser proporcional a la acción cometida), e incluso el ad quem olvidó que es la política criminal del legislador la que determina cuál conducta es punible y cuál no lo es, correspondiéndole al juez establecer la pena que tendrá que aplicarse en cada caso concreto y no si un comportamiento tipificado como delito vulneró el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

4. Finalmente, en el **tercer cargo**, aseguró que el Tribunal interpretó de manera equivocada el artículo 16 de la Carta Política, cuando lo contrastó con un concepto filosófico acerca de la libertad individual y con el principio de antijuridicidad material, en la medida en que no podía minimizar el mandato constitucional acerca de la protección de los derechos de autor y sobre todo cuando el concepto de John Stuart Mill utilizado en la providencia era acertado para un Estado liberal, mas no para un Estado Social de Derecho como el colombiano.

5. Por último, en un apartado de la demanda distinto a la sustentación de los cargos, destacó que la decisión del ad quem riñe con al menos cinco providencias condenatorias que han proferido otras Salas del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por lo que confirmarla no sólo generaría desigualdad e impunidad para esta clase de delitos, sino que además brindaría un mensaje en beneficio de la comercialización de reproducciones ilegales en cada esquina del país, evidenciando con ello el fracaso de la justicia ordinaria en

materia preventiva.

En consecuencia, solicitó a la Corte casar la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada por el a quo.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. El apoderado, durante su intervención, insistió en lo ya señalado en el escrito de demanda, en el sentido de que los dos libros no constituían el objeto de amparo, sino el contenido inherente a los mismos contra cualquier acto de reproducción o explotación realizado sin autorización previa ni expresa por parte del titular o los titulares del derecho. Así mismo, enfatizó que la venta ambulante de copias ilegales no es una simple actividad informal, sino la manifestación de una empresa criminal y organizada que conduce a la quiebra de las editoriales, así como a la falta de inversión en el país.

2. El representante de la Fiscalía, en su condición de no recurrente, solicitó no casar la sentencia objeto del extraordinario recurso, por cuanto la postura del representante de la editorial contraviene lo analizado por la Sala en los fallos de 30 de abril de 2008, radicación 29188, y 18 de noviembre del mismo año, radicación 29183.

3. La defensora de JOSÉ DANIEL ACERO SAGANOME indicó que el análisis del delito consagrado en el artículo 271 del Código Penal implica necesariamente una valoración desde la perspectiva del carácter patrimonial y la explotación económica de la obra, según lo ha contemplado tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la de la Sala, así como los instrumentos internacionales que tratan acerca de la protección de los derechos de autor, y que se confirma por el hecho de que Editorial Planeta Colombiana S. A., a pesar de que no es la propietaria del patrimonio de los autores, se ha beneficiado económicamente con sus obras, constituyéndose como víctima en el presente proceso.

Añadió en relación con el principio de antijuridicidad material que la conducta punible de *violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos* no es un delito de peligro, sino que exige una efectiva afectación del bien jurídico tutelado, por lo que la acción de tener dos reproducciones ilegales para la venta no causa un daño social significativo, a menos que se la aprecie desde un punto de vista macroeconómico, que fue lo que hizo el demandante.

Por último, destacó que, en virtud de los principios y valores del llamado derecho penal mínimo, según el cual la persona es un fin en sí misma, al poder punitivo no le es permitido interferir o restringir derechos fundamentales cuando la afectación del bien jurídico es mínima o incluso inexistente, lo cual sucede en un asunto como el presente, que al haber llegado a sede de casación no sólo entorpece a la justicia sino que afecta a la comunidad en general.

En consecuencia, solicitó a la Corte no casar la sentencia materia de impugnación.

CONSIDERACIONES

1. Precisiones iniciales y planteamiento de los problemas jurídicos por resolver

1.1. Si bien es cierto que el demandante incurrió en errores de lógica y debida argumentación respecto de los cargos de violación directa que sustentaron la pretensión de casar la sentencia de segunda instancia (pues no sólo los planteó en forma separada a pesar de que todos ellos apuntaban a un idéntico cometido, sino que incluso se refirió a la interpretación errónea de distintas normas de raigambre constitucional y penal cuando en realidad las debió haber analizado al amparo de las modalidades de aplicación indebida y falta de aplicación), también lo es que la Sala, en virtud de lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, dispuso superar los defectos de la demanda y decidir de fondo este asunto, en la medida en que así lo ameritan tanto la índole de la controversia como el fin de la casación de unificar y propiciar el desarrollo de la jurisprudencia.

En este último sentido, aunque el Fiscal Delegado sostuvo que el criterio del apoderado de Editorial Planeta Colombiana S. A. reñía con la postura de la Corte en las sentencias de 30 de abril de 2008 (radicación 29183) y 18 de noviembre del mismo año (radicación 29188) acerca de la apreciación del artículo 271 del Código Penal en particular y del principio de lesividad de la conducta en general, lo determinante en el presente caso radica en el hecho de que la Sala encuentra, no sólo por causa de los argumentos del demandante, sino también en razón de algunas de las apreciaciones brindadas por los funcionarios que conocieron de la actuación, problemas jurídicos que profundizan en puntuales y novedosos aspectos acerca de los temas otrora contemplados.

Además, la situación fáctica que aquí se evidencia, referida a una persona que ofrecía en los semáforos la venta de dos copias ilegales de los libros *Pacto en la sombra* y *H. P.: historias particulares de los honorables parlamentarios*, es sustancialmente distinta a la estudiada en las providencias en comento, pues la primera se trató de un comerciante que tenía como negocio particular la conversión, al formato de disco compacto, de casetes y discos de larga duración que le era solicitada por los propietarios de tales elementos, mientras que la segunda aludía a un consumidor habitual de sustancias alucinógenas a quien le fue hallado en su poder una cantidad de marihuana superior en casi diez gramos a la dosis personal permitida y, por lo tanto, correspondía al análisis acerca de la afectación de un bien jurídico diferente al de los derechos patrimoniales de autor.

De ahí que a esta altura de la actuación no deviene como importante que otras Salas de Tribunal hubieran adoptado decisiones distintas a la absolutoria proferida en este asunto, al contrario de lo que en algún momento de su discurso alegó el demandante, ni tampoco resulta acertado considerar, como lo hizo la defensora no recurrente, que el hecho de que la Corte asumiera el conocimiento del asunto vaya en detrimento de una eficaz y correcta administración de justicia, pues incluso en el evento de que la conducta de JOSÉ DANIEL ACERO SAGANOME no justificase la existencia de un proceso penal ni el merecimiento de una sanción punitiva, dictar un fallo de fondo es, desde el punto de vista de los fines de la casación, de utilidad para que los operadores de la norma consoliden o varíen sus posturas al respecto, o, por lo menos, reconozcan la necesidad de aplicar el principio de igualdad a favor de aquellos que luego incurran en comportamientos similares al presente.

1.2. Ahora bien, los problemas jurídicos que tratará la Sala en esta providencia girarán alrededor de la aplicación del principio de lesividad de la conducta punible, también conocido como principio de antijuridicidad material, así como de sus implicaciones respecto del tipo de *violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos*, los cuales serán abordados en el siguiente orden:

En primer lugar, la Corte se ocupará de realizar ciertas precisiones acerca del principio de lesividad y la teoría del bien jurídico en el marco de un Estado Social de Derecho, con el fin de analizar el criterio del apoderado de Editorial Planeta Colombiana S. A. en tales sentidos y en especial el argumento de que el menoscabo del bien jurídico en el delito imputado tiene que estudiarse de manera independiente al objeto material de la acción, debido a la naturaleza intangible de los derechos patrimoniales de autor.

En segundo lugar, estudiará el principal fundamento, tanto para el apoderado de Editorial Planeta Colombiana S. A. como para el a quo, con el que sustentaron la afectación del bien jurídico, es decir, que el delito previsto en el artículo 271 del Código Penal se configura únicamente con infringir la exclusividad de disposición del contenido de la obra que reside en el titular o titulares del derecho, mediante cualquier acto de explotación, oferta o comercialización, pues ello siempre crea un peligro (o "*daño potencial*", en palabras de la primera instancia) para lo que se pretende proteger.

En el mismo contexto, analizará las implicaciones que el principio de lesividad tiene dentro de la teoría del delito y el proceso penal, para de esta manera reflexionar acerca de la decisión de la funcionaria que rechazó la solicitud de preclusión, en relación con la postura de que la afectación insignificante del bien jurídico no concierne a la tipicidad de la conducta, sino a la antijuridicidad de la misma, y que tan solo repercute para efectos de la ley 906 de 2004 como circunstancia de aplicación del principio de oportunidad.

Por último, emprenderá el examen de las discusiones que frente a la doctrina de los últimos decenios enfrenta el principio de lesividad en materia penal, así como la procedencia de teorías como la de la acumulación del bien jurídico en este asunto, en la medida en que el demandante afirmó que, de acuerdo con los fines preventivos de la pena, confirmar la sentencia del Tribunal suscitaría la pérdida de confianza de la comunidad en general y de la industria editorial en particular, al igual que brindaría un mensaje inadecuado para que la explotación ambulante de reproducciones ilegales (actividad que comúnmente se conoce como piratería y no es más que una manifestación del crimen organizado en el país) se extienda de manera indiscriminada y ocasione en la sociedad daños económicos de graves consecuencias.

2. Del principio de lesividad en el Estado Social de Derecho, el principio del daño y la teoría del bien jurídico

2.1. El principio de lesividad de la conducta punible surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de Derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger.

Este principio, propio del derecho penal ilustrado, no sólo está íntima-mente ligado a otros de la misma índole (como los de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, separación entre derecho y moral, subsidiariedad y naturaleza fragmentaria), sino que también le otorga un sentido crítico a la teoría del bien jurídico, e incluso habilita en el derecho penal la misión de amparo exclusivo de los mismos, tal como lo ha sostenido en forma casi que unánime la doctrina¹, al igual que de manera pacífica la jurisprudencia constitucional² y la de la Sala en múltiples providencias³.

¹ Cf., entre muchos otros, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 2001, p. 464-474; García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado Democrático*, Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 46 y ss; Bustos Ramírez, Juan J., y Hormazábal Malarée, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*; Trotta, Madrid, 2004, pp. 31 y ss.; y Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, Lima, 2007, pp. 91 y ss.

² Cf. Corte Constitucional, sentencias C-565 de 1993, C-070 de 1996 y C-420 de 2002, entre otras.

³ Cf., entre otras, sentencias de 8 de agosto de 2005, radicación 18609; 26 de abril de 2006, radicación

Con la aparición después de la Segunda Guerra Mundial del concepto de Estado Social o Constitucional de Derecho (modelo que fue adoptado en nuestro país con la Carta Política de 1991), los principios y valores del derecho penal clásico no desaparecieron ni fueron reemplazados por otros de superior importancia, sino que por el contrario se integraron en pro de un sistema jurídico que, como lo recordó la Sala en reciente providencia⁴, propende por garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de quien se halla en situación de desventaja o debilidad manifiesta, persona que si bien podría ser identificada en determinado momento de la actuación con la víctima del delito, o con los miembros de una colectividad, o incluso con el interés jurídico de protegerlos mediante los fines preventivos de la pena⁵, en términos generales no será otro que el procesado.

De ahí que la función tanto crítica como reductora del bien jurídico no se agota cuando el legislador crea nuevos tipos penales, ni tampoco cuando el Tribunal Constitucional ejerce el control que le es propio respecto de dicha competencia, sino que suele manifestarse en la labor de apreciación que todos los operadores jurídicos, y en últimas el juez⁶, realizan acerca del alcance de la descripción típica contenida en la norma frente a la gama de posibilidades que el diario vivir le ofrece a la administración de justicia como motivo de persecución, juzgamiento y sanción jurídico penal. Así lo ha precisado la Sala:

*"[...] el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de las que se ha hablado hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en este caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporoespacial diferente"*⁷.

Si no fuera de esta manera, es decir, si el principio de lesividad careciera de incidencia alguna al momento de constatar el ingrediente del bien jurídico por parte de los funcionarios, habría que investigar por un delito contra la administración pública al servidor público que tomó una hoja de papel de la oficina y la utilizó para realizar una diligencia personal, o procesar por una conducta punible contra la asistencia de la familia al padre que de manera injustificada tardó un día en el pago oportuno de la cuota de manutención, o acusar por un delito en contra de la integridad a los bromistas que le cortaron el pelo al amigo que se quedó dormido, etcétera.

2.2. Por otro lado, el principio de lesividad encuentra paralelo en la doctrina de los países de habla inglesa con el llamado principio del daño (o *harm principle*), según el cual el derecho penal carece de legitimidad si se castigan conductas que no implican lesiones para personas distintas a uno mismo o que sólo encierran la prevención de una simple inmoralidad⁸.

Este principio fue desarrollado a partir del pensamiento utilitarista del filósofo, político y economista inglés John Stuart Mill (1806-1873), que apareció por primera vez en el ensayo *Sobre la libertad*⁹. De acuerdo con Mill:

*"[...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otros; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos [...] Tan pronto como una parte de la conducta de una persona afecta perjudicialmente a los intereses de otras, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y puede discutirse si su intervención es o no favorable al interés general. Pero no hay lugar a plantear esta cuestión cuando la conducta de una persona no afecta, en absoluto, a los intereses de ninguna otra [...] En tales casos, existe perfecta libertad, legal y social, para ejecutar la acción y afrontar las consecuencias"*¹⁰.

24612; 23 de agosto de 2006, radicación 25745; 19 de octubre de 2006, radicación 19499; y 18 de noviembre de 2008, radicación 29183.

⁴ Sentencia de 18 de noviembre de 2008, radicación 29183.

⁵ Cf. Corte Constitucional, sentencia C-565 de 1993.

⁶ Cf., al respecto, sentencia de 23 de enero de 2008, radicación 17186.

⁷ Sentencia de 15 de septiembre de 2004, radicación 21064.

⁸ Von Hirsch, Andrew, 'El concepto de bien jurídico y el principio del daño', en Hefendehl, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 38 y ss.

⁹ Kahlo, Michael, 'Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal', en *Op. cit.*, p. 62.

¹⁰ Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1970, citado en *Ibidem*.

El principio del daño, por lo demás, ha sido considerado compatible con la función del derecho penal de proteger exclusivamente bienes jurídicos de carácter individual y colectivo, pero siempre orientados a los intereses de las personas. De conformidad con la doctrina:

"[...] la definición del harm to others como una injerencia en los recursos de otra persona sobre los que ella tiene un derecho podría ser un enfoque que serviría tanto como para constituir como para limitar el concepto de bien jurídico. Como ya fue mencionado, la premisa de partida del 'principio del daño' consiste en que los daños han de ser conceptualizados como menoscabos en los intereses de otra persona. La lesividad hacia otras personas debe, por tanto, contemplarse desde ese principio de un modo individualista; se trata, así, sobre todo de lesiones a personas de carne y hueso. A pesar de la evidente prioridad de los intereses individuales, el harm principle permite en todo caso la prohibición de conductas colectivamente lesivas, [...] pero por otro lado exige que la ratio de esos bienes colectivos, al menos en los casos normales, radique en la protección de la calidad de vida de los seres humanos, esto es, que lo prioritario son los intereses personales"¹¹.

Igualmente, el principio del daño no riñe con el concepto de libertad dentro del Estado Social y Democrático de Derecho. En palabras de la Corte Constitucional:

"En el Estado Constitucional de Derecho, se parte de la consideración del ser humano como un ser digno, como un ser cuya instrumentación, indistintamente de la naturaleza de los fines que se esgriman, está vedada. Pero al reconocimiento de esa dignidad es consustancial una cláusula general de libertad: No se es digno ni en la esclavitud, ni en el autoritarismo, ni al abrigo de un mal entendido paternalismo. No obstante, esa cláusula general de libertad no implica el reconocimiento de atribuciones ilimitadas. Ella tiene como barrera el límite impuesto por los derechos de los demás y el orden jurídico. De allí que el ejercicio responsable de la libertad implique no afectar derechos ajenos y, al tiempo, no desconocer la capacidad reguladora del derecho, como instrumento de vida civilizada, en todo aquello que trascienda el ámbito interno de la persona.

"En ese marco, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad no habilita a la persona para la comisión indiscriminada de delitos. De allí que la tipificación de conductas penales constituya un límite al libre desarrollo de la personalidad impuesto por el ordenamiento jurídico. No obstante, tal límite sólo será legítimo si las conductas tipificadas son susceptibles de vulnerar o poner en peligro los derechos de los demás. Si ello no ocurre, a la sombra de la penalización de conductas se encontrarán delirios autoritarios"¹².

2.3. Ahora bien, como el aparato punitivo sólo puede operar en tanto medie la afectación significativa o relevante de un bien jurídico que sea susceptible de protección por parte del derecho penal, ya sea por lesión directa o efectiva puesta en peligro del mismo, no sobra recordar que el concepto de bien jurídico no corresponde a la noción de objeto material como elemento del tipo.

En efecto, a pesar de que desde la dogmática se han propuesto varias definiciones acerca de lo que constituye un bien jurídico (como, por ejemplo, síntesis ideológica entre el tipo y la cosa¹³, realidad o fin útil para el desarrollo del individuo en el marco de un sistema social global¹⁴, disponibilidad del titular frente al objeto¹⁵, relación social concreta¹⁶ y condición de la vida social que afecta la posibilidad de participación del individuo¹⁷), hay unanimidad en el sentido de que el objeto material no equivale a lo que se debe proteger, como puede apreciarse con facilidad en el delito de *homicidio*, en el que el bien jurídico es la vida y el objeto material además es el sujeto pasivo de la agresión, sin perjuicio de que concurran entre lo uno y lo otro ciertas coincidencias dependiendo de la técnica empleada por el legislador¹⁸.

¹¹ Von Hirsch, Andrew, *Op. cit.*, pp. 44-45.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-420 de 2002.

¹³ Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte general*, Valleta, Buenos Aires, 2004, p. 107.

¹⁴ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, § 2, 9.

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 466.

¹⁶ Bustos Ramírez, Juan J., y Hormazábal Malarée, Hernán, *Op. cit.*, p. 32.

¹⁷ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, B de F, 2005, lección 4, 55.

¹⁸ Al respecto, Hefendehl, Roland, 'El bien jurídico como eje material de la norma penal', en *La teoría del bien jurídico*, *Op. cit.*, pp. 180-181; Amelung, Knut, 'El concepto bien jurídico en la teoría de protección penal de bienes jurídicos', en *Ibidem*, p. 244; y Schulenburg, Johanna, 'relaciones dogmáticas entre bien

Lo anterior, sin embargo, no implica que la apreciación acerca de la lesividad de un bien jurídico pueda desligarse de la situación fáctica, real y concreta que significó el objeto material de la conducta:

“Un representante (el objeto de la acción) no es equiparable con lo que debe representar (el bien jurídico), pero se halla respecto a éste –a diferencia de un tercero cualquiera– en una relación especial. La tesis que debe verificarse en el caso concreto reza: si no se logra establecer una relación lo suficientemente estrecha entre el objeto de la conducta y el bien jurídico, o entre la acción y el bien jurídico, no cabe seguir hablando de un representante”¹⁹.

“Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción”²⁰.

2.4. En el asunto que concita la atención de la Sala, el apoderado de Editorial Planeta Colombiana S. A. utilizó para la sustentación de los respectivos reproches argumentos que, de entrada, jamás podrán ser compartidos por la Sala.

En primer lugar, conforme a lo expuesto en precedencia, no es cierto que el problema de la afectación del bien jurídico le corresponda determinarlo únicamente al legislador en virtud de la política criminal que subyace a la elaboración de tipos penales, sino también le compete valorarlo en cada caso concreto al juez, al igual que a los demás operarios jurídicos, respecto de todos los asuntos que asuman en las distintas fases de la actuación y con base en la aplicación de principios ineludibles para un Estado Social de Derecho como son los de lesividad, prohibición de exceso, necesidad, mínima intervención y naturaleza fragmentaria del derecho penal, entre otros.

En segundo lugar, tampoco es correcto afirmar, como lo hizo el recurrente, que el criterio filosófico de libertad individual en el que se basó el Tribunal para proferir la decisión absolutoria no podría adecuarse a una visión contemporánea del Estado Social de Derecho, pues, por el contrario, ha quedado claro que el pensamiento de John Stuart Mill, del cual se derivó el llamado principio del daño, no sólo es compatible con la teoría del bien jurídico y la exigencia de lesividad relevante, sino que además fue uno de los soportes de la Corte Constitucional para otorgarle contenido al artículo 16 de la Carta Política.

De ahí que si el ad quem partió de tal corriente de pensamiento en aras de brindarle un marco teórico a la sentencia absolutoria, simplemente lo que hizo fue ratificar en ese plano la postura, prolijada por la Sala, de que la afectación del bien jurídico debía analizarse en función de los intereses de las personas involucradas.

Finalmente, si el artículo 6 de la Decisión Andina 351 de 1993 prevé la independencia de los derechos de autor respecto de los derechos que tiene el propietario del objeto material de la obra, lo único que está haciendo es reconocer la diferencia que hay entre el patrimonio intelectual del primero y el patrimonio económico del segundo, y de ninguna manera la calidad intangible o la naturaleza abstracta del bien jurídico que el artículo 271 del Código Penal pretende proteger, aspecto que por lo demás es incuestionable y resulta común a todos los bienes jurídicos, como sucede con la vida, la libertad, la familia, el patrimonio económico, la fe pública, el orden económico y social, la administración de justicia, etcétera.

Por lo tanto, es insostenible el argumento del demandante, en el entendido de que instrumentos internacionales como la decisión en comento, que fue expedida por la Comisión del Acuerdo de Carta-gena o Pacto Andino, le confirieron una naturaleza única o especial a los derechos de autor respecto de los demás bienes jurídicos que el legislador en materia penal pretende proteger, o que por esa vía sea permitido sancionar desde el punto de vista punitivo cualquier infracción o modalidad de comercialización no autorizada, sin importar la cuantía del objeto material explotado o la verdadera lesión económica que se le haya ocasionado al titular o titulares del derecho.

Cosa distinta es sustentar, partiendo del reconocimiento al principio de lesividad, la afectación del bien jurídico con base en el peligro o el daño potencial de generar un menoscabo de considerables proporciones en la comunidad al tolerar comportamientos como el de ofrecer para la venta callejera dos reproducciones piratas, tal como lo sostuvo la funcionaria de primera instancia e incluso el demandante en determinados momentos de su discurso, en franca contraposición con el criterio defendido por el Tribunal y reiterado por la defensora, para quienes la acción imputada careció de la relevancia social suficiente desde la perspectiva de los derechos de los autores Édgar Téllez, Jorge Lesmes y Édgar Artunduaga, así como de las editoriales Planeta S. A. y Oveja Negra Ltda.

De este debate se ocupará la Sala en los apartados siguientes, pero para ello será útil abordar de manera previa ciertas implicaciones que la necesidad de exigir una afectación trascendente del bien jurídico presenta dentro de la teoría del delito, así como en la ley 906 de

jurídico, estructura del delito e imputación objetiva, en *Ibidem*, pp. 354-457.

¹⁹ Hefendehl, Roland, *Op. cit.*, p. 181, concepto extraído de Maurach.

²⁰ Roxin, Claus, *Derecho penal*, § 2, 24.

2004, particularmente frente a los llamados delitos de peligro y los derechos patrimoniales de autor.

3. De las repercusiones del principio de lesividad en la teoría del delito, en el derecho procesal penal y en la conducta punible de violación a los derechos patrimoniales de autor.

3.1. Sin perjuicio de que también pueda contemplarse como un problema atinente a la antijuridicidad de la acción, o como causal de ausencia de responsabilidad en el injusto, o incluso como un principio general de interpretación que impide la configuración de la conducta punible sin tener que profundizar en las categorías dogmáticas del delito, la ausencia de significativa lesión o puesta en peligro del bien jurídico es un asunto que en un principio sería atinente a la tipicidad en el evento de aceptar teorías como la adecuación social y la imputación objetiva del resultado.

En primer lugar, la teoría de la adecuación social de la conducta, actualmente en desuso, fue desarrollada dentro del esquema finalista del delito como criterio corrector de la causalidad para excluir de los tipos penales toda acción que desde el punto de vista de la colectividad fuese aprobada, tolerada o incluso representase un menoscabo poco importante para el bien jurídico tutelado²¹.

En segundo lugar, si como tantas veces lo ha señalado la Sala²² la teoría de la imputación objetiva parte de la base de que puede atribuirse determinado tipo al autor de una conducta al valorar *ex ante* (es decir, según las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor) la creación por parte del sujeto agente de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y al valorar *ex post* (o sea, teniendo en cuenta todas las circunstancias a la postre conocidas) la realización de ese peligro en el resultado, no hay duda de que ello también comprende una apreciación, que igualmente tendrá que efectuarse *ex post*²³, acerca de la lesividad de dicho resultado en directa relación con lo que es materia de protección por parte del legislador.

De ahí que en la doctrina no sólo se haya afirmado que las “*acciones típicas son siempre lesiones de bienes jurídicos en forma de realización de riesgos no permitidos creados por los hombres*”²⁴, sino que también se consagrara como un criterio más de imputación objetiva el principio de insignificancia, también conocido como principio de resultado de bagatela, de acuerdo con el cual “*las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva*”²⁵.

3.2. Ahora bien, aunque en el ordenamiento jurídico colombiano el principio de lesividad se consagró en el artículo 11 del Código Penal, que también se refiere a la categoría de la antijuridicidad²⁶, ello de ninguna manera desautoriza la opinión, por lo demás dominante en la literatura especializada, de que la afectación irrelevante del bien jurídico pueda constituirse como causal de exclusión de la tipicidad.

Lo anterior, por cuanto el legislador, tal como se advierte de un análisis sistemático de la parte general de la ley 599 de 2000, dejó abierta la posibilidad de aplicar distintos esquemas del delito en la solución de los casos, e incluso, mediante el inciso 1º del artículo 9 del referido código²⁷, dio paso a los criterios de la imputación objetiva del resultado como principio rector en materia jurídico penal.

Por lo demás, el término antijuridicidad material, con el cual suele colegirse que la afeción socialmente significativa del bien jurídico no es un problema de tipicidad, tuvo un uso histórico muy distinto del que en la actualidad se le conoce, pues luego de que fuera acuñado

²¹ Cf. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 82-86. En el mismo sentido, Mir Puig, Santiago, *Op. cit.*, pp. 516 y ss., Roxin, *Derecho penal*, § 10, 33 y ss.

²² Cf., entre otras, sentencias de 8 de noviembre de 2007, radicación 27388, y 22 de mayo de 2008, radicación 27357.

²³ Al respecto, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Op. cit.*, pp. 89-92, aunque sitúan el juicio acerca del desvalor del resultado en sede de la antijuridicidad.

²⁴ Roxin, ‘*Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico penal*’, en Montealegre Lynett, Eduardo (coordinador), *Derecho penal y sociedad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 129. En el mismo sentido, Roxin, *La teoría del delito en la discusión actual*, *Op. cit.*, p. 92, y Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Op. cit.*, pp. 89 y ss.

²⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 471. En el mismo sentido, Roxin, *Derecho penal*, § 10, 40-41, § 11, 126; Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal liberal de hoy*, Ibáñez, Bogotá, 2002, pp. 322 y ss.; Mir Puig, *Op. cit.*, lección 6, 33, y lección 19, 51-52; y Velásquez V., Fernando, *Derecho penal. Parte general*, Comlibros, Medellín, 2009, pp. 606 y 615.

²⁶ Artículo 11-. *Antijuridicidad*. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

²⁷ Artículo 10-. *Conducta punible*. [...] **La causalidad no basta por sí sola para la imputación jurídica del resultado** [destaca la Sala].

por Franz Von Liszt a comienzos del siglo pasado se generalizó en regímenes de derecho penal de autor, como el nacionalsocialista, para anteponerlo a los tipos penales expresa y previamente consagrados en la ley (esto es, a la llamada antijuridicidad formal) y así justificar la persecución de conductas que ofendiesen el “sano sentimiento del pueblo”²⁸, como la prostitución, el homosexualismo, la vagancia, etcétera. De ahí que sea preferible afirmar que lo que consagra el artículo 11 del Código Penal colombiano es el principio de lesividad de la acción penal y no el principio de antijuridicidad material²⁹.

3.3. Por otra parte, tampoco es posible objetar a esta postura que la imputación objetiva del resultado, así como la consecuente valoración acerca de la lesividad de la misma, no sea aplicable a los llamados delitos de mera actividad.

Tradicionalmente, se ha entendido que los tipos de resultado son aquellos en los que se exige de manera expresa o tácita que la conducta del sujeto agente produzca cierto efecto en el mundo exterior³⁰. Por ejemplo, en el delito de *homicidio*, no sólo se exige un comportamiento que sea riesgoso para la vida, sino que también se haya ocasionado la muerte de determinada persona. En cambio, los llamados delitos de mera conducta serían los que describen como punible la acción realizada, sin importar que ésta produzca o no consecuencias³¹. Por ejemplo, con el solo hecho de que una persona lleve consigo cinco kilos de cocaína, el legislador entiende que se han afectado los bienes jurídicos que el delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* pretende proteger.

De esta manera, si el resultado en el tipo supone un efecto verificable, que por lo demás sea distinguible de la acción, no habría conexión causal entre la conducta y la afectación del bien jurídico, susceptible de ser atribuida al amparo de criterios normativos (como el principio de insignificancia) en los delitos que se agotan con la simple actividad del agente³².

La anterior clasificación, sin embargo, no es precisa o, por lo menos, da lugar a equívocos. En primer lugar, suele confundirse la división existente entre tipos de resultado y tipos de mera actividad con la dicotomía que hay entre delitos de lesión (en los que el objeto de la acción ha de ser destruido o realmente menoscabado para que se consuma el hecho³³) y delitos de peligro (en los que la conducta sólo supone una amenaza de daño para el bien jurídico³⁴), que a su vez han sido divididos en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, de suerte que al final terminan asimilándose los tipos de resultado con los de lesión y los de mera actividad con los de peligro, para con ello concluir, de manera equivocada, que toda conducta de peligro no exige efecto verificable alguno en el mundo exterior. En segundo lugar, no es cierto que los tipos de peligro, y en especial los denominados delitos de peligro concreto, sean de mera conducta, en la medida en que comprenden una “situación de riesgo de lesión en el mundo real”³⁵, que en principio tiene que ser valorada *ex post* y en función del objeto material de la conducta, al igual que de los derechos de las personas involucradas, tal como se sostuvo en precedencia (*supra* 2.3).

De ahí que el efecto que se requiere en los delitos de peligro es la concreción de un riesgo respecto del bien materia de protección, lo que no lo convierte en un resultado material sino en uno valorativo³⁶ y, en todo caso, graduable conforme a su mayor o menor intensidad³⁷, aspecto que a la vez podría predicarse para la exigencia de la afectación trascendente en los delitos tentados.

²⁸ Artículo 2 [StGB nazi]-. Es delito todo aquello que ofenda el sano sentimiento del pueblo alemán.

²⁹ Cf. Zaffaroni, *Op. cit.*, pp. 509-571: “[...] con frecuencia, por antijuridicidad material se entiende algo obvio y usualmente expresado en otros términos, como es la exigencia de lesividad [...] Pero para ello es preferible prescindir de una expresión [...] que traería más dificultades que claridad” (p. 571).

³⁰ Cf. Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1987, p. 115. En el mismo sentido, Mezger, *Op. cit.*, p. 102.

³¹ Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, p. 116.

³² Cf., Shulenburg, Johanna, ‘’, en *Op. cit.*, pp. 350-351.

³³ Roxin, *Derecho penal, op. cit.*, § 10, 122. En el mismo sentido, Reyes Echandía, *Op. cit.*, p. 115.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Zaffaroni, *Op. cit.*, p. 469.

³⁶ Mezger, *Op. cit.*, p. 102: “En los delitos de peligro, la producción de un ‘peligro’ forma parte del tipo”. Así mismo, Roxin, *Derecho penal, Op. cit.*, § 10, 104; y Fernández Carrasquilla, Juan, *Op. cit.*, p. 140: “[...] el peligro (concreto) que para el bien jurídico se deriva de una acción determinada constituye un ‘desvalor de resultado’, pero no es, sin embargo, un resultado en sentido material sino solo en sentido valorativo, pues se trata de la apreciación o valoración de la probabilidad de daño que se crea para dicho bien en la situación particular”.

³⁷ Zaffaroni, *Op. cit.*, p. 472.

En tercer lugar, frente a los llamados tipos de peligro abstracto, que son los únicos que podrían asimilarse al concepto de mera actividad, la Corte ha mantenido la exigencia de un resultado al señalar que en ellos la producción del riesgo para el bien jurídico es presumida por el legislador, sin perjuicio de que pueda admitir prueba en contrario dentro de la apreciación del caso concreto. Por ejemplo, en un delito de *fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*, la Sala sostuvo al respecto lo siguiente:

"[...] si bien en el momento de creación legislativa de los delitos de peligro se deja implícita una presunción de peligro, tal presunción no puede ser de aquellas conocidas como juris et de jure, es decir, que no admiten prueba en contrario, porque el carácter democrático y social del Estado de derecho, basado ante todo en el respeto a la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución), así lo impone, en tanto tal especie de presunción significa desconocer la de inocencia y los derechos de defensa y contradicción.

"Al contrario, al evaluarse judicialmente los contornos de la conducta es ineludible establecer qué tan efectiva fue la puesta en peligro. En otro lenguaje, frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la norma es iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela".

"[...] una cosa es que se encuentre ajustado a la Constitución que el legislador consagre delitos de peligro abstracto para precaver eventuales daños a bienes jurídicos, en virtud de la gigantesca magnitud de la interferencia comunicativa –o el entrecruzamiento de multiplicidad de relaciones, para expresarlo de otro modo– entre los individuos que componen la sociedad de hoy, y otra muy diferente que el juez se abstenga de examinar la relevancia social de la conducta con referencia a la tensión de los bienes jurídicos en juego, bajo el prurito de que el órgano legislativo quiso llevar la protección a estadios muy prematuros, lo cual no le es admisible porque constituye imperativo categórico constitucional que verifique si una conducta específica causó daño o generó efectivo peligro al bien jurídico protegido.

"[...]

"En este evento, resulta claro que la falta de idoneidad del arma para ser usada como tal no podía, así la llevara consigo y sin autorización [...], generar o aumentar un peligro a la seguridad pública, porque la pistola no era apta para disparar y, por tanto, mucho menos para lesionar o matar a alguien [...]

"Con ese criterio limitado, se reitera, los juzgadores no aprehendieron que en la realidad no era posible que con el porte de la citada pistola en las circunstancias fijadas en los fallos se generara riesgo concreto, efectivo, al bien jurídico tutelado, condición ésta que emerge de la concepción de bien jurídico como límite y medida de la potestad punitiva estatal, marco de garantía que está soportado en los valores principios constitucionales y en el respeto a los derechos fundamentales"³⁸.

Así mismo, la Corte ha sostenido similar postura respecto del delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*. Es decir, que a pesar de ser un tipo de peligro abstracto para la pluralidad de bienes jurídicos llamados a proteger (orden económico y social, salud pública y seguridad pública), el riesgo producido termina siendo insignificante cuando el objeto material de la acción, analizado en función de los derechos individuales, está destinado al consumo de quien lo porta, así supere en cantidad a la de las dosis legalmente permitidas³⁹.

Por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia C-988 de 2006, mediante la cual declaró exequible el numeral 10 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal⁴⁰, reconoció la producción de riesgos insignificantes en delitos de peligro abstracto como los relacionados con la administración pública y la administración de justicia, en la medida en que la afectación del bien jurídico se trata de un criterio graduable y apreciable por el juez en cada caso:

"[...] contrario a lo afirmado por los actores, no es cierto que en esta materia no quepa ningún tipo de graduación de la conducta de los servidores públicos, o de los particulares que cumplen las funciones públicas, que incurran en actuaciones que atenten contra bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia y, por consiguiente, no pueda optarse por el legislador por un determinado mecanismo de control –penal o disciplinario–, ni pueda graduarse la sanción [por] imponer –que en criterio de los actores necesariamente debería ser siempre la máxima, dada la gravedad que siempre tiene el incumplimiento de los

³⁸ Sentencia de 15 de septiembre de 2004, radicación 21064. En el mismo sentido, sentencia de 12 de octubre de 2006, radicación 25465.

³⁹ Cf., entre otras, sentencias de 8 de agosto de 2005, radicación 18609; 8 de octubre de 2008, radicación 28195; y 18 de noviembre de 2008, radicación 29183.

⁴⁰ Artículo 324-. *Causales*. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: / [...] 10-. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinaria.

*deberes funcionales por parte de dichos servidores y particulares tratándose de la afectación de la administración pública y la administración de justicia*⁴¹.

Finalmente, no es acertado sostener que la voluntad del legislador al consagrar delitos como los de peligro abstracto era la de prever como punible todo comportamiento que se ajuste en la descripción típica del precepto, pues tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional en varias oportunidades⁴², la potestad punitiva del Estado no puede ir en contra de los principios que legitiman al derecho penal en un Estado Social de Derecho. De acuerdo con este Tribunal:

"[...] no es cierto [...] que todas las actividades deben penalizarse, ya que en virtud del principio de intervención mínima la actuación punitiva del Estado, que restringe el campo de la libertad y que mediante la pena priva de derechos fundamentales o condiciona su ejercicio, por una parte, debe ser el último de los recursos (última ratio) de los que el mismo tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos y, por otra parte, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen. Ello significa que:

"i) El derecho penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del derecho penal.

"ii) El Estado debe graduar la intervención sancionadora administrativa y penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso a la potestad sancionadora de la administración debe preferir ésta a la penal, por ser menos gravosa, al menos para las conductas menos dañosas o menos peligrosas.

*"Ello permite señalar el carácter subsidiario del derecho penal frente a los demás instrumentos del ordenamiento jurídico y, así mismo, su carácter fragmentario, en cuanto no tutela todos los ataques a los bienes jurídicos relevantes, sino únicamente los más graves o más peligrosos"*⁴³.

En consecuencia, el artículo 11 del Código Penal debe interpretarse en el sentido de que el tipo siempre requiere de un desvalor de resultado, ya sea en forma de lesión del bien jurídico o de efectiva puesta en peligro del mismo, sin perjuicio de que cuando el legislador presume el riesgo sea válida una apreciación probatoria en sentido contrario, y, en todo caso, dicho resultado, conforme a lo establecido en el artículo 9 del referido ordenamiento, podrá serle imputado objetivamente al autor de la conducta, o incluso constituirse en fundamento para la exclusión del tipo, con base en parámetros normativos como el principio de insignificancia.

3.4. El delito objeto de imputación en este caso fue el previsto en el numeral 1 del artículo 271 de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo 2 de la ley 1032 de 2006, que establece lo siguiente:

Artículo 271-. Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26,66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

1-. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

En cuanto a las características de dicho tipo, la Sala, en la sentencia de 30 de abril de 2008, las reseñó de la siguiente manera:

"En lo fundamental, se trata de un tipo penal que requiere un único sujeto activo que desarrolle la conducta (monosujetivo e

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-988 de 2006.

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-356 de 2003, que declaró exequible el artículo 294 del Código Penal frente al cargo de que el concepto de documento allí manejado excluía como punible la falsificación de documentos electrónicos. Así mismo, sentencias C-804 de 2003, que declaró exequible el artículo 15 de la ley 733 de 2002, que eliminaba de sanción penal a las personas que intervinieran en la celebración de un contrato para pagar el rescate de un secuestrado; C-897 de 2005, que declaró inexecutable el artículo 12 de la ley 890 de 2004, que a su vez imponía la pena prevista para el delito de *fraude a resolución judicial* al asistente en audiencia del sistema acusatorio que se negase a cumplir las órdenes del juez o magistrado; y C-988 de 2006, citada en la nota precedente.

⁴³ Corte Constitucional, sentencias C-356 de 2003, C-804 de 2003,

indeterminado); que genera un resultado concreto y verificable (de resultado); se agota en un solo momento [...] (tipo de conducta instantánea); obviamente es de acción y afecta un solo bien jurídico (monoofensivo); se trata, además, de un tipo completo pues lo conforma un precepto y una sanción con todos sus elementos constitutivos, de manera que no necesita complementarse con el contenido de normas jurídicas diferentes.

"La estructura de la norma permite concluir también que corresponde a la categoría de tipos compuestos, ya que contiene varios verbos rectores"⁴⁴.

Aunado a lo anterior, es de precisar que por "obra" debe entenderse "[t]oda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma", de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 17 de diciembre de 1993; y por "obra de carácter literario", todo conjunto de ideas llevadas al mundo de los sentidos por medio de la escritura⁴⁵, concepto que por lo demás comprende libros y publicaciones de diversa índole, como novelas, ensayos, monografías, compilaciones, colaboraciones, trabajos de divulgación, etcétera, sin que importe el valor intelectual, artístico o de utilidad que se le haya atribuido a su contenido.

Así mismo, la modalidad de ofrecer para la venta reproducciones de una obra de carácter literario sin la autorización previa y expresa del titular del derecho no corresponde a un tipo de lesión, sino a uno de peligro, en la medida en que el efecto que en el mundo exterior exige el legislador equivale a una situación de riesgo y no al menoscabo o destrucción del objeto de protección (*supra* 3.3).

Respecto del bien jurídico que el legislador pretende proteger, la Corte ha precisado acerca del mismo lo siguiente:

"El bien jurídico que se tutela en el tipo específico del artículo 271-1 del Código Penal [...] es el derecho patrimonial de autor, en virtud del cual ejerce actos de explotación o de disposición de la obra, es decir, actividades que envuelven contenido económico, valorables pecuniaria-mente, de manera que quien pretenda afectarlos ha de obrar con ánimo de lucro y con la intención de lesionar ese patrimonio para beneficio propio o de terceros.

"Si bien estas exigencias no se encuentran expresamente consignadas en la norma prohibitiva, constituyen verdaderos elementos subjetivos del tipo que en cada caso han de ser constatados por el juez, en orden a declarar demostrada, en grado de certeza, la materialidad de la conducta.

"Este aserto reafirma su sentido lógico a partir de la concepción ecuménica de las limitaciones y excepciones del derecho de autor, que considera lícita la 'invasión' a esos derechos siempre que no atenten contra la normal explotación de la obra o no cause perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o los titulares de los derechos [artículo 21 de la Decisión Andina 351 de 1993], y lo corrobora el contenido del artículo 72 de la ley 23 de 1982 al señalar que: 'El derecho patrimonial de autor se causa desde el momento en que la obra o producción, **susceptible de estimación económica** y cualquiera sea su finalidad, se divulgue por cualquier forma o modo de expresión (se destaca)"⁴⁶.

De esta manera, frente a la modalidad consistente en ofrecer para la venta copias no autorizadas de obras de carácter literario, mientras que el desvalor de la acción radica en el ánimo de lucro y la intención de afectar el patrimonio del autor, el desvalor de resultado recae en la estimación que realiza el juez en cada caso concreto acerca del riesgo causado a los derechos del titular de la obra, es decir, a la facultad que a éste le asistía de disponer, divulgar, explotar, hacer accesible o propiciar la distribución de ejemplares, afectación cuya relevancia, como ya se insistió (*supra* 2.3 y 3.3), deberá apreciarse en función del objeto material de la conducta, que tiene una relación especial con el bien jurídico y, a la vez, es susceptible de graduación.

3.5. En lo que respecta a las implicaciones procesales que acarrea la afectación irrelevante del bien jurídico, el máximo Tribunal en sede de control constitucional ha señalado en fallos como C-591 y C-673 de 2005, C-098 de 2006 y C-095 de 2007, que el modelo acusatorio del acto legislativo 03 de 2002 contempla la aplicación del principio de oportunidad no sólo como un instrumento para enfrentar el crimen organizado, sino esencialmente para excluir del ejercicio de la acción penal a los delitos de resultado de bagatela, tal como lo reiteró la Sala en la sentencia de 18 de noviembre de 2008:

"Consultadas las actas correspondientes, se observa que el propósito del constituyente era dar a la Fiscalía la posibilidad de desbrozarse de la cantidad de asuntos menores que desgastaban su actividad, para que pudiera concentrarse en lo que

⁴⁴ Sentencia de 30 de abril de 2008, radicación 29188.

⁴⁵ Cf. Alffeld, Phillip, *Del derecho de autor y del derecho del inventor*, Temis, Bogotá, 1999, p. 14.

⁴⁶ *Ibidem*.

verdaderamente ponía en peligro nuestra convivencia y por ello se concibió, entre otros mecanismos, el del principio de oportunidad.

“Este principio pretenderá resolver los conflictos menores que se presentan con gran frecuencia, que a pesar de que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos protegidos por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema.

“La filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta”⁴⁷.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha precisado que las causas de extinción de la acción penal tienen que ser asumidas por el funcionario de conocimiento, excepto cuando se trata de una circunstancia susceptible de aplicación del principio de oportunidad, pues, por expreso mandato constitucional, tal competencia es del resorte exclusivo del juez de control de garantías:

“En efecto, en los casos de ocurrencia de una causal de extinción de la acción, le corresponde a la Fiscalía solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación, salvo el caso de la aplicación del principio de oportunidad, que tiene unas reglas particulares definidas en el artículo 250 de la Constitución, que asignó su control de legalidad al juez de control de garantías y definió para el efecto unas reglas especiales en el artículo 327 de la ley 906 de 2004”⁴⁸.

En este orden de ideas, aun en el evento de considerar que la ausencia de afectación relevante del bien jurídico sea un problema de atipicidad, lo procedente no sería solicitar ante el funcionario de conocimiento la preclusión con base en el numeral 4 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la atipicidad del hecho investigado, toda vez que el juez natural para conocer de la extinción de la acción penal por comportamientos insignificantes es, de acuerdo con el acto legislativo 03 de 2002 y las causales que para tal efecto consagró el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal⁴⁹, el juez de control de garantías y medidas de seguridad.

De ahí que la Sala, en el referido fallo de 18 de noviembre del año pasado, hizo un llamado a los operadores de la norma para que funcione el principio de oportunidad como mecanismo idóneo que evite el adelantamiento de investigaciones por conductas en las que no se haya afectado de manera significativa el bien jurídico

“Frente a esa gama de posibilidades de justicia mejor, la Corte exhorta a los funcionarios judiciales, especialmente de la Fiscalía General de la Nación, a hacerlos operantes de manera que los grandes esfuerzos institucionales se concentren en los asuntos que realmente sean trascendentes, para evitar así el daño que en la sociedad genera el delito”⁵⁰.

3.6. En el asunto que concita la atención de la Sala, el apoderado de Editorial Planeta Colombiana S. A. sostuvo tanto en el escrito de demanda como en la audiencia de sustentación que la conducta de JOSÉ DANIEL ACERO SAGANOME se agotó con la sola acción de ofrecer para la venta las reproducciones de los libros *Pacto en la sombra* y *H. P.: Historias particulares de los honorables parlamentarios* sin contar con la autorización de los autores Édgar Téllez, Jorge Lesmes y Édgar Artunduaga, en la medida en que la voluntad del legislador era configurar como punible cualquier conducta que implicara la existencia de piratería, es decir, de acciones con ánimo

⁴⁷ Sentencia de 18 de noviembre de 2008, radicación 29183.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005.

⁴⁹ Artículo 324-. *Causales*. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: / [...] 10-. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinaria. / 11-. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio. / 12-. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinen califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social. / 13-. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social. / 14-. Cuando se afecten mínima-mente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse. / 15-. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas

⁵⁰ Sentencia de 18 de noviembre de 2008, radicación 29183.

de lucro que giraran alrededor de la reproducción y explotación ilegal de obras de diversas clases, entre las cuales se encuentran las de carácter literario.

La defensora no recurrente, por su parte, se opuso a tal postura, aduciendo que la conducta materia de imputación, además de ser susceptible de una estimación de tipo económico, no era de peligro y, por lo tanto, resultaba procedente para tal efecto la aplicación del principio de lesividad.

De conformidad con lo analizado en precedencia, la Sala encuentra que la conclusión a la que llegó esta última es la acertada, pero no por el motivo invocado en la intervención oral.

En efecto, como se indicó en precedencia (*supra* 3.4), la acción de ofrecer con ánimo de lucro reproducciones no autorizadas de una obra literaria, que constituye la conducta formulada a JOSÉ DANIEL ACERO SAGANOME, requiere de la efectiva producción de una situación de riesgo y, por consiguiente, no se trata de un delito de lesión, en el que se necesite un menoscabo real para el bien jurídico, sino de uno de peligro.

Lo anterior, sin embargo, no significa que el principio de lesividad sea inoperante en este asunto, pues el riesgo creado por parte del sujeto agente, en tanto concepto graduable de acuerdo con su intensidad, tenía que concretarse en una puesta en peligro que a su vez debe valorarse en relación con los intereses económicos de los titulares del derecho de explotar cada una de las obras, esto es, de Édgar Téllez, Jorge Lesmes y Editorial Planeta Colombiana S. A., por un lado, y de Édgar Artunduaga y Editorial Oveja Negra Ltda., por el otro.

Fue dentro de este contexto como el Tribunal llegó a la conclusión de que la conducta de ofrecer tan solo un ejemplar no autorizado de los libros *Pacto en la sombra* y *H. P.: Historias particulares de los honorables parlamentarios* no representaba amenaza significativa alguna a tales intereses y, por lo tanto, aunque había concurrido un desvalor de la acción (es decir, tanto un ánimo de lucro como la intención de afectar los derechos patrimoniales de autor), no había sucedido otro tanto en lo que al desvalor del resultado respecta, tal como lo dispone el artículo 11 de la ley 599 de 2000.

Esto último no quiere decir que toda conducta relacionada con la venta callejera o informal de obras no autorizadas debería quedar en la impunidad, sino que, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, el objeto material de la acción, analizado en directa relación con el bien jurídico que el numeral 1 del artículo 271 del Código Penal pretende proteger, no implicó un peligro trascendente para los derechos patrimoniales en cabeza de los escritores y de las casas editoriales, sin perjuicio de que sí lo sea la acción de ofrecer para la venta reproducciones ilegales en cantidades considerablemente superiores.

En este orden de ideas, el problema no se agotaba con la simple realización de la acción, tal como lo afirmó el demandante, ni mucho menos con aseverar que la voluntad del legislador estaba dirigida a combatir la piratería en cualquiera de sus manifestaciones, incluso por encima de la exigencia de lesividad, ya que no es posible interpretar el alcance del tipo penal de manera aislada, o sin tener en cuenta todos los principios que integran el ordenamiento jurídico, y mucho menos en detrimento de la filosofía del nuevo sistema acusatorio, que propende por la investigación y juicio de conductas de marcada trascendencia social.

Acerca de este último aspecto, es de destacar que fue desacertada en cuanto al factor de competencia la actuación de la representante de la Fiscalía que en su momento elevó ante el juez de conocimiento una solicitud de preclusión por atipicidad, pues si bien es cierto que no contradice principio lógico alguno la postura según la cual la afectación irrelevante del bien jurídico es un asunto atinente al tipo objetivo (ya que incluso está en armonía con la teoría de la imputación objetiva a la que tantas veces ha acudido la Sala), también lo es que el juez natural para extinguir la acción penal en este caso era el de control de garantías y medidas de seguridad, con base en la aplicación del principio de oportunidad.

Por ahora, sólo resta abordar los dos últimos argumentos del apoderado de Editorial Planeta Colombiana S. A., relacionados con el fin de prevención general positiva de la pena y el daño que de manera global generan conductas como las del procesado en la comunidad. Pero esto se hará en el apartado siguiente.

4. Del principio de lesividad y las tendencias que lo cuestionan o revalúan en el derecho penal

4.1. En la literatura especializada de los últimos años⁵¹, se ha venido tratando el problema de una progresiva expansión que experimenta el derecho penal, relacionada con la globalización económica, la integración entre naciones y la necesidad de proteger

⁵¹ Cf., entre otros, Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 81 y ss.; y Mendoza Buergo, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 68 y ss.

intereses colectivos diversos a los bienes jurídicos tradicionales, como respuesta ante la aparición de varios tipos de delincuencia, vinculados con el crimen organizado y su carácter transnacional.

Estos fenómenos de globalización, integración transnacional y poder económico han suscitado la aparición de otras modalidades de delitos clásicos, así como la consagración de nuevas formas de conductas punibles, que al ser abordadas según los principios del derecho penal ilustrado acarrearán problemas de diversa índole, muchos de ellos directamente relacionados con la teoría del bien jurídico y la exigencia de lesividad.

Por un lado, cada vez se ha hecho más fuerte la tendencia en virtud de la cual la legitimidad de la protección que brinda el derecho penal no radica en la existencia de bienes jurídicos individuales o colectivos valorados en función de los derechos de la persona, sino en el mantenimiento de la vigencia de la norma, de manera que conductas poco riesgosas o dañinas podrían colegirse como desestabilizadoras (y, por lo tanto, punibles), a pesar de que desde la perspectiva de la lesividad habría que excluirlas debido a su manifiesta irrelevancia⁵².

Así, por ejemplo, en los delitos contra el patrimonio económico, un sector de la doctrina ha sostenido que incluso la pequeña criminalidad que opera en este campo (como la de los hurtos de objetos poco valiosos en almacenes de cadena y supermercados) de ninguna manera podría resolverse como simples infracciones administrativas, sino dentro del ámbito nuclear del derecho penal:

“Tampoco los supuestos de bagatela en las infracciones de normas pertenecientes al ámbito central deben solucionarse como meras contravenciones, sino como infracciones penales y en un procedimiento penal. Toda reacción debe tener en cuenta el contexto normativo en que se inscribe el caso concreto; este contexto normativo, en las normas centrales, llega hasta los casos de bagatela, pues también la infracción, de bagatela en el caso concreto, de una norma central vulnera un principio elemental básico para la definición de la sociedad, no sólo para su existencia fáctica. En estas normas se trata de algo más que de la existencia o de la pérdida de bienes: de partes imprescindibles de la identidad de la sociedad [...] Por ello está especialmente vedado un desplazamiento de la pequeña criminalidad contra la propiedad y el patrimonio al ámbito de las contravenciones, en tanto que el principio de la protección de propiedad y patrimonio deba pertenecer al ámbito central”⁵³.

Por el contrario, si se parte de la protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal, tal criterio no podría mantenerse:

“En el campo nuclear del derecho penal las exigencias de la protección subsidiaria de bienes jurídicos requieren necesariamente un castigo penal en caso de delitos de un cierto peso. Pero en cambio, aunque en principio se incluyan conductas como el hurto y la estafa en el ‘ámbito nuclear’ y por ello se le asignen al derecho penal, nada se opondría a que los casos de bagatelas en este campo (como p. ej. el anterior ‘hurto de comestibles’, que actualmente está configurado de forma modificada como delito perseguible sólo mediante denuncia) se calificaran como contravenciones”⁵⁴.

Por otro lado, sin abandonar la teoría del bien jurídico, y para efectos de darle sentido a la exigencia de lesividad, se ha desarrollado en la doctrina el criterio de la acumulación, o de los delitos acumulativos, según el cual es merecedora de sanción penal la conducta que, aunque por sí sola no lesione o ponga en peligro de manera relevante al bien jurídico, termina afectándolo de manera significativa en la medida en que sea sumada al conjunto de similares comportamientos realizados por otros individuos⁵⁵.

No se trata de un fenómeno de aplicación del principio de la imputación recíproca propio de la coautoría (en el que, de acuerdo con la Sala, “cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los autores es extensible a todos los demás, sin perjuicio de que las otras contribuciones [...] sean o no por sí solas constitutivas de delito”⁵⁶), pues todas las acciones objeto de acumulación están dispersas tanto en el espacio como en el tiempo y, por consiguiente, no hay un único hecho respecto del cual pueda proyectarse aporte

⁵² Cf. Silva Sánchez, Jesús María, *Op. cit.*, p. 119.

⁵³ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 68-69.

⁵⁴ Roxin, *Derecho penal, Op. cit.*, § 2, 41.

⁵⁵ Cf., en sentido crítico, Silva Sánchez, *Op. cit.*, p. 131; Schünemann, Bernd, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 189; Sternberg-Lieben, Detlev, ‘Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador en materia penal’, en *La teoría del bien jurídico, Op. cit.*, pp. 115-116; Hefendehl, Roland, *Op. cit.*, p. 195; Von Hirsch, Andrew, y Wohlers, Wolfgang, ‘Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa’, *Ibidem*, pp. 299 y ss., entre otros.

⁵⁶ Sentencia de 2 de julio de 2008, radicación 23438.

alguno, sino una pluralidad de conductas que globalmente consideradas constituyen un problema de relevancia social⁵⁷.

Más allá de los debates que el concepto de acumulación como sustento de la lesividad arrastra actualmente en materia de prohibición de exceso y responsabilidad personal, hay unanimidad en el sentido de que su ámbito de aplicación sería muy restringido (por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente –artículos 328 a 339 del Código Penal) y siempre dentro del ámbito de protección de los llamados bienes jurídicos colectivos, es decir, de aquellos que **(i)** carecen de una titularidad individual, **(ii)** no resultan disponibles y **(iii)** tampoco pueden distribuirse o asignárseles a los individuos en partes⁵⁸.

4.2. En el asunto que centra la atención de la Sala, el apoderado de Editorial Planeta Colombiana S. A. sostuvo, por una parte, que confirmar la sentencia absolutoria del Tribunal resquebrajaría la confianza que la sociedad en términos generales y la industrial editorial en particular han depositado en las autoridades a fin de garantizar la protección de los derechos patrimoniales de autor contra la piratería callejera, que constituye una de las manifestaciones del crimen organizado.

A la Sala, sin embargo, no le es posible fundamentar una condena en contra de JOSÉ DANIEL ACERO SAGANOME con base únicamente en el fin de la prevención general positiva de la pena, pues, como se ha señalado a lo largo de esta providencia, el derecho penal en un Estado Social de Derecho como el colombiano debe estar orientado hacia la protección exclusiva, subsidiaria y fragmentaria de bienes jurídicos, y no en atención de una radical teoría funcionalista del delito, que propende por la necesidad de sancionar punitivamente al acusado en razón del solo incumplimiento del deber o la simple ausencia de fidelidad al ordenamiento jurídico.

Por otra parte, tanto el demandante como la funcionaria de primera instancia aludieron en respaldo de la sustentación de la lesividad que sin duda era trascendente el daño que conductas de desvalor como las de JOSÉ DANIEL ACERO SAGANOME causaban en el ámbito social.

Dicha postura, sin embargo, no puede ser compartida por la Sala, en la medida en que, como ya se advirtió (*supra* 3.4), el delito previsto en el numeral 1 del artículo 271 del Código Penal protege un solo bien jurídico, cual es el de los derechos patrimoniales de autor, que por su naturaleza ostenta una titularidad personal, es disponible y puede ser objeto de distribución. Por consiguiente, no es aplicable en este caso el criterio de la acumulación que, de acuerdo con lo señalado (*supra* 4.1), es propio de bienes jurídicos colectivos, mas no de los individuales, aparte de que en el presente asunto ello conduciría a la atribución de responsabilidad al acusado por las acciones emprendidas por otros individuos, sin que haya elementos de juicio que permitan establecer la existencia de un único hecho o la ejecución de una empresa común.

Finalmente, es de destacar que lo hasta ahora señalado no implica que la Corte desconozca el problema de criminalidad que subyace a la venta informal de copias ilegales de obras de carácter literario y de cualquier otra índole. Por el contrario, en armonía con lo expuesto en precedencia (*supra* 3.5), lo que subraya la Sala es que (a la par de la adopción de medidas que provenientes de otras ramas del derecho tiendan a prevenir, controlar o minimizar tanto la oferta como la demanda de esta clase de productos) la protección de los derechos de autor en materia penal tiene que enfocarse en la indagación e investigación por parte de la Fiscalía de aquellas conductas que realmente representen un menoscabo o amenaza significativa al bien jurídico, para lo cual el procedimiento penal acusatorio tiene previsto mecanismos de seguimiento, infiltración y desmantelamiento de las estructuras que en la clandestinidad atentan de manera sistemática en contra de los titulares de tales derechos, con lo que se llegaría a las personas más comprometidas en la realización del delito.

El problema no se resuelve, entonces, persiguiendo a los últimos eslabones de la cadena, a quienes no siempre podrá catalogárseles como miembros de la organización criminal (en la medida en que también podrían ser objeto de instrumentalización o de explotación económica por parte de dichas maquinarias) y cuyas acciones se hallarán, por lo general, en la frontera de lo que es socialmente relevante y lo que no lo es.

En consecuencia, como ninguno de los criterios del demandante está llamado a prosperar, la Sala no casará la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

⁵⁷ Cf. Silva Sánchez, *Op. cit.*, p. 135.

⁵⁸ Cf. Soto Navarro, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pp. 194 y ss.; Hefendehl, *Op. cit.*, p. 188 y ss.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMUS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria