

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **El dolo. Apreciación en concreto. Piratería. Software. Calificación profesional del infractor.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Colombia

**ORGANISMO:** Juzgado Catorce Penal del Circuito –Adjunto- de Bogotá D.C.

**FECHA:** 23-7-2009

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Penal)

**FUENTE:** Texto digitalizado del fallo

**OTROS DATOS:** Radicación 2007-0843

### **SUMARIO:**

*“Mediante denuncia presentada por el apoderado de la firma Network Associates Inc., se pone de presente que la empresa Antivirus S.A., encargada de comercializar en Colombia productos de aquella compañía, vendió a diferente clientes antivirus y otros servicios, sin expedir la licencia para tal fin”.*

[...]

*“En cuanto a la autoría, es pertinente resaltar que la conducta desplegada solo admite la modalidad dolosa, es decir, que el sujeto activo conocía que su comportamiento constituía un hecho contrario a la ley y sin embargo desplegó todos sus esfuerzos para lograr su comisión”.*

*“Lo anterior si se tiene en cuenta que ..., es una persona con conocimientos y amplia experiencia en la producción, comercialización, distribución y alquiler de productos o servicios amparados por los derechos de autor, si se tiene en cuenta que además de ser un profesional en el campo de la ingeniera de sistemas, desde 1992 conformó la empresa Antivirus Ltda., por consiguiente sabía que para realizar este tipo de operaciones debía contar con el aval de la propietaria de los derechos intelectuales y patrimoniales de los productos y servicios que ofrecía”.*

[...]

*“Otro aspecto que compromete la responsabilidad de ..., lo constituye el hecho de que pese a haberse presentado reclamaciones de diferentes empresas por la expedición de las licencias, no adelantó ni mostró el más mínimo interés para remediar la situación y por el contrario, optó por cerrar la compañía dejando en manos de la demandante la solución al conflicto y quien en últimas, reconociendo que los compradores obtuvieron sus productos de buena fe, no tuvo otra alternativa que expedir la autorización de licencias asumiendo por su propia cuenta sus costos”.*

*“En consecuencia se afirma que la conducta además de ser típica, es antijurídica y culpable a título de dolo al encontrarse reunidos los elementos que lo integran, como son, el conocimiento previo o concomitante a la ejecución de la ilicitud y la autodeterminación, esto es, la intención manifiesta e inequívoca del agente en su realización”.*

**COMENTARIO:** Los delitos contra el derecho de autor y los derechos conexos son de dolo, definido por Jiménez de Asúa como la producción de un resultado típicamente antijurídico *“con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo ... con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto y con representación del resultado que se quiere o consiente”*<sup>1</sup>, y ello *“significa que surja o no el dolo del hecho en sí, el juez tiene que considerar que existe, salvo que las circunstancias de la causa demuestren lo contrario”*<sup>2</sup> La regulación penal en derecho de autor y derechos conexos se dirige a velar por el respeto de atributos, generalmente exclusivos, expresamente reconocidos en la ley (cuya ignorancia no excusa de su cumplimiento), de manera que hay dolo si se incurre en la conducta prevista en el tipo penal, salvo que el presunto infractor demuestre lo contrario. Como acertadamente decidiera el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais, *“el agente no necesita tener conciencia acerca del contenido exacto del precepto penal infringido, porque si eso fuera correcto, el juicio de reprobación sólo podría ser atribuido a los juristas. Por otro lado, la conciencia de la ilicitud no se identifica tampoco con el conocimiento de que el hecho practicado sea contrario a los mandamientos éticos o implique un daño social”*<sup>3</sup>. O en palabras del Tribunal Supremo español, que *“... un sector importante y en ascenso de la ciencia penal actual tiende a definir el dolo sólo como conocimiento y voluntad de los hechos que integran el tipo -dolo natural- sin incluir en dicha categoría la conciencia de su significación antijurídica -dolus malus- ...”*<sup>4</sup>. Ahora bien, la calificación profesional del infractor en el área respecto de la cual se comete el delito, no hace más que corroborar la conducta dolosa y puede considerarse, dentro de las características del caso concreto, como una circunstancia agravante a los efectos de la determinación de la pena. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

## TEXTO COMPLETO:

### ASUNTO

*Se pronuncia el Despacho en sentencia de primera instancia dentro del proceso adelantado en contra de Juan Manuel Colmenares Briceño, acusado del punible Defraudación a los Derechos Patrimoniales de Autor.*

### HECHOS

*Mediante denuncia presentada por el apoderado de la firma Network Associates Inc., se pone de presente que la empresa Antivirus S.A., encargada de comercializar en Colombia*

*productos de aquella compañía, vendió a diferente clientes antivirus y otros servicios, sin expedir la licencia para tal fin.*

### IDENTIDAD DEL PROCESADO

*Se vinculó a la investigación mediante diligencia de indagatoria<sup>5</sup> a Juan Manuel Colmenares Briceño, identificado con la cédula de ciudadanía # 79.155.639 de Bogotá, ciudad en la que nació el 20 de diciembre de 1962, hijo de Enrique y Cecilia, estado civil casado con Inés Elvira Escallón, estudios universitarios, profesión ingeniero de sistemas.*

*Se trata de un hombre que mide 1.70 metros de estatura, contextura robusta, piel trigueña, ojo de iris color café, nariz aguileña, cejas rectas y escasas, boca normal, dentadura completa, frente normal despejada, cabello liso color castaño claro.*

<sup>1</sup> Citado por GOLDSTEIN, Raúl: *“Diccionario de Derecho Penal y Criminología”*. Ed. Astrea. Buenos Aires, p. 266.

<sup>2</sup> Idem. p. 271.

<sup>3</sup> Sentencia del 25-1-2007, en <http://www.tjmg.gov.br/>

<sup>4</sup> Sentencia de la Sala 2ª del 13-6-1987.

<sup>5</sup> Fol. 255 c.1

## **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN**

*La Fiscalía Séptima de la Unidad Especializada en Delitos Contra la Propiedad Intelectual y las Telecomunicaciones, en proveído del 26 de diciembre de 2006<sup>6</sup>, al calificar el mérito del sumario profirió resolución de acusación en contra de Juan Manuel Colmenares Briceño, como presunto autor responsable del punible de Defraudación a los derechos patrimoniales de autor conforme a los numerales 1º y 2º del artículo 271 de la Ley 599 de 2000*

*Decisión confirmada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá.*

## **AUDIENCIA PÚBLICA**

*Agotado el periodo probatorio dentro del trámite de juicio, los sujetos procesales presentaron sus alegatos de conclusión que así se resumen:*

**Fiscalía.-***Se sostiene en los cargos proferidos en la resolución de acusación, por cuanto considera que Juan Manuel Colmenares Briceño, se encuentra incurso en el punible de defraudación a los derechos patrimoniales de autor, pues se demostró que a través de su empresa Antivirus S.A., reprodujo, alquiló y comercializó sin autorización previa y expresa de NAI programas de ordenador o software de su propiedad.*

*Sustenta la tipicidad del delito en el contenido del artículo 271 del Código Penal, con respaldo en la Ley 44 de 1993, decisión 351 del convenio de Berna, tratado de OMPI, entre otras disposiciones internacionales que amparan los derechos de autor.*

*Señala que el procesado afirma que su empresa si reproducía de manera continua las actualizaciones de los software de McAfee, justificando su comportamiento en el hecho de que éste se desactualizaba constantemente y que en un curso al cual asistió el distribuidor de los productos para Brasil, enseñó como hacer este tipo de actualizaciones. Pese a ello, para la Fiscalía para realizar el inculpado el procedimiento efectuado por el comercializador*

*brasileño, debía contar con permiso expreso de McAfee, el cual nunca solicitó ni le fue expedido, como tampoco el contrato de agencia comercial que lo autorizaba para tal fin.*

*Pone de presente que la empresa del procesado entregaba a sus clientes copias de software de propiedad del denunciante y por consiguiente correspondían a CDs reproducidos ilícitamente.*

*Argumenta que fue tal el comportamiento contrario a la ley del encausado que pese a referir que en muchos casos lo que vendió fue el producto en cajas multinodos, ofrecía a los clientes la entrega de la licencia en determinado tiempo, a sabiendas que en este tipo de productos la licencia viene incluida en el respectivo paquete multinodo.*

*No reviste duda para la fiscalía que Colmenares Briceño también alquilaba sin previa autorización los productos de McAfee, sin que sea de recibo el argumento de que como quiera que Antivirus Consultores de México era una subordinada de Antivirus Colombia, la autorización que aquella tenía se extendía para alquilar los productos en Colombia, pues reitera, para tal fin es la dueña de los derechos quien debe emitir su aprobación.*

*Señala que si bien existen actas de importación de software fabricados por NAI y bien puede contar con las normas de importación, tampoco sobre estas obra autorización expresa de NAI, máxime si en cada una de las cajas de multinodos, se encuentra expresa la prohibición de ser comercializadas fuera del territorio estadounidense.*

*Indica la señora Fiscal que aun cuando el enjuiciado aduce que los clientes cuyos casos son investigados no se encuentran registrados en la base de datos de la empresa fabricante se debe a que adquirieron el producto en cajas multinodos, es una aseveración que no corresponde a la realidad, si se tienen en cuenta que el producto en multinodos es para pequeñas empresas, en tanto que las irregularidades se presentan en clientes de mas de 100 licencias cuyo producto se instala de manera distinta a la aludida.*

<sup>6</sup> Fol. 73 original 2 instrucción.

*Para la presentante de la Fiscalía General de la Nación, el comportamiento desplegado por Juan Manuel Colmenares es a título de dolo, por cuanto pese a ser experto empresario y por ende tener conocimiento del procedimiento que se debe adelantar para comercializar productos protegidos por derechos de auto, optó en forma consciente y voluntaria a su venta, distribución y alquiler sin contar con la autorización expresa del legítimo titular de tales derechos.*

*Al no acreditarse ninguna causal de ausencia de responsabilidad, solicita la Fiscalía se profiera sentencia condenatoria en contra de Juan Manuel Colmenares Briceño, como autor responsable del punible de Derechos patrimoniales de autor.*

**Parte Civil.-** *Luego de ilustrar sobre los elementos que estructuran el punible contra los derechos de autor, señala que el sub examine por parte del acusado era sencillo demostrar que si contaba con las pruebas que determinan la legalidad de sus operaciones como comercializador de los productos NAI en Colombia objeto de la investigación.*

*Expone que la materialidad de la conducta se establece con la investigación que sobre las anomalías presentadas realizó un experto en la materia cuyo resultado se corrobora con las declaraciones de los empleados de Nexys quienes afirman que entre todos los vendedores de productos NAI, solamente se evidenciaron y constataron inconvenientes con las ventas realizadas por la empresa del señor Colmenares, como lo fue la reproducción y distribución de software de esa compañía sin la respectiva licencia.*

*De la misma manera se encuentra acreditado que Colmenares Briceño efectuó alquiler y reproducción de los productos NAI para un sinnúmero de clientes adquirido a través de Antivirus México sin solicitar previa autorización de la duela de los derechos.*

*Sintetiza que se realizaron por parte de Antivirus Colombia representada por Juan Manuel Colmenares una serie de inconsistencias que afectaron los derechos patrimoniales de NAI, pues en unos casos se vendieron productos sin la respectiva*

*autorización, en otros se expidieron licencias irreales y en otros casos expidió un número de licencias superior a las legalmente adquiridas, como que también dio a los clientes documentos que daban cuenta que la licencia se encontraba en trámite, cuando realmente ello no era así, actividades delincuenciales que se encuentran plenamente demostrados en el proceso y que el encausado no logro desvirtuar.*

*Da cuenta de algunos casos que desvirtúan las exculpaciones del inculpado en el sentido de que las empresas no compraron cajas multinodos como aquel lo aduce, sino de otra modalidad de implementación del software.*

*Señala la parte civil que la conducta además de ser típica es antijurídica, al vulnerarse sin justa causa los derechos de autor de la compañía que representa, comportamiento que por demás debe atribuirse a título de dolo, teniéndose que en ningún momento acudió a las autoridades para defenderse de los presuntos ataques de NAI, y por el contrario aprovechando su reconocida posición de comercializador de sus productos, vendió y alquiló programas sin el permiso del titular de los derechos y así obtener beneficio económico ilícito.*

*Pide que al momento de dosificar la pena se imponga una sanción ejemplarizante dado que se aprovechó de la confianza en él depositada por la empresa titular de los derechos, además que se trata de una persona con avanzados estudios y conocimientos en el tema de derechos de autor, así mismo solicita la condena en perjuicios conforme a lo probado en la actuación.*

**Defensa.-** *Depreca la absolución de Juan Manuel Colmenares Briceño, pues estima que no se reúnan los presupuestos exigidos por el artículo 232 del código de procedimiento penal para condenar.*

*Discrepa de los razonamientos expuestos en la resolución de acusación para convocar a su patrocinado a juicio, como quiera que se encuentra establecido que Colmenares Briceño fue distribuidor de los productos McAfee y para ello contaba con la respectiva autorización.*



*Sobre el caso de Compensar, argumenta que su asistido demostró que su empresa Antivirus pagó a Nexys una cantidad de 1100 licencias.*

*Señala que en la negociación con la referida entidad, se contó con el aval de una funcionaria de McAfee, lo que deja entrever que no existe comportamiento doloso, máxime si obra del pago realizado por Antivirus por la compra de los programas.*

*Señala que dentro de la actuación no se tuvo acceso a la base de datos de NAI, para comprobar cual era la real situación de los supuestos clientes afectados.*

*Argumenta que el funcionario de Compensar expuso que no entendía el por que sus licencias no figuraban en la base de datos de NAI, cuando sus productos adquiridos contaban con papelería de McAfee.*

*En lo que tiene que ver con el caso del Grupo Gerente Colombia, señala que cuando dicha compañía solicitó a Antivirus la actualización, ésta no se pudo realizar debido a que para dicho entonces ya la empresa no se encontraba en funcionamiento.*

*Relata la defensa que se encuentra demostrado que a muchos clientes de Antivirus Colombia se les vendieron cajas multinodos, habiendo explicado su representado la forma en que es posible su adquisición, entre ellas, realizando una importación directa, como en efecto lo hizo el enjuiciado.*

*Aduce que para la fecha de comisión de los hechos la única manera de actualizar el antivirus era mediante CDs, los cuales se entregaban por la empresa en forma periódica a sus clientes, lo cual no estaba prohibido por NAI.*

*Estima la defensa que el comportamiento de Colmenares Briceño no fue doloso, toda vez que actuó conforme se lo permitió la ley en calidad de agente comercial y representante de McAfee, además, él no era quien en forma personal realizaba los negocios, pues representa a una compañía con diferentes socios.*

*Resalta que Antivirus Colombia era una empresa distribuidora de McAfee y esto le otorgaba derechos que ahora se pretenden desconocer, y por los que establece que Juan Manuel Colmenares actuó de buena fe.*

*Ante tal panorama concluye la defensa que la única decisión a adoptar es la de sentencia absolutoria por inocencia absoluta o en su defecto en aplicación al principio de in dubio pro reo.*

### **CONSIDERACIONES**

*A fin de establecer si en el presente asunto se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 222 del código de procedimiento penal para condenar, se debe verificar si el material probatorio es lo suficientemente idóneo para demostrar tanto la certeza sobre la materialidad del punible, como la responsabilidad penal del acusado. En caso de faltar uno de ellos o aún existiendo duda probatoria, resulta inobjetable la absolución del encausado.*

*El punible por el cual se procede corresponde al de defraudación a los derechos patrimoniales de autor previsto en el artículo 271 de la Ley 599 de 2000.*

*Se debe recordar que en el presente asunto la defraudación por la que se procede corresponde en primer lugar a la reproducción, distribución y venta sin autorización previa de soporte lógico o programa ordenador, al igual que el alquiler de programas de computador de propiedad de la empresa Network Associates INC (NAI). Entre tales programas y que interesa a la presente actuación, se encuentra el antivirus McAfee que corresponde a un programa destinado a contrarrestar virus informáticos.*

*En calidad de propietario de los derechos de creación del programa, se le reconoce a NAI el derecho patrimonial de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de tales programas, impedir la distribución y venta de copias del programa cuando no cuentan con autorización, al igual que autorizar o prohibir la distribución pública del original y cada copia del*

*mismo mediante la venta, alquiler u otro medio de distribución pública.*

*En el sub examine, el Despacho considera que los requisitos exigidos para condenar se encuentran plenamente establecidos, pues aun cuando el procesado en sus extensas versiones ha tratado de desvirtuar tanto la materialidad de la conducta como su responsabilidad penal, la prueba que legal y oportunamente se allegó a la actuación demuestra todo lo contrario.*

*En efecto, frente a los hechos denunciados, ha referido el inculpado que aun cuando el software es de propiedad de NAI INC, esta compañía desde el principio de la relación comercial lo autorizó para que copiara en diskette las actualizaciones y posteriormente le hizo entrega de un CD para que fuera reproducido, como que le dieron acceso a Internet para que bajara las actualizaciones por ese medio.*

*Aduce el inculpado que además de tener un acuerdo de exclusividad de distribución con la empresa NAI de los productos McAfee, varios de los hechos que se endilgan en la denuncia corresponden a venta de cajas multinodos que traen su licencia interna y es el usuario quien debe bajar por Internet su actualización, siendo este el motivo por el cual el registro de licencia no se encuentra en el sistema de la compañía. Igualmente refiere que dichos paquetes los importó legalmente.*

*Sobre el alquiler del software "Magic Total Service Desk" a diferente empresas aduce que el mismo lo adquirió Antivirus México que es una subordinada de Antivirus Colombia y por consiguiente estima se extendía a ésta las facultades dadas a la primera.*

*Para desvirtuar las exculpaciones del enjuiciado Juan Manuel Colmenares Briceño, cuenta la actuación con la denuncia y posteriores ampliaciones presentadas por el doctor Jaime Felipe Rubio Torres<sup>7</sup>, quien explica en forma pormenorizada que la empresa que él representa – Network Associates Inc. (NAI), fabrica productos de*

*seguridad informática y como tal es propietaria de sus derechos de autor.*

*Precisa que la licencia como documento, se describe el producto autorizado, la cantidad de nodos y puntos de red que se licencian, su duración y el periodo de soporte o actualización comprado; nombre del usuario autorizado por NAI y el número de licencia, conocido como Grant Number el cual es único e irrepetible para cada usuario.*

*Señala que en el caso concreto se inició una investigación interna debido a que varios usuarios se quejaron ante NAI porque a pesar de haber comprado y pagado sus programas con la empresa Antivirus no aparecían registrados en la compañía como usuarios legales o que el número de licencia suministrado por la empresa Antivirus correspondía a un número de licencia de otro cliente y en otros casos que nunca recibieron licencia.*

*Se agrega que la autorización para el uso de sus programas se concede mediante licencias cuya vigencia se otorga como mínimo por dos años, los que una vez vencidos no autorizan al usuario para continuar usando el software, y la licencia perpetua, con la que se puede utilizar el servicio indefinidamente pero debiendo periódicamente ser actualizado.*

*Señaló que si bien es cierto que para la actualización de los programas se recurre a diskettes, Cds e Internet, ello procede siempre y cuando se cuente con la autorización expresa del propietario de los derechos de autor.*

*Aclaro que aun cuando existe la venta del programa en cajas denominadas multinodos, es un asunto diferente a las investigaciones adelantadas en contra de Colmenares Briceño, como quiera que dicho kit se presta a pequeñas empresas con pocos equipos de computo, en tanto que los casos investigados obedece a grandes empresas.*

*Al analizar el Despacho el caso concreto de "Compensar", se tiene que no obstante a que esta empresa demostró el haber adquirido 913 licencias en el mes de octubre de 2000, en la base de datos de la compañía y bajo el número de licencia concedido por Antivirus Ltda., solo*

<sup>7</sup> Anexo 8, Folio 9 88 8 8 , 247 de justicia

figuran 54 licencias. Y, no obstante a que se acreditó que Juan Manuel Colmenares por medio de su empresa adquirió 1100 licencias entre las que aduce se encuentran las que vendió a la Caja de Compensación, nótese que dicha transacción se realizó dos años después de los hechos denunciados, es decir que la compra de tales licencias no coinciden con las que anteriormente el acusado y sin autorización de NAI le suministró a Compensar, debido a ello y así se encuentra demostrado documentalmente, NAI se vio en la necesidad de legalizar 913 licencias asumiendo los costos que ello implica.

Como respaldo a lo denunciado frente al caso de Compensar, se cuenta en la actuación con la declaración de Luis Eduardo Narváz Castañeda<sup>8</sup>, quien laboraba para dicha empresa en la época de los hechos, y fue el encargado de adquirir a través de la empresa representada por Colmenares Briceño el antivirus McAfee, persona que manifiesta que pese a haber adquirido y cancelado la compañía 1100 licencias a Antivirus Ltda., al solicitar su actualización a McAfee, fueron enterados que el número de identificación de licencia suministrado no abarca la totalidad del software adquiridos y que el resto no figuraba en la base de datos.

Obra de la misma manera el testimonio de Mónica Piñeros Castro, quien laboraba para la empresa demandante NAI en la sección de servicio al cliente y por ende luego de advertidas las irregularidades presentadas por la venta de Antivirus Ltda., hizo a diferentes clientes, se contactó con cada uno de ellos, estableciendo que en el caso puntual de Compensar, pese a haber adquirido más de mil licencias, de ellas 931 no se encontraban registradas en la base de datos. Además dio cuenta que varios números de licencias aportadas por los usuarios, correspondían a otros clientes o en otros casos se registraban cantidades inexactas.

Esta declarante fue precisa al referir que en los casos investigados, ninguno de ellos correspondía a la adquisición del software por medio de la caja multinodos.

Por su parte el Director para Latinoamérica de Network Associates Inc. Señor Robert Dyer, en su declaración<sup>9</sup> ilustra que una vez la compañía se dio a la tarea de contactar los clientes para verificar el estado del servicio, se detectó que muchos usuarios aseveraron tener determinada cantidad de licencias, cuando en la base de datos se consignaba una cantidad diferente. Corroboró que en los casos investigados y que se detectaron anomalías en las ventas realizadas por la empresa Antivirus, no corresponde a la venta de los productos de su compañía por el sistema de multinodos, el cual por lo general lo adquieren pequeñas empresas.

Corroboró aún más la inexistencia de venta de cajas multinodos alegada por el implicado, lo declarado por Pedro Eduardo Gamboa Mora<sup>10</sup> quien en calidad de gerente general de la empresa Nexys de Colombia empresa distribuidora mayorista de los productos de NAI para Colombia y a quien Antivirus le compraba los mismos; persona que explica que las cajas multinodos se utilizan para pequeñas empresas, siendo el usuario el que debe registrar su compra con los datos consignados en cada una de los kits, lo cual resulta necesario pues en caso de no hacerlo no se habilita la actualización ni el soporte técnico. En tanto que para las empresas medianas y grandes, como los casos que ocupan la atención de la investigación, existe otra modalidad de instalación y licenciamiento que se obtiene en un término máximo de 8 días, además en esta modalidad no se expide licencia por cada equipo, sino que en el licenciamiento otorgado y conocido con el nombre de **\*\*Licence Authorization Grant**, en el que se especifica la cantidad de nodos, la vigencia de la licencia, teniéndose que éste número de licencia – Grant Number – es único y se expide una vez el proveedor, en este caso Antivirus, remite la orden de compra a Nexys y ésta a su vez hace la solicitud a McAfee. Este declarante desmiente el dicho del procesado sobre la expedición de la licencia temporal, por cuanto es una modalidad inexistente en la compañía, máxime si se tiene en cuenta que el Grant Number, es único e

<sup>8</sup> Folio 226 c.c.1

<sup>9</sup> Fol. 235 c.c.1

<sup>10</sup> Folios 7-12 o.o.2

*irrepetible, habiendo advertido que en muchos de los casos investigados, el proveedor Antivirus Ltda., suministró a los usuarios un número de licencia que ya había sido expedido a otros clientes.*

*Robustece aún mas la sindicación en contra del procesado de haber instalado software sin contar con la autorización de NAI, y por consiguiente sin expedir la respectiva licencia, lo declarado por Gabriel Ignacio Franky Silva y José Manuel Bernal Bonilla, quienes pese a haber laborado para la empresa Antivirus Ltda., no dan cuenta de la implementación del software a las empresas en las que se presentaron anomalías por el sistema de multinodos, sino que dejan entrever que en estas se realizó por el de implementación para grandes empresas, esto es, que se expedía una sola licencia por la totalidad de los nodos o equipos.*

*En efecto, relata el señor José Manuel Bernal Bonilla<sup>11</sup> que en el caso de Compensar, una vez se instalaron los programas se entregó el documento en el que constaba el número de licencia, aseveración que a la postre conduce a demostrar sin lugar a equívocos que la implementación del software para esa empresa se dio por medio del sistema implementado para grandes empresas, esto es, que una sola licencia amparaba la totalidad de los equipos, porque en caso de ser instalado por medio del sistema multinodos, no se hubiera expedido una sola licencia, sino como quedó plenamente demostrado a los largo de la actuación, por cada kit que cobijaba una máximo de 25 equipos se expedía una licencia, luego la totalidad de antivirus instalados, si realmente fue por multinodos, no podían ser amparados por una sola licencia como el procesado lo quiere hacer creer, sino que mínimo por cada 25 nodos debía existir una licencia.*

*Lo anterior demuestra que efectivamente Juan Manuel Colmenares Briceño, como representante legal de la empresa Antivirus Ltda., reprodujo, comercializó y distribuyó el programa creado por NAI- McAfee, sin su correspondiente autorización y para ello instalaba el programa valiéndose de copias fraudulentas de software, tal y como se*

*constata con el Cd entregado a la empresa Grupo Gerente Colombia que dista de las características propias de un programa original y haciéndole creer a dicha compañía que la licencia posteriormente le sería enviada, lo cual nunca ocurrió.*

*Sobre este puntual caso, obra la declaración de la señora Maria Consuelo Barrera<sup>12</sup> gerente administrativa de la referida empresa, quien refiere que luego de instalado el programa, le solicitó a Antivirus Ltda., la respectiva licencia sin que recibiera contestación, lo que la motivó para acudir directamente ante McAfee, en donde se le comunicó que en la base de datos no se encontraba reportada como cliente y que la compañía del procesado no reportó la venta.*

*Ahora bien, ha justificado el procesado la reproducción del software en el hecho que para el año 1994 acudió a un curso en Brasil, donde el distribuidor de ese país enseñó que una de las maneras para brindar soporte a los clientes era reproduciendo los programas, por lo que pensó que era un comportamiento permitido por McAfee y por ende procedió a hacer lo mismo en Colombia.*

*A respecto, nótese que a lo largo de la actuación el enjuiciado no acreditó que la empresa NAI lo haya autorizado explícitamente para que reprodujera por su cuenta los programas y mucho menos para que dichas copias las comercializara. Súmese a ello que el director de Network Associates INC. Para Latinoamérica en su declaración, puntualizó que dicho curso no fue dictado ni promovido por McAfee, por cuanto para dicho entonces la compañía no tenía representación en ese país y que fue un curso promovido por distribuidores, lo que significa que no encontraba dentro de las directrices de NAI, autorizar a los vendedores y distribuidores para ofrecer<sup>4</sup> y suministrar a sus clientes copias de sus productos.*

*En lo que tiene que ver con el alquiler del programa Magic Service Desk, de propiedad de NAI a las empresas Red Colombia, Orbitel y Promigas, por parte de Antivirus Ltda., éste servicio se prestó sin la autorización del titular*

<sup>11</sup> Fo. 7 c.c.1

<sup>12</sup> Fol. 01 No.



de los derechos de autor, como quiera que pese a ser estas compañías colombianas y con sede en este país, dicho alquiler se dio a través de la empresa Antivirus Consultores de México, empresa ante la cual si bien tenía participación propietaria Colmenares Briceño, no lo facultaba para trasladar las autorizaciones concedidas a aquella para su alquiler y distribución en Colombia, consideración que encuentra amplio respaldo con el comunicado expedido por el Gerente de Licenciamiento del McAfee Inc. Para América latina y el Caribe señor Felipe Yungman, en el que textualmente expone<sup>13</sup>:

1. No se han adquirido licencias de productos Magic para Antivirus Ltda. (Colombia) como usuario final.

*Las órdenes de compra recibidas y procesadas por McAfee Inc son claras en el sentido de que el usuario final identificado en las mismas es Antivirus Consultores de México S.A, de C.V. no existiendo ninguna indicación acerca del posible sub-licenciamiento o arrendamiento a terceros.*

*...en el supuesto de que estas licencias hubieran sido adquiridas en México para ser arrendadas a terceros en Colombia (solicitud que McAfee no recibió ni autorizó), los seis asientos licenciados para uso interno de Antivirus Consultores de México S.A. de C.V. no guardan relación numérica con los cientos de asientos que habría licenciado y-o arrendado en Colombia para la firma Antivirus Ltda..*

*De esta manera, se encuentra plenamente demostrada la materialidad de la conducta de defraudación a los derechos patrimoniales de autor (Art. 271 núm. 1º y 3º C.P.), como quiera que la empresa Antivirus Ltda., representada legalmente por Juan Manuel Colmenares Briceño, reprodujo, alquiló y comercializó programas de ordenador o programas de propiedad intelectual de la empresa NAI INC., sin contar con su autorización, esto si se tiene en cuenta que a varios clientes hizo entrega de diferentes números de licencias que no fueron*

*expedidas por NAI, o en otros casos suministraba licencias que ya habían sido asignadas a otros usuarios, siendo del caso puntualizar que si bien no se tuvo acceso a la base de datos de la empresa demandante, lo cierto es que fueron los propios clientes quienes ratificaron las anomalías advertidas, y fue debito a sus quejas ante la no expedición de licencias y falta de actualización, que se inició por parte de la multinacional el proceso que determinó que ciertamente estaba siendo víctima de defraudación a sus derechos por parte de Antivirus Colombia Ltda., luego, no hay lugar para restarle credibilidad a lo denunciado, más aún, cuando existe suficiente prueba documental y testimonial que lo ratifica.*

*En cuanto a la autoría, es pertinente resaltar que la conducta desplegada solo admite la modalidad dolosa, es decir, que el sujeto activo conocía que su comportamiento constituía un hecho contrario a la ley y sin embargo desplegó todos sus esfuerzos para lograr su comisión.*

*Lo anterior si se tiene en cuenta que Colmenares Briceño, es una persona con conocimientos y amplia experiencia en la producción, comercialización, distribución y alquiler de productos o servicios amparados por los derechos de autor, si se tiene en cuenta que además de ser un profesional en el campo de la ingeniería de sistemas, desde 1992 conformó la empresa Antivirus Ltda., por consiguiente sabía que para realizar este tipo de operaciones debía contar con el aval de la propietaria de los derechos intelectuales y patrimoniales de los productos y servicios que ofrecía.*

*Las exculpaciones presentadas por el acusado al aducir que su comportamiento fue legal se encuentra desvirtuada con las pruebas relacionadas en párrafos que preceden, pues se tiene como un hecho cierto que así se tenga establecido que era agente comercial de McAfee –NAI INC.- para Colombia, lo cierto es que para poder comercializar, distribuir, alquilar y vender sus productos debía existir una aprobación expresa para cada una de las negociaciones realizadas, es decir, por cada servicio prestado o vendido, era requisito la expedición de licencia y no como actuó en el*

<sup>13</sup> Fol. 30 ss c.o. 2

presente asunto, que dada su trayectoria y conocimiento en el proceso de instalación de software, optó por copias y reproducir los programas para suministrarlos a diferentes clientes a quienes en algunos casos les expidió un número de licencia que ya había sido asignado a otro cliente, o con licencias debidamente registradas que amparaba un número de equipos inferior a los adquiridos por los usuarios, como simplemente aseveraba que las licencias se encontraban en trámite y que posteriormente serían enviadas por la casa matriz en el término de algunos meses, cuando como quedó perfectamente demostrado en la actuación y que el inculpado tenía pleno conocimiento que dicho proceso no superaba más de ocho días.

Tampoco sirve como argumento defensivo el hecho de existir discrepancias con la firma demandante por adquirir el poder en el mercado y que ésta para sacarlo de competencia ideó todo tipo de artimañas para tal fin, pues de ser ello así, muy seguramente en procura de defender sus intereses y hacer valer sus derechos la firma Antivirus Colombia hubiera instaurado las correspondientes acciones judiciales o quejas ante la entidad y organismos competentes poniendo en evidencia las supuestas anomalías, mismas que brillan por su ausencia en la actuación procesal.

Por el contrario, es el propio Colmenares Briceño, quien da cuenta de su comportamiento desleal con la empresa que le brindó la oportunidad de comercializar sus productos en el territorio nacional, al poner de manifiesto que con la finalidad de no ser sacado del negocio, optó por importar el software en cajas multinodos, esto con la única finalidad de no adquirir el producto a su distribuidor mayorista y legalmente autorizado por NAI, como lo es la firma Nexys, rompiendo con ello la cadena de comercialización pactada.

Lo anterior máxime si se tiene en cuenta que las cajas multinodos, así hayan sido importadas legalmente, no podían ser comercializadas en Colombia, pues como quedó explicado y dilucidado en audiencia pública su uso y comercialización solo se

encontraba autorizado para los estados Unidos y Canadá.

De la misma manera, pese a que la empresa Antivirus Ltda., tenía otros socios y eran varias las personas que allí laboraban y que aduce la defensa fueron quienes realizaron los negocios objeto de controversia, son circunstancias que no exoneran de responsabilidad al procesado, quien en calidad de representante legal debe asumir las consecuencias derivadas del comportamiento de los empleados y operaciones que en la compañía se realizan, además, de sus descargos se establece que estaba completamente al tanto de todo lo que allí ocurría y fue él y no otra persona quien adoptó las determinaciones de comercializar software sin el aval de NAI Inc.

Otro aspecto que compromete la responsabilidad de Juan Manuel Colmenares, lo constituye el hecho de que pese a haberse presentado reclamaciones de diferentes empresas por la expedición de las licencias, no adelantó ni mostró el más mínimo interés para remediar la situación y por el contrario, optó por cerrar la compañía dejando en manos de la demandante la solución al conflicto y quien en últimas, reconociendo que los compradores obtuvieron sus productos de buena fe, no tuvo otra alternativa que expedir la autorización de licencias asumiendo por su propia cuenta sus costos.

En consecuencia se afirma que la conducta además de ser típica, es antijurídica y culpable a título de dolo al encontrarse reunidos los elementos que lo integran, como son, el conocimiento previo o concomitante a la ejecución de la ilicitud y la autodeterminación, esto es, la intención manifiesta e inequívoca del agente en su realización.

En el sub examine, está acreditado que el procesado se determinó, en forma libre y consciente para aprovechar su condición de distribuidor de productos McAfee, para una vez ganada la confianza de sus clientes y trayectoria en el mercado, lo que hacía presumir de la legalidad de los software, decidió cambiar las condiciones pactadas y proceder a copiar los programas, venderlos y alquilarlos sin las autorizaciones y licencias

previstas para tal fin, de esta manera percibió beneficio ilícito, en indiscutible detrimento del haber patrimonial del titular de los derechos de autor.

En estos términos, ninguna duda existe respecto a la objetividad de la conducta de Defraudación a los Derechos Patrimoniales de Autor atribuida en la resolución de acusación y es indubitable, también, el compromiso penal como autor y responsable que se adjudica a Juan Manuel Colmenares Briceño.

Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que para la época de los hechos el acusado se encontraba en capacidad absoluta de determinar su comportamiento y entender la ilicitud de su proceder, así como determinarse a partir de esa comprensión, sin que hayan existido circunstancias que hubieran enajenado su capacidad cognitiva y volitiva, aspectos que lo ubican dentro del campo de la imputabilidad y permiten reprocharle la conducta punible por la que juzga, mediante sanción penal.

### **PUNIBILIDAD**

El delito de defraudación a los derechos patrimoniales de autor sancionado en el artículo 271 del Código Penal, se sanciona con prisión de 2 a 5 años y multa de veinte (20) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para realizar la individualización punitiva se tendrán en cuenta principios como de prevención general y retribución justa y la existencia de circunstancias de mayor o menor punibilidad; por ende, adelantado el procedimiento previsto en los artículos 60 y 61 del Código Penal, la pena se impondrá dentro del cuarto mínimo que va de 24 a 33 meses de prisión, porque no existen atenuantes ni agravantes genéricos, empero, considerando la trascendencia de la conducta, en la medida en que el hecho fue cometido por una persona experta en el manejo de relaciones comerciales, que en tal medida irrespetó no sólo la legislación penal sino diferentes tratados internacionales sobre la protección a los derechos patrimoniales de autor, son aspectos que el Estado debe conjurar y recriminar con severidad; luego, para imponer

la pena privativa de la libertad no se tomará el extremo mínimo sino que, ponderada y razonadamente, se impartirá dentro del cuarto legal autorizado, veintiocho (28) meses de prisión y multa de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como pena principal a imponer a Juan Manuel Colmenares Briceño, como autor responsable del punible de Defraudación a los Derechos Patrimoniales de Autor.

Como pena accesoria se aplicará la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual a la pena principal de prisión.

### **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**

Es un principio del derecho penal, que todo hecho punible genera la obligación de reparar los daños que ocasione y en la sentencia a ello se le debe condenar a quien fuere encontrado penalmente responsable.

En el presente asunto no se encuentra determinada una cifra exacta de perjuicios ocasionados con el punible, sin embargo, obra demanda de constitución de parte civil en la que éstos se determinaron en Cuatrocientos Millones de Pesos (\$400.000.000), monto que el juzgado considera se ajusta a la realidad procesal y los tendrá en cuenta para condenar a Juan Manuel Colmenares Briceño por concepto de indemnización de perjuicios a favor de Network Associates Inc. en un término de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, monto que deberá ser actualizado a partir de la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación a la de verificación de su cancelación confirme al interés bancario causado en ese periodo.

### **MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA**

De conformidad con el artículo 63 de la ley 599 de 2000, se establecen dos requisitos para la concesión del beneficio de la condena de ejecución condicional, uno de carácter objetivo referido a que la pena de prisión impuesta no exceda 3 años y el otro de naturaleza subjetiva relacionado con los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado y que la

gravedad y modalidad de la conducta permita deducir el juzgador que no se requiere la internación.

La primera exigencia se satisface, pues se irrogó una pena de 28 meses y en cuanto a la segunda es preciso analizar principalmente las circunstancias personales, sociales y familiares del condenado, pues la naturaleza y gravedad del delito ya fue objeto de estudio en la individualización de la pena.

Al respecto considera el Despacho que pese al reproche legal, social y comercial que se atribuye al comportamiento, ninguna otra referencia desfavorece la actitud del procesado, además que la modalidad de la conducta no es de aquellas que ofrezcan riesgo o zozobra a la comunidad, ni existe evidencia que con posterioridad a los hechos investigados haya vuelto a incurrir en actos contrarios a la ley, lo cual permite deducir que no existe la necesidad de que la pena de prisión se ejecute materialmente en un establecimiento penitenciario, sino que el fin resocializador puede lograrse aún suspendiendo condicionalmente la ejecución de la condena, conforme a lo previsto en el artículo 63 del Código Penal, por lo cual este sustitutivo le será concedido a Juan Manuel Colmenares Briceño.

Se fijará en consecuencia, un período de prueba de 2 años, dentro de los cuales estará sometido al cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 65 del Código Penal que garantizará mediante caución prenda en cuantía de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, que deberá cancelar a nombre de este Despacho dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

En firme la sentencia se librarán las comunicaciones de ley y se remitirá el cuaderno de copias del expediente al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

En mérito de lo expuesto el suscrito funcionario adjunto al **Juzgado Catorce Penal del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**1º. CONDENAR a Juan Manuel Colmenares Briceño** identificado con cédula de ciudadanía # 79.155.639 de Bogotá y demás, de anotaciones civiles y personales conocidas en autos, **a la pena principal de veintiocho (28) meses de prisión y multa de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes**, como autor y penalmente responsable del punible de Defraudación a los Derechos Patrimoniales de Autor.

**2º. CONDENAR** al anteriormente mencionado a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio en derechos y funciones públicas por igual lapso al de la pena principal.

**3º. CONDENAR a Juan Manuel Colmenares Briceño** al pago de perjuicios a favor de Network Associates Inc., conforme a lo anotado en precedencia.

**4º. CONCEDER a Juan Manuel Colmenares Briceño**, la suspensión condicional de la ejecución de la pena en los términos y condiciones plasmados en el correspondiente acápite.

**5º. En firme** la presente decisión, librar las comunicaciones de ley y remitir la actuación a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para lo de su cargo.

**6º. CONTRA** la presente decisión procede el recurso de apelación.

Notifíquese y cúmplase

JOSE ORLANDO MONROY RAMÍREZ

JUEZ