

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

AP2078-2016

Radicación N° 47462

(Aprobado acta N° 113)

Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil dieciséis (2016).

I. V I S T O S

La Sala se pronuncia sobre los presupuestos de lógica y debida fundamentación de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Leonardo Andrés Pineda contra el fallo del 4 de noviembre de 2015, por medio del cual el Tribunal Superior de Pereira confirmó la condena impartida en primer grado contra el mencionado por el delito de violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos.

II. H E C H O S

El 13 de junio de 2011 el señor Misael Castaño Camacho, representante legal de DIRECTV COLOMBIA LTDA, informó que en el municipio de Marsella (Risaralda) se encontraba el operador Asociación Marsellesa de Radio y Televisión Comunitaria, ASOMAR TV, representada legalmente por Leonardo Andrés Pineda; que dicho

operador, de manera fraudulenta, retransmitía, distribuía y fijaba las emisiones portadoras de programas a un número indeterminado de usuarios, mediante varios canales de televisión comercialmente conocidos como Discovery Kids, Fox y Fox Sports, entre otros, sin autorización previa de DIRECT TV, como titular de derechos conexos.

Como consecuencia de lo anterior, el 9 de febrero de 2012 se llevó a cabo por servidores con funciones de policía judicial un allanamiento en la carrera 11 No. 12-35 del municipio de Marsella, sede ASOMAR TV, en que fue hallado material audio visual, además de cuatro decodificadores de DIRECTV, con los que se recibían y difundían, entre otros, los canales de Discovery Kids, Fox y Fox Sports.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El Juez Único Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Marsella, el 10 de febrero de 2012, legalizó la orden de allanamiento, su práctica y la incautación de elementos, al tiempo que la fiscalía le imputó a Leonardo Andrés Pineda el delito de violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, y violación a los mecanismos de protección de los derechos de autor (artículos 271 y 272 del C. Penal), cargos que el imputado no aceptó.

La Fiscal 5ª Seccional de Bogotá radicó el escrito de acusación el 26 de abril de 2012, por el delito previsto en el artículo 271, numerales 1º, 5º y 7º, del Código Penal, modificado por la Ley 1032 de 2006.

Tramitadas normalmente las audiencia de formulación de imputación, preparatoria del juicio oral y pública de juzgamiento -con la participación del apoderado de víctimas en representación de Directv Colombia Ltda-, y previo el anuncio del sentido

condenatorio del fallo y el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el 22 de abril de 2014 la Juez 3ª Penal del Circuito de Pereira condenó a Leonardo Andrés Pineda a las penas principales de 48 meses de prisión, multa equivalente al valor de 26,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término semejante al de la pena privativa de la libertad como autor del delito por el que fue acusado, al tiempo que le concedió “el mecanismo sustitutivo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena”.

Apelada la decisión del a quo por la defensa, fue confirmada por el Tribunal Superior de Pereira en sentencia del 4 de noviembre de 2015. En su contra, la defensa del procesado interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación.

IV. LA DEMANDA

Como cuestión preliminar, el demandante solicita que se superen los defectos de la demanda de casación, con el fin de que la jurisprudencia aborde el tema de los derechos patrimoniales conexos de las empresas comerciales de televisión por suscripción, cuando sus emisiones son difundidas por asociaciones comunitarias sin ánimo de lucro.

Enseguida, formula tres cargos: dos de violación directa de la norma sustancial (al amparo del numeral 1º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004) y uno más de violación indirecta (numeral 3º del mismo estatuto). Con ellos aspira a que se desarrolle el derecho penal del Estado social y democrático de derecho y a que se haga efectivo el derecho material y la unificación de la jurisprudencia. Adicionalmente, que se articule la equidad, la democracia participativa y el pluralismo político, se facilite la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida cultural, se supere la igualdad formal y que se privilegie el derecho a la información que suministran las asociaciones sin ánimo de lucro a través de la televisión comunitaria.

Además, pide que se promueva el pluralismo político, religioso y cultural que rige el servicio de televisión y no se someta a discriminación a quienes prestan el servicio de televisión comunitaria ni se margine a los que están urgidos por acceder al derecho de información que garantiza la [Constitución Política](#).

Primer cargo: violación directa

El demandante reprocha el desconocimiento del principio de buena fe de que trata el art. 84 de la Carta Política, y la falta de aplicación de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor, consagrados en el artículo 22, literales e, f y g de la Decisión Andina No. 351 de 1992, “norma integrada a nuestro bloque de constitucionalidad”.

Tras hacer alusión a los artículos 39 del citado estatuto, 35 y 37, numeral 4, de la Ley 182 de 1995 y artículos 2º y 9º de los Acuerdos 009 y 006 de 1996 expedidos por la Comisión Nacional de Televisión, el censor asegura que el servicio de televisión comunitaria, sin ánimo de lucro a nivel local, con fines cívicos, cooperativos, solidarios, académicos y sociales, no implica actividades de explotación o de contenido económico.

Aduce que los organismos de radiodifusión que emiten televisión por suscripción son los titulares de los derechos patrimoniales conexos que recaen en las emisiones y constituyen el sujeto pasivo de la conducta que tipifica el artículo 271-7º del C. Penal; sus derechos solamente los puede afectar quien actúe con ánimo de lucro.

Asegura que no toda difusión sin autorización es ilícita, pues los literales e), f) y g) del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, norma integrada al bloque de constitucionalidad, las autoriza cuando se trata de temas de actualidad, discusiones económicas, políticas o religiosas, discursos políticos o alocuciones en actuaciones judiciales, todo ello cuando tiene lugar con fines de información.

Reprocha que el juzgador no hubiera examinado si dichas excepciones a la violación de los

derechos patrimoniales conexos de autor, consagradas en la citada Decisión Andina, concurrían en este caso. Era necesario realizar el análisis omitido, porque el procesado era representante de una asociación difusora de televisión sin ánimo de lucro, que tenía por finalidad alcanzar objetivos cívicos, cooperativos, solidarios, académicos, ecológicos, educativos, recreativos, culturales e institucionales, lo que coincide con las excepciones consagradas en el artículo 22 de la aludida Decisión Andina que hace parte de nuestra legislación supranacional.

Admite que es cierto que en la sede de ASOMAR TV se encontraron cuatro decodificadores de la empresa DIRECTV, pero tal cosa no fue ilegal porque no se probó que las emisiones hubieran desbordado las antes citadas excepciones, esto es, que nunca se desvirtuó la buena fe; tampoco advirtió el juzgador que, como lo demostró el informe pericial de Héctor Raúl Orozco, los receptores habían sido obtenidos legalmente.

Con fundamento en lo anterior el recurrente reprocha el argumento del juzgador, según el cual el hallazgo de los decodificadores en la sede de ASOMAR TV no se explicaría si no era para transmitir, de manera indebida, los programas de DIRECTV y FOX. Por tanto, aprecia, el hallazgo de los decodificadores solo prueba que no se contaba con autorización para su uso; y señala que la razón de la presencia de los decodificadores en ASOMAR TV debió resolverse inicialmente con las salvedades legales, pues debía presumirse la buena fe.

Insiste en criticar que no se demostrara en el proceso la no concurrencia de las salvedades legales antes mencionadas, como tampoco que los programas difundidos, por razón de su contenido, no se sujetaran a esas mismas excepciones. Por tanto, si no se demostró la ilegalidad de las transmisiones televisivas cabía la presunción de que estaban legalmente autorizadas.

Alega, por último, que la utilización de las emisiones era compatible con la finalidad

comunitaria de ASOMAR TV. Agrega que por haber el juzgador condenado al procesado sin constatar la legalidad de las transmisiones se desconoció la buena fe y el artículo 22 de la Decisión Andina N° 351.

Segundo cargo: violación directa

El censor denuncia la falta de aplicación del artículo 271 del Código Penal, en cuanto al desarrollo de la jurisprudencia sobre los derechos de autor, así como la falta de aplicación de los artículos 3º y 9º de la Decisión Andina No. 351 de 1993, normas integradas al bloque de constitucionalidad.

Critica que el sentenciador apreciara que la falta de título habilitante por parte de los titulares del derecho de transmisión de los programas de televisión no impide configurar la conducta; que dedujera el interés económico de FOX con fundamento en el testimonio de Juan Carlos Pita, su representante en Colombia, y que aquel considerara como un hecho notorio la titularidad de FOX de los derechos de autor. Por razonar así, agrega, el Tribunal dejó de aplicar los artículos 3º y 9º de la Decisión Andina N° 351 de 1992, y el 271 del C. Penal.

Asegura que, como garantía al debido proceso, uno de los elementos objetivos del tipo es la identificación del titular del derecho violado. Dice que la titularidad del derecho es un asunto complejo, de suerte que su prueba requiere de suma prolijidad, al tiempo que sostiene que los derechos patrimoniales de autor son transferibles.

Luego de reseñar el artículo 35 de la Ley 182 de 1995 (Ley Nacional de Televisión) sobre operadores del servicio de televisión, los artículos 3º, 39 y 40 de la Decisión Andina No. 351 de 1993 sobre organismos de radiodifusión, y de establecer diferencias entre los derechos de autor y los conexos, concluye que el titular de estos últimos es el organismo de radiodifusión.

Enseguida reprocha que el sentenciador no hubiera admitido el argumento de la defensa, según el cual debido a que no se aportó el título habilitante, esto es la licencia, autorización o contrato otorgado por la Comisión Nacional de Televisión, no se probó la titularidad de DIRECTV sobre el derecho conexo a emitir las señales de televisión que ASOMAR TV difundía. En dicho razonamiento -dice el censor- existe una apreciación incorrecta de la prueba, pues la titularidad del derecho es uno de los elementos objetivos del tipo y el Tribunal manifestó que el título habilitante no era obligatorio para dar por demostrado el derecho.

Concluye que la ausencia de esos contratos solamente demostraba que los derechos conexos se estaban utilizando sin autorización de su titular, mas no quién era el titular. Lo anterior, agrega, no convierte en ilícitas las transmisiones, pues, como se dijo en el cargo anterior, podrían caer en las excepciones de que trata la Decisión Andina No. 351 de 1993.

Así, la conducta atribuida al procesado no era típicamente antijurídica porque no se probó quién era el titular de los derechos conexos; de no admitirlo así se daría paso a la responsabilidad objetiva.

Califica de ambigua la postura del Tribunal por confirmar la absolución respecto de los CD y cassettes de VHS encontrados en el allanamiento, por no haberse demostrado quiénes era los titulares de los derechos patrimoniales de autor.

Tercer cargo: desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas

El demandante alega que se condenó al procesado sin demostrar el ánimo de lucro, elemento subjetivo del artículo 271 del C. Penal, con que ASOMAR TV realizó la recepción y transmisión de las emisiones de televisión. Añade que el ánimo de lucro no aparece expresamente consagrado en el tipo penal, pero en todo caso ha de ser constatado, como así lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, en decisión que transcribe in

extenso.

Señala que, tal como se demostró, ASOMAR TV era una entidad sin ánimo de lucro que prestaba servicios de televisión comunitaria, según lo regula el artículo 37, numeral 4º, de la Ley 182 de 1995, y artículos 9º y 2º del Acuerdo 006 de 1996.

Critica que, como así mismo lo alegó la defensa en el proceso, la fiscalía no analizó la contabilidad de ASOMAR TV, para verificar el lucro obtenido. De haberlo hecho, habría concluido que los ingresos de la entidad provenían de los aportes y no de la prestación de servicios, lo que descartaba el ánimo de lucro. Insiste en que era necesaria una experticia sobre los estados financieros de la entidad que tuviera en cuenta las normas que rigen las entidades sin ánimo de lucro, que no son las mismas que rigen las que tienen ese ánimo.

Luego de referirse al artículo 12 del ya citado Acuerdo y al concepto de la DIAN del 19 de junio de 2003 sobre la finalidad de los aportes, el casacionista concluye que de haber el Tribunal apreciado las pruebas tal como se lo imponían los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, no habría incurrido en “los errores de hecho que surgieron a través del falso juicio de existencia de las pruebas, como fue declarar un hecho probado en unas pruebas inexistentes y sin considerar la necesidad del ánimo de lucro”.

Con fundamento en las anteriores reflexiones, el impugnante le pide a la Corte que case el fallo recurrido y, en su lugar, absuelva al procesado.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala anticipa su decisión en el sentido de inadmitir la demanda de casación, toda vez que transcurre a través de una indebida fundamentación que no muestra la materialidad de los yerros pregonados y, por tanto, carece de idoneidad formal y sustancial. Las razones

se precisan así:

1. A través del primer cargo, orientado por vía de la violación directa de la ley sustancial, el impugnante reprocha que no se hubiera analizado la concurrencia de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor consagrados en el artículo 22, literales e, f y g, de la Decisión Andina No. 351 de 1992, norma –según dice- integrada al bloque de constitucionalidad.

El desarrollo del cargo incurre en una indebida fundamentación, pues se aparta de la violación directa y, en su lugar, transcurre sobre argumentos propios de la violación indirecta. Así ocurre cuando el casacionista alega que el juzgador se equivocó al apreciar el hallazgo de los cuatro decodificadores en la sede de ASOMAR TV, así como el informe pericial de Héctor Raúl Orozco, pues de tales elementos de juicio ha debido concluir que los citados decodificadores fueron adquiridos legalmente.

En estas condiciones, el recurrente viola el principio de autonomía de las causales de casación, en la medida en que no se entiende si lo que critica es que el desconocimiento normativo tuvo lugar como consecuencia de un error de apreciación probatoria o sin él, confusión relevante pues obligaría al libelista a invocar una distinta causal de casación -la 3ª y no la 1ª- y, en consecuencia, a someter su argumento a presupuestos bien distintos.

Lo cierto es que el cargo carece de toda aptitud para enseñar una ilegalidad en la sentencia, pues parte de un supuesto equivocado: que, en lo que compete a este proceso, la Decisión Andina No. 351 de 1993 fue incorporada al bloque de constitucionalidad.

En efecto, el impugnante desconoce que la Corte Constitucional se pronunció sobre ese específico asunto y determinó que la Decisión Andina No. 351 de 1993 se incorpora al bloque de constitucionalidad solamente en lo que tiene que ver con los derechos morales de autor, mas no en aquella parte que regula los derechos patrimoniales, que es

precisamente a lo que se refiere el delito por el que fue condenado el procesado. Así lo dijo la Alta Corte (sentencia C-339 del 3 de mayo de 2006, que reitera la sentencia C-1188 de 2005, entre otras):

“La Decisión 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino, es un acuerdo de integración económica y por lo tanto tiene por objeto armonizar instrumentos y mecanismos de regulación en comercio exterior necesarios para impulsar el proceso de integración. Este instrumento contempla el régimen común de derechos de autor con sus dos categorías universales (i) derechos morales y (ii) derechos patrimoniales de autor. Sin embargo, en atención a que la jurisprudencia ha reconocido carácter fundamental únicamente a los derechos morales de autor[8], se produce la incorporación de la citada decisión comunitaria al bloque de constitucionalidad, únicamente en lo relativo a los mencionados derechos, dado que su naturaleza, a la luz del artículo 93 de la Carta así lo impone”.

En el mismo sentido:

“Conviene recordar que la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido el carácter fundamental de los derechos morales de autor, no así a los derechos patrimoniales de autor, los cuales no obstante merecer protección constitucional no revisten tal naturaleza”.

Por tanto, si la Decisión Andina No. 351 de 1993, en lo referente a derechos patrimoniales de autor y conexos, no hace parte del bloque de constitucionalidad, circunstancia sobre la que descansa el argumento casacional, entonces por lógica el razonamiento del cargo se cae desde su base.

En todo caso, aun cuando el instrumento citado fuera aplicable, de todos modos el argumento del libelista se queda en el enunciado, pues aparte de asegurar que se cumplieran las excepciones consagradas en los literales e), f) y g) del artículo 22 de la

citada Decisión Andina, no elabora ningún razonamiento para demostrar que las emisiones televisivas ilegales realizadas por ASOMAR TV en verdad estuvieran dirigidas a reproducir “discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justificaran los fines perseguidos”, según las propias palabras del recurrente.

2. El segundo cargo, también orientado por la causal primera de casación, incurre en similar falencia, pues pregona que en el razonamiento del fallo “existe inicialmente una apreciación incorrecta de la prueba... por cuanto la FGN estaba obligada a probar sin asomo de duda si DIRECTV era el organismo radiodifusor titular de los derechos conexos”. De esta manera, el casacionista desconoce la exigencia de abstenerse de desarrollar el cargo de violación directa mediante una discrepancia con la apreciación probatoria de la sentencia.

El impugnante reprocha que la titularidad de los derechos de transmisión de FOX y DIRECTV no se hubiera demostrado con el correspondiente título habilitante; pero no advierte que, en su lugar, el sentenciador los probó a través de las declaraciones de María Isabel Devia, abogada de DIRECTV, y Juan Carlos Pita, director de ventas de FOX CHANNELS COLOMBIA LTDA; con la certificación expedida por el representante legal de FOX LATINAMERICAN CHANNEL y, adicionalmente, mediante una regla de experiencia fundada en la notoriedad del reconocimiento de dichas empresas.

Por tanto, la crítica casacional, lejos de ser una de aquellas propias de la violación directa, se asemeja más a una de violación indirecta, en la modalidad de error de derecho, por vía de la rara vez procedente modalidad de falso juicio de convicción, pues lo que se censura es la idoneidad del medio de convicción para acreditar un hecho.

En últimas, el discurso del libelista no pasa de ser una postura personal sobre la incidencia del denominado título habilitante en la configuración del tipo penal. Aquel discurre de espaldas al fundamento de la sentencia, para la cual la inexistencia del contrato (título habilitante) no impide a su titular ejercer los derechos conexos, como así lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte (CSJ, SP, 11 de noviembre de 2008, rad. 32267) que cita el Tribunal. Así lo argumentó a profundidad el ad quem, sin que el censor se ocupara de demostrar alguna irregularidad en el razonamiento judicial, por lo que su razonamiento carece de idoneidad para enseñar un yerro ostensible y trascendente en la sentencia.

3. El tercer cargo es también una discrepancia del impugnante con la apreciación judicial, que no logra demostrar en esta un yerro capaz de mutar el sentido del fallo.

El casacionista critica que el juzgador incurrió en falso juicio de existencia porque concluyó que el procesado Leonardo Andrés Pineda, a través de ASOMAR TV, obtuvo un beneficio patrimonial, en lugar de apreciar que dicha entidad, como quedó demostrado en el proceso, carecía de ánimo de lucro. Por tanto, sugiere el demandante, el fallador se inventó o imaginó la existencia de la prueba que le permitió deducir la intención lucrativa.

Pero el reproche así formulado desconoce el contenido del fallo: este, en contrario a lo que asegura el censor, sí advirtió que en verdad el peritaje contable omitió considerar que ASOMAR TV era una entidad sin ánimo de lucro y, por tanto, pasó por alto el diferente tratamiento que en su contabilidad se da a este tipo de entidades; también apreció que sus ingresos se configuraban con aportes.

Pero -explicó el Tribunal- no por ello el estudio técnico impidió detectar el incremento patrimonial, sólo que no logró precisar la cantidad exacta de ese incremento. Lo que apreció el juzgador fue que “con ese estudio sí se logró demostrar que realmente lo

cobrado por ASOMAR TV no correspondía únicamente a unos simples aportes, sino que se hacían cobros por afiliación, suscripción, e incluso, por concreto de reconexión”.

En últimas, la censura no logra acreditar por parte alguna que el sentenciador hubiera dado por existente una prueba que no obraba en el proceso, sino que se dirige contra aquello que el juzgador dedujo del estudio técnico contable, lo que se aleja del falso juicio de existencia pregonado y se acerca más al error de hecho por falso raciocinio, por violación a las reglas técnicas de la contabilidad. El argumento así planteado viola el principio de autonomía de las causales de casación y configura una apreciación apenas diversa a la plasmada en la sentencia, lo que carece de idoneidad para enseñar un error evidente y trascendente en la apreciación judicial.

4. La orientación y desarrollo de la demanda le permite a la Corte recordar que cuando se trae a esta sede extraordinaria un cargo de violación directa de la ley sustancial al censor no le está permitido entrar a cuestionar la apreciación de las pruebas, pues la citada violación implica que el juzgador incurrió en la aplicación indebida, exclusión evidente o interpretación errónea del precepto normativo sin que para ello mediara un error en la contemplación o apreciación de las pruebas.

Por otra parte, el alegato que se enfoca como violación indirecta de la ley sustancial exige identificar la modalidad del error -de hecho o de derecho- y su especie -falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio en el primer caso, o bien falso juicio de legalidad y falso juicio de convicción, en el segundo-, sin refundir la naturaleza y presupuestos de cada uno de ellos, pues de ello depende una correcta fundamentación.

En cualquier caso, se le impone al demandante el deber de respetar el contenido material de la sentencia, pues de lo que se trata en sede de casación no es de oponer a la apreciación probatoria o juicio jurídico del juzgador los personales de aquel -por muy plausibles que sean- sino de demostrar el error en las consideraciones plasmadas en el

fallo, a través de las precisas causales consagradas en la Ley, para así derribar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara la providencia atacada.

5. En estas condiciones, la Corte inadmitirá la demanda de casación, sin que, por otra parte, del estudio de las diligencias encuentre motivo que amerite superar sus falencias para asegurar oficiosamente el cumplimiento de las garantías fundamentales o los fines del recurso.

5. En contra de esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos en que la jurisprudencia de esta Colegiatura lo ha decantado (CSJ SP, 12 de diciembre de 2005, Rad. 25322).

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

VI. R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Leonardo Andrés Pineda.

Contra la anterior decisión procede el mecanismo de insistencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria