

432
2g.

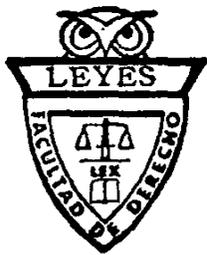


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO DOGMATICO DEL ARTICULO 424
FRACCION III DEL CODIGO PENAL VIGENTE

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ADRIANA LUNA LOZANO



MEXICO, D. F.



263088

1998.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

Cd. Universitaria, a 25 de mayo 1998.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E

LA C. ADRIANA LUNA LOZANO, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. CARLOS DAZA GOMEZ, su tesis profesional intitulada "ESTUDIO DOGMATICO DEL ART. 424 FRACCION III DEL CODIGO PENAL VIGENTE", con el objeto de obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

La alumna ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el art. 8 fracción V, del Reglamento de Seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO



DR. RAÚL CARRANCA Y RIVAS

Ciudad Universitaria a 13 de mayo de 1998.

C. DR. RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL
P R E S E N T E

Por éste conducto me permito dirigirme a usted, para comunicarle que la C. ADRIANA LUNA LOZANO, ha concluido la elaboración del trabajo de investigación denominado " ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 424 FRACCIÓN III DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE ", con número de cuenta 8700156-1, mismo que fue registrado en el seminario a su digno cargo y para lo cual fui designado asesor en la elaboración de dicha tesis.

Deseo manifestar que después de haber revisado el trabajo de referencia considero que el mismo reúne satisfactoriamente los requisitos que el reglamento exige para los de su tipo, por lo que me es grato enviarlo con mi voto aprobatorio solicitando que en el caso de no existir inconveniente, tenga a bien autorizar su impresión.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle mi más alta y distinguida consideración.

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"

DR. CARLOS DAZA GÓMEZ

El presente trabajo de tesis fue realizado bajo la dirección y apoyo del Maestro Carlos Juan Manuel Daza Gómez, siendo Director del Seminario de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, el Dr. Raúl Carrancá y Rivas

A Dios Nuestro Señor y a la
Santísima Virgen María, quienes
con su bendición me han permitido
salir adelante

A mi papá: Juan Luna García, con
cariño y respeto.

A todos mis hermanos con cariño:
Armando, Hortensia, Arturo,
Gerardo (in memoriam), Martha,
Juan Antonio (in memoriam),
Ricardo, Carlos, y con un especial
agradecimiento a mi hermana María
de los Angeles, por su apoyo
incondicional en todo lugar y en
todo momento.

A la Universidad Nacional
Autónoma de México, por haberme
brindado el ingreso a sus aulas y
concederme el privilegio de ser una
mujer profesionista.

INDICE

INTRODUCCIÓN

I

CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

I.- Evolución Legislativa en el Código Civil.	
1.1.- Código Civil de 1870	1
1.2.- Código Civil de 1884.	8
1.3.- Código Civil de 1928.	9
II.- Evolución Legislativa en la Ley Federal de Derechos de Autor.	
2.1.- Ley Federal de Derechos de Autor de 1947	13
2.2.- Ley Federal de Derechos de Autor de 1956.	17
2.2.1.- Reformas Substanciales a la Ley Federal sobre Derechos de Autor de 1963.	19
2.2.2.- Reformas a la Ley Federal de Derechos de Autor -- en 1982.	24
2.2.3.- Modificaciones a la misma Ley en julio de 1991	25
2.3.- Ley Federal de Derechos de Autor vigente.	28
2.3.1.- Objeto de la Ley.	29
2.3.2.- Extranjeros.	31
2.3.3.- Legislación supletoria.	31
2.3.4.- El Derecho de Autor.	31
2.3.5.- Contratos.	32
2.3.6.- Obras realizadas como consecuencia de una relación laboral.	32
2.3.7.- Inscripción en el registro.	33
2.3.8.- Obra futura	33
2.3.9.- Traductores.	33
2.3.10.-Voluntad de las partes.	33
2.3.11.-Las obras plásticas y gráficas.	33
2.3.12.-La obra cinematográfica y audiovisual	34
2.3.13.-Los programas de computación y las bases de datos.	34
2.3.14.-Los derechos conexos.	35
2.3.15.-Los editores de libros.	35
2.3.16.-Los productores de fonogramas.	36
2.3.17.-Los productores de videogramas.	36
2.3.18.-Los organismos de radiodifusión.	37
2.3.19.-Limitaciones a los derechos de autor y a los derechos conexos.	37
2.3.20.-Los derechos de autor sobre los simbolos patrios - y las expresiones de las culturas populares	38
2.3.21.-El Registro Público del Derecho de Autor (Artículo 162 de la Ley)	39

2.3.22.-La gestión colectiva de derechos.	39
2.3.23.-Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDA)	40
2.3.24.-Los procedimientos ante autoridades judiciales.	40
2.3.25.-Procedimientos de arbitraje y avenencia.	41
III.- Evolución legislativa en el Código Penal.	42
3.1.- Código Penal de 1931	44
3.1.1.- Reformas de 1996.	44

CAPITULO II: CONCEPTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

2.1.- Confusión en su terminología.	47
2.2.- Discusiones en la Doctrina:	51
a) Teoría sobre el fundamento de los derechos de autor.	51
b) Teorías sobre su naturaleza jurídica:	53
1) Teoría de la Propiedad.	53
2) Teoría del Derecho de Personalidad	58
3) Teoría del Monopolio de Explotación.	61
4) Teoría del Derecho de la Propiedad Intelectual o inmaterial.	62
5) Teoría que Considera al Derecho de Autor <i>Sui-Generis</i> .	65

CAPITULO III: ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 424, FRACCIÓN III DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE.

3. .- Teoría general del delito.	68
3.1.- Tipicidad.	70
3.2.- Atipicidad.	76
3.3.- Error de tipo.	78
3.4.- Antijuricidad.	79
3.5.- Causas de Justificación.	80
3.6.- Culpabilidad	85
3.6.1.- Imputabilidad	91
3.6.2.- Inimputabilidad.	93
3.6.3.- Conocimiento de la antijuricidad.	94
3.6.4.- Error de prohibición	95
3.6.5.- Exigibilidad.	96
3.6.6.- No exigibilidad de otra conducta	96

CAPITULO IV: DERECHO COMPARADO.

4.1.- Código Penal de Colombia	98
4.2.- Código Penal de Perú	101
4.3.- Código Penal de Argentina.	107
4.4.- Jurisprudencia.	116
CONCLUSIONES.	119
BIBLIOGRAFÍA.	121

INTRODUCCION.

El propósito de este trabajo es presentar de manera clara y ordenada la doctrina relativa a los Derechos de los Autores, desde un punto de vista del *Derecho Penal*, a través de un estudio dogmático de las violaciones al artículo 424, fracción III, del Código Penal vigente.

Asimismo obtener una visión panorámica de la historia, enfocada a su evolución legislativa del derecho de autor. Por lo cual se informará de las sanciones o penas establecidas por dichas leyes contra los transgresores de los derechos autorales

En muchas ocasiones, el artista, el compositor y el escritor realizan su labor en virtud de un poderoso impulso interno que los lleva a *objetivizar sus percepciones* o sus ideas en una melodía, en un lienzo, en un libro y en cualquier otro medio susceptible del mismo y que, fascinados antes sus creaciones, se desinteresan de los beneficios materiales que ellos les pueda redituár, también es cierto que la sociedad tiene el deber de crear el ambiente más propicio para las creaciones del espíritu humano.

Por otra parte la educación, la ciencia y la cultura son condiciones insustituibles para el bienestar de las personas y progreso de los pueblos. Cada día es mayor la conciencia de que *el desarrollo de un país y el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas, están fuertemente ligadas a la posesión de una educación satisfactoria, al avance de la ciencia y a la distribución equitativa de la cultura, es decir, no se pueden aprovechar y utilizar los recursos sin personal técnico y profesional capacitado, es por ello que la tutela de los derechos de autor a través de los cuales obtenemos información cultural debe protegerse, pero además debe imponerse sanciones de carácter penal, para darle fuerza a la ley, garantizar y disminuir sus frecuentes violaciones e impulsar el desarrollo de las ciencias y las artes, tanto en el campo nacional e internacional.*

La producción intelectual es tan importante o más que la producción material en el proceso de la construcción de un país por la razón de que aquélla es la base o fundamento de ésta.

CAPITULO I

Antecedentes históricos de los derechos de autor.

I.- Evolución legislativa en el Código Civil.

1.1.- Código Civil de 1870.

La actividad intelectual y artística ha existido durante siglos gracias al pensamiento, con su *inteligencia creadora*, tal es el caso de las obras arquitectónicas, dibujos, pinturas, cerámicas; por lo cual se tiene información del mundo antiguo

Así mismo, por tal trascendencia en el mundo y específicamente en México *anteriormente*, para que los escritores conservaren la propiedad de sus obras, se observó la real orden de 20 de octubre de 1764, que con posterioridad fue sustituida por el decreto de las cortes Españolas el 10 de junio de 1813, donde se declaraban las reglas para conservar a los escritores la propiedad de sus obras, por el que solamente el autor o quien tiene su permiso puede imprimir los escritos durante su vida de aquél. Muerto el autor, pasa a sus herederos el derecho en los términos y por el tiempo que allí se expresa, pues también trata esta Ley de que la ilustración no se perjudique, quedando las producciones intelectuales en el olvido. Este decreto a su vez fue remplazado por el de 1846, derogándolo el título octavo, Capítulo I denominado del trabajo del libro II del Código Civil de 1870, el primer ordenamiento que se atreve a afirmar que la propiedad *literaria es un derecho real* y forma parte del patrimonio del autor, considerada como propiedad común.

Por esta razón, analizaremos y comentaremos el Código Civil y su evolución de los *derechos de autor* a partir del mismo y hasta su ultima ley vigente que regula esta materia.

Es por ello importante hacer un estudio de la evolución Histórica-Legislativa de los *derechos de autor* *empezaremos* con su fundamentación en la Constitución.

"La Constitución de 1824 es la primera Constitución Mexicana que adopta el sistema Federal inspirado en la Constitución Norteamericana, en su Título III, Sección *Quinta*, el Poder Legislativo establece como facultades exclusivas del Congreso General

son las siguientes: 1.- Promover la ilustración asegurando por tiempo limitado derechos exclusivos a los autores por sus respectivas obras..."¹

"Las Leyes Constitucionales promulgadas el 30 de diciembre de 1836 por el Presidente interino de la República Mexicana José Justo Corro, instituían en la primera los derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República:.

2.- Son derechos del mexicano: VII. Poder imprimir y circular sin necesidad de previa censura, sus ideas políticas".²

Sólo se protegía la libertad de publicación y circulación limitada a ideas políticas, pero no así al autor.

"La Constitución de 1857 reconoció en su artículo 7o. la libertad de prensa sin previa censura. Entre las facultades del Congreso, artículo 72, fracción XXVI, estaba la de conceder premios o recompensas por servicios eminentemente prestados a la patria o a la humanidad y privilegios por tiempo limitado a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora"³. Sin embargo, no establece nada referente al autor.

El 8 de diciembre de 1870 se promulga el primer Código Civil para el Distrito Federal México no contaba aún en materia civil con una base jurídica definida, propiciando un caos desde nuestra independencia hasta 1870, por la diversidad de las Leyes y la dificultad en el acceso a ellas, lo que originó una gran incertidumbre. Cabe señalar que en este Código se recogen varios de los postulados del liberalismo aunque no todos llevados a sus últimas consecuencias.

Antes de abordar el estudio del Código es menester citar sus fuentes, desde luego el Proyecto de Sierra, pero este a su vez había tomado por base principios del Derecho Romano, la antigua legislación española, el Código de Cerdeña llamado Albertino, los de Austria, Portugal, el Proyecto de 1851 de Don Florencio García Goyena y como fondo rector de todos estos el Código de Napoleón.

En su libro II, Título octavo llamado del Trabajo, se ocupa principalmente de la propiedad literaria, propiedad dramática, propiedad artística, reglas para declarar la falsificación, penas de falsificación y disposiciones generales.

1.- Loredó Hill, Adolfo. Derecho Autoral. México : Porrúa. 1982. p. 16.

2.- Idem.

3.- Ibid. p. 17.

Rojina Villegas considera al: "Código Civil de 1870 como el primero que se atrevió a afirmar que los derechos de autor constituían una propiedad idéntica en todo a la propiedad sobre los bienes corporales; y fué el único que llegó a reglamentar estos derechos como propiedad y que consideró que eran perpetuos con excepción de la propiedad dramática que si era temporal"⁴.

En su exposición de motivos del Código de 1870 se sostuvieron dos argumentos contra la perpetuidad del derecho.

"El primero consiste en que si bien en el pensamiento del hombre es exclusivamente suyo, como resultado de la facultad moral que debe a la naturaleza; luego que se emite, pertenece a la sociedad, que no debe aceptar esa especie del monopolio. Y ha llegado la metafísica hasta el extremo de asegurarse; que la idea es de ninguno, y que el que la pone en práctica, no hace mas que edificar en terreno común Dejando aparte de la exageración de este raciocinio, consideramos solo su fundamento.

Es verdad que luego que una idea es emitida, pertenece al público, pero de aquí no puede inferirse que la obra en que se emitió deba ser también de dominio común. El autor una vez publicada su idea no tiene derecho alguno sobre ella; pero como el pensamiento es invisible necesita ser representado por una cosa material; y en ésta, que es la obra si tiene el autor perfecto derecho, ningún autor puede dejarse de que otro defienda o impugne su idea, pero si puede hacerlo de que otro se apodere de la forma material de que aquella se revistió al ser presentada a la sociedad [por otra parte] Al publicarse una obra se celebra un contrato tácito entre él autor y los compradores; éstos adquieren el incuestionable derecho de emplear el pensamiento del autor, modificarlo y aprovecharlo en su beneficio y en el de los demás, pero el autor también adquiere el de aprovecharse, como dice la Constitución, del producto de su trabajo No es la idea la que se vende; esto es el fruto del pensamiento, el resultado del trabajo, la expresión material del uno y del otro

Y puede ser justo limitar arbitrariamente ese producto, cuando no se sujetan a ellas los de la tierra, que el hombre posee y cultiva, sin poner en ellos una parte de si mismos, el trabajo que el labrador consagra, el cultivo de una sementera es puramente material, y los frutos reciben su jugo de la misma tierra.

⁴.- Rojina Villegas. Rafael. Derecho Civil Mexicano. México : Porrúa, 1981. v. II. p. 551.

El trabajo de un sabio, de un artista, es moral: y la savia que fecunda las obras literarias y artísticas, es nada menos que una parte de la vida misma de sus autores, cuya salud se destruye casi siempre por los afanes y disgustos que son inseparables compañeros de las tareas intelectuales.

El segundo argumento se pone precisamente para combatir la perpetuidad, fundándose en las razones que acaban de expresarse. Es justo retribuir al autor, pero también lo es considerar el interés público. el primero disfruta de la propiedad durante su vida y sus herederos durante 50 años pero pasado ese tiempo debe ser libre la reproducción de las obras en bien de la civilización del género humano

En efecto el autor queda retribuido disfrutando la propiedad durante su vida; ¿Qué diferencia puede justamente establecerse entre una casa y un libro, un mueble y una pintura, para autorizar la perpetuidad en unos objetos y no en los otros?.

La sociedad se interesa en la reproducción de las obras útiles; luego que de aquí deba inferirse, no es la limitación de la propiedad, sino la combinación de ésta con el interés social. El argumento queda reducido al único caso de que el propietario se niegue a reproducir la obra, lo cual en verdad es casi imposible.

Pues bien este mal tiene fácil remedio, la propiedad conforme a la Constitución, puede ser ocupada por causa de utilidad pública, y como la literaria, y la artística quedan por el proyecto equiparadas a la común, pueden ser ocupadas en el caso supuesto, como expresamente se prevé en el artículo 1381. En consecuencia no se sigue perjuicio alguno a la ilustración, y si se evita el abuso de que algunos se hagan ricos con el trabajo ajeno"⁵.

Así mismo, se reconoce el derecho exclusivo de publicación y reproducción tantas veces lo juzgue necesario el propietario, siempre y cuando atienda lo dispuesto por la Ley que arregle el ejercicio de la libertad de imprenta

"Reglamento de la libertad de imprenta (3 de diciembre de 1846). Este reglamento es el primer conjunto de normas sobre los derechos de autor, fué promulgado por José Mariano de Salas a nombre del presidente Don Mariano Paredes y Arrillaga"⁶

⁵ - Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California. Tip. De J. M. Aguilar núm 5 México, 1972.

⁶.- Herrera Meza, Humberto Javier. Iniciación a los Derechos de Autor. España . Grupo Noriega, 1992. p. 29.

En el se contempla la propiedad y no así un *derecho de autor*, la *publicación de la obra es exclusiva del propietario durante la vida del mismo y 30 años después de su muerte para sus herederos*, llama a la violación de tal derecho como "falsificación". No hace referencia a ninguna diferencia sobre nacionales y extranjeros.

El artículo 1250 establece "los alegatos y discursos pronunciados en las asambleas políticas..." se permite su publicación, porque son de *utilidad pública* y casi siempre de urgente necesidad.

Con lo referente a las cartas particulares sólo podrán ser publicadas para la prueba o defensa de un derecho.

El editor de una obra póstuma, cuyo autor sea conocido, tendrá la propiedad por treinta años

El artículo 1262 concede la propiedad a las academias y demás establecimientos científicos durante veinticinco años, pareciendo muy conveniente tal disposición para la mejor difusión de las obras útiles para la enseñanza y la formación de bibliotecas.

Respecto de los periódicos políticos se previene que las inserciones se hagan citando al periódico de donde se tomo. Se exige el consentimiento del autor para la publicación de un extracto o compendio de su obra.

En cuanto al editor de una obra por convenio sus derechos serán fijados por este, cuando la obra se encuentre en el dominio público el editor tendrá la propiedad el tiempo que tarde en publicar su edición y un año más. El Capítulo tercero del Código trata de la propiedad dramática los autores de esta además del derecho exclusivo respecto de las publicaciones y reproducciones de sus obras lo tiene también exclusivo de la representación, el autor disfruta de este derecho durante su vida y sus herederos por treinta años.

Los demás artículos de este Capítulo contienen las disposiciones que han parecido más oportunas para asegurar los derechos de los autores. El Capítulo Cuarto trata de la propiedad artística, no requiere de notable explicación por que son consecuencias de los principios establecidos en los Capítulos anteriores.

El Capítulo quinto que en realidad es lo que nos interesa resaltar, reglas para declarar la falsificación de las obras.

Artículo 1316 establece hay falsificación cuando falta el consentimiento del legítimo propietario:

1o. Para publicar las obras, discursos, lecciones y artículos originales comprendidos en el Capítulo II de este título.

2o. Para publicar traducciones de dichas obras.

3o. Para representar las gramáticas y ejecutar musicales.

4o. Para publicar y reproducir las artísticas, sea por igual o por distinto procedimiento del que se empleó en la obra original.

5o. Para omitir el nombre del autor o del traductor.

6o. Para cambiar el título de la obra y suprimir o vaciar cualquier parte de ella.

7o. Para publicar mayor número de ejemplares que el conveniente artículo 1363

8o. Para reproducir una obra de arquitectura para lo cual sea necesario entrar en las casa particulares.

9o. Para publicar y ejecutar una pieza de música formada de extractos de otras

10o. Para arreglar una composición musical para instrumentos aislados, también se considera falsificación la publicación, reproducción o representación de obras con infracción. El anuncio de una obra dramática o musical, el comercio de obras falsificadas, ya fuera dentro de la República o en cualquier otra parte, la publicación de una obra contra lo establecido por la Ley de Imprenta.

No se consideraba falsificación cuando no se obtenía un lucro o beneficio económico, y aun cuando se obtengan se destinaren esos productos a la beneficencia.

Capítulo Sexto de las penas de falsificación:

El que infringe cualquiera de las disposiciones de las ya mencionadas perderá cuantos ejemplares existan en favor del autor, debiendo pagar el precio de los que faltaban para completar la edición. Si el propietario no quería recibir los ejemplares, el falsificador los pagará con dinero.

Si no se conocía el número de ejemplares de la edición falsificada, el responsable pagaba el valor de mil, además de los aprehendidos, las planchas, moldes y matrices que servían para la falsificación de las obras se destruían para evitar que continuaran con el fraude, no se contemplaban los caracteres de la imprenta.

El que representaba obras dramáticas o ejecutaba composiciones musicales pagaba al propietario el producto total de las representaciones o ejecuciones.

La autoridad política respectiva era competente para mandar suspender la ejecución de una obra dramática, secuestrar los productos, embargar la obra y dictar otras providencias y con independencia de lo previsto en este Capítulo, el falsificador será castigado en los términos que prevenga el Código Penal para el delito de fraude.

El Capítulo siete comprendido bajo el rubro de disposiciones generales, que contiene todas las reglas conducentes ya a la declaración de propiedad tales como el autor deberá ocurrir al Ministerio de Instrucción Pública para que se le reconozca su derecho, de todo libro impreso el autor presentaba dos ejemplares de obra musical, grabado litografía se presentaba un solo ejemplar de dibujo, diseño o plano con expresión de las dimensiones, de los ejemplares de libros impresos, uno se depositaba en la Biblioteca Nacional y el otro en el Archivo Nacional.

El ejemplar de las obras de música se depositaba en la Sociedad Filarmónica, los de *arquitectura*, litografía y pintura se remiten a la Escuela de Bellas Artes, y en todas estas instituciones se llevaba un registro donde se asentaban las obras recibidas, las que eran publicadas mensualmente en el Diario Oficial de la Federación. Ello inducía a la *presunción de propiedad*.

En los contratos se debía fijar el número de tiraje para la publicación, de lo contrario no se podía demandar la falsificación, todos los autores, traductores, editores debían poner su nombre, la fecha de publicación y las condiciones y advertencias legales que creían convenientes en las portadas de los libros o composiciones musicales, al calce de las estampas o parte visible de las demás obras artísticas, sin ello no se podían ejercer los derechos de la obra.

Las obras que publica el Gobierno, entraban al dominio público 10 años después de su publicación, la dramática a los 4 años a partir de la primera representación, la propiedad literaria, dramática y artística estaban consideradas como muebles y podían ser objeto de causa de utilidad pública, no se protegían a las obras prohibidas o retiradas por sentencia judicial.

Sí un mexicano o extranjero reside en la República y publica una obra fuera de ella gozaba de la propiedad siempre que cumpliera con el registro.

La Comisión Redactora contempló estas disposiciones reglamentarias del artículo cuarto de la Constitución de 1857 y propuso que fueran de carácter federal.

1.2.- Código Civil de 1884.

Trece años después de haber sido promulgado el Código de 1870, se expidió uno nuevo: el Código Civil de 1884. Pocos cambios se introdujeron con relación a su antecesor, siguiendo los mismos lineamientos, introduciendo pequeñas modificaciones al Capítulo VII llamado disposiciones generales que a continuación señalaremos.

Reconoce además del autor al traductor y editor para ocurrir al Ministerio de Instrucción Pública para adquirir la propiedad

De toda obra de música, de grabado, litografía y otras semejantes el autor debía presentar dos ejemplares. Los ejemplares de las obras de música se depositaban uno en el Conservatorio Nacional de Música y el otro en el Archivo General.

En el Ministerio de Instrucción Pública se llevaba un registro donde se asisten las obras que se reciben, el cual era publicado cada tres meses en el Diario Oficial de la Federación

Todos los autores, traductores y editores debían poner su nombre, la fecha de publicación, la advertencia de gozar de la propiedad por haber hecho el depósito de ejemplares y las demás condiciones o advertencias legales que crean convenientes en las portadas de los libros o composiciones musicales, al calce de las estampas y en la base u otra parte visible de las demás obras artísticas.

Cuando el autor, traductor o editor de una obra que hubiere estado en el dominio público, falleciera sin haber asegurado su propiedad, no podrán asegurarla sus herederos

Los autores, traductores y editores pueden fijar a la propiedad de sus obras un término menor que el señalado por la Ley, en este caso sólo gozarán de la propiedad durante el plazo que hubieren fijado, y fenecido, la obra entrará al dominio público.

Tanto en el Código Civil de 1870, como en el de 1884 la propiedad intelectual igual se estima como mueble, es decir como propiedad común.

1.3.- Código Civil de 1928.

El legislador de 1928 consiguió en muy buena parte adaptar la Ley Civil a las disposiciones Constitucionales, a las necesidades y costumbres de la época, y a las condiciones del país, siguiendo las directrices de las tendencias modernas y dictando para México un Código muy avanzado.

La Constitución de 1917, inspiración de Don Venustiano Carranza y realización de la Asamblea de Queretaro, establece en su artículo 28: "En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni excepción de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un sólo banco que controlará el Gobierno Federal y los **privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras...**"⁷

Por disposición Constitucional se concede privilegio, entendiéndose como facultad que tiene el autor para el uso y explotación exclusivo de publicación por tiempo limitado de sus obras y *no así un monopolio de los artistas*

"Los Constituyentes estuvieron muy preocupados por salvaguardar la libertad de expresión y la libertad de prensa tan amordazadas en el periodo porfirista, pero no lograron superar la influencia de una época ya terminada, la de los "privilegios" concedidos por reyes, según Quintana Miranda, se dejó subsistir un sistema obsoleto y contrario, en su fundamento esencial, al principio de que todos los poderes y facultades radican en el pueblo"⁸

Siendo Presidente Constitucional de la República Plutarco Elias Calles se expidió el Código Civil de 1928, en su título octavo del libro II contenía lo relativo a los Derechos de Autor en tres capítulos.

⁷.- Lorcdo Hill, op. cit. p. 26

⁸.- Herrera Mcza, op. cit. p. 30.

"El anteproyecto del libro segundo del Código Civil concluye modificando la legislación vigente sobre propiedad intelectual, pues no considera a ésta como un derecho perpetuo, sino como privilegio limitado, de acuerdo con la tesis que establece el artículo 28 de nuestra Constitución Política, se creyó justo que el autor o el inventor *gocen de los productos que resulten de su obra o de su invento*; pero no que transmitan esa propiedad a sus más remotos herederos, tanto porque la sociedad está interesada en que las obras o inventos de positiva utilidad entren al dominio público, como también porque en tales obras e inventos se ha aprovechado la experiencia de la humanidad y los conocimientos de nuestros antecesores, por lo que no puede sostenerse que sean obra exclusiva del autor o del inventor"⁹.

Cabe mencionar que la designación de propiedad intelectual cambia por la de "derecho de autor" en el Código aducido sin embargo, se le sigue considerando como bien mueble como así lo establece el artículo 758 del Código Civil en comento que a la letra señala en su parte conducente:

Artículo 758 "Los derechos de autor se consideran bienes muebles. y lo interpretan como derechos de autor, como los del inventor, mismos que forman parte de los derechos de la personalidad, que en fórmula muy precisa son aquellos que conceden un poder a las personas, para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades. Por lo tanto, esos derechos no se ejercen sobre un bien inmueble sino sobre una obra de creación intelectual, artística o científica (que puede estar en un bien corpóreo) ni tiene por otra parte según la doctrina moderna los caracteres del derecho de propiedad.

Los autores de obras científicas que cubrían los requisitos, gozaban por 50 años del privilegio exclusivo de publicarlas, traducirlas y reproducirlas.

Tenían derecho exclusivo por 30 años a la publicación y reproducción los autores de obras literarias, los autores de cartas geográficas, topográficas, arquitectónicas, los dibujantes, grabadores, pintores, litógrafos y fotógrafos, los escultores, los calígrafos, músicos y, en general los autores de obras artísticas.

Tenían derecho exclusivo de usar el título o cabeza de un periódico por todo el tiempo de su publicación, los que hubieran hecho el depósito, si se suspende la publicación por más de 6 meses se pierde el privilegio. Las agencias de notificaciones tenían la exclusividad por 3 días.

⁹- Código Civil para el Distrito Federal. 53 ed. Porrúa: México. 1984.

Los autores de obras destinadas al teatro o de composición musical tenían derecho exclusivo por 20 años para la representación.

Para obtener los derechos de la obra era necesario su registro dentro del plazo de 3 años de lo contrario o pasado este término caía en el dominio público.

Cuando el autor moría, los derechos pasaban a sus herederos por el tiempo que faltara para que concluyera el término que debía dar el privilegio, el autor y sus herederos podían enajenar los derechos.

Si el autor no hizo la reserva de traducción o si la otorgó, el traductor tenía todos los derechos del autor, respecto de su traducción, más no podía impedir que hubiera otras traducciones, a no ser que el autor le hubiere conferido esa facultad.

Era necesario el permiso del autor para hacer un extracto o compendio, pero si se proporcionaba una utilidad general, el gobierno lo podía autorizar, y se indemnizaba el autor desde un 15 hasta un 30 por ciento de los productos líquidos del compendio, en cuantas ediciones se hicieren.

El editor tenía un año más después del tiempo que tardaré en publicarlo, el poseedor de un código tenía la propiedad de la edición durante 30 años, siempre y cuando fuera la primera edición.

Si transcurrido un año después del contrato que se hubiere firmado, sin que haya sido editada la obra podía ser retirada si no se fijo tiempo determinado.

La cesión de derecho de publicar una obra literaria, dramática o musical, no incluía el derecho de representarla con algún lucro.

La propiedad de las composiciones musicales comprendía el derecho exclusivo del autor para celebrar convenios sobre los motivos o temas de la obra original, a falta de convenio el autor de un arreglo musical debía reconocer una participación de un 30 por ciento al que lo fuere de los originales.

Los autores extranjeros gozaban en la República de los derechos de autor que les concedían los tratados celebrados por México con los gobiernos de las naciones a que pertenecían, a falta de estos gozaban de iguales derechos que los nacionales siempre que existiera reciprocidad internacional por parte de su país con México

Los derechos exclusivos de autor, traductor o editor se concedían por el Ejecutivo Federal mediante solicitud hecha a la Secretaría de Educación Pública, acompañándola de los requisitos que exigía el Reglamento correspondiente, la Secretaría llevaba un registro de las obras y se publicaban cada 3 meses en el Distrito Federal, esto hacía una presunción de derechos de autor.

En los contratos que se celebran para la publicación de la obra, se fijaba el número de ejemplares que debía tirarse, de lo contrario no se podía demandar la falsificación por esta causa, asimismo debía poner todos los autores, traductores y editores en lugar visible la fecha de la publicación, la advertencia de que gozaban del privilegio por haber hecho el depósito, a falta de esto, no se podían ejercer los derechos que se le concedía.

Había falsificación cuando faltaba el consentimiento del que obtuvo el privilegio,

1.- Para publicar, traducir, reproducir, representar, ejecutar o imprimir: discos o rollos para piano, sus obras o parte de las mismas.

2.- Para omitir el nombre del autor o traductor.

3.- Para cambiar el título de la obra y suprimir o variar cualquier parte de ella.

4.- Para publicar mayor número de ejemplares que el convenio

5.- Para publicar y ejecutar una pieza de música formada de extractos de otras

6.- Para hacer arreglos de una composición musical.

7.- Para adaptar trucos escénicos originales empleados en obras que hayan obtenido el privilegio de Ley.

8.- Para representar partes aisladas, escenas o canciones ya registradas o para las que hayan obtenido el privilegio respectivo.

Existe también falsificación cuando, sin haber adquirido el derecho al privilegio, se ponía alguna frase que inducía a error de haber llenado el requisito del registro.

El comercio de obras falsificadas.

Las disposiciones del Código Civil eran consideradas de carácter Federal y reglamentarias de la Constitución de 1917, en sus artículos 4to y 28 del propio ordenamiento.

II.- Evolución legislativa en la Ley Federal de los Derechos de Autor.

Las producciones de obras literarias, científicas y artísticas y el perfeccionamiento de la técnica o manufactura (instrumento difusor de las obras), que condujo a una gran variedad de problemas que no le fue posible resolver satisfactoriamente al Código Civil de 1928, asimismo, el imperioso deseo de fomentar y facilitar el intercambio cultural entre las naciones, y el afanoso anhelo por una verdadera protección a los derechos de autor, hizo necesario la expedición de una nueva Ley autónoma e independiente del Código Civil llamada Ley Federal de los Derechos de Autor.

2.2.- Ley Federal de los Derechos de Autor de 1947.

"A fines de 1945, Jaime Torres Bodet propuso que los derechos de autor fuesen de competencia Federal. México había suscrito la Convención Interamericana sobre el derecho de autor, celebrada en Washington en junio de 1946 y la necesidad de ajustar nuestra Ley a los términos de dicha Convención condujo a que México emitiera en 1947 la primera Ley Federal sobre derechos de autor, que reproduce el contenido del Código Civil de 1928 con algunas novedades referentes al contrato de edición"¹⁰

En su exposición de motivos el legislador consideró lo siguiente "Entre las manifestaciones que ha tenido el desenvolvimiento de México en los últimos años, hay dos especialmente importantes y satisfactorios a saber: por una parte el desarrollo de la cultura ha permitido una basta producción de obras literarias, científicas y artísticas, y por la otra se han acrecentado y perfeccionado una serie de industrias, destinadas a difundir esas obras, como son principalmente, las artes gráficas, la radiofonía, la cinematografía y la fonografía"¹¹

Dada la naturaleza misma del desarrollo de la sociedad en su aspecto cultura y la necesidad de reproducir o publicar dichas obras, traen consigo una serie de problemas entre el autor y el usuario que motiva a la creación de una Ley que asegure mejores condiciones de protección a los autores y una amplia difusión de la cultura para el engrandecimiento de México.

¹⁰.- Herrera Meza, op. cit. p. 32.

¹¹.- Nuevo Código Civil Distrito Federal. 9a ed. México : Información Aduanera, 1948.

Así mismo se expidió el 31 de diciembre de 1947 la Ley Federal sobre Derechos de Autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1948, siendo entonces Presidente de la República Miguel Alemán Valdés.

Dicha Ley comprende seis capítulos denominados respectivamente:

- I.- Del Derecho de Autor;
- II.- De la edición y otros modos de reproducción;
- III.- De las sociedades de autores;
- IV.- Del departamento del derecho de autor y del registro;
- V.- De las sanciones y,
- VI.- De los tribunales y procedimientos.

Esta Ley contenía 134 artículos y 5 transitorios. Solo estudiaremos el quinto capítulo que es propiamente nuestro estudio.

De acuerdo con el artículo 113 de la Ley citada, se impondrá multa de 50 a 1000 pesos, y prisión de seis meses a seis años.

I.- Al que use por cualquiera de los medios señalados en el artículo 1o., en todo o en parte, de una obra literaria, didáctica, científica o artística protegida por esta Ley, sin autorización del titular del derecho de autor. El artículo 1o. que establece dicho precepto se refiere a los medios que pudieran utilizarse como son:

- a) Publicarla, ya sea mediante la impresión o en cualquier otra forma;
- b) Representarla, recitarla, exponerla o ejecutarla públicamente con fines de lucro;
- c) Reproducirla, adaptarla o presentarla por medio de la cinematografía.
- d) Adaptarla y autorizar adaptaciones generales o especiales a instrumentos que sirvan para reproducirla mecánicamente o eléctricamente, o ejecutarla en público por medio de dicho instrumento.
- e) Difundirla por medio de la fonografía, telegrafía, televisión, radiodifusión, o por cualquier medio actualmente conocido o que se invente en lo sucesivo y que sirva para la producción de los signos, sonidos o las imágenes.
- f) Traducirla, transportarla, arreglarla, dramatizarla, adaptarla y en general, transformarla de cualquier otra manera;
- g) Reproducir la en cualquier forma total o parcialmente.

II.- Al que publique una obra sustituyendo el nombre del autor por otro nombre, a no ser que se trate de seudónimo autorizado por el mismo autor;

III.- Al que publique obras comprendidas, adaptadas o modificadas de alguna otra manera sin mencionar estas circunstancias y su finalidad.

IV.- Al que dolosamente emplee en una obra científica, didáctica, literaria o artística un título que ocasione confusiones con otra obra protegida;

V.- Al que use el título o encabezado de un periódico, revista, noticiero cinematográfico, programa de radio y de toda publicación o difusión periódica o que use las características gráficas originales que sean distintivas de una obra o colección de obras, sin autorización de quien hubiere obtenido la reserva para uso;

VI.- Al que publique una obra protegida por el derecho de editor o reproductor que ampara el artículo 26 de esta Ley, sin el consentimiento del titular del derecho.

No se aplicará la pena que establece el artículo anterior, fracción I a quienes sin tener el consentimiento del titular del derecho de autor ejecuten, representen o difundan para el público obras musicales, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas cuando cubran los derechos que se causen por representación o ejecución. En caso de no ser pagados oportunamente, el usuario deberá cubrir el doble de ellos

Se aplicará de 5 años a 2 años de prisión y multa de 20 a 500 pesos al que dolosamente comercie con obras cuya publicación sea contraria al derecho de autor. (art 115).

Se aplicará multa de 5 a 500 pesos o prisión de dos meses a 5 años o ambas penas según la gravedad de la violación:

I.- Al que publique antes que el Estado o sin autorización, las obras hechas en el servicio oficial,

II.- Al que publique documentos de los archivos oficiales sin permiso de la autoridad de la que dependa a no ser que hayan sido publicados con anterioridad (art 116).

Se aplicará la pena de prisión hasta de un año o multa de 50 a 1000 pesos, ó ambas sanciones a juicio del juez, a quien no estando autorizado para publicar una obra lo hiciera;

I - Sin mencionar en los ejemplares de ella el nombre del autor, del traductor, compilador o adaptador, sin haber obtenido el consentimiento de éstos, para hacer la supresión;

II.- Con menoscabo de la reputación del autor como tal, y en su caso del traductor, compilador o adaptador, si éstos no hubieren aceptado expresa o tácitamente la manera de hacer las adaptaciones, mutilaciones, exhibiciones o modificaciones que se hubieren hecho a la obra. (art. 117).

Se aplicará multa de 5 a 500 pesos ó prisión de dos meses a un año, a quien dé a conocer a persona extraña una obra no publicada que haya recibido del titular del derecho, o por alguien en su nombre, sin consentimiento de dicho titular. (art. 118)

Se castigará con prisión de tres días a seis meses o multa de diez a mil pesos, ó ambas sanciones a juicio del juez, al que, fuera de los casos autorizados de la Ley, publique, exhiba o ponga en el comercio el retrato de una persona. (art. 119).

Establecía la jurisdicción concurrente, en cuanto a competencias, esto es, los Tribunales Federales conocen las controversias que se suscitaban por esta Ley, pero cuando solo afecten intereses particulares podían conocer a elección del autor los Tribunales del orden común, sin embargo tratándose de delitos previstos y sancionados por esta Ley eran competencia de los Tribunales Federales.

Por lo que se refiere a los delitos y sanciones que estableció la Ley Federal sobre Derecho de Autor el espíritu del legislador fué el siguiente: "apegándose el proyecto a las normas generales del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, sancionó los diversos delitos sobre la materia con las mismas penas que para delitos similares establece aquel Código. Así la falsificación de obra se castigaba de la misma manera prevista en el Código actual con las que corresponden al fraude, la publicación de obras hechas en servicios oficiales o de documentos de los archivos oficiales, sin permiso del Estado se sanciona con las penas que el mismo Código señala para la revelación de secretos; La violación al derecho moral se sanciona con la pena correspondiente con el delito de injuria, pero aumentada en el importe de la multa, dada la calidad económica de quienes están en condiciones de cometer este delito; Para la revelación indebida de las obras no publicadas se asignó la pena correspondiente a la revelación simple de secretos, aumentando el máximo de la multa por los mismos motivos; La publicación indebida del retrato de una persona se castigaba también con el delito de injuria, y el comercio de

obras falsificadas se castiga como delito de encubrimiento, sin obstáculo de la pena que corresponde al infractor en caso de haber sido cómplice de la falsificación"¹².

Crean nuevos tipos delictivos considerando la analogía la mejor opción para solucionar las frecuentes violaciones al derecho de autor.

En consecuencia considera Loredo Hill que este ordenamiento fué criticado por carecer de metodología, falta de claridad en su articulado, confusión en su redacción gramatical, conceptos jurídicos impropriadamente manejados y omisión del derecho de los interpretes"¹³ y más aun por considerar erróneamente la imposición de penas o sanciones aplicables a inexactos y confusos tipos penales equiparándolos con otros que a todas luces desprenden otra naturaleza.

A pesar de estas grandes lagunas que encierra dicho ordenamiento representa un paso importante en el desarrollo en el derecho autoral por considerarlo como un derecho intelectual autónomo distinto al de propiedad o el de los conferidos por el Estado, o de una ventaja especial otorgada por cualidades privilegiadas de la gente intelectual.

2.2.- Ley Federal de Derechos de Autor de 1956.

La Ley Federal de 1948 fué abrogada por la nueva Ley Federal sobre derechos de autor publicada el 31 de diciembre de 1956, siendo Presidente de la República Adolfo Ruíz Cortines.

Dicha Ley contenía ocho capítulos distribuidos de la siguiente manera:

- 1.- Del derecho de autor;
- 2.- Del derecho y de la licencia de traducción;
- 3.- Del contrato de edición o reproducción;
- 4.- De la limitación del derecho de autor,
- 5.- De las sociedades de autores,
- 6.- Del registro del derecho de autor,
- 7.- De las sanciones;
- 8.- De las competencias y procedimientos y 7 artículos transitorios.

¹².- Nuevo Código Civil ..., op. cit.

¹³.- Loredo Hill, op. cit. p. 47.

En general sigue los lineamientos de la Ley anterior, con la salvedad que reconoce a los interpretes y ejecutantes, "Los ejecutantes, cantantes, declamadores y en general todos los interpretes de obras difundidas mediante la radio y televisión, el cinematográfico, el disco fonográfico o cualquier otro medio apto para la reproducción sonora o visual tenían derecho a recibir una retribución económica por la explotación de esas interpretaciones..."(artículo 68).

Por lo que respecta al Capítulo de las sanciones, establece como nuevos tipos penales los que a continuación enunciaremos:

-El uso de las características gráficas distintivas de un periódico o revista de una obra o colección de obras, sin autorización de la que haya obtenido la reserva de uso.

-La especulación con libros de texto respecto de los cuales se haya declarado la limitación del derecho de autor, ya sea ocultándolos, acaparándolos o expidiéndolos a precios superiores a los autorizados.

-No se aplicará la pena que se establece en el artículo anterior a quienes sin obtener el consentimiento previo del titular del derecho de autor, represente, ejecute, exhiba, difunda, use o explote obras musicales, dramático-musicales, coreografías, pantomímicas u otras semejantes, cuando en cualquier estado del proceso consignen al juez penal, en favor del autor los derechos por representación, ejecución, exhibición o difusión de acuerdo con las tarifas que expida la Secretaría de Educación Pública ó, en su defecto, a juicio de peritos.

Se entenderá que el titular de derecho de autor a dado su consentimiento para la ejecución publica de sus obras, cuando el usuario paga previamente el monto de los derechos que fijan las tarifas.

Para efectos de registrar alguna modificación, arreglo, adaptación, traducción, no se necesita la autorización del titular del derecho. Pero en cuanto a su publicación existe una limitante tal y como lo establece el artículo 113 del propio ordenamiento que a la letra dice: "La dirección del derecho de autor inscribirá en el Registro las traducciones, adaptaciones, compendios, arreglos u otras modificaciones de obras científicas, didácticas, literarias o artísticas que gocen de protección conforme a este Ley, aun cuando se compruebe la autorización concedida por el titular del derecho de autor, para el solo efecto de la protección que corresponde aquellos actos. Esta inscripción no faculta de ninguna manera para publicar en México la obra inscrita, lo cual requiere el consentimiento expreso del titular de la obra primigenia..." (artículo 113).

Se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de 200 a 2,000 pesos, a los editores o impresores responsables que dolosamente inserten en las obras una o varias menciones falsas de aquellas a las que se refieren los artículos 53, 54 55, 56, y 58.

El artículo segundo transitorio abrogó la Ley Federal sobre el derecho de autor, el 31 de diciembre de 1947, a pesar de la abrogación continua vigente la Convención Interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas, celebrada en la Ciudad de Washington, D.C. del 1o. al 22 de junio de 1946, ya que esta no ha sido prorrogada.

2.2.1.- Reformas substanciales a la Ley Federal sobre Derechos de Autor en 1963.

"El 14 de diciembre de 1961, el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Diputados una iniciativa de ley que reformaba y adicionaba la ley de 1956, basada en el proyecto de los licenciados F. Jorge Gaxiola y Ernesto Rojas y Benavides, consultor del Secretario de Educación Pública y Director General de Derecho de Autor"¹⁴.

La iniciativa considera entre otros aspectos:

"El derecho de autor ha venido sufriendo una constante y acelerada evolución, tanto por la naturaleza de las actividades que regula cuanto por las constantes innovaciones de la técnica moderna. De ahí la frecuente revisión que a su respecto se observa en la legislación de algunos países y los esfuerzos que los organismos internacionales realizan para normar relaciones que antes no se habían previsto. Las reformas descansan sobre el principio de que la acción no se debe limitar a la salvaguardia de los intereses particulares, sino a la protección de una obra de ineludible importancia social. Así, acentúan el carácter tutelar de los Derechos de los Autores y de los artistas intérpretes y ejecutantes a la par que propugnan la protección cultural de la Nación"¹⁵

"El derecho internacional ha consagrado la necesidad de proteger los intereses no esencialmente patrimoniales del autor. Por esta circunstancia, las reformas amplían el contenido del derecho de los autor y de los artistas intérpretes, y ejecutantes; garantizan, con mayor eficacia, sus intereses económicos y robustecen la protección a la paternidad e integridad de la obra, así como el prestigio, la personalidad y otros intereses de orden moral que salvo por lo que atañe a las consecuencias de su violación no tiene carácter esencialmente pecuniario"¹⁶.

¹⁴.- Loredó Hill, op. cit. p. 63.

¹⁵.- Idem.

¹⁶.- Idam.

Se consideró que más que una reforma o adición a la ley anterior vino hacer de hecho y de derecho una nueva y diferente ley. Que constaba de 160 artículos con 11 Capítulos:

- I.- Del derecho de autor.
- II.- Del derecho de la licencia del traductor;
- III.- Del contrato de edición o reproducción;
- IV.- De la limitación del derecho de autor;
- V.- De los derechos provenientes de la utilización y ejecución pública;
- VI.- De las sociedades de autores;
- VII.- De la Dirección General del Derecho de Autor;
- VIII.- De las sanciones;
- IX.- De las competencias y procedimientos;
- X.- Recurso administrativo de reconsideración y,
- XI.- Generalidades.

Para continuar con nuestro estudio y no perder de vista el Capítulo de las penas o delitos. Enseguida abordaremos el Capítulo de las sanciones:

Artículo 135 se impondrá prisión de 30 días a 6 años y multa de \$1,000 a \$10,000 en los casos siguientes:

1.- Al que *sin consentimiento del titular del derecho de autor* explote con fines de lucro una obra protegida.

2.- Al editor o grabador que edite o grabe para ser publicada una obra protegida, y al que la explote o utilice con fines de lucro, *sin consentimiento del autor o del titular del derecho patrimonial*.

3.- Al editor o grabador que produzca mayor número de ejemplares que los autorizados por el autor o sus causahabientes.

4.- Al que *sin las licencias previstas como obligatorias en esta ley* a falta de consentimiento del titular del derecho de autor, grabe, explote o utilice con fines de lucro una obra protegida.

5.- Al que publique una obra sustituyendo el nombre del autor por otro nombre a no ser que se trate de seudónimo autorizado por el mismo autor.

6.- Al que sin derecho use el título o cabeza de un periódico, revista, noticiero cinematográfico, programas de radio o televisión, y en general de cualquier publicación o difusión periódica protegida.

7.- Al que especule con libros de texto respecto de los cuales se haya declarado la limitación del derecho de autor, ya sea ocultándolos o expidiéndolos a precios superiores al autorizado y,

8.- Al que especule en cualquier forma con los libros de texto gratuito que distribuye la Secretaría de Educación Pública en las escuelas de la República Mexicana.

Se persigue de oficio los delitos previstos en las fracciones III, VI, y, VII del artículo 135.

Artículo 136: Se impondrá de dos meses a tres años de prisión y multa de \$50 a \$5,000 en los casos siguientes:

1 - Al que a sabiendas comercié con obras públicas con violación de los derechos de autor.

Mencionaremos las principales violaciones a los derechos de autor; como regla general "Solo se puede usar o explotar legalmente una obra protegida, si se obtiene con anterioridad, la correspondiente autorización del propietario del derecho, quedan exceptuadas de esta regla, como se ha visto, la libre utilización y las licencias obligatorias de edición y traducción que pueden conceder los países en vías de desarrollo, cumpliendo las múltiples condiciones acordadas en las revisiones al convenio de Berna llamadas también revisiones de París. Cualquier acción que afecte los derechos exclusivos que alguna persona tenga sobre obras protegidas, constituye una violación a los derechos autorales; equivale a un robo"¹⁷.

¹⁷.- Herrera Meza, op. cit. p. 140.

Las violaciones más frecuentes son:

a) Plagio "según el glosario de la OMPI es el acto de ofrecer y presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona en una forma o contexto más o menos alterados"¹⁸. Por otra parte la Corte Argentina ha dicho al respecto que el plagio es: toda reproducción idéntica o muy semejante, sea por las palabras, sea por el desenvolvimiento de la idea o distribución de los materiales, de una obra ajena, cuyo conocimiento pudiera, por las circunstancias que rodean el caso, atribuirse al presunto plaguario.

b) Piratería, consiste en copiar, sin autorización un material grabado (discos, casetes) o impresos (libros, escritos, publicaciones periódicas) y vender subrepticamente dicho material. En algunas ocasiones, las portadas de los libros o las cubiertas de los discos, cintas o casetes están reproducidos con tal precisión que resulta difícil distinguir entre el auténtico y el falsificado, al grado de que los mismos fabricantes del material original son incapaces de identificarlo. También se conoce como transmisiones piratas a las que hace una difusora de radio o televisión, en forma simultánea o diferida, sin la correspondiente autorización.¹⁹.

c) Contrabando, en el lenguaje autoral se entiende por contrabando no solo la exportación e importación no autorizadas de obras artísticas o intelectuales protegidas, sino también la distribución o transmisión ilegal de señales portadoras de programas y la fijación no autorizada de representaciones o ejecuciones en directo.²⁰.

2.- Al que publique antes que la Federación, los Estados o los Municipios y sin autorización las obras hechas en el servicio oficial.

3.- Al que publique obras comprendidas, adaptadas, y traducidas o modificadas de alguna otra manera, sin la autorización del titular del derecho de autor sobre la obra original.

4.- Al que dolosamente emplee en una obra un título que induzca a confusiones con otra publicada con anterioridad, y

5.- Al que use las características gráficas originales que sean distintivas de la cabeza de un periódico o revista, de una obra o colección de obras, sin autorización de quien hubiese obtenido la reserva para el uso

¹⁸ - Ibid. p. 141.

¹⁹ - Idem.

²⁰ - Idem.

Se persigue de oficio lo establecido en la fracción II. En cuanto al interprete y ejecutante la Ley los reconoce como delitos y protección de sus intereses;

Artículo 137, se aplicará la pena de prisión de treinta días a un año o multa de \$50 a \$5,000 ó ambas sanciones a juicio del juez, a quienes estando autorizados para publicar una obra, dolosamente lo hicieren en la siguiente forma:

1.- Sin mencionar en los ejemplares de ella el nombre del autor, traductor, compilador, adaptador o arreglista.

2.- Con menoscabo de la reputación del autor como tal y, en su caso, del traductor, compilador, arreglista o adaptador, y

3.- Con fracción de lo dispuesto en los artículos 43 y 52.

El artículo 43 y 52 prohíben publicar la obra con abreviaturas, adiciones, presiones o cualquier otra modificación y el editar obras conjuntas cuando no se tiene autorización para tal efecto.

Artículo 139, Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de \$50 a \$5,000 a quien dé a conocer a cualquier persona una obra inédita o no publicada que haya recibido en confianza del titular del derecho de autor o de alguien en su nombre, sin el consentimiento de dicho titular. Este delito se persigue de oficio.

Artículo 140, A los editores o impresores responsables que dolosamente inserten en las obras una o varias menciones falsas de aquellas a las que se refieren los artículos 27, 53, 55 y 57, se les impondrá prisión de seis meses a tres años o multa de \$50 a \$10,000 en los casos de reincidencia dichas penas no serán alternativas, sino acumulativas.

Artículo 141, se impondrá a los funcionarios de las sociedades de autores que dispongan para gastos de administración, de cantidades superiores a las señaladas en el presupuesto a que se refiere el artículo 104, siempre que no concurra el caso de que trata el párrafo tercero del mismo precepto citado, las sanciones siguientes

1.- Prisión de seis meses a tres años y multa de \$50 a \$500 cuando la suma erogada no exceda de \$3,000.

2.- Prisión de tres meses a seis años y multa de \$500 hasta \$10,000 si la suma erogada fuera mayor de \$3,000.

El espíritu del legislador es velar por los intereses de los autores en el sentido que no se produzcan abusos, y se enriquezcan los miembros de las sociedades a costa del trabajo de otros.

Artículo 142 Se impondrá prisión de dos meses a un año y multa de \$50 a \$10,000 a quien explote o utilice con fines de lucro discos o fonógrafos destinados a ejecución privada

La protección de los derechos de autor van más allá de una garantía pecuniaria, sino que también se garantiza el derecho moral de los autores.

El interés del Legislador al crear tipos penales o delitos en la Ley Federal sobre derechos de autor son por las constantes violaciones a la misma, es por ello indispensable acompañar a los preceptos de una sanción o pena para darle fuerza a la Ley (Carácter coactivo) asimismo disminuir la posibilidad de la transgresión a dicha Ley.

2.2.2.- Reformas a la Ley Federal de Derechos de Autor en 1982.

A fin de mejorar una mayor protección y explotación durante la vigencia del derecho que tiene el autor para publicar, reproducir, ejecutar, representar, exhibir, adaptar, se expide el 10 de diciembre de 1981 decreto en donde se acuerda la reforma y adición a la Ley Federal de Derechos de Autor; siendo Presidente Constitucional el Licenciado Jose López Portillo y Secretario de Educación Pública Fernando Solana Morales, publicada dicha reforma en el Diario Oficial el 11 de enero de 1982.

Fué así como el artículo 4o., 232 fracción I, II, III, artículo 74 inciso c), d), artículo 82, 84, 90 inciso a), b), c), artículo III, artículo 98 fracción II, fueron reformados y adicionados por este Decreto.

Tales derechos son reformados de la siguiente manera transmisibles por cualquier medio legal, durarán la vida del autor y 50 años después de su muerte, si muere sin herederos la facultad de usar y explotar la obra pasará al dominio público, seran

respetados los derechos adquiridos por terceros con anterioridad. En el caso de las obras póstumas durarán 50 años a partir de la primera fecha de edición.

La obra anónima, cuyo nombre no se dé a conocer en el término de 50 años a partir de la primera publicación, pasará al dominio público.

Cuando se trate de obras hechas al servicio oficial que sean distintas de las Leyes, Reglamentos, Circulares, durante 50 años. La grabación sólo da derecho a una sola emisión.

Los anuncios publicitarios o de propaganda podrán ser difundidos hasta por un periodo de seis meses a partir de la fecha de su grabación pasando ese periodo su utilización pública deberá retribuirse, se considerará artista, interprete o ejecutante, todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma; tendrá derechos a recibir la retribución económica irrenunciable para la utilización pública de sus interpretaciones; la duración de su protección será de 30 años a partir de la fecha de fijación de fonogramas, de la ejecución, y transmisión por televisión.

La recaudación y entregue las percepciones pecuniarias a sus socios o autores extranjeros se hará por la utilización pública las obras de estos y se entregará a los autores extranjeros o a las asociaciones que los represente, con base al principio de reciprocidad. Para el caso de los nacionales se necesita que otorguen mandatos a la sociedad.

2.2.3.- Modificaciones a la misma Ley en julio de 1991.

Decreto que se expide el 11 de julio de 1991 por el que se reforma y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos de Autor Publicada el 17 de julio de 1991, siendo entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos Carlos Salinas de Gortari y como Secretario de Gobernación Fernando Gutiérrez Barrios

Por lo que se reformó y adicionó los siguientes artículos:

Artículos 4o, 6o, 7o, inciso y) y j), 17 párrafo tercero, 25 párrafo primero, 72, 80, 88 último párrafo, 89 párrafo primero, 90 párrafo primero, 130, 132 fracción II, 135 párrafo primero y fracciones II y III, 136 párrafo primero, 137 y 138 párrafo primero, 139, 140, 141, 142, 143 y 157, y se adicionan los artículos 7o, con un inciso k), 18 con un inciso f)

87 bis, 88 con una fracción III, 142 bis, 157 A y 157 B de la Ley Federal de Derecho de Autor.

Los derechos de publicar, reproducir, ejecutar, representar, exhibir, adaptar y cualquier utilización pública pueden ser transmisibles por cualquier medio legal, incluida la enajenación y la concesión de uso o explotación temporal, como el arrendamiento.

Los Derechos de Autor son preferentes a los de los intérpretes y de los ejecutantes de una obra, productores de fonogramas.

Es libre el uso de la obra de autor anónimo mientras el mismo no se dé a conocer contará con un plazo de 50 años. Son materia de reserva el uso y explotación exclusivos de los personajes ficticios o simbólicos en obras literarias, historietas gráficas o en cualquier publicación periódica siendo originales y utilizados habitualmente.

Se considera representación pública o ejecución, cuando sea presentada por cualquier medio o auditores sin restricción de persona y que supere los límites de las representaciones domésticas.

Los productores de fonógrafos podrán oponerse a la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas o cualquier forma de explotación, ante la autoridad judicial y su protección será de 50 años a partir del final del año en que se fijaron por primera vez los sonidos incorporados.

Se entiende por productos de fonograma la persona física o moral que fija por primera vez la ejecución de una obra o de otros sonidos.

La protección a los intérpretes o ejecutantes, será de 50 años (artículo 153). Se impondrá prisión de seis meses a seis años y multa por el equivalente de cincuenta a quinientos días de salario mínimo, en los casos siguientes:

a) Al editor, productor o grabador que edite, produzca o grave para ser publicada una obra protegida, y al que lo explote o utilice con fines de lucro, sin consentimiento del autor o del titular del derecho patrimonial.

b) Al editor, productor o grabador que produzca mayor número de ejemplares que los autorizados por el autor o sus causahabientes, o a cualquier persona que, sin autorización de éste o éstos, reproduzca con fines de lucro un programa de computo.

"Artículo 136.- Se impondrá prisión de seis meses a cinco años y multa por el equivalente de cincuenta a trescientos días de salario mínimo, en los casos..."

"Artículo 137.- Se impondrá prisión de seis meses a dos años o multa por el equivalente de cincuenta a trescientos días de salario mínimo, o ambas sanciones a juicio del juez, al que sin consentimiento del intérprete, ejecutante o del titular de sus derechos explote con fines de lucro una interpretación".

"Artículo 138.- Se impondrá prisión de treinta días a un año o multa por el equivalente de cincuenta a trescientos días de salario mínimo, o ambas sanciones a juicio del juez, a quienes están autorizados para publicar una obra, dolosamente lo hiera en la ...".

"Artículo 139.- Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa por el equivalente de cincuenta a trescientos días de salario mínimo, a quien dé a conocer a cualquier persona una obra inédita o no publicada que haya recibido en confianza del titular del derecho de autor o de alguien en su nombre, sin consentimiento de dicho titular".

"Artículo 140.- Se impondrá prisión de seis meses a tres años o multa por el equivalente de cincuenta a quinientos días de salario mínimo, a los editores o impresores responsables que dolosamente inserten en las obras una o varias menciones falsas de aquellas a las que se refieren los 27, 53, 55 y 57 de esta Ley, en los casos de reincidencia dichas penas no serán alternativas, sino acumulativas."

"Artículo 141.- Se impondrá a los funcionarios de las sociedades de autores que dispongan para gastos de administración de cantidades superiores a las previstas en el artículo 104 de esta Ley, siempre que no concurra el caso a que se refiere el párrafo tercero del mismo precepto, las sanciones siguientes:

I.- Prisión de seis meses a tres años y multa por el equivalente de cincuenta a trescientos días de salario mínimo, cuando la suma erogada no exceda a quinientas veces dicho salario en la fecha de la comisión del delito, y

II.- Prisión de tres a seis años y multa por el equivalente de cien a quinientos días de salario mínimo, cuando la suma erogada exceda de quinientas veces dicho salario en la fecha de la comisión del delito.

"Artículo 142.- Se impondrá prisión de seis meses a dos años y multa por el equivalente de cincuenta a quinientos días de salario mínimo, a quien sin la debida autorización, explote o utilice con fines de lucro discos y fonogramas destinados a ejecución probada".

"Artículo 143.- Para la aplicación de las sanciones económicas a que se refiere este Capítulo, se tomará como base el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, en la fecha de la comisión del delito o infracción".

Las sanciones económicas, en caso de delito, se aplicarán sin perjuicio de la reparación del daño. Las sanciones que no constituyan delitos, serán sancionadas por la Dirección General del Derecho de Autor.

También fueron reformados los recursos, como son el de reconsideración y la impugnación de multas.

Se decreta el mismo día y año, en el que se disponen la obligación de los editores y productores de materiales bibliográficos y documentales de entregar ejemplares de sus obras a la Biblioteca Nacional y a la Biblioteca del Congreso de la Unión, publicándose en el Diario Oficial tal Decreto el 23 de julio de 1991.

2.3- Ley Federal de Derechos de Autor vigente.

El objeto del presente apartado es dar a conocer los puntos más relevantes de la Ley Federal del Derecho de autor recientemente publicada y facilitar por ello su estudio

El pasado 24 de diciembre de 1996 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal del Derecho de Autor, en adelante LFDA, la cual entró en vigor a partir del 24 de marzo de 1997, quedando entonces abrogada, a partir de esta fecha, la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1956.

Vivimos una época de profundas transformaciones tanto a nivel nacional como internacional, una época en la que las fronteras se están diluyendo. Es necesario entonces, ante la apertura y el desarrollo que se está dando en todos los ámbitos, que los ordenamientos jurídicos se adecuen a la realidad.

Contamos entonces con una nueva ley en materia de derecho de autor que cuenta con disposiciones más apegadas a la realidad, disposiciones jurídicas que deben respetarse y regir la convivencia humana en esta materia y que claro estas pasaran natural y necesariamente por un periodo de "ajuste". Sin embargo, la Ley es ya derecho vigente y regirá en consecuencia nuestras relaciones en esta materia. Solo nos resta conocer el Reglamento de la Ley, que aun no se publica, y el cual sin duda facilitara su comprensión y aplicación.

Al ser una Ley que responde a los tiempos que estamos viviendo, podríamos calificarla como moderna con una nueva estructura, en la que se incluye un Capítulo primero de disposiciones generales a lo largo del cual se establece con claridad el objeto de la Ley y se definen con precisión diversos conceptos.

También queremos hacer notar, que con esa misma fecha, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación reformas y adiciones al Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, adicionándose un nuevo titulo a su libro segundo, el vigésimo sexto denominado "**DE LOS DELITOS EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR**" que más adelante comentaremos.

2.3.1.- Objeto de la Ley.

La protección de la ley será únicamente para aquellas obras que sean de creación original susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio.

Se protegen los derechos de los autores de las obras y se incluyen como sujetos de derechos a los artistas, interpretes o ejecutantes asi como a los editores, productores y organismos de radio difusión, es decir derechos conexos.

La protección de la Ley se extiende ahora , no solo a las "obras intelectuales y artísticas" como antes lo hacía, sino también a todas las maneras en que puedan presentarse éstas, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas y emisiones.

OBRAS PROTEGIDAS

Atendiendo a autor	su Conocido Contiene la mención del nombre, signo o firma que identifica a su autor	Anónima Sin mención del nombre, signo o firma que identifique al autor.	Seudónima Las divulgadas con un nombre, signo o firma que no revele la <i>identidad</i> del autor
Atendiendo a comunicación	su Divulgadas Las que han sido hechas del conocimiento público.	Inéditas Las no divulgadas	Publicadas Las que han sido editadas o puestas a disposición del público.
Atendiendo a origen	su Primigenias Las que han sido creadas de origen sin estar basadas en otra preexistente, o que, <i>estando</i> basadas en otra, sus características permiten afirmar su originalidad.	Derivadas Aquellas que resulten de la adaptación, traducción u otra <i>transformación</i> de una obra primigenia.	
Según los creadores que intervienen	Individuales Las que han sido creadas por una sola persona	Colaboración Las que han sido creadas por varios autores	Colectivas Las creadas por la iniciativa de una persona física o moral que las publica y divulga bajo su dirección y su nombre En este tipo de obras no es posibles atribuir a cada una de las personas que <i>intervinieron</i> un derecho distinto e indiviso sobre el conjunto realizado (artículo 2o LFDA).

2.3.2.- Extranjeros.

Se establece expresamente que los extranjeros (de los que no se distingue si están en el país de manera temporal o transitoria), que sean autores o titulares de derechos o bien, sus causahabientes, gozarán de los mismos derechos que se conceden a los nacionales, en la Ley o en los Tratados Internacionales en materia de derechos de autor y derechos conexos aprobados por México.

2.3.3.- Legislación supletoria.

Se establece como legislación supletoria lo previsto por la legislación mercantil, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal y la Ley Federal del Procedimiento Administrativo.

2.3.4.- El derecho de autor.

Se establece el concepto de derecho de autor señalando que "es el reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en la Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal (derecho moral) y patrimonial (derecho patrimonial)".

Derecho de autor

Derecho Moral

Corresponde al autor, quien es el único, el originario y perpetuo titular de este tipo de derecho sobre las obras de su creación. Es un derecho unido al autor

Derecho patrimonial

Permite al autor explotar de manera exclusiva sus obras o autorizar su explotación, Transmisión de los derechos patrimoniales. Es siempre oneroso y temporal, se establece como regla general que la transmisión no podrá ser por un plazo mayor de 15 años. Únicamente podrá pactarse una vigencia mayor cuando la naturaleza de la obra o la magnitud de la inversión requerida así lo justifique

2.3.5 Contratos.

Es importante resaltar que la Ley anterior regulaba un solo tipo de contrato para llevar a cabo la transmisión de derechos (aunque no necesariamente transmite estos), este era el contrato de edición o reproducción, en tanto que la nueva Ley se regulan los siguientes contratos:

- Contrato de edición de obra literaria (Capítulo II)
- Contrato de edición de obra musical (Capítulo III)
- Contrato de representación escénica (Capítulo IV)
- Contrato de radiodifusión (Capítulo V)
- Contrato de producción audiovisual (Capítulo VI)
- Contratos publicitarios (Capítulo VII).

Todos los contratos típicos se regularán por lo previsto en el contrato de edición de obras literarias, siempre y cuando lo estipulado para éste no contravenga las disposiciones previstas para cada uno de los contratos en particular.

Consideramos conveniente revisar los contratos de trabajo con el propósito de evitar posibles conflictos de titularidad de derecho de autor.

Igualmente resulta fundamental elaborar con precisión y claridad los contratos "Obra por Encargo" (artículo 83 de la Ley) "Prestación de Servicios Profesionales para el desarrollo del sistema de cómputo", así como los contratos de "Distribución" y los de "Licencia de uso".

2.3.6.- Obras realizadas como consecuencia de una relación laboral.

La Ley prevé las obras realizadas como consecuencia de una relación laboral establecida a través de un contrato individual de trabajo que conste por escrito.

En este caso se presume que los derechos patrimoniales se dividen por partes iguales entre empleador y empleado. A falta de contrato individual por escrito los derechos patrimoniales corresponderán al empleado.

El empleador podrá divulgar la obra sin consentimiento del empleado pero no al contrario.

2.3.7.- Inscripción en el registro.

Se establece la obligación de inscribir en el Registro Público del Derecho de Autor los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales, esto con el propósito de que surtan efectos contra terceros.

2.3.8.- Obra futura.

Por lo que se refiere a la producción de obra futura, ésta sólo podrá ser objeto de contrato cuando se trate de obra determinada.

2.3.9.- Traductores.

En la Ley anterior existía un Capítulo expreso para regular lo relativo a los traductores, actualmente se simplifica su regulación y se hace referencia a ellos en un solo artículo de la Ley en la que se establece que la traducción no podrá ser modificada, publicada o alterada sin el consentimiento del traductor.

2.3.10.- La voluntad de las partes.

La ley la respeta cabalmente, de ahí se establezca la excepción "Salvo pacto en contrario" en todo lo relativo a la determinación de la persona que gozará de titularidad del Derecho de Autor

2.3.11.- Las obras; plásticas y gráficas.

Obras gráficas en serie	Arquitectura
Resulta de la elaboración de varias copias a partir de una matriz hecha por el autor.	Salvo pacto en contrario, el autor de una obra de este tipo no podrá impedir que el propietario de ésta le haga las modificaciones que guste, claro está que podrá prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada.
Considerándose como originales los ejemplares de obras gráficas en serie debidamente firmado y numerados.	

Se considera como regla general que los autores que hayan enajenado su obra pictórica, escultórica y de artes plásticas, no han concedido al adquirente el derecho de reproducirla, pero sí el de exhibirla y el de plasmarla en catálogos.

2.3.12.- La obra cinematográfica y audiovisual.

Obra audiovisual	Productor de obra audiovisual
Es aquella que se expresa mediante una serie de imágenes asociadas con o sin sonorización incorporada, que se hacen perceptibles, mediante dispositivos técnicos, produciendo la sensación de movimiento.	Es la persona física o moral que tiene la coordinación y la responsabilidad en la realización de una obra, o que la patrocina.

2.3.13.- Los programas de computación y las bases de datos.

Este Capítulo, que no existía, responde a la realidad en la que vivimos, en donde las máquinas de escribir ya casi no se utilizan, puesto que las computadoras y los paquetes con que cuentan han agilizado y simplificado el trabajo del hombre, incluso en ocasiones lo han desplazado.

Programa de computación.	Cesión de derechos.	Delitos.
Son las expresiones originales en cualquier forma, lenguaje o código, de un conjunto de instrucciones que, con una secuencia, estructura y organización determinada, tiene como propósito que una computadora o dispositivo realice una tarea o función específica.	Se protegen de la misma manera que las obras literarias. Sin embargo, el plazo de la cesión de derechos en esta materia está sujeto a limitación alguna. Las bases de datos que no sean originales, no obstante ello, queda protegidas durante el lapso de 5 años, en su uso exclusivo por quien las haya elaborado.	Se tipifica como delito el fabricar con fines de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.

2.3.14.- Los derechos conexos.

Se entiende por derechos conexos, aquellos que facultan a las personas para elaborar una obra, basada en una obra original, (v. gr. los artistas, bailarines etc.).

Los artistas, intérpretes o ejecutantes	Derecho de oposición
La ley amplía el espectro de las personas protegidas por este capítulo, considerando como intérpretes o ejecutantes, a los actores, narradores, declamadores, cantantes, músicos, bailarines, o cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o una expresión de folklore o que realice una actividad similar a las anteriores. No quedan incluidos los llamados "extras" ni los eventuales.	Los artistas, intérpretes o ejecutantes están facultados para oponerse a: <ul style="list-style-type: none"> - La comunicación pública de sus interpretaciones - La fijación de sus interpretaciones o ejecuciones sobre base material, y -La reproducción de la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones. La duración de su protección concedida a los artistas será de 50 años.

2.3.15.- Los editores de libros.

La ley abrogada únicamente hacia referencia al contrato de edición, ahora se incluye la figura de los editores de libros, y se establecen diversas definiciones que proporcionan una mayor claridad tales como:

Libro.	Editor de libros.
Es toda publicación unitaria, no periódica, de carácter literario, artístico, científico, técnico, educativo, informativo o recreativo, impresa en cualquier soporte cuya edición se haga en su totalidad de una sola vez en un volumen o a intervalos en varios volúmenes o fascículos.	Es la persona física o moral que selecciona o concibe una edición y realiza por sí, o a través de terceros su elaboración. La duración de la protección que se les confiere es de 50 años.

2.3.16.- Los productores de fonogramas.

Fonograma.

Es toda fijación, exclusivamente sonora, de los sonidos de una interpretación, ejecución o de otros sonidos, o de representaciones digitales de los mismos

Productor de fonogramas.

Son las personas físicas o morales que fijan por primera vez los sonidos de una ejecución, otros sonidos o la representación digital de los mismos y son responsables de la edición, reproducción y publicación de fonogramas. La duración de la protección es de 50 años.

2.3.17.- Los productores de videogramas.

Videogramas.

Es la fijación de imágenes asociadas, con o sin sonido incorporado, que den sensación de movimiento o una representación digital de tales imágenes de una obra audiovisual o de la representación o ejecución de otra obra o de una expresión de folklore, así como de otras imágenes de la misma clase, con o sin sonido.

Productores de videogramas.

Son las personas físicas o morales que fijan por primera vez imágenes asociadas, con o sin sonido incorporado, que den sensación de movimiento, o una representación digital de tales imágenes, constituyan o no una obra audiovisual.

La protección que se confiere será de 50 años.

2.3.18.- Los organismos de radiodifusión.

El introducir este capítulo en la ley evita que se confundan sus facultades, derechos y obligaciones con los de los televisores tal como sucedía antes. Los derechos de este tipo de organismos tienen una vigencia de 25 años a partir de la emisión o transmisión original del programa.

Órganos de radiodifusión: es la entidad concesionada o permitida capaz de emitir señales sonoras o visuales o ambas, susceptibles de percepción, por parte de sujetos receptores.	Emisión o transmisión: es la comunicación de obras, sonidos o imágenes por medio de ondas radio eléctricas, por cable, fibra óptica u otros análogos.	o Retransmisión: es la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión.	Grabación efímera: es la que realizan los organismos de radiodifusión cuando por razones técnicas o de horario y para el efecto de una sola emisión posterior tienen que grabar o fijar la imagen o el sonido o ambos anticipadamente en sus estudios, de obra apta para ser difundida.	Tipos de señas: se clasifican atendiendo a su posibilidad de acceso al público y al momento de su emisión. Señala las facultades de los organismos de radiodifusión y las conductas realizadas sin autorización del distribuidor legítimo que origina el pago de daños y perjuicios.
---	---	--	---	--

2.3.19.- Limitaciones a los derechos de autor y a los derechos conexos.

En la ley anterior existía un solo capítulo referente a las limitaciones de los derechos de autor, actualmente el legislador regula en tres capítulos bien delimitados dichas limitaciones, brindando además un concepto de utilidad pública (Capítulo I de las limitaciones por causa de utilidad pública, Capítulo II de la limitación a los derechos patrimoniales, Capítulo III del dominio público).

La ley considera de "utilidad pública", la publicación o traducción de obras literarias o artísticas necesarias para el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación nacionales.

Se prevé que en el caso de que no se obtenga el consentimiento del Título de los derechos patrimoniales, el Ejecutivo Federal, mediante el pago de una remuneración compensatoria, por conducto de la Secretaría de Educación Pública, de oficio o a petición de parte, podrá autorizar la publicación o traducción. Siempre y cuando no se contravengan los *tratados Internacionales ratificados por México*.

2.3.20.- Los derechos de Autor sobre los Símbolos Patrios y las expresiones de las culturas populares.

La ley protege las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal, así como todas las manifestaciones primigenias en sus propias lenguas y los usos, costumbres y tradiciones de la composición pluricultural que conforman al Estado Mexicano que no cuenten con un autor identificado.

Se protegen los derechos de autor sobre los símbolos patrios y las expresiones de las culturas; siendo el titular de los derechos morales el Estado Mexicano, remitiéndonos a la ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales.

2.3.21.- El Registro Público del Derecho de Autor (Artículo 162 de la ley).

En cuanto al registro de derechos de autor ahora se adiciona un título, el cual se divide en dos capítulos el primero referente al Registro Público del Derecho de Autor y el segundo relativo a las reservas de derechos al uso exclusivo.

Registro Público del Derecho de Autor.	Reserva de Derechos.
Por lo que corresponde a la inscripción no se podrá inscribir, entre otras cosas, los poderes otorgados para cobrar las percepciones derivadas de los derechos de autor, ni tampoco los emblemas, sellos o distintivos de las editoriales.	Es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicados de acuerdo con su naturaleza a diversos géneros.
En cuanto a las obligaciones del Registro Público del Derecho de Autor se hacen modificaciones y adiciones al anterior artículo 132, actual artículo 164, se adiciona una fracción, en la que se establece la obligación de negar la inscripción en siete casos.	Se regulan nuevos géneros, procedimientos para obtención de las reservas, facultades y obligaciones del Instituto Nacional del Derecho de autor en cuanto a las reservas y deberes de los titulares de las reservas.
a	Se regula, cosa que antes no se hacía, lo referente a la declaración administrativa de nulidad, a los procedimientos de nulidad, caducidad y cancelación de las reservas y se menciona lo que no es materia de reserva de derechos, la vigencia del certificado de reserva y los casos en que podrán ser revocados.
	as

2.3.22.- La gestión colectiva de derechos.

La ley anterior hacía referencia a las Sociedades de Autores, ahora se cambia el término por el de Sociedades de Gestión Colectiva. Son personas morales que sin ánimo de lucros se constituyen con el objeto de proteger a autores y titulares de derechos conexos tanto nacionales como extranjeros así como para recaudar y entregar a los mismos las cantidades que por concepto de derechos de autor o derechos conexos se generan a su favor.

Se definen con precisión su naturaleza, alcance, obligaciones y finalidades, aumentándose estas y regulándose de manera más específica

Se mencionan los elementos indispensables con que deben contar sus estatutos permitiéndose entonces, a las personas que busquen constituir ese tipo de sociedades remitirse a la Ley General de Sociedades Mercantiles.

2.3.23.- El Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDA).

Con la entrada en vigor de la ley se creó el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

El INDA, es una autoridad administrativa en materia de derechos de autor y derechos conexos.

Es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública

El Presidente de la República, nombrará al Director General del Instituto por conducto del Secretario de Educación Pública y podrá removerlo en cualquier momento.

En la ley se establecen sus funciones y facultades, entre las que destacan:

- a) Promover la creación de obras literarias y artísticas;
- b) Llevar el Registro Público del Derecho de Autor;
- c) Realizar investigaciones respecto de presuntas infracciones administrativas;
- d) Solicitar a las autoridades competentes la práctica de visitas de inspección y;
- e) Ordenar y ejecutar actos provisionales para prevenir o terminar con la violencia al derecho de autor y derechos conexos.

2.3.24.- Los procedimientos ante autoridades judiciales.

Este título no existía en la ley anterior, ahora se prevé que las acciones civiles se ejerciten en materia de derechos de autor y derechos conexos, se fundarán, transmitirán y resolverán, conforme a lo establecido en la ley, siendo supletorio el Código Federal de Procedimientos Civiles.

En todos los juicios en que se impugne una constancia, anotación o inscripción en el Registro, será parte el INDA sólo podrá conocer de el en los Tribunales Federales. Lo que significa que los particulares ya no tendrán la opción contemplada en el artículo 145 de la ley abrogada en el sentido de que en tratándose de controversias que sólo afecten

intereses particulares y que sean exclusivamente de orden patrimonial, el autor podía acudir ante tribunales del orden común, o bien ante tribunales Federales.

2.3.25.- Procedimientos de arbitraje y avenencia.

Otra innovación importante de la ley consiste en que se regulan maneras para resolver los conflictos sin tener que acudir en una primera instancia ante las autoridades judiciales, tales como el procedimiento de avenencia y el de arbitraje. EL INDA publicará en el mes de enero de cada año una lista de las personas autorizadas para fungir como árbitros.

Se establece un listado de las conductas consideradas como infracciones en materia de derechos de autor y las multas con las que serán sancionadas por el INDA.

Los afectados por los actos y resoluciones emitidas por el INDA que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer un recurso de revisión en los términos de la Ley Federal de Procedimientos Administrativos.

En esta materia es importante hacer notar que la ley faculta en su artículo 232 al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) para coadyuvar en la observación de la ley en materia de derechos de autor relacionadas con el comercio. De tal suerte que será el IMPI quien conozca de las infracciones en materia de comercio enumeradas en el artículo 231 de la ley, realice las investigaciones que sean necesarias para verificar la comisión de las citadas infracciones y aplique en su caso las sanciones que correspondan, de acuerdo con el procedimiento y las formalidades previstas en los Títulos Sexto y Séptimo de la ley de la propiedad industrial.

Igualmente el IMPI estará facultado para emitir resoluciones de suspensión de la libre circulación de mercancías de procedencia extranjera en frontera, en los términos de lo dispuesto por la ley aduanera.

Los interesados afectados por los actos y resoluciones emitidos por el IMPI por las infracciones en materia de comercio que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer los medios de defensa establecidos en la ley de la ley de la propiedad industrial.

III.- Evolución legislativa en el Código Penal.

3.1.- Código Penal de 1931.

El legislador del Código Penal de 1929, protegía a los derechos de propiedad literaria, dramática o artística de la siguiente manera:

En su Capítulo V del título vigésimo de los delitos contra la propiedad establece:

Artículo 1,151: "Hay estafa;

I.- Siempre que engañemos a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquél"

Artículo 1,168: "Se equiparan a la estafa: I. *Los actos violatorios de los derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en el Código Civil, y se sancionarán con una multa igual al veinticinco por ciento de los perjuicios que se causen, y arresto a juicio del juez.*

La estimación de los perjuicios, para el efecto de la imposición de la sanción, se hará conforme a las reglas establecidas en el libro II, de este Código..." (art. 1,168).

Si las maquinaciones y artificios constituyen un delito de falsedad se acumula al delito de estafa para la imposición de la sanción.

Tal parece que el legislador solo se adhiere a los delitos previstos en el Código Civil dando una equiparación a los mismos con la estafa.

Asimismo el Código Penal de 1930 en su título vigésimo de los delitos en contra de las personas en su patrimonio, capítulo III, fraude.

Dispone lo siguiente:

Artículo 368: "Se impondrá multa de cincuenta mil pesos o prisión de seis meses a seis años o ambas sanciones..".

Artículo 379: "Se aplicará igual pena que la señalada en el artículo anterior al que viole derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en el Código Civil."

De la lectura de los artículos anteriores consideramos que en nada cambia la tipificación del Código de 1929 con el de 1930, considerándolo ambos como un delito patrimonial asimismo, siendo la palabra estafa cambiada por la de fraude tomada como sinónimos una y otra.

Por otra parte la estafa es: "Delito contra el patrimonio consistente en la obtención mediante cualquier artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa u otro embuste, de una utilidad o beneficio ilícito. La estafa se encuentra actualmente incluida, en nuestro sistema jurídico penal, en el concepto general de fraude"²¹.

De lo que se estima que el legislador lo equiparó con el fraude por considerar a ambos conceptos, que por medio del engaño o artificio se obtiene un lucro indebido aprovechándose de otro

En el Código Penal de 1931 se dispone lo siguiente respecto a la protección de los derechos de propiedad literaria, artística, dramática.

Artículo 386: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

El delito de fraude se castiga con las penas siguientes:

I.- Con prisión de tres días a seis meses y multa de veinte a doscientos pesos, cuando el valor de lo defraudado exceda de esta última cantidad,

²¹.- Pina Vara, Rafael de, Diccionario de Derecho. 13a. ed. México · Porrúa, 1985 p. 259.

II.- Con prisión de seis meses a tres años y multa de doscientos a dos mil pesos, cuando el valor de lo defraudado excediera de doscientos pesos, pero no de doce mil y,

III.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de cuarenta mil pesos, si el valor de lo defraudado fuera mayor de doce mil pesos.

Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no solo del engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de tres a dos años, es decir, agrava dicho delito.

Artículo 387.- Las mismas penas señaladas se impondrán:

"XVI Al que ejecute actos violatorios de derecho de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en las leyes relativas...".

Por lo consiguiente en nada ha cambiado dicho precepto en relación con lo dos Códigos ya mencionados con antelación. Salvo en lo que respecta a las sanciones.

En general los Códigos Penales de 1929, 1930, 1931 equiparan al delito de propiedad intelectual como delito en contra del patrimonio del autor, por ello, se encuentra en el rubro del fraude, confundiendo su naturaleza jurídica que más adelante - capítulo II- estudiaremos y comentaremos la dualidad del mismo.

3.1.1.- Reformas de 1996.

Por decreto expedido el 18 de diciembre de 1996, en el que se deroga la fracción XVI del artículo 387, y se adiciona un título vigésimo sexto al libro segundo del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal. Siendo Presidente de la República Ernesto Zedillo Ponce de León. Decreto publicado el 24 de diciembre del mismo año.

En el que se insertan nuevas figuras o tipos penales en materia de derechos de autor, adicionando el título vigésimo sexto, el cual consta de seis artículos, en los que se establecen penas de prisión y/o multas para aquellos que realicen conductas que perjudiquen los derechos de los autores, señalándose conductas tales como.

Artículo 424: "Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa;

I.- Al que especule en cualquier forma con los libros de texto gratuitos que distribuya la Secretaría de Educación Pública.

II.- Al editor, productor o grabador que a sabiendas produzca más números de ejemplares de una obra protegida por la Ley Federal del Derecho de Autor, que los autorizados por el titular de los derechos;

III.- A quien produzca, fabrique, importe, venda, almacene, transporte, distribuya o arriende obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor en forma dolosa, a escala comercial y sin la autorización del titular de los derechos, y

IV.- A quien fabrique con fines de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de producción de un programa de computación.

Artículo 425: "Se impondrá prisión de seis meses a dos años o de trescientos a tres mil días multa, al que a sabiendas y sin derecho explote con fines de lucro una interpretación o una ejecución.

Artículo 426: "Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y de trescientos a tres mil días multa;

I.- A quien fabrique, importe, venda o arriende un dispositivo o sistema para descifrar una señal de satélite cifrada, portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal.

II.- Al que realice con fines de lucro cualquier acto con la finalidad de descifrar una señal de satélite, cifrada, portadora de programas, sin la autorización del distribuidor legítimo de dicha señal.

Artículo 427: "Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa, a quien publique a sabiendas una obra substituyendo el nombre del autor por otro.

Se establece que las sanciones pecuniarias se aplicarán sin perjuicio de la reparación del daño, fijándose como monto mínimo el 40% del precio de venta al público de cada producto o prestación de servicios que impliquen la comisión de alguna de las conductas previstas en el Código. Estos delitos se perseguirán por querrela de parte ofendida, salvo el contemplado en la fracción I del artículo 424. Y en aquellos casos en los que los derechos de Autor sean de dominio público, la querrela será formulada por la Secretaría de Educación Pública.

La presente adición de los artículos antes invocados, denota mayor claridad y precisión en la tipificación de sus diversas conductas encontrando así nuevas conductas más apegadas a la realidad, disposiciones jurídicas que deben respetarse y regir la convivencia humana en materia de derecho autoral y no así equiparándolos a los delitos patrimoniales (fraude, estafa), dándole autonomía a dicho delito.

Asimismo, el 15 de mayo de 1997 se expide un decreto que reforma la fracción III del artículo 424, publicada el 19 de mayo del mismo año para quedar como sigue:

"A quien produzca, reproduzca, importe, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor, en forma dolosa a escala comercial y sin la autorización que en los términos de la citada ley debe otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos.

Las mismas sanciones se impondrán a quien use en forma dolosa, a escala comercial y sin la autorización correspondiente obras protegidas por la mencionada Ley.

Por lo que consideremos que su reforma consistió en cambiar por una parte la palabra fabricar por reproducir, dada la naturaleza misma de las obras que son susceptibles de reproducción sobre la base de una obra original o de nueva creación y no fabricación entendiéndose como el que la fabrica es el dueño o creador. Asimismo extendiendo el tipo no solo a libros sino a los fonogramas, videogramas de manera específica y protegiendo además a los derechos conexos que son los derechos de los artistas, intérpretes, ejecutantes, productores y órganos de radio difusión, insertando un párrafo velando por el uso que le pudieran dar a la obra en forma lucrativa y dolosa, es decir aumentando su campo de protección, no solo protegiendo la reproducción sino también el uso de la misma.

CAPITULO II.

Concepto y naturaleza jurídica de los derechos de autor.

2.1.- Confusión en su terminología.

La falta de uniformidad en su terminología obedece a los distintos criterios de los estudiosos y sus diferentes puntos de vista llámense filosóficos, políticos, económicos, jurídicos, sociales y culturales que han tomado para determinar la naturaleza jurídica de los derechos de autor y que de alguna manera a provocado tal confusión e inestabilidad en el concepto.

Ha recibido diversos criterios respecto al nombre, "Unos la llaman espiritual, y en las leyes alemanas se denomina mas frecuentemente derecho de autor, en las inglesas derecho de reproducción, y en las legislaciones procedentes de la lengua francesa propiedad literaria y artística o intelectual que es como se le conoce en España"²², Por mencionar algunos países en Argentina se le conoce con la denominación propiedad intelectual, en Colombia propiedad literaria y artistica, en Estados Unidos de América *copyright law*, en Honduras la trata la Ley de Patentes de Invención y en México actualmente derechos de autor.

En la doctrina hay quienes creen que su naturaleza jurídica es: "Un derecho de propiedad (Fichte, Hegel, Ihering, Zachariae, Wagner); hay quien le considera como un derecho sobre los bienes inmateriales (Stobbe, Heusler), hay quienes le consideran como un derecho de personalidad (Gierke, Careis) y hay quien cree que es un monopolio (Laband, Roquin), son ya pocos los que niegan la propiedad intelectual fundándose en que el hombre es obrero de la sociedad y no debe tener más producto que la gloria de su trabajo; que el pensamiento y la concepción de ideas deben ser para la sociedad y que no debe ser por lo mismo objeto de apropiación, pues es denigrante e ilógico, dice el doctor Sánchez Roman, negar al pensador el derecho de propiedad sobre su producción científica y reconocer sin escrúpulos ni vacilaciones ese derecho de propiedad .."²³.

La naturaleza jurídica de este derecho es muy controvertida y por su importancia será objeto de estudio amplio y especial en el siguiente tema a desarrollar.

²².- Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. 5a. ed. México : Porrúa, 1981. v. II. p. 547.

²³ - Apud. Rojina Villegas, op. cit. p. 547.

Por lo que se refiere al termino propiedad, el mismo resulta insuficiente y confuso dada su naturaleza por la cual se constituye mientras que el derecho de autor se ejerce sobre una creación intelectual el de propiedad se ejerce sobre una cosa, asimismo, y de ninguna manera engloba todas las obras de creación intelectual.

Por lo que se refiere al derecho real desde luego es inadmisibile e ineficaz toda vez que en el se ejercen directamente los actos de dueño, para disponer libremente de su propiedad (cosa) por lo que caeriamos nuevamente al concepto de propiedad siendo este un derecho real.

La noción derecho personal, desde luego y a primera vista el derecho personal queda comprendido dentro del campo de las obligaciones resulta fácil y sin entrar a un análisis del mismo descartar la posibilidad que se comprende dentro de tal derecho.

Los conceptos derechos *sui generis*, monopolio de explotación, no son adecuados por la generalidad que encierran y falta de precisión y que más adelante estudiaremos.

Derechos intelectuales sobre obras literarias y artísticas, resulta incompleto, no abarca la posibilidad de otra clase de obras limitando tal protección a obras literarias y artísticas al autor dejando en total desamparo a los derechos vecinos o conexos.

Derechos de autor, su manifestación se inicia como un privilegio que otorga el gobierno mediante una concesión o autorización al titular de tal derecho dejando fuera nuevamente los derechos de interpretes, productores o ejecutantes o cualquier otro que haga uso de su ingenio para realizar una creación derivada de la original, no solo tiene la calidad de autor el que crea una obra literaria o artística, sino que es todo aquél que crea algo y no necesariamente para fines culturales tal es el caso de quien comete un delito. Rangel Medina define al derecho de autor de la siguiente manera: "al conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen y confieren a los creadores de obras intelectuales externadas mediante la escritura, la imprenta, la palabra hablada, la música, el dibujo, la pintura, la escritura, el grabado, la fotocopia, el cinematógrafo, la radiodifusión, la televisión, el disco, el cassette, el videocasete y por cualquier otro medio de comunicación"²⁴.

Asimismo, encontramos definido al derecho de autor por el diccionario jurídico, "Se dice genéricamente de la retribución o beneficio pecuniario que puede resultar de la

²⁴.- Rangel Medina, David. Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual México : Porrúa, 1996 p 88.

explotación de creaciones originales particularmente, la retribución del autor en los contratos de edición; la mayor de las veces, un porcentual sobre las ventas.

También la expresión puede referirse al derecho de explotación que tiene el inventor sobre su creación intelectual o espiritual original: letras, ciencias y arte (musical, coreográfico, plásticas).

Facultad del titular de un derecho de autor en el sentido de que puede prohibir toda alteración de su obra y toda reproducción no autorizada²⁵.

No obstante, "es tradicional la clasificación de los derechos subjetivos de contenido patrimonial en personales y reales... Tomando como punto de referencia el Código Civil argentino, que ha seguido en este aspecto la tradición romanista, el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona (artículo 2506) en tal carácter es exclusivo, perpetuo y absoluto aquella categoría de derechos comprende... dos aspectos que le son peculiares, a los que una moderna terminología denomina derecho económico o pecuniario y derecho moral de autor. Entiéndase por derecho económico o pecuniario la posibilidad de disfrute que asiste a los autores de obras científicas, literarias y artísticas y a los inventores y descubridores respecto del producido material del resultado de su creación. Su principal característica que contribuye a acentuar la diferenciación con el derecho real de dominio es su vigencia limitada en el tiempo, ya que se extiende a toda la vida del autor y a un periodo subsiguiente a la muerte del mismo que en nuestro país es ahora de {75 años}..."²⁶.

"El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma"²⁷

"El derecho moral es el aspecto del derecho intelectual que concierne a la tutela de la personalidad del autor como creador y a la tutela de la obra como entidad propia... El concepto que se ha transcrito contempla los dos elementos esenciales de la creación intelectual: el autor y la obra... El derecho moral de autor se caracteriza por ser perpetuo e inalienable..."²⁸

²⁵.- Garrone, José Alberto "Derechos de autor" en: Diccionario Jurídico Argentino : Abelado Perrot, 1986. v. II, p 684.

²⁶ - Enciclopedia Jurídica Omeba, Argentina : Bibliográfica Argentina la Valle, 1980. v. XXII. p 636

²⁷.- Idem

²⁸.- Idem

"Mouchet y Radaelli clasifican las facultades que se derivan del derecho moral en exclusivas y concurrentes. Entre las primeras que solo deben ser ejercidas por el autor en virtud de su condición singularísima de creador... y las concurrentes que ejerce el autor, y en defecto del mismo, sus sucesores, derecho habiente o ejecutores testamentarios..."²⁹.

"El concepto y la terminología de derechos intelectuales, así como su caracterización diferencial de las categorías tradicionales de derechos subjetivos, fueron introducidos por el jurista belga Edmond Picard en una conferencia pronunciada en 1873 ante el Colegio de Abogados de Bruselas complementando su pensamiento al respecto en un artículo titulado *Embryologie Juridique*, que publicó en el *Journal de Droit International Privé* (Paris 1883)... incluye en la materia de los derechos intelectuales los siguientes rubros: a) derechos sobre las obras literarias y artísticas; b) inventos, c) modelos y dibujos industriales; d) marcas de fábricas, y e) enseñas comerciales...

La teoría de Picard se ha impuesto modernamente en el terreno doctrinario y ha sido aceptada por la mayor parte de los juristas que han ocupado el tema, aunque en algunos casos reduciendo su alcance a las dos primeras especies de su clasificación..."³⁰.

En consecuencia los derechos intelectuales son una categoría especial de derechos subjetivos, de contenido complejo (patrimonial y moral a la vez), en cuya virtud los autores de obras artísticas, científica, literaria y los inventores y descubridores se ven reconocidos en el goce de las consecuencias económicas que se derivan de su creación y en el señorío sobre las relaciones intangibles que lo vinculan a la misma.

En lo particular nos inclinamos por el uso de la expresión derecho intelectual por la siguiente consideración, si bien es cierto que los derechos intelectuales surgen de la obra misma, como consecuencia del acto de creación y una vez reconocidos por la autoridad administrativa el autor tiene la facultad de que se le reconozca en el goce de ese derecho así mismo estaríamos en presencia de un derecho subjetivo, unitario que garantiza intereses intelectuales (morales) del autor como económicos.

²⁹- Idem

³⁰- Ibid. p. 637.

2.2.- Discusiones en la doctrina.

a) Teoría sobre el fundamento de los derechos de autor.

Hay algunos tratadistas que llegan a considerar como absurdo que se declare al autor como propietario de una obra oponiéndose además a la retribución pecuniaria como compensación a su labor, los partidarios de esta opinión razonan del siguiente modo: si bien el pensamiento del hombre es exclusivamente suyo, como resultado de la facultad moral que debe a la naturaleza; luego que se emite, pertenece a la sociedad y ha llegado a la metafísica hasta el extremo de asegurarse: que la idea es de ninguno y el que la pone en práctica, no hace más que edificar en terreno común.

Sin embargo, hay quienes han salido en defensa de la protección jurídica de los autores con argumentos que sin lugar a duda son irrefutables como lo es el trabajo de un sabio, de un artista es moral y la savia que fecunda las obras literarias y artísticas es nada menos que una parte de la vida misma de sus autores cuya salud se destruye casi siempre por los afanes y disgustos que son inseparables compañeros de las tareas intelectuales, es justo retribuir al autor pero también lo es considerar la reproducción de las obras que sean útiles a la comunidad en bien de la civilización del género humano. En consecuencia no se sigue perjuicio y se evitan abusos de que algunos se hagan ricos con el trabajo ajeno

Por ello, "las obras del espíritu, las creaciones del arte y los descubrimientos científicos o industriales cesan, por su esencia misma, de formar para su autor un bien individual, desde que las han entregado a la publicidad y al menos, en ese sentido, es a partir de ese momento que ellas benefician a la humanidad entera y que cada uno puede asimilarlas y gozarlas. Sin embargo, la idea de un derecho privativo y de un goce exclusivo se comprende perfectamente, en tanto que uno lo aplique al valor pecuniario que en las condiciones económicas de las sociedades modernas se vinculan a la facultad de reproducir o de ejecutar esas obras, esas creaciones o esos descubrimientos. Solamente puede uno preguntarse si el derecho exclusivo por ese valor existe independientemente y fuera de toda ley positiva, y si, por consecuencia contiene para el legislador el deber imperioso de sancionarlo, o si, por el contrario será simplemente equitativo y útil, que él lo haga. Esta última solución es, a nuestro parecer la más jurídica, puesto que se trata de un derecho netamente particular que solamente se comprende en un estado social determinado, y que por su naturaleza misma se encuentra, para su establecimiento y conservación sometido a la reglamentación de la ley es por esto que partiendo de estas ideas, las diversas legislaciones que han reconocido este derecho privativo han limitado su duración a un cierto término"³¹.

³¹.- Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. México Porrúa, 1990. v IV. p 537

Finalmente son entre otras causas de justificación para proteger los derechos de autor las que a continuación enunciaremos:

a) La justicia social. Por que proviene de un trabajo intelectual y remunerado, "fuera del esfuerzo físico, que con distintos matices y en mayor o menor escala es común a uno y a otro tipo de actividad, aquel se integra además, con un considerable aporte de elementos espirituales, que en algunos casos es fina intuición creadora y en otros exquisita sensibilidad para traducir fielmente lo que otros han concebido... no siempre se sabe a que precio un hombre puede crear aquello que merece la alabanza de todos .. es necesario, pues, que la sociedad, tanto a través de los órganos del poder público como de los sectores privados, se considere obligada a respetar, proteger y estimular el trabajo intelectual y asegurar a los autores los justos derechos sobre la labor que han realizado"³².

2) La razón de orden moral. Plasman el sentir, las creaciones, y la ideología de los autores incluyendo algunos factores como el lugar y tiempo en que fueron realizadas tales obras.

3) La razón de orden económico. Encaminada a la justicia social, si produce es justo que se le retribuya, íntimamente vinculado con el trabajo intelectual susceptible de producción y reproducción, generando utilidad pecuniaria así como el goce de su obra durante su vida.

4) Razón de desarrollo cultural. La historia queda plasmada acrecentándose el acervo cultural de la Nación, engrandeciéndola y asegurando una amplia difusión de la cultura.

5) Prestigio y riqueza nacional. Que se adquiere a través de la creación de las obras intelectuales.

Por estas razones consideramos justo que se le retribuya su esfuerzo y por otro lado que se le proteja.

³²- Ibid p. 635.

b) Teorías sobre su naturaleza jurídica.

Sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor se han elaborado múltiples tesis, pero sin que en la doctrina los diversos estudiosos que las sostienen hayan llegado a coincidir.

Se han sostenido que los derechos de autor son derechos reales; otros han afirmado que son un tipo de derechos personales; otros más sostienen que son un derecho de propiedad; algunos más que es un derecho intelectual o inmaterial, otros le dan tratamiento de monopolio de explotación y finalmente lo consideran como un derecho *sui generis*.

Enseguida nos ocuparemos de analizar las tesis antes mencionadas:

1.- Teoría de la Propiedad.

"En la mirada retrospectiva que nos exige esta materia, verifiquemos la apariencia de un hecho singular, que propicio el surgimiento de Juan Jacobo Rousseau y con él la presencia de una corriente filosófica y política cuyo conocimiento es básico en toda temática social... Contestando nuevamente a una cuestión propuesta por la Academia de Dijón (cuanto contribuyó a la revolución de los tiempos modernos) compuso su segundo discurso sobre ¿cuál es el origen de la desigualdad entre los hombres? ¿Esta ella autorizada por la ley natural?... Destacaba la igualdad y la libertad de que gozaba en esa situación y sostenía, en contra de las teorías políticas de su tiempo como las de Hobbes y Locke, que el hombre había dejado el estado natural, no por su propia conveniencia ni por utilidad pública, sino más bien por el interés de los ricos, que aparecen con motivo de la propiedad privada, a la que condenaba en enérgicos términos, como causa de las desventuras de la humanidad. Es famoso este párrafo del discurso: El primero que habiendo cercado un terreno, descubrió la manera de decir. Esto me pertenece, y halló gentes bastantes sencillas para creerle, fue el verdadero fundador, de la sociedad civil. El pacto social, que da origen al Estado, es una argucia de los ricos, para valerse de la fuerza común y proteger sus intereses y propiedades. En el proceso histórico que produce las graves desigualdades de orden político, señala tres etapas. En la que se establece la diferencia entre ricos y pobres, a causa de la propiedad privada; aquella en la que aparece la diferencia entre débiles y poderosos, a causa del gobierno, y por último, en la que aparece la que existe entre amo y esclavo, a causa del despotismo, el último y más alto grado de la desigualdad, que solo ha de desaparecer por una nueva revolución que lleve al hombre a instituir un gobierno legítimo"³³.

³³.- Ibid. pp. 217-219.

Así mismo, "el primer sentimiento del hombre fué el de su existencia: su primer cuidado el de su conservación... tal fue la condición del hombre primitivo; la vida de un animal, limitada en un principio a las puras sensaciones y aprovechándose apenas de los dones que le ofrecía la naturaleza sin pensar siquiera en arrancarle otros... del cultivo de las tierras provino necesariamente su repartición y de la propiedad, una vez reconocida, el establecimiento de las primeras reglas de justicia, pues para dar a cada uno lo suyo era preciso que cada cual tuviese algo. Además, comenzando los hombres a dirigir sus miradas hacia el porvenir, y viéndose todos con algunos bienes que perder, no hubo ninguno que dejase de temer a la represalia por los males que pudiera causar a otro. Este origen es tanto más natural, cuando que es imposible concebir la idea de la propiedad recién instituida de otra suerte que por medio de la obra de mano, pues no se ve que otra cosa puede el hombre poner de sí, para apropiarse de lo que no ha hecho, si no es su trabajo. Solo el trabajo es el que, dado al cultivador el derecho sobre los productos de la tierra que ha labrado, le conoce también, por consecuencia, el derecho de propiedad de la misma, por lo menos hasta la época de la cosecha, y así sucesivamente de año en año, lo cual constituye una posesión continua, término por transformarse fácilmente en propiedad"³⁴.

Pues bien, "antes de que hubiesen sido inventados los signos representativos de la riqueza, esta no podía consistir sino en tierras y en animales, únicos bienes reales que los hombres podían poseer... así resultó que, los más poderosos o los más miserables, hicieron de sus fuerzas o de sus necesidades una especie de derecho en beneficio de los demás, equivalente según ellos al derecho de propiedad"³⁵.

"Por mucho tiempo los escritores afirmaron que su derecho era una propiedad, comparaban al escritor que vende su libro con el campesino que vende su cosecha. Uno de ellos (Lamartine) llegó hasta pretender que la propiedad literaria era la más santa de las propiedades. [en concordancia con esta idea] se ha dicho y repetido que la propiedad literaria era la más personal y legítima, por qué la propiedad ordinaria recae sobre cosas exteriores que el hombre esta obligado a proporcionarse mientras que su pensamiento solo le pertenece a él"³⁶.

"En efecto, ya en la *asamblea Constituyente francesa Chapellier consagró que la más sagrada, la más inatacable, por así decirlo, la más personal de todas las propiedades es la obra del pensamiento de un escritor"* ³⁷

"Lakanal, redactó de la ley de julio de 1793, no era menos categórico cuando sostenía que de todas las propiedades, la menos susceptible de discusión, aquella cuyo

³⁴ - *Ibid.* p. 222.

³⁵.- *Ibid.* p. 223.

³⁶.- Marcel Planio y otros. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. México : Cardenas Editores. 1983 p. 267.

³⁷.- Magallón Ibarra, *op. cit.* p. 606.

acrecentamiento no puede herir ni la igualdad republicana, ni dar sobra a la libertad, es sin contradicción la constituida por las producciones del genio; y si algo debe de extrañarnos es el que haya habido que reconocer esta propiedad y asegurar su ejercicio por una ley positiva".³⁸

En 1884, el príncipe Napoleón dirigió una carta destinada a la publicidad diciendo: "la obra literaria es una propiedad como una tierra, como una casa, debe gozar de los mismos derechos. Los escritores triunfaron introduciendo en el lenguaje, a pesar de su inexactitud la expresión propiedad literaria, que por mucho tiempo ha figurado en el texto de nuestras leyes"³⁹

Por lo que consideramos que la concepción materialista de la historia, en la que los intereses económicos y no los principios ideológicos son los causantes de las revoluciones. Fue por ello que se equiparó a la propiedad común con la creación del ingenio toda vez que el pensamiento sólo le pertenece al autor sin dejar que alguien más pudiera apropiarse de dicho trabajo intelectual.

Lo dicho a este respecto explica la diferencia en el sistema de la propiedad ordinaria y la propiedad literaria. La primera era la riqueza más preciada, considerada como una utilidad acumulativa de la misma por medio de la propiedad privada y al alcance de una clase social determinada mientras que la llamada propiedad literaria adquiere carácter patrimonial como elemento accesorio por el fruto del trabajo intelectual realizado pues la base es el derecho de la personalidad.

"Se dispone que las cosas lleguen a ser propiedad de los particulares de muchas maneras y que, en efecto, se adquiere el dominio, o por el derecho natural, también llamado derecho de gentes, o por el derecho civil. De acuerdo con lo antes indicado; esta a la vista que la referencia del concepto de la propiedad, esta conjugado con la idea del dominio... si nosotros indagamos el sentido etimológico de dicho vocablo: Dominio, veremos que su origen radica en *domus*: Casa; entrañando con ello todo lo que correspondía al dueño de ese lugar. Otra explicación se encuentra en el verbo domo, as, are, que es equivalente de sujetar, de dominar o de domar. Sin embargo, no obstante el uso analógico de esas palabras, en la actualidad se utiliza el concepto de la propiedad como un sentido genérico y al dominio consecuencia de ella un aspecto netamente específico. A este mismo respecto, el comentarista español Pedro Gómez de la Serna hacia notar una sutil diferencia entre ambos términos, pues especificaba que la propiedad, en su sentido lato, comprendía todas las cosas que nos pertenecen y que, cuando estaba circunscrita solo a las cosas corporales, se le llamaba dominio, palabra que designa una propiedad por naturaleza ordinaria, que era a la vez absoluta, perpetua, irrevocable,

³⁸- Idem.

³⁹- Marcel Planio, op. cit. p. 267.

ilimitada y exclusiva... El dominio es el derecho de usar y abusar de la cosa propia hasta donde la razón del derecho lo soporta".⁴⁰

Además de usar, disponer y abusar de la cosa como elementos básicos de la propiedad el propietario tiene el derecho de reivindicarla de todos aquellos que la detentan.

"La propiedad procede del latín *propietas*, derivado de *proprium* equivalente a lo que pertenece una persona es propio de ella, locución que viene de la raíz propia que significa cerca con lo que denota cierta unidad moral de la persona con las cosas..".⁴¹

La propiedad es el derecho real por excelencia y por ende de los bienes corporales

"Marcel Planiol prefirió derivar de la definición de propiedad propuesta por Aubry y Rau, las características de ser absoluta, exclusiva y perpetua; reconociendo como esencia de ellas la libertad. No obstante, tiene presente las restricciones a las que está sujeta; apreciando que el aspecto que caracteriza realmente al antiguo *abusus* se manifiesta mediante la facultad de consumir la cosa, agotando o transformando su substancia, o dándole un destino que solo causa daño."⁴²

"Ambrosio Colín y Henri Capitant prefiere definir a la propiedad como el poder de usar de una cosa y aprovechar toda la utilidad que es susceptible de procurar de un modo exclusivo y perpetuo."⁴³

"Julien Bonnecase define a la propiedad como el derecho real tipo, en virtud del cual, en un medio social dado, y en el seno de una organización jurídica determinada, una persona tiene la prerrogativa legal de apropiarse, por medio de actos materiales o jurídicos, toda la utilidad inherente a una cosa mueble o inmueble."⁴⁴

"...Los autores Franceses han estudiado el derecho de propiedad incluyendo todos ellos, no obstante las características básicas que le reconocen como poder absoluto, esto es, que confieren todos los poderes, *plena in re potestas*, exclusivo y perpetuo, con facultades para perseguirlo y reivindicarlo"⁴⁵

⁴⁰.- Magallón Ibarra, op. cit. p. 248. 249

⁴¹.- Ibid. p.250.

⁴²f.-Ibid. p. 291

⁴³.-Idem.

⁴⁴.- Ibid p. 292.

⁴⁵.- Idem.

"Hegel plantea sus pensamientos sobre la propiedad: 'el hecho de que yo tenga alguna cosa en mi poder externo, constituye la posesión, así como el aspecto particular por el cual yo hago mía alguna cosa para una necesidad natural, para un instinto o un capricho constituye el interés especial de la posesión. Pero el aspecto por el cual yo, como voluntad libre estoy objetivamente, en posesión de mí mismo y, de esa manera, positivamente voluntad real, constituye aquí lo verdadero y lo jurídico, la determinación de la propiedad."⁴⁶

Hegel se refiere a la voluntad como propiedad de él mismo una voluntad real, pero esta debe estar objetivada, de lo contrario no sería de su propiedad. así mismo el pensamiento como idea no representa una propiedad.

"El análisis que Aubry y Rau realizaron de la materia de la noción de la propiedad en el Código Civil... la propiedad podría definirse como el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida, de una manera absoluta y exclusiva, a la voluntad y a la acción de una persona... artículo 544 del Código Civil Francés, en el que se preceptúa. 'la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta' Agregando que aún cuando las facultades inherentes a la propiedad no son susceptibles de una enumeración detallada, ellas sin embargo se resumen en la proposición siguiente. el propietario puede, a voluntad, usar y gozar de su cosa, y al disponer materialmente de ella, en su oportunidad todos los actos jurídicos de los que sea susceptible y, en fin, excluir a terceros de toda participación en el ejercicio de esas diversas facultades .sin embargo sometido a diversas restricciones establecidas en el interés público "⁴⁷

La creación artística, literaria y científica como obra del ingenio, en la legislación francesa fue considerada como un contrato de trabajo, dado que resultaba del esfuerzo intelectual, es decir. un desgaste físico y mental del autor

según los franceses los derechos que integran el patrimonio de cada individuo son los derechos reales y personales excluyendo a una tercera categoría a todo producto que resulte del ingenio.

"Ernesto Gutiérrez y González. Quien elaboró una amplia crítica a esa concepción, la cual desarrollo en siete puntos, a saber:

1.- En un orden de rigurosa lógica, no acepta que pueda calificarse al derecho autoral como un derecho real '*sui generis*', pues si esto significa que lo que tiene esa calidad es

⁴⁶.- Ibid p. 299.

⁴⁷.-Ibid. p. 290, 291.

único en su genero, entonces implícitamente ello sería el genero, y ello determinaría que no pudiera ser un derecho real.

2.- En todo derecho real se manifiesta un poder jurídico, que se verifica mediante su ejercicio que permite detentar materialmente las cosas sobre las que se ejerce, como en el usufructo en la hipoteca. En cambio en el derecho autoral ello no opera, puesto que su producto la idea es intangible y por tanto, no es susceptible de objetivar ese dominio sobre ella.

3.- En la protección de los verdaderos derechos reales concurre la fuerza misma de la tendencia y posesión que se tenga sobre una cosa; en cambio, en la protección y beneficios que se le reconocen al derecho de autor, estos resultan solamente como consecuencia de la Ley.

4.- En el derecho real se puede autorizar el aprovechamiento de la cosa en la medida del título que se tenga, lo que esta descartado en el derecho autoral, pues en este no cabe la medida del título. Se es autor o no se es; traduciéndose en que cualquier persona que conozca la idea de la que resulta el derecho, la puede aprovechar, con o sin título y dentro o fuera de la Ley.

5.- El derecho real es posible *erga omnes*. El derecho autoral no lo es [consideramos que si lo es puesto que aun no registrada dicha obra surte efectos contra terceros].

6.- El derecho real no se puede duplicar en el espacio. En cambio, ello si opera en el derecho autoral, pues existe la factibilidad de que dos personas puedan llegar a ideas coincidentes sin que hubiere ningún vínculo de conocimiento entre ellas

La comparación de elementos de definición que se encuentran en el derecho autoral, no concurren en la determinación del derecho real y, por lo mismo, la única conclusión posible es la de reconocer que se trata de dos figuras jurídicas diferentes, sin poder asimilar el derecho de autor a la naturaleza jurídica del derecho real.⁴⁸

Finalmente consideramos que no se puede asimilar el derecho de autor al derecho de propiedad porque difieren en su forma de concebirse, uno nace de un hecho histórico social materialista y por otra parte el otro surge como un derecho inherente a la persona.

2.- Teoría del derecho de personalidad.

"En la actualidad es opinión dominante en la doctrina considerar al derecho moral de autor como un derecho de la personalidad, comprendido entre los que tutelan la integridad moral de la persona como el derecho al honor:

En la doctrina Francesa, en la conocida obra de Mazeaud, se indica el importante papel de la jurisprudencia Francesa al destacar el aspecto personal del derecho de la propiedad literaria y artística, que la Ley de 11 de marzo de 1957 ha recogido al regular

⁴⁸.-Ibid. p. 599, 600.

el doble contenido patrimonial y personal de esta propiedad; en dicha obra se describe el moral como parte de la personalidad del autor: la obra forma parte integrante de la personalidad del autor; es la creación de su espíritu, su pensamiento proyectado en el espacio y fijado en el tiempo.⁴⁹

El derecho moral tiene como caracteres, ser un derecho unido a la persona inalienable, extra patrimonial, imprescriptible, irrenunciable, inembargable, perpetuo. Así mismo subsiste aún después de muerto el autor, toda vez que la personalidad intelectual sobrevive a la persona física.

"Así en la obra clásica de Colín y Capitan, revisada por Julliot de la Morandière, al estudiar los derechos de la personalidad que protegen al individuo en su individualidad física, su individualidad intelectual y moral, su individualidad jurídica y en su estado civil, se enumera junto a la protección del honor y de la imagen la protección de la individualidad intelectual del pensamiento, que justifica lo que se llama derecho moral de autor de una obra literaria o artística, derecho de revelar la obra al público, de impedir cualquier mutilación o deformación de la obra."⁵⁰

Marty y Raynaud, consideran el derecho de la personalidad como un derecho moral del autor "que lo clasifica entre los derechos de identificación y expresión de la persona, afirmando que los derechos sobre las obras del espíritu son las expresiones más netas de su personalidad, como ocurre con el derecho moral de autor, que forma parte de los derechos de la personalidad y consiste esencialmente en el derecho de publicar o de no publicar y de perseguir a los que atenten contra su obra publicada."⁵¹

"Degni afirma, en efecto, que algunas de las facultades del derecho de autor están íntimamente, inseparablemente, conexas a la personalidad humana...las facultades inseparables de la persona del autor indudablemente constituyen un derecho de la personalidad. Pertenecen a esta categoría todas las facultades que miran a la defensa de la paternidad y de la integridad de la creación intelectual, que miran a la tutela del nombre y de la dignidad de la persona del autor como uno de los atributos de su personalidad y que se termina con su persona...como hay un derecho de la persona a su integridad física y a su integridad moral, hay también un derecho a su integridad ideal."⁵²

Para Cupis que analiza al derecho de autor en un doble aspecto patrimonial y personal o moral negando un solo aspecto al derecho de autor como lo es el moral y sostiene: "el objeto del derecho moral es para De Cupis la paternidad intelectual del

⁴⁹.- Espín Cánovas, Diego. Las Facultades del Derecho Moral de los Autores y Artistas. Civitas. España. 1991. p19

⁵⁰.- Ibid. p. 21

⁵¹.- Ibid. p. 21, 22.

⁵².- Ibid. p. 22, 23.

autor sobre la obra que ha creado: paternidad intelectual que es un bien personal, consistente en un modo de ser o cualidad moral de la persona del mismo autor Destaca De Cupis que los varios poderes de cuyo conjunto resulta el derecho moral de autor tienen todos, como punto de referencia, este bien de indole personal y moral."⁵³

"Se trata, por tanto, de un bien diverso del que es objeto del derecho patrimonial de autor; verdaderamente la paternidad intelectual no puede reducirse al nivel de un *simple, y distinto, interés* relativo a un mismo bien, objeto de un unitario derecho de autor...es un derecho de la personalidad esencial...es un bien interior de la persona, e inseparable de ella constantemente comprendido en su esfera jurídica...puntualiza De Cupis que se trata de un derecho de la personalidad, no innato, sino adquirido por consecuencia de la creación de la obra, como acontece con otros, como el derecho al nombre."⁵⁴

Así mismo el Profesor Español Pérez Serrano dice: "constituye hoy ya la consagración Legislativa, incluso con rango Internacional, de facultades justas y espirituales que al autor le corresponden en defensa de su honor y para garantía de integridad de la obra, añadiendo que ese derecho se basa en supremas consideraciones de respeto a la persona y al patrimonio espiritual del autor, y también en la protección del público de buena fe contra mistificaciones inadmisibles."⁵⁵

Dentro de la Legislación Española el ilustre Profesor Castán Tobeñas: "que el derecho moral de autor es indudablemente un derecho de la personalidad, ya que atañe a un bien ideal inseparable de la persona, añadiendo (citado De Cupis) que constituye un derecho privado que tiene por objeto no la obra del ingenio, que es un bien de naturaleza patrimonial, sino el bien de la paternidad intelectual, modo de ser moral de la persona del propio autor."⁵⁶

"De Castro considera también el aspecto personal del derecho de autor como un especialísimo bien de la personalidad que ha recibido reconocimiento legal y que se manifiesta en las siguientes facultades: derecho inédito, derecho de paternidad, derecho de pureza de la obra, derecho de corregir la obra, enunciando así el derecho de retractación."⁵⁷

Hay quienes rechazan la posibilidad que el derecho de autor sea un derecho de la personalidad tal es el caso de Leopoldo Aguilar Carbajal quien sostiene: "ubica tanto a los derechos reales como a los personales la característica base de estos la constituye la

⁵³ - Idem.

⁵⁴ - Ibid p. 24, 25.

⁵⁵ -Idem.

⁵⁶ - Ibid. p. 26.

⁵⁷ - Ibid. p. 27.

existencia de la relación jurídica entre las partes. 'En cambio, si observamos al titular de un derecho de autor en el goce de su derecho, descubrimos una situación semejante a la de los derechos reales: un titular que se aprovecha de las ventajas económicas de su obra en forma exclusiva; luego desde este momento podemos deducir que se trata de un derecho real, aunque se ejerza sobre cosas incorporables, como son las ideas en el caso de derechos de autor resalta la obligación negativa del sujeto pasivo universal de los derechos reales, ya que el inventor tiene derecho de exigir a todo el mundo que se abstenga de usar el objeto del derecho. Luego ya podemos establecer, bajo bases firmes que los derechos de autor consisten en derechos reales"⁵⁸.

"Piola Caselli, el derecho de autor representa un poder de señorío sobre un bien intelectual *ius (in re intellectuali)* que puede consistir en facultades de orden patrimonial y personal"⁵⁹

Evidentemente el derecho de autor tiene su base en el derecho de personalidad pues esta nunca se pierde, es decir, ni muerto el autor la pierde, el autor vive y trasciende en su obra, tal derecho no se agota en asegurar al creador la posibilidad de obtener beneficios pecuniarios. Es por eso que pudiera pensarse que el derecho de autor tienen un doble cometido, y en consecuencia una doble estructura

3.- Teoría del monopolio de explotación.

La teoría del privilegio tiene, como categoría histórica, la siguiente explicación: "Es una solución que se plantea en una época en que el Rey era el depositario de todos los derechos que pertenecían a la comunidad o el único titular de esos derechos, siendo por tanto lógico ver en la facultad del autor, o de la persona a quien el rey se lo había concedido, un mero privilegio otorgado por el monarca. Es fácil advertir, respecto a esta tesis, que no reconoce un derecho preexistente, sin que atribuye un derecho que el poder gubernativo concede como gracia"⁶⁰.

"Antiguamente el autor de un libro lo explotaba por medio de un privilegio que le concedía el rey, para hacer imprimir la obra por el librero que le conviniera. Estos privilegios se obtenían en forma de cartas de cancelería; se ven reproducidas al príncipe o al fin de las antiguas ediciones. El monopolio de la publicidad derivada así de una concesión real. No se otorgaban privilegios para las obras de arte, por falta de procedimientos industriales para su reproducción. de la publicación derivaba así de una concesión real. No se otorgaban privilegios para las obras de arte, por falta de procedimientos industriales para su reproducción. Fue la imprenta la que hizo nacer la cuestión de la propiedad literaria, que los antiguos ni siquiera habían sospechado. El más

⁵⁸.- Magallón Ibarra, op. cit. p. 599

⁵⁹.- Ibid. p. 607

⁶⁰.- Ibid. p. 608-609.

antiguo privilegio conocido fue concedido a Alde, impresor de Venecia, en 1495, para una edición de Aristóteles⁶¹.

"Roguín, quien entiende que la apropiación es el fenómeno característico del mundo material, en tanto la expansión lo es del mundo espiritual. Así como el bien material rinde el máximo cuando es objeto de un derecho de propiedad el bien espiritual lo rinde con su difusión. El derecho de autor sería, entonces, una obligación de los demás de no imitar, una restricción a la actividad naturalmente posible de los otros, constituyendo a favor del autor un monopolio de derecho privado"⁶²

Otra explicación la encontramos de la siguiente manera: La idea repugna por su naturaleza con el derecho de propiedad. Que supone la posibilidad de una posesión exclusiva. La verdad es que el autor tiene derecho a una retribución. En la práctica, desde hace mucho tiempo, se ha encontrado el medio de asegurar esta retribución concediéndole un monopolio de explotación.

Esta postura explica el origen, pero de ninguna manera la naturaleza del derecho de autor, es decir, el monopolio de explotación es lo que da al derecho de autor su valor pecuniario, sin embargo podríamos confundir un monopolio en su contenido moral como derecho exclusivo, perpetuo, protección y como reconocimiento a su integridad del autor.

4.- Teoría del derecho de la propiedad intelectual o inmaterial.

Luis Adolfo Thiers, plantea lo siguiente: "Después de haber observado al hombre, veo que piensa, que tiene necesidad de pensar, de ejercer esta facultad, que ejerciéndola se desarrolla, se engrandece, y digo que tiene derecho de pensar, de hablar, pues pensar y hablar es lo mismo... Encuentra que el hombre tiene en sus facultades personales una primera propiedad incuestionable, que es el origen de todas las otras. De ahí afirma: la propiedad, he dicho, es un hecho universal; sometamos este hecho al juicio íntimo de la conciencia humana, y examinemos si esa inclinación del hombre a apropiarse el pescado que ha cogido... Estos pies, estas manos, estos órganos diversos que me ponen en comunicación con el universo, son en consecuencia míos; Es decir que me sirvo de ellos sin cesar, sin escrúpulo sin remordimiento de tener el bien de otro; que no pienso cederlos a nadie... Estas facultades dichas físicas o morales, son ciertamente tuyas, nadie lo negará y sin error del lenguaje se podrá decir que es su propiedad. Esta presente el derecho de propiedad, sin embargo el no se exterioriza en el dominio tradicional de las

⁶¹ - Marcel Planiol, op. cit. p. 270.

⁶².- Magallón Ibarra, op. cit. p. 609.

cosas, sino que esta dedicado a la protección de los bienes inmateriales que resultan ser productos intelectuales que ameritan la protección de la ley"⁶³.

Francesco Carnelutti "Ubica al lado de la propiedad tradicionalmente reconocida, una nueva y diversa manera de manifestarse: la propiedad inmaterial, dentro de la cual coloca además del derecho autoral a la llamada propiedad industrial... Todos están de acuerdo en incluir en ella los derechos que se suelen llamar, por una parte, derechos de autor, y por otra, derechos de patentes; hasta aquí van bien, pero al agregar además el derecho a la marca y a las otras denominaciones industriales, y enseguida, sobre la misma línea entre otros el derecho al secreto o a la reputación de la obra o de la hacienda, el concepto se transforma de esta manera en una nebulosa. En la raíz de esta impresión se encuentra la confusión entre el bien y el interés, que constituyen respectivamente el objeto el contenido del derecho o, en general, de la situación jurídica. Por lo demás, actualmente todos estamos de acuerdo en reconocer cual sea este bien. No es por ejemplo, el libro, es decir, el volumen de páginas impresas, sino lo que hay dentro. Puede haber, no digo desacuerdo, sino indecisión en designar con su nombre lo que hay dentro. Pero el buen sentido ha superado completamente este titubeo al hablar con exactitud de obra de la inteligencia, significado, con tal expresión que, en la obra, la inteligencia permanece dentro, como aprisionada y acumulada, constituyendo, justamente, su preciso contenido... ya cuando se considera el aspecto del contenido que se refiere al goce ajeno, las diferencias entre el derecho de patentes y el derecho de propiedad se ponen de manifiesto, según que la idea, que constituye su objeto, éste o no esté destinada por el autor a la publicidad, como si dijéramos, propiamente, al goce ajeno, quedando excluido de este más o menos por el efecto del derecho de propiedad; en el primer caso se prohíbe hasta su conocimiento, y de esta manera el derecho de patentes, más que un derecho a la posesión, es un derecho al secreto; En el segundo, incluso cuando el goce se realiza sobre la cosa, en la cual la idea está contenida, ninguna exclusividad se garantiza al titular sobre esta y solo le está vedado al non *dominus* extraerla de la cosa para introducirla en otra, sobre todo si esto se realiza para ofrecerla al goce ajeno, y de esta manera el derecho a la posesión se acentúa en el derecho a la reproducción excluyendo solo el goce ajeno, que se resuelve en el traspasar la idea de una cosa diversa. En todo caso, se excluye la forma de goce que consiste en disfrutar del crédito de la idea ajena, generando confusión entre esta, y otra idea; por tanto otro aspecto del contenido del derecho de patente es el derecho a la identificación y, por lo mismo, el derecho al título"⁶⁴

Según los romanos definen a las cosas corporales o tangibles de la siguiente manera: "*eaquae tangi possunt*", o sea perceptibles por medio del tacto, que es, en la experiencia común, el índice ordinario de la realidad de una cosa exterior al sujeto. Pero también la perceptibilidad con la vista y, en general, con los sentidos puede ser índice de corporabilidad. Son cosas corporales aún materias no sólidas ni líquidas, como el vapor y el gas"⁶⁵

⁶³- Ibid. p. 602.

⁶⁴- Ibid. p. 603-604.

⁶⁵- Francesco Messine. Manual de Derecho Civil y Comercial 8a. ed. Argentina : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979. v. II. p. 285.

"Las energías humanas (trabajo manual o intelectual) son cosas (corporales), solamente en cuanto se traduzcan en trabajo, esto es en cuanto sean consideradas, no en sí, sino en los resultados económicos que son aptas para producir: servicios, productos, por consiguiente *por sí mismas, no son cosas*".⁶⁶

Ahora bien, tratemos de explicar lo que significa las cosas incorpóreas, o cosa *inmaterial* "que es una cosa no perceptible con los sentidos, pero cognoscible con el pensamiento"⁶⁷.

Sin embargo, "Ciertas entidades, o valores espirituales, que consisten en productos de la actividad intelectual del hombre (obra del ingenio, invención industrial), o sea ideas (como resultado de una actividad creadora: creación artística, científica, descubrimiento industrial); a las cuales, no siempre y necesariamente (o no todavía) expresadas y materializadas en cosas corporales, se les protege aun antes de expresarse y materializarse. Tales cosas (producciones literarias, artísticas, científicas, fórmulas por ejemplo, el denominado secreto industrial, descubrimientos, inventos técnicos .. son objetos de derechos: precisamente, son cosas inmateriales sobre las cuales existen derechos subjetivos patrimoniales y no patrimoniales. Tales entidades son tomadas en consideración en cuanto pueden ser materia de utilización económica, o sea, cosas en el peculiar significado en que son objeto de particulares derechos de utilización económica. Diversa es la cosa (corporal: libro, partitura musical...), en la cual la idea es materializada de manera duradera: es cosa por sí misma, y puede indiferentemente, pertenecer al autor (o al inventor) lo mismo que a otros,"⁶⁸.

Gama Ceroqueira, quien afirma: "El derecho de autor recae directa e indirectamente sobre su creación, sujetándola, de modo completo y exclusivo, al poder de su voluntad. Es un derecho originario y pleno, que se opone, *erga omnes*. El autor puede usar y disponer de su creación, y el ejercicio de su derecho no depende de la prestación de otras personas. Lo que lleva a decir que es un derecho de propiedad, es el derecho real bajo su forma más simple y completa, derecho que somete la cosa al dominio absoluto exclusivo de la persona y le atribuye el goce de todas las ventajas que la cosa es susceptible de proporcionar... el derecho de autor solo difiere del derecho de propiedad por su naturaleza de su objeto, que es inmaterial. Pero, como se trata de demostrar, justamente, que los bienes inmateriales pueden ser objeto de propiedad, en el sentido propio y jurídico de esta palabra, esa diferencia no priva al derecho de autor de su carácter de propiedad, coadyuvando por el contrario, para caracterizarlo como propiedad inmaterial, idéntica en todo lo demás a la propiedad del derecho común. La

⁶⁶- Ibid. p. 286.

⁶⁷- Idem.

⁶⁸- Ibid. p. 287.

naturaleza inmaterial del objeto constituye, pues, la diferencia específica entre la propiedad corpórea (dominio) y la propiedad inmaterial⁶⁹.

Se trata de un derecho exclusivo sobre la obra considerada como un bien inmaterial, económicamente valioso, y en consecuencia de naturaleza distinta del derecho de propiedad porque difiere del objeto que la constituye, es decir de las cosas materiales, sin embargo, conserva una nota consustancial a la doctrina de la propiedad, que es la interpretación del poder jurídico como un señorío sobre un bien autónomo del sujeto. Asimismo la inmaterialidad del objeto consiste en una cosa intangible, según nuestra Ley solo se protege la obra debidamente objetivada, por lo tanto no es protegible dicho objeto inmaterial, toda vez que la idea en si misma no se protege.

5.- Teoría que considera al derecho de autor *sui generis*.

"Picard elaboró una clasificación general de las relaciones jurídicas colocando el derecho de autor junto con los inventos, diseños y modelos industriales y las marcas en una nueva categoría de naturaleza *sui generis* y autónoma: los derechos intelectuales (*iura in re intellectualli*), que contrapuso a la categoría antigua de los derechos reales (*iura in re materiali*). Abre una nueva categoría jurídica que no es un derecho sobre bienes materiales ni inmateriales y considerando al derecho de autor con su doble contenido patrimonial y moral"⁷⁰

Don Ernesto Gutiérrez y González considera: "En un orden de rigurosa lógica, no acepta que puede calificarse al derecho autoral como un derecho real *sui generis*, pues si esto significa que lo que tiene esa calidad es único en su genero, entonces implícitamente ello sería el género, ello determinaría que no pudiera ser un derecho real"⁷¹.

Así mismo, él mencionado autor "rechaza todas las doctrinas que convergen hacia la determinación de la naturaleza jurídica del derecho autoral para aseverar que éste tiene su característica propia y específica como derecho de autor. En ello advierte que no esta incurriendo en un pleonasma, puesto que acepta que ese derecho es lo que su mismo nombre indica; explicando que el error de las teorías que se exponen, consisten en anticipadamente ubicar a todo lo que es patrimonial sea como derecho real o como derecho personal. Para apoyar su criterio tiene presente que el legislador constituyente de 1917 no lo designó como un derecho real, ni como algo parecido al de propiedad, ya que su designación en el artículo 28 constitucional sencillamente le otorga el nombre de

⁶⁹- Pachón Muñoz, Manuel. Manual de Derechos de Autor. Colombia : Temis, 1988 p. 9.

⁷⁰- Lipszyc, Delia. Derechos de Autor y derechos conexos. Argentina : Unesco, 1993. p 27.

⁷¹- Magallón Ibarra, op. cit. p. 599.

privilegio, abandonándose así la calificación de propiedad que le otorgan los Códigos Civiles de 1870 y de 1884⁷².

"Concluye su argumentación agregando: El derecho de autor no tiene existencia por sí solo, pues existe solo en la medida que el Estado a través de la ley, lo tutela y reconoce, en tanto que el derecho real, al margen de la ley, en su contenido económico mismo, existe como fenómeno social, lo sanciones o no la ley; lo que da su contenido, al derecho real, se presenta como una realidad social... es precisamente por todo lo que dejo expuesto en páginas anteriores que afirmo y sostengo que el derecho de autor tiene una naturaleza jurídica propia, y no hay necesidad de tratar de asimilarlo al derecho real o a alguna de sus especies,... resulta ilógico volver a criterios antiguos plenamente superados"⁷³.

Consideramos que decidirse por una u otra teoría, depende fundamentalmente de lo previsto en las normas constitucionales y en la Ley Reglamentaria de la misma, puesto que puede no ser cierto en Francia lo que puede serlo para México. Pues si bien es cierto que la corriente anglosajona protege únicamente a la cosa (*copyright*), la corriente francesa protege al autor, es decir reconoce a la persona, mientras que en México se protege tanto a la persona como a la obra, tal y como lo establece el artículo 5 de la Ley Federal de Derechos de Autor "La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión".

El reconocimiento de los derechos de autor protege dos cosas; la obra que es el contenido considerado una extensión de la persona del autor, la obra esta conformada por contenido y forma de expresión, el derecho de autor protege únicamente la forma de expresión; para que esta forma de expresión sea protegida necesariamente debe ser original y derivadas (en lo que tengan de original) a sí mismo, objetivada esta última se refiere al principio de protección automática es decir, que va hacer protegida desde el momento de su creación , momento en el cual la obra sea objetivada. Y, por otra parte protege al autor.

De lo previsto en el artículo 28 constitucional que otorga esa naturaleza propia y específica al derecho de autor, se refleja en la indole especial de las prerrogativas de que gozan los autores por mandato legal, agrupadas en facultades de orden moral y de tipo pecuniario (artículo 6 bis del convenio de Berna).

Es por ello que nosotros nos acogemos parcialmente a la teoría que considera al derecho de autor *sui generis*, porque observa su doble contenido: patrimonial y moral,

⁷².- Ibid. p. 611.

⁷³.- Idem.

como un derecho único en su género, dándole esa nota característica a dicho derecho: la dualidad.

CAPITULO III.

Estudio dogmático del artículo 424 fracción III del Código Penal vigente.

3.- Teoría general del delito.

"Así como hay una teoría general del derecho, expresa Maggiore, hay una teoría general del delito, que está comprendida en aquella y recibe de ella luz y a la vez la ilumina"⁷⁴.

La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse el mismo. Consecuentemente, la teoría del delito debe enfocarse hacia estos problemas: existencia del delito, su inexistencia y aparición del mismo"⁷⁵.

La teoría del delito es un instrumento conceptual, mediante el cual se determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley.

Raúl Zaffaroni: "define la teoría del delito como parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general, es decir, cuáles son las características específicas de cualquier delito"

Hans Heinrich Jescheckk "la teoría del delito se ocupa de los presupuestos jurídicos generales de la *punibilidad de una acción*"⁷⁶.

La teoría del delito tiene como fin el estudio de los elementos que conforman las acciones delictivas, previamente determinadas por la Ley Penal.

"La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley"⁷⁷.

⁷⁴.- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. 9a. ed. México . Porrúa, 1984. p. 239.

⁷⁵ - ídem.

⁷⁶.- Daza Gómez, Carlos Juan Manuel. Teoría General del Delito. México : Cárdenas. 1997. p. 33-34

⁷⁷.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México : Porrúa. 1991. p. 126.

Se han elaborado múltiples conceptos del delito atendiendo a diversos factores que pudieran ser por mencionar algunos filosóficos, sociológicos, jurídicos. El delito esta intimamente ligado con lo jurídico y es realmente donde nos interesa concebirlo y estudiarlo, así mismo, dependerá de la doctrina que invoquemos para poder determinar bajo que elementos se constituye el delito, tales doctrinas pudieran ser las siguientes: causalismo (naturalismo y valorativo), finalismo y funcionalismo. Finalmente concentraremos nuestra atención en la doctrina finalista, porque ella atiende a solo tres elementos como son: la tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad elementos esenciales del delito. Sin embargo enunciaremos algunos conceptos de otras corrientes en auxilio para una mayor comprensión y entendimiento de los mismos.

A continuación haremos alusión ha algunos conceptos de delito desde el punto de vista de diversas y distintas corrientes o concepciones.

Francisco Carrara principal expositor de la escuela clásica, quien lo considera como la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.⁷⁸

Para los positivistas como Rafael Garofalo desde un punto de vista sociológico define al delito: natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la media medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. Mientras que para Edmundo Mezger, el delito es una acción punible; esto es el conjunto de los presupuestos de la pena.

El artículo 7 de nuestro Código Penal en su Capítulo I Reglas Generales sobre Delitos y Responsabilidad define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales...el delito puede ser instantáneo, permanente o continuo y continuado.

La teoría clásica considera al delito como la conducta típica, antijurídica y culpable. Cuello Calón como la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible. Para Jiménez de Azúa delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal

Para el finalismo solo existen tres elementos tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, toda vez que "la acción es final y no causal, como afirma Welzel .la finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre puede prever, dentro de ciertos limites, las consecuencias de su actividad, proponerse por tanto fines diversos y

⁷⁸.- Daza Gómez, op. cit. p. 169.

dirigir su actividad conforme a su plan . Actividad final es obrar orientado conscientemente a un fin, mientras que el acontecer causal, no esta dirigido a un fin, sino que es resultante de los componentes causales en cada caso. Por eso la finalidad es evidente, la causalidad es ciega."⁷⁹

Por lo que seguiremos el mismo sistema de la teoría finalista, para nuestro estudio del artículo 424 fracción III del Código Penal Vigente, ya que la teoría finalista se dirige a mirar el fin de la conducta delictuosa, finalmente el resultado (voluntad de acción) producido por el agente es realmente donde nos interesa analizar dicho delito, por lo que creemos que sería de gran utilidad tal teoría.

3.1. Tipicidad.

Para que el delito exista se requiere necesariamente de la tipicidad, iniciaremos el estudio del tipo penal a que se refiere el artículo 424, fracción III del Código Penal con su tipicidad. Así mismo, "la tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa;...en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no éste decretada por una ley exactamente aplicable al delito al delito de que se trata ..., por lo cual significa que no existe delito sin tipicidad."⁸⁰

por ello es importante precisar la diferencia entre tipo y tipicidad El tipo es la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

Según Muñoz Conde, "el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva acabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal"⁸¹. Por otra parte la tipicidad es "el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.. que se resume en la formula *nullum crimen sine tipo*".⁸²

El artículo 424 fracción III del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la república en materia de fuero Federal tipifica el delito en materia de Derechos de Autor en los siguientes términos: "se impondrá prisión de seis

⁷⁹.- Ibid. p 170.

⁸⁰.-Castellanos Tena, op. cit.p.167

⁸¹.- Daza Gómez, op. cit p.65

⁸².- Castellanos Tena. op. cit. p.168.

meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa: *fracción III, A quien produzca, reproduzca, importe, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor o de los Derechos Conexos. Las mismas sanciones se impondrán a quien use en forma dolosa, a escala comercial y sin la autorización correspondiente obras protegidas por la Ley mencionada...*"

La acción típica constitutiva del delito en materia de Derechos de Autor consiste en: producir, reproducir, importar, almacenar, transportar, distribuir, vender y arrendar obras protegidas.

El *diccionario de la Lengua Española* define a cada una de las conductas de la siguiente forma: producir fabricar elaborar cosas útiles; reproducir volver a producir o producir de nuevo, sacar copia, en uno o en muchos ejemplares, de una obra de arte, objeto arqueológico, texto por cualquier medio idóneo, ser copia de un original; importar introducir en un país géneros, artículos o costumbres extranjeras; almacenar poner o guardar en un almacén reunir muchas cosas; transportar llevar personas o cosas de un lugar a otro; distribuir repartir una cosa entre varias personas, comercializar un producto, que distribuye cine y t.v. *empresa dedicada a la comercialización*; vender traspasar a otro por el precio convenido la propiedad de lo que uno posee; arrendar ceder o adquirir por precio el goce o aprovechamiento temporal de cosas, obras o servicios; usar hacer servir una cosa para algo, disfrutar una cosa.

Los delitos dolosos se distinguen de cualquier otra clase de delito, por el hecho de conocer y querer obtener el resultado deseado (previamente determinado para producirlo) dicha característica permite estudiarlos desde dos puntos de vista a saber:

- a) Tipo objetivo, externo o físico.
- b) Tipo subjetivo.

El tipo objetivo constituye un actuar un actuar externo o físico, primordialmente todo delito es acción, pues únicamente una acción humana puede tener consecuencias: un delito y por ende una pena, es por ello que no se puede llegar al concepto delito, sin referirnos a la acción.

Sobre la acción se han sostenido numerosas opiniones, al respecto comentaremos algunas de ellas.

La acción en un sentido amplio: "comprende cualquier comportamiento humano y es empleada también para designar el movimiento corporal por oposición al resultado"⁸³.

Según María Devesa, la acción es en un sentido amplio "acaecimiento previsto en la ley y dependientes de la voluntad humana"⁸⁴.

Por nuestra parte la acción es la voluntad encaminada a la realización de una actividad.

Además, la acción puede consistir en un hacer (realización de un movimiento corporal), acción en sentido estricto; o en un no hacer (inactividad) omisión propia; o en una combinación de ambos, omisión impropia. Los delitos de acción infringen una ley prohibitiva; los delitos de omisión infringen un mandato.

En concordancia con lo anterior, el tipo objetivo puede ser de acción o de omisión.

Consideramos que el tipo en estudio, conforme a las aseveraciones hechas al respecto, es de acción (actividad). Porque de acuerdo con el tipo penal no se puede partir de la falta de acción (inactividad), toda vez que no se acreditarían los elementos de dicho delitos tales como: "...producir, reproducir, importar, almacenar, transportar, distribuir, vender, arrendar y usar copias de obras, fonogramas, videogramas o libros..." que sin lugar a duda son conductas dotadas de voluntad (elemento volitivo).

En cuanto a la falta de acción se deben analizar las causas de exclusión de las mismas como son:

- a) La fuerza física irresistible (*vis absoluta*)
- b) El estado de inconsciencia absoluta.
- c) Acto o movimiento reflejo

La fuerza física irresistible (*vis absoluta*), Villalobos comenta al respecto "la aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violación irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, por no existir la manifestación

⁸³.- Daza Gómez, op. cit. p. 89-90.

⁸⁴ - Ibid. p. 90.

de voluntad. Con acierto dice Pachecho que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento"⁸⁵.

Por otro lado el estado de inconsciencia absoluta, también considerado como acto reflejo, que también forman parte de los elementos eliminatorios de la conducta, es decir, su presencia demuestra la falta del *elemento volitivo*, indispensable para la aparición de la conducta que como hemos dicho, es siempre un comportamiento humano voluntario.

Los actos reflejos son: "movimientos corporales involuntarios (sí el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito)"⁸⁶.

Cabe señalar que algunos autores consideran como aspectos negativos de la conducta el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo pues en dichos fenómenos psíquicos el sujeto se encuentra privado de su voluntad para realizar la actividad correspondiente.

De lo que podemos deducir que el delito en estudio (contra las violaciones al derecho de autor artículo 424, f. III) no puede formar parte de estas ausencias de conducta, ya que sus elementos son un actuar necesario (vender, arrendar, usar, almacenar, transportar, producir ..) consciente y voluntariamente es decir dolosamente, para obtener un fin que es en todos los casos el beneficio o provecho económico. Y no así que el ejecutante se vea materialmente obligado a ello, existiendo una fuerza física irresistible exterior que lo impulse a un estado de inconsciencia motivándolo a realizar dicha conducta, lesionando el bien jurídico tutelado por la norma penal (salvaguardar el acervo cultural del país y patrimonial del autor).

Es importante señalar que la fuerza debe ser física, es decir material, porque a diferencia de la fuerza moral, es la única que puede obligar al sujeto a actuar contra su voluntad y no involuntariamente, en igualdad de condiciones encontramos el estado de inconsciencia o acto reflejo.

Por lo que respecta al tipo subjetivo conformado por el dolo y la culpa, veamos pues como se satisfacen las características del tipo penal en estudio de acuerdo a su estructura.

⁸⁵- Castellanos Tena, op. cit. p. 163.

⁸⁶- Ibid. p. 164.

En primer término estudiaremos el dolo por ser un elemento fundamental del mismo.

Según Maurach es "... el dolo, conforme a la fórmula más universal, el querer, regido por el conocimiento, de la realización del tipo objetivo. Considera que el dolo se presenta como la voluntad de la acción dirigida al resultado, el dolo no es más que finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo"⁸⁷.

Cuello Calón lo define como: "el dolo consistente en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso"⁸⁸.

Para Jiménez de Asúa quien lo conceptúa como "la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con consentimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica"⁸⁹.

Por nuestra parte, afirmamos que el delito a la violación al derecho de autor, es doloso, en primer término porque se encuentra previsto como tal, y en segundo lugar no lo prevé el artículo 60 del Código Penal como culposo a contrario sensu es doloso, además el dolo es la voluntad, el querer actuar conscientemente como se desprende de los elementos que lo componen (tipo) todos ellos actos tendientes a realizar y obtener un fin específico y determinado (lucro) sin que medie la acción culposa en ningún caso como motivación causal (negligencia o imprudencia) en la realización de dicho tipo, siendo éste el elemento subjetivo del injusto.

Así mismo, el dolo se clasifica dependiendo de la intervención del elemento intelectual o volitivo será:

- a) Dolo directo.
- b) Dolo indirecto.
- c) Dolo eventual.

Dolo directo es cuando, "El autor quiere realizar precisamente el resultado prohibido en el tipo o la acción típica.

⁸⁷ - Daza Gómez. op. cit. p. 161.

⁸⁸ - Castellanos Tena. op. cit. p. 239.

⁸⁹ - Idem.

Dolo indirecto o de consecuencias necesarias; en el dolo indirecto se produce un hecho típico indisoluble unido a la realización de un hecho principal directamente perseguido (predominio del elemento cognitivo), el resultado secundario es consecuencia necesaria de la acción principal.

Dolo eventual, o de tercer grado, es en el sujeto activo se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiera producirlo, sigue actuando y se advierte la eventual producción⁹⁰.

Por lo que sostenemos que el tipo en estudio es donde se presenta el dolo directo, porque al ejecutar dicha conducta el autor coincide (lo quiere y lo acepta) con el resultado (producir, reproducir, vender, transportar, arrendar, usar, almacenar, importar y distribuir), es decir, decide realizar dichas conductas a sabiendas de la norma prohibida y más aún a escala comercial para alcanzar el lucro deseado.

En cuanto a los elementos del dolo se considera al conocimiento y a la voluntad, sin los cuales no se configura el mismo.

Por lo que respecta al conocimiento, ha de recaer sobre elementos objetivos del tipo, es decir, tener consciencia de las circunstancias que lo integran.

Para Gómez Benítez, "el momento cognoscitivo comprende el conocimiento real o actual de la realización de los elementos descriptivos y normativos del tipo, del curso causal en condiciones de imputación objetiva del resultado".

En el dolo directo de primer grado predomina el elemento volitivo, el autor consigue la realización del tipo, mientras que en el de segundo grado prevalece el elemento intelectual.

Por otra parte el elemento volitivo lo considera Gómez Benites como querer la realización del tipo es algo más que desearlo. La voluntad presupone no sólo un previo momento cognoscitivo, sino además una dirección de la voluntad hacia la realización del tipo⁹¹

⁹⁰- Daza Gómez, op. cit p. 105.

⁹¹- Ibid. p. 103

Finalmente habrá dolo siempre y cuando exista voluntad (de hacerlo) y conocimiento (de resultado), salvo que el sujeto haya obrado con error o ignorancia respecto del tipo penal.

3.2.- Atipicidad.

En la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Existe una diferencia entre ausencia de tipo y tipicidad, la primera se presenta cuando no es descrita la conducta delictuosa por la Ley, en cambio la segunda surge cuando existe la descripción del tipo en la Ley, pero no se encuadra exactamente a la misma.

Las causas de atipicidad pueden reducirse en las siguientes:

a) Ausencia de calidad o del número exigido por la Ley, en cuanto a los sujetos activo y pasivo.

Que en el caso del delito en estudio sería "*a quien*," es decir, sujeto activo (es en contra de quien va encaminada la función persecutoria y jurisdiccional ejercitadas por el Estado a través del Ministerio Público y el juzgador, o quien interviene en la realización del delito como autor, coautor, o cómplice), no siendo necesaria la calidad en el sujeto, cualquier persona puede cometer dicho delito, entonces estamos frente a un delito común o indiferente es decir, impropio el legislador deja abierta la posibilidad a *toda persona* que produzca, reproduzca, importe, almacene, transporte, distribuya, venda, arriende, use. Por lo que se refiere al número de sujetos que intervienen en tal delito, pueden ser uno, dos o más los sujetos activos, toda vez que el tipo no exige ni número, ni calidad en especial asimismo es un delito de propia mano (aquellos en que la conducta delictuosa la realiza personalmente el sujeto).

Por otra parte el sujeto pasivo (titular del bien jurídico protegido por la Ley y generalmente identificado dentro del procedimiento penal como denunciante o *querellante*), que en este estudio pueden ser las siguientes personas: el titular originario de los derechos de autor, herederos o causahabiente, adquirente por cualquier título, el que tenga licencia exclusiva, asimismo los titulares de los derechos conexos que son: los interpretes, ejecutantes, actor, narrador, declamador, cantante, músico, bailarín, o cualquier otra persona que interprete.

b) Falta de objeto material o el objeto jurídico.

Que para nuestro delito en particular, es el objeto material, las obras originales y derivadas en lo que tengan de original (cualquier obra literaria y artística en cualquier género protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor), así como los fonogramas, videogramas o libros. Y el bien jurídico tutelado será el salvaguardar y promocionar por un lado el acervo cultural de la nación, y por otra la protección patrimonial y moral de la obra del autor y conexos (editores, productores y organismos de radiodifusión entre otros). Por lo que si faltase el objeto material y jurídico nos encontraríamos frente a un caso de atipicidad.

c) Calidad y cantidad en el objeto.

El tipo en estudio requiere de calidad y cantidad en el objeto, es decir, calidad en cuanto que sean obras artísticas y literarias en cualquier género, y por otro lado cantidad, dicha conducta debe realizarse a escala comercial.

d) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo

En ocasiones el tipo reclama algunas referencias en orden al tiempo y al espacio y de no ocurrir, no se dará la atipicidad, respecto del mismo delito en estudio, hace alusión a una referencia de tiempo con la frase "protegidos por la Ley Federal de derechos de autor" es decir, sólo cuando las obras las proteja la Ley en comento, podrá operar la tipicidad. En cuanto a la referencia espacial, se puede realizar en cualquier lugar, esto es, (producir, reproducir, almacenar, transportar, vender, arrendar, distribuir y usar), la comisión de dicho delito no exige lugar determinado para su ejecución.

e) Al realizar el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley.

"Mezger expresa que por delitos con medios legales determinados debemos entender aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del resultado último sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma que la ley expresamente determina"⁹². Los medios comisivos que encontramos en el análisis del delito en comento, (producción, reproducción, importación, almacenamiento, transportación, distribución, venta, arrendamiento y uso), se realizarán todas estas conductas en "forma dolosa" y a escala comercial de lo contrario sería atípica dicha conducta.

⁹²- Ibid. p. 436.

f) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.

Estos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue, dicha descripción delictuosa alude en el caso específico del mismo al concepto "en forma dolosa" y con "ánimo de lucro" su ausencia hará operar una atipicidad.

g) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial o el elemento antijurídico específico.

Algunos tipos captan una antijuricidad especial como sucede en nuestro caso que se menciona con la frase "sin la autorización" del titular de los derechos de autor, fuera de los casos que el titular lo autorice sería actuar atípicamente al delito.

De acuerdo a la teoría finalista, La identificación del tipo y antijuricidad conduce a la teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual las causas de justificación deben ser consideradas elementos negativos del tipo... la teoría de los elementos negativos del tipo repercute en materia de error, pues al considerar las causas de justificación, como elementos negativos del tipo, no hay más remedio que tratar unilateralmente el error, sobre los elementos del tipo, y el error sobre los presupuestos de las causas de justificación.

3.3.- Error de tipo.

Gómez Benítez indica que, "el error sobre el tipo, es un error sobre los elementos integrantes de la infracción penal o tipo objetivo. Muñoz Conde por su parte escribe el autor debe conocer los elementos integrantes del tipo de injusto cualquier desconocimiento por error sobre la existencia de algunos de esos elementos excluye el dolo..."⁹³.

Así mismo el error se divide en. vencible e invencible y se clasifica en:

Error sobre el objeto de la acción (*error in objeto vet in persona*).

⁹³.- Ibid. p. 106.

Consiste en que el sujeto falla sobre la característica o identidad del objeto de la acción, toda vez que versa sobre la inexactitud en cuanto al objeto, no es posible que exista dicho error en el tipo en comento, pues bien, las conductas tales como la de producir, reproducir, importar, transportar, almacenar, vender, arrendar giran en torno a una obra específica o propia de su naturaleza

Error sobre la relación de causalidad.

No es posible pensar en esta clase de error en el tipo penal en estudio, porque no se da por consecuencia de una determinada acción, sino que se quiere realizar dicha conducta.

Error en el golpe (*aberratio ictus*).

Se presenta solo en los delitos contra la vida y la integridad física.

3.4.- Antijuricidad.

Welzel define a la antijuricidad como "la contradicción de la conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico.

Para Gunter Stratenweth la antijuricidad es el resultado de la adecuación al supuesto de hecho típico y la falta de justificación. José A. Sainz Cantero asevera que la antijuricidad puede ofrecer además de un concepto material otro formal; en el primero es antijuricidad toda conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. En cuanto al formal es antijurídica la conducta típica que no encuentra amparo en una causa de justificación⁹⁴.

Muñoz Conde considera al respecto, "la antijuricidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se clasifica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico; el injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción calificada ya como antijurídica; lo injusto es la conducta antijurídica misma"⁹⁵.

⁹⁴- Ibid. p. 115-116.

⁹⁵ - Ibid. p. 119.

Welzel sostiene que "la antijuricidad, como una mera relación de contradicción entre dos miembros; lo injusto, por el contrario, es algo substancial; la conducta antijurídica misma. La antijuricidad es un predicado, lo injusto lo sustantivo"⁹⁶.

En la doctrina se le ha dado un tratamiento igual o equiparable al injusto con la antijuricidad, por lo que es conveniente definir a cada uno de ellos.

Injusto, proviene del latín *injustus*, (no justo), la antijuricidad, viene del latín anti y jurídico que va contra el derecho (contradicción al derecho o licitud jurídica)

"Los aspectos descriptivos del tipo se comprueban por la percepción; la antijuricidad es una relación que se determina mediante un juicio. En primer lugar, es un juicio de valor pues se busca determinar si la acción de que se trate es valiosa o desvaliosa para el derecho (mandatos). En segundo lugar, se habla de un juicio objetivo, tanto por el objeto valorado (acción conducta, como ataque a un bien jurídico protegido), como por los elementos que se ponen en juego para formularlo; la realidad del ataque y las formas de ataque"⁹⁷.

Es decir, la antijuricidad es un juicio objetivo, porque atiende al acto (acción externa).

3.5.- Causas de justificación.

Puede ocurrir que la conducta típica éste en aparente oposición al derecho y sin embargo, no sea antijurídico por mediar alguna causa de justificación.

"Enrique Bacigalupo considera que un comportamiento está justificado y equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para proceder como obró.

Hay tres casos en que la doctrina y la jurisprudencia reconocen que el fundamento de ese permiso proviene de la especial situación del autor y del bien jurídico en el momento de la acción. Por este motivo, trata estos casos separadamente; cuando el permiso para obrar está condicionado por la agresión ilegítima de otro (defensa necesaria), por la colisión de bienes jurídicos (estado de necesidad) o por el acuerdo del titular del bien (consentimiento del ofendido), junto a éstos hay otros cuyo número es

⁹⁶.- Ibid. p. 115.

⁹⁷.- Ibid. p. 123.

indeterminado, en los que se trata fundamentalmente de la colisión del deber general de no realizar una acción típica con el deber especial de realizarla o con la autorización especial para ejecutarla (cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho)⁹⁸.

1.- Defensa necesaria:

Cuello Calón comenta al respecto, "es legítima la defensa para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor. Franz Von Liszt, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho mediante una agresión contra el atacante."⁹⁹.

Legítima defensa en el Derecho Positivo Mexicano lo regula en el artículo 15, fracción IV del Capítulo de las causas de exclusión del delito del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice: "El delito se excluye cuando:

Se repele una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de la familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión".

Del artículo antes transcrito se desprenden las siguientes características que son: una agresión (enfrentamiento entre dos o más persona), real (no imaginario), actual (presente), inminente.

a).- "La agresión puede realizarse en forma de acción o de omisión; ésta debe haber sido realizada por un ser humano, entendiéndose como agresión, el acontecimiento o el ataque. Cualquier bien jurídico puede ser objeto de una agresión y, por lo tanto, defendible. Además, la agresión debe ser real, es decir no imaginaria, actual mientras se

⁹⁸ - Ibid p. 125-126.

⁹⁹.- Castellanos Tena, op. cit. p. 191.

esta desarrollando e inminente, cuando la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a la agresión es equivalente a la actualidad."¹⁰⁰.

Por lo que se refiere a la agresión, el diccionario jurídico lo define como "acontecimiento realizado por una o varias personas contra otra u otras con el fin de dañar su integridad física."¹⁰¹

De lo que se deduce respecto del delito en análisis, que no es posible que se de dicha excluyente de responsabilidad, toda vez que debe ser una agresión justificada para salvaguardar otra de mayor relevancia en contra de una persona (o más) es decir, lleva implícito un daño corporal y no así un daño patrimonial como se da en la violación a los derechos de autor.

b).- Sin derecho.

Será sin derecho cuando es una acción ilegítima, no autorizada o injustificada.

c).- Necesidad de la defensa empleada.

Según Munóz Conde expone lo siguiente: "la necesidad de defensa, que sólo se da cuando es contemporánea a la agresión y que persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repelerla o impedirle. La racionalidad del medio empleado que exige la proporcionalidad, tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión, es decir, la entidad de la defensa una vez que sea necesaria, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión, de lo contrario no habría justificación plena y, todo lo demás, vendrá en consideración la exigente incompleta"¹⁰².

d).- Falta de provocación dolosa suficiente.

El derecho de defensa se va a dar, siempre y cuando no medie un reto encaminado a la provocación, además ésta deberá ser idónea para que la reacción ante tal situación sea justificada (suficiente).

¹⁰⁰- Daza Gómez. op. cit. p. 128-129.

¹⁰¹- Pina Vara, de. Diccionario ... p. 66.

¹⁰²- Daza Gómez. op. cit. p. 129-130

De acuerdo a Bacigalupo "no es exigible que haya proporcionalidad entre el daño que causaría la agresión y el daño causado por la defensa, sino simplemente necesidad de defensa respecto del fin de impedir la agresión (racionalidad)."¹⁰³.

2.- Estado de necesidad.

En el estado de necesidad existe una situación de peligro para bienes jurídicos; que plantea la necesidad de salvarlos o protegerlos y ello solo se puede realizar a costa de lesionar o afectar a otros intereses jurídicamente protegidos.

"Estamos frente al estado de necesidad cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley."¹⁰⁴.

Por lo que respecta a las características del estado de necesidad, enumeraremos algunas de ellas como son: que en el se encuentran dos bienes de menor, igual o mayor importancia jurídicamente protegido por la Ley, sin embargo uno de ellos es sacrificado para conservar al otro, ambos intereses son legítimos, siempre se presenta una acción, se trata de evitar un peligro originado por terceros o por fuerzas naturales, se obra en contra de una cosa o un animal, con ánimo de luchar para conservar o rescatar algo (es una necesidad).

Del artículo 15 fracción V del Código Penal para el Distrito Federal, que regula lo siguiente: "El delito se excluye:

V. So obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo."

Por lo que el peligro, real, grave e inminente son algunos de los elementos, sin los cuales no se presentaría esta excluyente.

¹⁰³.- *Ibid.* p. 130-131.

¹⁰⁴.- Porte Petit, *op. cit.* p. 539.

Stratenweth presupone que un peligro para la vida, cuerpo, libertad, honor, propiedad o para otro bien jurídico sólo podría eludirse o disminuirse en su gravedad mediante la lesión de otro bien jurídico o su puesta en peligro.

Y finalmente concluye diciendo Quintero que se puede decir que el derecho, apreciando la excepcionalidad de la situación justifica la conducta, no la lesión del bien, pues eso equivaldría a negarle su valor propio

3.- Consentimiento del ofendido.

"Por consentimiento entendemos la aprobación dada por el titular del bien jurídico o el poseedor legítimo del mismo para que lo utilice un tercero o dicho en otras palabras es la renuncia por el titular a la protección del derecho."¹⁰⁵

Esta figura es nueva dentro de las causas de excluyentes de responsabilidad, pues fué una reforma hecha al artículo 15 en el año de 1994 que en lo conducente establece lo siguiente:

"El delito se excluye cuando: fracción III. Se actué con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo".

Como ejemplo tenemos:

Pensemos que la empresa Walt S.A. se encuentra dividida en departamentos, unos se dedican a la producción, a la contratación de autores, otro es el departamento jurídico, otros más a otorgar licencias de toda clase etc por otro lado el departamento de licencias ha celebrado un contrato de representación escénica y licencia de uso a una compañía para

¹⁰⁵.- Daza Gómez, op. cit. p. 138.

que comercialice con una obra determinada, pero este omite notificarle de dicha licencia al departamento jurídico y este inicia la correspondiente denuncia.

Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho:

Si el ordenamiento jurídico, en cualquiera de sus sectores, establece un deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando con ello bienes jurídicos penalmente protegidos, es claro que debe privar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos.

Por lo que se refiere al cumplimiento de un deber, en cuanto a su regulación en el artículo 15, fracción VI que comenta lo siguiente:

El delito se excluye cuando:

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".

3.6.- Culpabilidad.

Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.

Para Villalobos, la culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa. Es decir, imprudencia o desatención, da como resultado, la culpa ¹⁰⁶.

¹⁰⁶.- Castellanos Tena, op. cit. p 234.

Desde el punto de vista doctrinario, los estudiosos nos expresan lo siguiente:

Enrique Bacigalupo, la culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción, típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma.

"Luis Jiménez de Asúa, la culpabilidad es: el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personalidad la conducta antijurídica."¹⁰⁷.

Según Castellanos Tena considera a la culpabilidad como, el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto.

Para Edmundo Mezguer la culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido.

Hanz Welzel sostiene que la acción antijurídica es la culpabilidad Para Raúl Zaffaroni, la culpabilidad es la reprochabilidad del injusto al autor.

Por nuestra parte la culpabilidad es la responsabilidad que debe asumir el sujeto activo, por la consecuencia de su actuar contrario a la ley (antijuricidad) y con la finalidad de reproche (pena).

Existen muy diversas y variadas tesis sobre el tema en cuestión tales criterios reducidos en cuatro a saber: la teoría psicológica, la teoría normativa, la teoría finalista y la teoría funcionalista de la culpabilidad todas ellas de gran importancia y profundidad, por ello se dará una breve explicación de las mismas de manera ilustrativa sin entrar a un estudio complejo de cada una de ellas.

Teoría psicológica.

Binding asevera lo siguiente: "el dolo y la culpa son una pura relación o mejor dicho, el dolo y la culpa son la pura culpabilidad."¹⁰⁸.

¹⁰⁷- *Idem*.

¹⁰⁸- Daza Gómez, op. cit. p 135.

Para este autor la culpabilidad la resume en el resultado de tomar en cuenta lo que hizo el autor.

Por su parte Franz Von Liszt considera a la culpabilidad en el más amplio sentido, como la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado. El juicio de culpabilidad expresa las consecuencias ilícitas que trae consigo el hecho cometido y se le atribuye a la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto se añade la que recae sobre el actor¹⁰⁹.

Mientras tanto afirma Fernando Doblado que "la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso"¹¹⁰.

Finalmente para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto... tanto para los psicólogos como para los seguidores del normativismo.. en el delito requiérese que el desvalor del acto se extienda al autor del mismo. En el psicologismo el desvalor para el autor deviene de la liga intelectual y volitiva que le une con el acto previamente calificado de antijurídico.

Teoría normativa.

Reinhard Frank, "la culpabilidad no está en la psiquis del autor. Culpabilidad es solamente un juicio que, a la conducta antijurídica (por hechos dados en la realidad), le sería reprochado. A estos hechos (dolo y culpa), así como a la libertad o a la dirección de los hechos, se le puede hacer un reproche cuando el podía haber actuado de otra forma".¹¹¹

Asevera Castellanos Tena un gran expositor de esta teoría que "para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche, una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea, el juicio de reproche; en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capaces para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto pueden comportarse conforme a lo mandado. Así la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse

¹⁰⁹.- Castellanos Tena. op. cit. p. 234.

¹¹⁰.- *Ibid.* p. 235

¹¹¹.- Daza Gómez. op. cit pp. 161-162

de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad".¹¹²

Por su parte Guillermo Saber define la culpabilidad como: una falta ético social que encierra el reproche de la lesión grave, socialmente relevante de un deber.

Edmundo Mezger comenta al respecto, que la culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido.

Teoría finalista.

Hans Welzel máximo precursor de la teoría finalista señala entre otras cosas que la acción humana es ejercicio de actividad final, es decir, que todo radica en un fin. Asimismo sostiene que "por eso con igual derecho se designa culpable la voluntad de la acción; la culpabilidad es reprochable de la configuración de la voluntad. Toda la culpabilidad es culpabilidad de voluntad. Aquello de lo cual el hombre actúa voluntariamente puede ser reprochado como culpabilidad. Sólo puede ser culpable el individuo dotado de su voluntad.

Además "Welzel afirma la culpabilidad como un reproche personal en contra del autor. El activo pudo omitir la acción antijurídica y, sin embargo, actúo, por ello la esencia de la culpabilidad está en el poder del autor.

Y, finalmente concluye diciendo: "la culpabilidad es la reprochabilidad del hecho antijurídico individual, lo que se reprocha es la resolución de voluntad antijurídica en relación con el hecho individual presupuesto de la reprochabilidad es la capacidad de autodeterminación, es decir, conforma a lo sentido por él autor: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad".¹¹³

Para Armin Kaufmann, la culpabilidad es acción culpable. En sentido estricto es, aquello que distingue a la acción del hecho que realiza el tipo penal objetivo concibe a la culpabilidad como libre y responsable decisión de voluntad contra un reconocido deber moral y ético, el reproche de culpabilidad será levantado cuando el autor se pudo dejar motivar por la norma y, sin embargo, no lo hizo.

¹¹² - Castellanos Tena, op. cit. pp. 235-236.

¹¹³ - Daza Gómez, op. cit. pp. 170-172.

Según Achenbach la teoría de la culpabilidad se basa en la prevención general positiva, la prevención no aparece limitada por la culpabilidad, sino con un límite en sentido normativo.

La culpabilidad consiste en que el autor se le achaca el hecho antijurídico porque la formación de la voluntad descansó en una defectuosa actitud interna frente al derecho

Teoría Funcionalista

Roxin Claus jurista alemán comenta lo siguiente: " En la actual ciencia del derecho penal se discute vivamente la cuestión de si la pena se puede justificar por la culpabilidad del delincuente. La tesis más radical, partidaria de suprimir el concepto de pena, se basa en la siguiente premisa: la culpabilidad supone que el delincuente hubiera podido actuar de un modo distinto ha como lo ha hecho; pero una voluntad de libertad, de esta clase no existe o, como todo el mundo reconoce, no se puede demostrar científicamente ; aunque existiera en abstracto, no se podría demostrar en todo caso con seguridad si un delincuente concreto puede actuar de modo distinto en el momento de cometer el delito: Puesto que no es posible demostrar la existencia de la culpabilidad y dado que no se puede derivar deducciones científicas de premisas indemostrables, tampoco se puede trabajar con el concepto de la culpabilidad...que a nuestro entender lo traducimos como que la pena lleva implícito el concepto de culpabilidad, y por ende la indemostrabilidad de la culpabilidad nos da como resultado una inexistencia de la pena"¹¹⁴

El mismo autor al analizar la teoría clásica o causalista normativa , especifica que la culpabilidad se muestra como la capacidad de actuar conforme a la norma. El autor, considera, hemos de buscar el concepto material de culpabilidad.

Según el parte de los principios políticos criminales de la teoría del fin de la pena sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina culpabilidad. Ya que este autor denomina la culpabilidad como sinónimo de responsabilidad.

Finalmente argumenta lo siguiente: "la teoría del fin de la pena explica sin dificultad porque el legislador a veces castiga y a veces prescinde de la sanción pese al poder general de actuar de otro modo y pese a la culpabilidad que por ello existe, porque aún dando por supuesta la posibilidad de culpabilidad humana, hace defender la responsabilidad jurídico penal de consideraciones preventivas"¹¹⁵

¹¹⁴.- Ibid p.p. 183, 184.

¹¹⁵.- Ibid. p.p.185-189

Esta reflexión de Roxin nos conduce a pensar en las causas de licitud que según el autor son consideraciones del legislador político criminales sobre el fin de la pena, por las cuales deja sin efecto alguna sanción aunque exista la culpabilidad del autor al realizar una conducta típica, sin embargo, en este caso lo que lo condujo a hacer dicha conducta fue un hecho extraordinario y no ordinario, es decir, su conducta fue determinada y podría afirmarse que fue obligada a realizar tal conducta contraria a la ley por esta razón se justifica la no imposición de la pena.

Ahora bien Gunther Jakolos, considera a la culpabilidad como un concepto funcional. Es decir, la culpabilidad no se basa en la libertad del hombre la cual ponen en duda; no parte de la acción, sino que se ve la culpabilidad como un concepto funcional, por un lado y desde la perspectiva utilitarista por otro teniendo como fundamento la prevención general positiva.

Así mismo sostiene, que el concepto de culpabilidad es formal, de manera que solo la finalidad da contenido a la culpabilidad. El fin es el reconocimiento de la norma, pero la determinación de la culpabilidad implica definir a quien le corresponde cargar con el conflicto.

Por otra parte nosotros en nuestro estudio, analizaremos a la culpabilidad del sujeto activo del delito de acuerdo a la teoría finalista, es decir, se le reprocha al sujeto lo que hizo (voluntad de acción).

Zaffaroni comenta al respecto: que se reprocha al hombre en su acto, es la medida de la posibilidad de autodeterminación (libre voluntad) que tuvo en el caso concreto se hace de una persona determinada por los hechos propios, es decir, es un juicio personal, lo cual es una garantía para el hombre.

El autor en esta doctrina reprocha al sujeto no lo que hizo, sino lo que es, su personalidad.

Por lo que Welzel afirma el objeto primario de reproche de culpabilidad es la voluntad y sólo a través de ella también toda la acción.

*Culpabilidad es la reprochabilidad de la configuración de la voluntad
Culpabilidad es voluntad (culpabilidad por hecho).*

Por otro lado para que el sujeto sea culpable como ya lo hemos dicho debe saber previamente lo que quiere hacer, debe tener voluntad de acción, además debe tener la capacidad para actuar es decir:

1.- "Capacidad de culpabilidad (imputabilidad);

- a).- "El autor debe ser capaz de comprender su acto
- b).- Debe poderse motivar por la norma y actuar conforme a derecho.

2.- "Que exista alguna causa de inimputabilidad:

- a).- "minoría de edad.
- b).- "enajenación mental.
- c).- "trastorno mental transitorio.

3.- "*Actio liberae in causa*"

Por otra parte:

"La posibilidad de conocer la antijuricidad

- a).- "No se conoce si se presenta un error de prohibición.
- b).- "vencible; atenúa la culpabilidad.
- c).- "invencible; borra la culpabilidad."¹¹⁶

3.6.1.- Imputabilidad.

"La imputabilidad debe aceptarse hoy como un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad. Es un presupuesto de esta última y por lo mismo difiere de ella como difiere la potencia o la capacidad abstracta de su ejercicio concreto en actos determinados." Es decir, se puede dar la imputabilidad sin culpabilidad, pero no culpabilidad sin imputabilidad, y al referirse a capacidad del sujeto, excluye el acto del sujeto, esto es, que la capacidad de conocer y de querer debe ser adquirida a través de un proceso de desarrollo adecuado en su carácter emocional, volitivo o intelectual que deciden sobre la orientación de la conducta hasta conformar la causa de esta (personalidad psicológicamente normal) por lo que se puede afirmar que un sujeto es normal cuando sus actos aparentemente conocidos y queridos sean previamente aceptados y apreciados por el mismo de acuerdo a su desarrollo intelectual, emocional y

¹¹⁶.- Ibid. pp. 199-201.

volitivo con facultad de decidir entre una conducta u otra diferente llevando implícito la capacidad de querer y entender, puesto que ello conseqüenta la culpabilidad.¹¹⁷

"Imputabilidad es capacidad de obrar con discernimiento y voluntad, y capacidad por tanto de ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente su corolario inmediato es la responsabilidad como obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos." Por lo que se considera que el agente tiene pleno entendimiento y voluntad del mismo.¹¹⁸

Por otro lado la imputabilidad penal significa capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y la capacidad de actuar o de determinarse conforme a dicha comprensión.

Así mismo para los finalistas: "imputabilidad es capacidad de culpabilidad, entendida como capacidad del autor:

- 1.- Para comprender lo injusto del hecho, y
- 2.- Para determinar su voluntad conforme a esa comprensión.

La imputabilidad es vista como elemento de la culpabilidad de la conciencia social de un sujeto en su actuar frente al ordenamiento jurídico.

Algunos autores consideran que la imputabilidad lejos de ser una determinación libre de voluntad, es más bien la capacidad de motivación del sujeto por la norma, es decir, la capacidad de conducirse socialmente o de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política, como susceptibilidad a la intimidación o capacidad para sentir la coacción psicológica que el Estado ejerce mediante la sanción o pena.

Para Enrique Bacigalupo quien "afirma que la primera condición de la capacidad de motivarse por el derecho penal es la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico penal del hecho cometido.

Por otra parte Stratenwerth sostiene "la fórmula según la cual la culpabilidad se refiere a la libertad del autor de determinarse de acuerdo con lo jurídicamente debido, no debe originar el mal entendido de que tal libertad puede ser realmente comprobada. La culpabilidad individual se escapa del juicio de un tercero, nadie tiene la posibilidad de

¹¹⁷- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 5a. ed. México : Porrúa. 1990 p 286.

¹¹⁸- Idem. p. 288.

irrupir en la individualidad y en la situación ajena para verificar si el autor podrá haberse determinado dentro del ámbito de libertad restante desde el punto de vista de otro.¹¹⁹

Por último consideran los finalistas que "significa la capacidad de motivación para la norma penal, la nota distintiva de esta teoría estriba en que la imputabilidad se dirigirá a encontrar las posibles causas de la alteración de esa capacidad motivacional."¹²⁰

A diferencia de la clásica que dirige su atención descubrir si el agente era libre o no, de actuar conforme o en contra del derecho.

3.6.2.- Inimputabilidad.

"Cuando el agente carece de la capacidad de conocer y de querer es inimputable. Esta capacidad puede faltar cuando no se ha alcanzado aún determinado grado de madurez física y psíquica, o cuando la conciencia o la voluntad están anuladas o gravemente perturbadas de modo duradero o transitorio. Las causas de inimputabilidad son la menor edad, la enfermedad mental, la embriaguez, el sonambulismo, la sordomudez"¹²¹

En nuestro sistema jurídico penal se consideran sólo la minoría de edad y el trastorno mental o desarrollo intelectual retardado como causas de inimputabilidad.

La enfermedad mental puede anular la inteligencia, paralizar su desarrollo o alterarla profundamente, y en el campo de la voluntad puede suprimir su libre funcionamiento o trastornarlo gravemente, por ello el enfermo mental, el loco, es inimputable e irresponsable, no puede responder de los hechos dañosos realizados ni puede ser sometido a pena.

Por lo que respecta al trastorno mental transitorio, "como la expresión transitorio denota, es una perturbación de las facultades mentales pasajeras, de corta duración, lo que desde el punto de vista legal lo diferencia de la enajenación.

Algunos psiquiatras y fallos de la Corte consideran que el trastorno mental debe provenir de una causa de origen patológico con anterioridad al hecho ilícito no siendo un sujeto normal el que lo cometa, sin embargo existen otros fallos y opiniones al respecto que consideramos más acertadas como la que admite la excluyente de responsabilidad sin

¹¹⁹.- Daza Gómez, op. cit. pp. 205-206.

¹²⁰.- Idem.

¹²¹.- Idem

que medie el fondo patológico previamente, determinado solamente por causas psíquicas, toda vez que siendo un sujeto normal las reacciones desencadenadas pueden producir manifestaciones de extraordinaria intensidad y llegar en ocasiones a ofuscar y hasta anular las facultades psíquicas superiores.

En la regulación mexicana en el Código Penal esta eximente de inimputabilidad, la excluye en su artículo 15 fracción VII, cuando: "Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible".

Por lo que se refiere a la minoría de edad, tiene honda influencia sobre la inimputabilidad. Como en este periodo de la vida humana, en la infancia y en la adolescencia, falta la madurez mental y moral como la falta de madurez física, el niño y el adolescente no pueden comprender la significación moral y social de sus actos y por consiguiente no poseen capacidad para responder de ellos penalmente. Es decir, todos los menores de 18 años (en el Distrito Federal) se encuentran fuera de la Ley penal común y están bajo la jurisdicción eminentemente tutelar y protectora de los tribunales tutelares de menores.

El texto legal declara inimputable a los menores, esto es los excluye de responsabilidad penal.

3.6.3.- Conocimiento de la antijuricidad.

Una vez que el sujeto sea imputable, se debe buscar bajo que condiciones se realizó el hecho punible, y consecuentemente de esto poder estar en posibilidad de emitir un juicio de valor y estar en aptitud de decidir si el sujeto es culpable o no, ya que dicho conocimiento de antijuricidad y la imputabilidad reconocida, son contenido de la culpabilidad.

Gómez Benítez comenta al respecto, "que no se alude a las reformas de culpabilidad, ni por tanto a su ausencia o presencia, sino sólo a la existencia de inculpabilidad o de culpabilidad plena o disminuida. La culpabilidad no tiene, pues, formas o clases, sino grados, la culpabilidad es graduable según se haya podido conocer la antijuricidad del hecho o no; si se conoció, hay culpabilidad plena; si no se conoció hay un error de prohibición, este error puede hacer, bien que no exista culpabilidad (invencible), o bien que la culpabilidad sea menor (vencible)... además de la inimputabilidad del sujeto, el juicio de culpabilidad se somete a la condición de que el

sujeto pudiese conocer la antijuricidad del hecho realizado. Los casos de error de prohibición afecta, pues, a la culpabilidad y no a sus formas (dolo y culpa) que no se reconocen. El error de prohibición presupone que el sujeto ha actuado dolosamente (*dolus naturalis*, como elemento del tipo). Los únicos casos que producen la ausencia del dolo, son los que versan sobre el tipo".¹²²

3.6.4.- Error de prohibición.

"El conocimiento de la antijuricidad no pertenece al dolo sino, que es precisamente el motivo por el cual se reprocha el dolo al agente. El dolo es un elemento del tipo (subjetivo) y el conocimiento de la antijuricidad pertenece a la culpabilidad."

"El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste en la realidad. Según los escolásticos: *veritas este adoequatio intellectus et rei* (la verdad es la adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente). El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente. Lo que significa que es una falsa apreciación de la realidad.¹²³

El agente ignora obrar típicamente o conoce que actúa típicamente, pero cree hacerlo protegido por una justificante considerando lícita su conducta.

Como ejemplo tenemos:

Juan Pérez quien es chofer de la empresa XX, le es encomendado un trabajo especial, y al momento de estar cargando su camión se percató del contenido de las cajas que va a trasladar siendo estos videos, desconociendo que tales objetos son ilícitos o que transportarlos implique un riesgo de carácter legal, por lo que procede a continuar su viaje a la frontera del país.

Así mismo el error de prohibición se clasifica de la siguiente manera:

Error directo de prohibición: versa sobre la existencia de la norma penal o sobre su vigencia o aplicabilidad.

¹²² - Ibid. pp. 207-208.

¹²³ - Castellanos Tena, op. cit. p. 259.

Error indirecto de prohibición: versa sobre la existencia jurídica de una determinada causa de justificación o sobre sus límites jurídicos.

3.6.5.- Exigibilidad.

Esta condicionada a la imputabilidad del agente y al conocimiento de la antijuricidad, por tanto no es condición de culpabilidad ni mucho menos de inculpabilidad, ello indica que para imponer al sujeto activo la exigibilidad de otra conducta necesariamente debe tener capacidad de querer y entender (imputable), y debe conocer el acto ilícito plenamente (antijuricidad), por tanto estas son contenido de culpabilidad, toda vez que se puede reprochar dicha conducta ilícita al sujeto.

3.6.6.- No exigibilidad de otra conducta.

Las causas o circunstancias que excluyen la culpabilidad son especiales situaciones o estados que concurren en la ejecución del hecho realizado por un sujeto imputable eliminando su culpabilidad.

La no exigibilidad de otra conducta es una causa de inculpabilidad, así como también lo son: estado de necesidad disculpante y miedo insuperable.

En nuestro texto legal se encuentra regulada en el artículo 15 fracción IX, del Código Penal sustantivo.

Artículo 15 el delito se excluye cuando:

IX.- Ante las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho."

Pensemos que Roberto gran pintor es obligado a reproducir un cierto número de ejemplares de una obra ajena coaccionado por un grupo de personas que tienen a su esposa privada de su libertad, ante dicha situación procede a realizar tal petición.

La no exigibilidad de otra conducta se presenta bajo la forma de una inhibición con respecto a una decisión adecuada a la norma.

Conforme a estas circunstancias no puede considerarse culpable a él agente dadas las causas de su situación, es decir no pueda serle exigida una conducta distinta de la observada.

Por lo que respecta al estado de necesidad disculpante, también conocido estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía; la diferencia con el estado de necesidad justificante radica en el bien jurídico cuando es mayor que el interés sacrificado es estado de necesidad justificante; cuando se trata de bienes jurídicos de igual entidad será estado de necesidad disculpante.

Regulado en el artículo 15 fracción V.

"El delito se excluye cuando"

"V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

Por otro lado el miedo insuperable, es un estado psíquico que puede lograr la paralización total del sujeto insuperable, significa superar a la exigencia media de soportar males y peligros la insuperabilidad es un requisito objetivo y, por tanto, en la medida en que el sujeto sea un timorato o muestre una gran cobardía, no podrá apreciarse esta eximente.

CAPITULO CUARTO.

Derecho Comparado.

4.1.- Código Penal de Colombia.

"La propiedad intelectual es la que se ejerce sobre las producciones del talento o del ingenio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 671 del Código Civil [según el cual dispones: las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores] no se protege la idea como tal, puesto que las ideas son de todos, del dominio público "A propósito establece el artículo 6 inc. 2 de la ley 23/82:

Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas, no son objeto de apropiación. Esta Ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas... lo que recibe protección es pues, la configuración que cada sujeto da a un concepto al expresarlo; cada cual imprime su sello personal, su estilo propio en la manifestación de las ideas, y justamente ese rasgo personal es lo que da lugar a la autoría de la obra o titularidad original del derecho, digna de protección jurídica contra el plagio o la usurpación, y de reconocimiento pecuniario por su difusión o utilización."¹²⁴

El 10 de mayo de 1834 se dicta la primera ley nacional que regula en materia de *propiedad literaria y artística*, sin embargo aun no era elevada tal protección a nivel constitucional sino hasta 1858, así mismo en 1863 se "incluyó entre las facultades del Presidente de la República, la de conceder patentes por las cuales se garantice por determinado tiempo la propiedad a las producciones literarias..."¹²⁵

La Constitución de 1886 estableció en su artículo 35 "Será protegida la propiedad literaria y artística como propiedad transferible por el tiempo de vida del autor y ochenta años más. mediante las formalidades que prescribe la Ley."¹²⁶

Dicho precepto se dictó con la Ley 32 de 1886 y abrogado por la Ley 86 de 1946, "dictada para solucionar el problema originado en el desamparo en que habían quedado los autores debido a la falta de una protección penal adecuada, por no haberse consagrado en el Código Penal de 1936 delitos contra los derechos de autor, los cuales si

¹²⁴- Alvarez Alvarez, Yolanda. *La Propiedad Intelectual*. Estudios de Derechos. 2a. época LIV no. 119-124. Colombia. Marzo-Septiembre, 1995. pp.65-66.

¹²⁵- Ibid. p. 70.

¹²⁶- Idem.

se regulaban en el Código de 1890 que había sustituido las normas sobre protección penal incluidas en la ley 32 de 1886".¹²⁷ Silvio Villegas famoso periodista y escritor presenta un proyecto de ley por la cual se adiciona la ley 32 con el fin de obtener una protección penal a través de la sanción y civil para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados al autor quedando en sustitución de esta la Ley 86 de 1946, en el año de 1982 se expide la Ley 23 que es la actualmente vigente con algunas modificaciones hechas compuesta por 260 artículos, repartidos en 19 capítulos de los cuales solo nos ocuparemos del Capítulo de las sanciones.

Beatriz de Majo considera que la piratería es: "Una distorsión de todo el proceso cronológico que debe cumplirse para que la obra creativa llegue al público y del cual depende de manera inequívoca el justo beneficio que debe retornar a cada uno de los que intervienen en el trayecto de hacer accesible un producto... al consumidor."¹²⁸ Evidentemente se ha incrementado la reproducción ilícita de las obras es decir, la copia no autorizada de las obras artísticas y literarias atentando contra el derecho patrimonial y moral que tiene el autor sobre su creación es por tal motivo que la correcta protección de estos derechos debe establecer mecanismos adecuados para su amparo.

El artículo 232 de la preceptúa 16 conductas que se tipifican como delitos, así mismo el artículo 233 y 235 añaden 4 conductas más.

"De lo previsto en los artículos 232, 233, y 235 de la LDA, podemos deducir que las conductas punibles son:

- Atribuirse para sí o para un tercero la paternidad de una obra ajena mediante la inscripción en el registro (artículo 232-1 y 3).
- Publicar, como si fuera propia, una obra ajena (artículo 232-1 y 3).
- Adaptar, sin autorización del autor, una obra ajena (artículo 232-2)
- Enajenar sin permiso del autor, o servirse para fines distintos de los convenidos, de planos, croquis o trabajos semejantes (artículo 232-4).
- Reproducir una obra ya editada que ostenta el nombre del editor autorizado (artículo 232-5)
- Reproducir con carácter de editor o impresor, o productor fonográfico, un mayor número de ejemplares del convenio o contratado (artículo 232-6).
- Reproducir, importar o distribuir fonogramas, sin autorización del titular (artículo 232-7).
- Utilizar para fines no previstos en la Ley, sin autorización del autor, cualquier obra ajena (artículo 235-8 y9).

¹²⁷.- Pachón Muñoz, op. cit. p. 5.

¹²⁸.- Ibid. p. 139.

- Editar, vender y reproducir o difundir una obra o fonograma mencionando falsamente el nombre del autor, del editor, de los intérpretes y ejecutantes o del productor del fonograma (artículo 235-10).

- Reproducir, difundir, ejecutar, representar o distribuir una obra, después de expirado el término de una autorización concedida al respecto (artículo 235-11).

- Alterar los datos que permiten determinar el pago o distribución de los derechos patrimoniales del autor (artículo 232-12-13-14 y 15).

- Abusar del derecho de citación (artículo 233-1).

- Exhibir, sin autorización del interesado, la imagen de una persona cuando se persigan fines distintos de los mencionados en el artículo 36 de la LDA (artículo 233-20⁼).

- Representar o ejecutar públicamente obras teatrales, musicales o fonogramas, sin retribuir los derechos económicos debidos (artículo 233-3).

- Atribuirse falsamente la calidad de autor o editor, causahabiente o representante de alguno de ellos, para pedir la suspensión de una representación pública (artículo 235).¹²⁹

De los delitos instituidos en el artículo 232 de la LDA, son sancionados con prisión de 3 a 6 meses y multa de 50,000 a 100 pesos, los establecidos en el artículo 233, con multa de 20,000 a 50,000 pesos, y el artículo 235, con arresto de 2 a 6 meses y multa de 2,000 a 20,000 pesos. Y serán punibles siempre y cuando se realicen dolosamente toda vez que la Ley no tipifica delitos culposos o preterintencionales. Independientemente de la acción civil y penal se podrá obtener el resarcimiento de los perjuicios ejerciendo la acción civil en el proceso penal, o por separado.

Se hará un secuestro de toda publicación o reproducción ilícita y del producto de la venta como medida cautelar en la materia civil, adjudicación a favor del titular de los derechos de autor en la sentencia penal condenatoria, así mismo podrá intervenir las asociaciones de autores en lo correspondiente a los derechos patrimoniales del autor

Sin embargo, "No fue afortunada la Ley cuando tipificó los delitos contra el derecho de autor, pues la mayoría de las veces se limitó a reproducir las normas previstas en los artículos 96 y 97 de la Ley 86 de 1946, que establecía delitos sobre la base de que el registro era obligatorio para gozar del derecho de autor."¹³⁰

Para Colombia como parte del "sistema latino protege básicamente al autor, quien goza de dos clases de derechos: los morales y los patrimoniales.. La concepción *jurídica latina del derecho de autor es esencialmente individualista* Originada en los Decretos de la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa y formada en los países de Europa continental, considera el derecho de autor como un derecho personal e

¹²⁹ - Pachón Muñoz. op. cit. pp. 141-142.

¹³⁰.- *Ibid* p. 140.

inalienable del autor-persona física, a controlar el uso de las obras de creación Fue seguida por los países iberoamericanos y también por numerosos países de África y del este de Europa."¹³¹

El *copyright*, "Es el sistema de Inglaterra y Estados Unidos; en él se da una protección prioritaria al editor, otorgándole el derecho de "COPYRIGHT" (derecho a la copia o a la reproducción).

El editor goza de los derechos patrimoniales de autor, y de los relativos a la publicación de la obra. El autor en esta concepción jurídica es titular fundamentalmente del derecho moral de autoría "¹³²

4.2.- Código Penal de Perú.

"La necesidad de recurrir a la imposición de sanciones de naturaleza penal especialmente si consideramos que, transgresiones de esta índole, no únicamente implican la generación de perjuicios patrimoniales, sino también porque el derecho intelectual incumbe un aspecto muy personal, que no existen en el derecho común, en cuanto que el perjuicio y la ofensa se traducen en un ataque directo a la persona del autor (delitos patrimoniales mixtos ya que estaría dirigido a perjudicar la personalidad del autor y sus bienes patrimoniales).¹³³

De lo que resulta que el derecho intelectual, "implica el perjuicio a los intereses generales del ámbito cultural, como cuando se publica una obra en forma mutilada o cambiando el nombre de su autor o título. Finalmente, porque algunas de estas infracciones entrañan una lesión al decoro y a la dignidad de la cultura de un país, en los casos de ediciones clandestinas de autores extranjeros."¹³⁴

Así mismo en 1793 se reconoce por primera vez el trabajo del autor a través de la propiedad literaria y artística, como un derecho legítimo y sagrado.

Si bien es cierto, que el respetar el orden jurídico de manera voluntaria implicaría que el derecho penal no tendría razón de ser, sin embargo, se viola tal derecho por la sociedad para la cual fue creado, por ello se hace necesario un derecho sancionador.

¹³¹.- Alvarez Alvarez, op. cit. p. 71.

¹³².- Idem.

¹³³.- Lamas Puccio, Luis. Propiedad Intelectual. Revista del Foro. LXXV. num.I. Perú Enero-Junio. 1988. p. 219.

¹³⁴.- Idem.

"A menudo puede bastar la imposición de una sanción de índole privada la restitución de la cosa; la nulidad del acto, la indemnización de los daños y perjuicios, sin embargo, en los casos en que la importancia del bien jurídico lo reclama, el estado a través de su sistema normativo se ve en la imperiosa necesidad de acudir a formas coactivas más enérgicas, y como resultado aparece la sanción de índole penal en todo su contexto."¹³⁵

Para Rodríguez Devesa la pena consiste: "en la privación o restricción de bienes jurídicos establecidos por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido el delito."¹³⁶

Mouchet y Radaelli mencionan: "la necesidad de la sanción penal aparece cuando el hecho ilícito, además de afectar los intereses de cada persona o de un grupo social, representa un daño y un peligro público más vasto, pues entonces son insuficientes las sanciones resultantes del ejercicio de la acción Civil...Cuello Calón sostiene a causa de la gravedad del hecho o de los sentimientos antisociales o peligrosos manifestados por su autor, o de la emoción pública que el acto ha despertado, se juzgan insuficientes las sanciones Civiles y entonces la sanción penal se hace necesaria. En ese momento cuando la ley da al hecho la calidad de delito."¹³⁷

En realidad lo que se trata de proteger además de un derecho patrimonial y moral del autor es también una libertad individual es decir, una libertad de acción del autor como producto de un derecho inherente de cada persona, por ello se habla de una protección más severa como lo es la sanción penal como elemento garantizador y eficaz represión cuando se atacan tales derechos

Manuel Forero Calderón señala: "es necesario hablar de una figura jurídica nueva, creando dualidad de facultades claramente establecidas que pueden ser ejercidas por el autor. Las más importante de orden moral, para la defensa de la personalidad, la creación y las patrimoniales, que otorgan el monopolio de la explotación editorial."¹³⁸

Otro de los aspectos que nos señala Guillermo Bracamonte Ortiz es: "relativo a los delitos contra los derechos intelectuales: la connotación moral aunada al significado patrimonial da al Derecho Autor, su naturaleza propia y característica. Por ello los actos delictivos que violan el Derecho de Autor, producen un doble daño o lesión al titular del

¹³⁵.- Ibid p 221.

¹³⁶.- Idem

¹³⁷.- Ibid. p. 222.

¹³⁸.- Ibid. p. 223.

derecho. Uno en el ámbito inmaterial, que se puede denominar daño moral y otro en el ámbito material, que se puede denominar lesión patrimonial."¹³⁹

La dualidad del derecho de autor es lo que da una nota característica, con una naturaleza especial y particular a los tipos penales que se transgreden."

Pues bien, algunos tratadistas consideran que los delitos en esta materia deben reunir los "elementos siguientes para su tipificación:

- a) Que se trate de un derecho intelectual, que reúna un mínimo aporte del ingenio por parte del autor.
- b) Que sea ejercido por quien no es titular conforme a las disposiciones de la ley,
- y
- c) La ausencia de autorización para el ejercicio del derecho por parte del autor representante o derecho habiente, durante el término de vigencia...

Cuando alguien ilícitamente usufructúa o dispone de una obra ajena, no se está violando o desnaturalizando el soporte físico en el cual el autor ha materializado su creación (*corpus mechanicum*), lo que se está violando o lesionando es el derecho de autor. Por dicha razón coincidimos con el Doctor Hurtado Pozos, en el sentido que los bienes jurídicos, en este caso, el derecho de autor, no deben ser confundidos con los objetos sobre los cuales recae la acción delictuosa."¹⁴⁰

Mouchet Y Radaelli sobre la convivencia de la tutela penal en la protección de los derechos de autor considerando lo siguiente: los ataques hechos a los derechos de la personalidad es precisamente lo que justifica la aplicación del derecho penal en esta materia haciendo un lado el derecho patrimonial del mismo.

Según Piola Caselli se trata de delitos que tienen el carácter mixto de una ofensa a la personalidad moral y al patrimonio del autor, y es ese elemento personal la única justificación seria de la represión penal de las violaciones del derecho de autor. Si este elemento faltase agrega y si, por lo tanto, el derecho de autor no fuese más que un *derecho patrimonial* privado, la pura y simple violación de ese derecho no podría constituir transgresión penal, como no lo constituye la pura y simple violación del derecho de propiedad o de otro derecho patrimonial privado."¹⁴¹

¹³⁹.- Idem.

¹⁴⁰.- *Ibid.* p. 224.

¹⁴¹.- *Ibid.* p. 225.

Edmundo Pizarro comenta algunas cuestiones referentes a la naturaleza misma del derecho de autor y consigna lo siguiente: que el carácter creativo de la obra, es lo que justifica su protección y objeto primordial.

Negando de manera categórica que se trate de una propiedad (*res*), sino de un bien incorpóreo, ya que sin duda podrían llegar a confundir el juicio o criterio de justicia de los intérpretes del derecho, sólo por un grave problema terminológico de propiedad intelectual. El Ministerio de Justicia se acogió al criterio de que el delito autoral debía tipificarse, en la multiplicidad de sus formas, dentro del tipo penal de hurto de uso.

Por otro lado Sebastián Soler, dice: "en el derecho moderno no hay ningún delito indefinible y, por lo tanto, indefinible. Determinando que las diversas modalidades que toman los delitos contra el derecho de autor dependen, en más o en menos, de la forma cómo se produce el desplazamiento del bien jurídico del dominio del autor al del agente delictivo, Soler afirma que el hurto de uso propiamente dicho consiste en la utilización de un bien ajeno sin apoderarse de él, pero con la finalidad de lucro."¹⁴²

Por lo que hace a la defraudación por apropiación, consideran que no se puede producir tal delito en materia autoral, porque lo inmaterial no es susceptible de apropiación.

Carlos Mouchet y Sigfrido Radaelli niegan que el derecho de autor se tipifique como falsificación por la consideración siguiente: "que tal delito tiene el significado de desnaturalización o imitación artificiosa, que incide en lo apócrifo o disfrazado, cuando en materia de derechos de autor se trata por lo general de reproducir lo verdadero o de cometer otros actos que no tienen ninguna relación con la falsificación de una obra es una reproducción abusiva, no toda reproducción sin autorización es una falsificación."¹⁴³

En cuanto al delito de plagio la ley lo define: "el acto de difundir como propia, en todo o en parte, una obra ajena, sea textualmente o tratando de disimular la apropiación mediante ciertas alteraciones... en el delito de plagio se conjugan dos figuras delictivas: el hurto de uso, falsedad."¹⁴⁴

Perú se adhiere entre otros convenios al de la protección de producciones no autorizadas de fonogramas en Ginebra el 29 de octubre de 1971.

¹⁴²- Ibid. p. 352.

¹⁴³- Ibid. p. 353.

¹⁴⁴- Idem.

La Ley de Derechos de Autor no. 13714, en su artículo 144 en su inciso a) establece "que la acción penal sólo procede para reprimir la reincidencia de quienes revelan manifiesta peligrosidad."¹⁴⁵

Es decir, la peligrosidad consiste en que para que se pueda tipificar tal delito es necesario la reincidencia de actos similares.

"Se dice legislación penal en blanco impropia, pues el tipo resulta de la integración de dos sistemas legislativos mejor dicho de dos dispositivos de naturaleza distinta, que para este caso, es la inter relación y procedencia de la sanción penal, previo pronunciamiento de carácter civil (la penal y la civil, a la cual aquella remite), no quedando el vacío propio de la ley pena en blanco en el sentido estricto de los términos.

Finalmente, el problema de los tipos penales se ve desvirtuada al anexarle al tipo penal de la estafa y otras modalidades. "En consecuencia los delitos contra los derechos intelectuales son delitos *sui-generis* que no deben ser confundidos con los delitos contra la propiedad de las cosas ni con las violaciones de ninguna otra clase de derechos."¹⁴⁶

Actualmente por Decreto Legislativo no. 635 se reforma la parte conducente en tratándose de delitos contra los derechos intelectuales, en el Título VII, Capítulo I de los delitos contra los derechos del autor y conexos.

"Los derechos de propiedad intelectual son los referidos a la creación tanto en el campo científico, como literario y artístico. También se incluyen las patentes y marcas de fábrica, es una novedad en el Código; pues en el antiguo no figuraban estos delitos y posteriormente para su regulación se expidieron más bien leyes especiales. El único titular del derecho de propiedad intelectual es el autor, de modo que se reprime a quien copia, reproduce, exhibe o difunde al público, en todo o en parte, por impresión, videograma, fijación u otro medio una obra o producción literaria, artística, científica o técnica sin la autorización escrita del autor, productor o titular de los derechos correspondientes. Constituyen agravantes si el agente copia, reproduce, con fines de comercialización, es decir, puramente con ánimo de lucro; y si la copia, reproducción, se hace suprimiendo el nombre del autor o denominación, sello o distintivo de autenticidad de la obra o producción intelectual. También es sancionable quien conociendo el origen ilícito de la copia, reproducción de una obra, la distribuya al público, oculta, venda, arriende o trasmite su propiedad o por cualquier otro medio, introduce al país o la saca de éste. En otros casos constituyen elementos constitutivos de estos delitos la falsedad, como quien sin ser el autor se atribuye o atribuye a otro la autoría o titularidad de una obra o producción intelectual en mayor número del autorizado por el o los autores. Esta

¹⁴⁵ - Lamas Puccio, op. cit. p. 226.

¹⁴⁶ - Idem

clase de delitos también han proliferado de modo inusitado; pese a existir ciertas instituciones creadas justamente para mejor velar por el respeto a los derechos del autor, pero es que a veces es tan sutil y disimulada la copia que resulta difícil precisarla, lo que con mayor frecuencia sucede en el campo de la composición musical, comenzando por los títulos. A veces basta alterar el orden de los vocablos o suprimir uno de ellos para que se alegue no existe copia. Si un vals v. gr. se titula Alma Corazón y Vida y otro que se lanza después Corazón, Alma y Vida, se dirá que el rubro nada tiene que ver éste último con el primero; y por supuesto más difícil será la discriminación, por no decir imposible, entre una melodía que se dice la auténtica y otra la que ha sido copiada

En literatura se han dado casos famosos de supuestos plagios; ni qué decir en la realización de obras de teatro y cinematográficas. Y también en el campo científico como el de dos inventores, no recordamos sus nombres en este momento, que no obstante pertenecer a distintos países y encontrarse por tanto lejos uno de otro... en cuanto a sancionar a quien edita un mayor número de obras a la autorizada resulta difícil; así los ejemplares de una novela, por ejemplo lleven numeración y hasta la firma del autor, pueden repetirse la numeración y la firma, sobre todo si la obra es vendida fuera del país, y, en cuanto a la firma, la única garantía quizá sería que cada ejemplar fuera firmado directamente por el autor, ya que su reproducción por clisé tampoco representa problema alguno ni garantiza que ha sido firmado por el propio autor.

El Código nada dice hasta que plazo, una vez fallecido el autor, se puede publicar, sin la autorización de los herederos. Sabemos sobre el particular en que algunas legislaciones extranjeras se cumple a partir de los 50 años de la muerte del autor".¹⁴⁷

El Código Penal en su título VII regula los delitos contra los derechos intelectuales, que comprende dos capítulos el primero se refiere a los delitos contra los derechos de autor y conexos, el segundo a los delitos contra la propiedad industrial, sin embargo para nuestro estudio enunciaremos y comentaremos solo los delitos en materia de derechos de autor y conexos

Asimismo comprendiendo 6 artículos que regulan dicha materia del 216 al 221 que establecen lo siguiente:

"Artículo 216, el que copia, reproduce, exhibe, emite, ejecuta o difunde al público, en todo o en parte, por impresión, grabación, fonograma, videograma, fijación u otro medio, una obra o producción literaria, artística, científica o técnica sin la autorización escrita del autor o productor o titular de los derechos, en su caso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años

147.- Código Penal de Perú. Comentado y Analizado por Hernán Figueroa Estremadoyro. Perú · Inkara. 1994. pp. 145-146.

"Artículo 217, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, cuando":

1.- La copia, reproducción, exhibición, emisión, difusión o utilización de la obra o producción intelectual se hace con fines de comercialización.

2.- La copia, reproducción, exhibición, emisión, difusión de la obra o producción intelectual se hace suprimiendo o alterando el nombre o seudónimo del autor o productor o titular de los derechos, en su caso, nombre, denominaciones, sello o distintivo de autenticidad de la obra o producción intelectual.

"Artículo 218, El que, falsamente, se atribuye o atribuye a otro la autoría o titularidad de una obra o producción intelectual será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con veinte a treinta días multa.

"Artículo 219, El que edita, reproduce o pone en circulación una obra o producción intelectual en mayor número que el autorizado en forma escrita, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con veinte a treinta días multa.

"Artículo 220, El que, conociendo el origen ilícito de la copia o reproducción de una obra o producción intelectual, la distribuye al público, oculta, vende, arrienda, o trasmite su propiedad o posesión por cualquier otro medio, introduce en el país o la saca de éste, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro.

"Artículo 221, en los delitos previstos en este Capítulo se procederá a la incautación previa de los ejemplares ilícitos y, en caso de condena, el decomiso a favor del titular del derecho vulnerado."¹⁴⁸

4.3.- Código Penal de Argentina.

La ley 11,723, modificada y ampliada por la Ley 23,741 actualmente vigente que regula la materia de propiedad científica, literaria y artística así considerada por los argentinos, en su Capítulo de las penas regula lo correspondiente ha los delitos contra la violación de

¹⁴⁸.- Idem pp. 146-147.

la propiedad científica, literaria y artística, comprendidos en 5 artículos que enunciaremos y que más adelante comentaremos su estudio y que a la letra dicen:

"Artículo 71 Será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta Ley.

"Artículo 72 Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita:

- a) El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derecho habiente;
- b) El que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya edita, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto;
- c) El que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto;
- d) El que edite o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados."

La punibilidad de los delitos precedentes se regulará conforme al artículo 172 del Código Penal que establece: "Será reprimido con prisión de un mes a seis meses, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño."

Equiparando a dichos tipos penales con la defraudación o estafa, toda vez que la sanción que le atribuye.

Es la misma para los delitos que traigan consigo el engaño llámense estos, defraudación o estafa.

"Artículo 72 bis. Será reprimido con prisión de un mes a seis meses:

- a) Al que con fin de lucro reproduzca un fonograma sin autorización por escrito de su productor o del licenciado del productor;

b) El que con el mismo fin facilite la reproducción ilícita mediante el alquiler de discos fonográficos u otros soportes materiales;

c) El que reproduzca copias no autorizadas por encargo de terceros mediante un precio;

d) El que almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante la factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo;

e) El que importe las copias ilegales con miras a su distribución al público.

El damnificado podrá solicitar en jurisdicción comercial o penal el secuestro de las copias de fonogramas reproducida ilícitamente y de los elementos de reproducción.

El juez podrá ordenar esta medida de oficio, así como requerir caución suficiente al peticionario cuando estime que éste carezca de responsabilidad patrimonial. Cuando la medida precautoria haya sido solicitada por una sociedad autoral o de productores, cuya representatividad haya sido reconocida legalmente, no se requerirá caución.

"Si no se dedujera acción, denuncia, querrela, dentro de los 15 días de haberse practicado el secuestro, la medida podrá dejarse sin efecto a petición del titular de las copias secuestradas, sin perjuicio de la responsabilidad que recaiga sobre el peticionante. A pedido del damnificado el juez ordenará el decomiso de las copias que materialicen el ilícito, así como los elementos de reproducción. Las copias ilícitas serán destruidas y los equipos de reproducción subastados. A fin de acreditar su carácter de productor fonográfico o de licenciado de un productor. El producto de la subasta se destinará a acrecentar el fondo del fomento a las artes del Fondo Nacional de Derechos de Autor a que se refiere el artículo 6 del Decreto- Ley 1.224/58."

"Artículo 73 Será reprimido con prisión de un mes a un año o con una multa de mil a treinta mil pesos destinados al Fondo de Fomento creado por esta Ley"

a) El que representare o hiciere representar públicamente obras teatrales o literarias sin autorización de sus autores o derecho habientes;

b) El que ejecutare o hiciere ejecutar públicamente obras musicales sin autorización de sus autores o derecho habientes.

"Artículo 74 Será reprimido con prisión de un mes a un año con multa de mi a treinta mil pesos, destinada al fondo de fomento creado por esta Ley, el que

atribuyéndose indebidamente la calidad de autor, derecho habiente o la representación de quien tuviere derechos, hiciere suspender una representación o ejecución pública lícita."¹⁴⁹

Asimismo la necesidad de proteger al derecho de autor por medio de la sanción penal es justificable por la siguiente razón: "una conducta ilícita no sólo agrieta la esfera del derecho intelectual del autor en su aspecto moral y patrimonial, sino que también afecta la cultura de la comunidad."¹⁵⁰

A pesar de esto la primera Ley no. 7092 sobre propiedad intelectual fue promulgada en 1910, y sin mencionar nada respecto de la represión o sanción de carácter penal siendo la Ley no. 11.723 la primera en introducir tipos penales, esta misma a su vez fué ampliada por la Ley no. 23.741.

"La transgresión penal de la obra intelectual puede ser juzgada desde dos ópticas que, llegado el caso, se inter relacionan una con otra: a) cuando el ataque recae sobre el derecho moral del autor, y b) cuando la violación afecta su derecho patrimonial. La primera se presenta cuando entra en conflicto el derecho y paternidad, de inédito, intangibilidad, individualización o identidad de la obra, (artículos 36 y 52. Ley 11,723). La segunda tiene lugar cuando entra en convulsión, entre otros, el derecho de publicación, reproducción, o explotación de la obra. Se le reprime con el artículo 71 de la citada ley."¹⁵¹

Para los argentinos se pueden cometer contra tal derecho una diversidad de delitos a saber: hurto, robo, estafa, defraudación, estelionato (estafa especial mediante el alquiler de discos fonográficos), daño.

Por ello es necesario precisar la naturaleza de tan discutido derecho de autor por los argentinos, así mismo empezaremos con falsificación, "significa imitar artificialmente o cuando hay contradicción, ficción o alteración real, efectiva, de una cosa material como de una firma, de un sello, de un testamento o de una escritura. El Código Penal legisla sobre varias especies de falsificación (artículo 282 al 298) También la Ley de marcas prevé el delito de falsificación. Por el contrario, en materia de derechos de autor los delitos que tipifica no tienen, en general, ninguna relación con la acción de falsificar. Sólo podría admitirse su existencia en la reproducción abusiva, excluyendo el delito de plagio, sin pasar tampoco por alto de los pocos casos de verdadera falsificación que constituyen las figuras penales previstas por el artículo 72, inc. a y b, que establece como violación del derecho de autor al que edite clandestinamente una obra publicada o

¹⁴⁹ - Código Penal de la República de Argentina. Comentado por Fernando Marcelo Zamora. Argentina - Zavalia, 1994. pp 108-109

¹⁵⁰ - Ledesma C. Julio. Derecho Penal Intelectual. Argentina : Universidad Argentina, 1992. p. 249

¹⁵¹ - Ibid. p 250

al que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto."¹⁵²

Defraudación preceptuado por los artículos 71 y 72 de la multicitada ley "ha conducido erróneamente al tribunal a exigir que la comisión de los delitos contra el derecho de autor debía quedar sometida a los requisitos estatuidos sobre dicho tipo por el Código Penal. Pero tomada en su verdadero alcance la aludida figura resulta de naturaleza genérica... la equiparación al artículo 172 que hace el artículo 71 es por tanto, a los efectos de la pena y no de los elementos constitutivos del delito indicado."¹⁵³

Por otra parte el hurto propio y el impropio, "pensemos que ni uno ni otro son aplicables puesto que el primero supone la transferencia material de la obra. En tanto que el segundo, resulta también ajeno al derecho de autor porque sólo en casos contados como en el fonograma se presenta el ánimo del lucro ilícito. Es por eso igualmente inadmisibles esta teoría en el derecho argentino porque no se puede hablar en él de hurto de la propiedad intelectual, desde que supone el apoderamiento ilícito de una cosa mueble total o parcialmente ajena (artículo 162, Código Penal y no de un bien inmaterial)."¹⁵⁴

Por lo que hace a la usurpación el diccionario de la lengua lo define como: "la simple posesión de hecho sin título legítimo, o el goce injusto y fraudulento de alguna cosa o derecho de que uno se ha apoderado de mala fe por violencia o artificios, en perjuicio del público o de los particulares...en el caso contemplado por el artículo 74 Ley 11.723, que expresa que será reprimido quien atribuyéndose indebidamente la calidad de autor, derecho habiente o la representación de quien tuviese derechos, hiciese suspender una representación o una ejecución pública lícita. Es lo que constituye la usurpación de la paternidad de una obra al manifestarse una ilícita sustitución de la calidad autoral. No ocurre lo mismo con la edición no autorizada Cambiando el título de la obra o alterando su texto, puesto que si bien el encartado ejerce derechos que pertenecen a terceros, no pretende con dichas maquinaciones dolosas reemplazar al autor"¹⁵⁵

El derecho intelectual o *sui generis* teoría sostenida por Picard con la cual no esta de acuerdo, por considerar que es deficientes o desintegrada porque solo muestra como elementos suyos la presunta inmaterialidad de su objeto y el goce común, pero nada dice acerca del contenido, naturaleza o límites del derecho que es en verdad, el problema que se desea resolver penalmente, sin embargo, por nuestra parte opinamos diferente respecto de dicha teoría a la cual nos adherimos parcialmente como ya comentamos en el Capítulo anterior

¹⁵² - Ibid. pp. 253-254.

¹⁵³ - Idem.

¹⁵⁴ - Ibid. pp. 254-255.

¹⁵⁵ - Idem.

Julio Ledesma opina respecto de las figuras delictivas tipificadas por la Ley 11,723 y 23,741 que se encuentran encajadas en distintos tipos criminales que oscilan desde el fraude como delito calificante y la usurpación de los derechos sobre las obras del ingenio, pasando antes por el meridiano de los casos especiales de fraude al comercio que abarcan tanto lo atinente a los citados derechos de autor como el de los fonogramas.

En consecuencia considera el mismo autor "que abarca distintos tipos penales, conforme lo expusimos, quedando, por tanto su interpretación semántica sometida en cada caso a la naturaleza jurídica de cada uno de ellos."¹⁵⁶

De acuerdo con el artículo 71 y 72 los cuales "adolecen de deficiencias técnicas legislativas no solamente por pretender aplicar la tipicidad del delito de defraudación, previstos por los artículos 172 y 173... [sin embargo] la equiparación al artículo 172 que hace el citado artículo 71 es, por tanto, a los efectos de la pena (*quod poenam*) y no de los elementos constitutivos del delito indicado (*quod delictum*)."¹⁵⁷

"El artículo 72 inc. a Ley 11,723, sanciona con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, además de ordenar el secuestro de la edición ilícita, al que edita, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra inédita sin autorización de su autor o derecho habientes. Este precepto legal tiene por finalidad proteger sin término de duración el secreto de la obra aún no publicada, basada no sólo en razones morales que atañen exclusivamente a la acción personal del autor, entre las cuales cabe citar el de poder continuar la obra, ampliarla, modificarla y hasta destruirla, sino también reprimir su explotación ilícita como producción intelectual al prohibir que el *corpus mechanicum* que es lo tutelable en el derecho de inédito, llegue a integrarse con el *corpus mysticum* para la protección de la obra como unidad ideológica sin la debida autorización del autor o sus derecho habientes cabe añadir que la revelación indebida del simple contenido de la obra no publicada sin que medie producción, venta o edición, da lugar asimismo a la violación del derecho de inédito, dado que el autor es solo quien debe decidir hasta cuando mantiene su conservación... su punición da lugar al delito de revelación de secretos legislado por el derecho penal común en el artículo 156 del Código Penal.

Establece el artículo 72 inc. a de la misma ley en su parte conducente "que será reprimido y sufrirá las penas impuestas por el artículo 172 del Código Penal el que reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra publicada sin autorización de su autor o derecho habientes. La figura penal a la que alude el citado precepto legal consiste en la facultad exclusiva del agente de contrahacer materialmente los ejemplares de una

¹⁵⁶.- Idem.

¹⁵⁷.- Ibid. p 257-258.

obra ajena por cualquier medio o instrumento... acorde con lo expuesto, el momento consumativo de la reproducción como delito, es la publicación de la obra.

De acuerdo con los medios empleados para la realización de este delitos serían los siguientes: "la reproducción puede llevarse a cabo de tres modos diferentes: manual, material e ideológica. La última de lugar a un tipo penal independiente como el plagio, que se encuentra legislado en el artículo 72, inc. c."¹⁵⁸

Por lo que se refiere al artículo 72 bis en lo concerniente a la reproducción ilícita de un fonograma o de sus copias el artículo 1 de la ley establece en lo pertinente, "que las obras científicas, literarias y artísticas comprenden... fotografías, grabados y discos fonográficos, en fin toda producción científica, literaria y artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción... [de esta manera] el disco fonográfico quedaba incorporado así legalmente con dicho precepto como obra fonográfica. Pero esta interpretación no siempre fue admitida al sostenerse que la Ley 11,723 no se refería al fonograma sino al disco fonográfico como simple soporte mecánico de la obra musical y, por ende, el productor fonográfico no quedaba amparado por dicho texto legal"¹⁵⁹

Posteriormente la ampliación que hace la Ley 23.741 en el sentido que consideraba cual era el alcance, "tanto al disco fonográfico como al fonograma, ante tal determinación, cabe indicar que el primero fue sustituido por el segundo, dado que el disco es, en sí mismo, un producto industrial que sirve de soporte mecánico o material al fonograma que constituye a su vez, el registro o grabación de las ondas sonoras para la reproducción del sonido que da lugar a un resultado inmaterial mediante una nueva corporeidad *sui generis*, que no es otra cosa, que la producción fonográfica que vive por sí misma en el mundo musical... no sólo reformó y amplió la Ley 11.723, sino que agregó también una disposición que, según Emery implica la virtual inversión de la prueba, ya que a quien le fuera imputada la reproducción ilícita de un fonograma, debe destruir la presunción de ilicitud de la reproducción, probando que cuenta con autorización por escrito de su productor o del licenciado del productor... la referida disposición del artículo 72 bis, inc. a ... da lugar también a otro tipo penal consistente en el hecho de la duplicidad de la carátula, embalaje y marca del productor original. Ello provoca de tal modo, un concurso ideal de delitos."¹⁶⁰

En cuanto al artículo 72 bis inc. b, establece; "el que con el mismo fin facilite la reproducción ilícita mediante el alquiler de discos fonográficos u otros soportes materiales... el alquiler de discos ha constituido una forma encubierta de piratería." Y finalmente, un problema de piratería internacional que en consecuencia llevó a los Estados Unidos de América a dictar una ley que prohibiera el alquiler de discos.

¹⁵⁸- Ibid. pp. 259-261.

¹⁵⁹- Ibid. p. 262.

¹⁶⁰- Ibid. p. 263.

Según el artículo 72 bis inc. C que se refiere a la reproducción ilícita de copias de fonogramas no autorizadas por encargo de terceros mediante un precio. "Emery expresa: que la reproducción de un fonograma es la realización de una o más de sus copias o la duplicidad de una parte sustancial del mismo. Consecuentemente, el derecho de reproducción es la facultad exclusiva del autor de multiplicar como de autorizar o prohibir la multiplicación de los ejemplares de su obra. Su violación puede dar lugar a la perpetración de los delitos de uso indebido de marcas de fábricas reprimida por el artículo 289, inc. 3 del Código Penal en concurso ideal con el artículo 72, inc. C antes citado."¹⁶¹

Por lo que respecta al delito de plagio previamente establecido en el artículo 72 inc. c. *in fine*. "Permite establecer que el delito de plagio está admitido por nuestra Ley y que tiene por finalidad sancionar la usurpación de la paternidad e intangibilidad de una obra inmaterial perteneciente a un tercero. Dicho en otros términos, consiste en la apropiación del pensamiento ajeno. Aún cuando esta aceptación es la que ha tenido mayor divulgación no ha sido empero, adoptada por la legislación en general, pero sí por nuestra doctrina jurisprudencial."¹⁶²

El plagio y la falsificación son diferentes, en el primero no hay falsificación material sino, intelectual, mientras que en el segundo consiste en la reproducción material con la finalidad de hacer una cosa semejante a la original para hacerla pasar por esta.

En el caso de la supresión o cambio ilícito del nombre del autor mediante la edición, venta o reproducción de una obra publicada, el cual se encuentra previsto en el artículo 72, inc. c. "la sanción con la pena establecida por el artículo 71 en correlación con el 172 del Código Penal. Pero no habrá delito si la aludida supresión o cambio del nombre no va acompañada por una edición, venta o reproducción ilegal de la obra de que se trate. Este precepto legal se basa en lo establecido por el artículo 52 de la Ley especial en cuanto éste obliga en caso de cesión o enajenación de una obra a que el adquirente mencione el nombre o el seudónimo del autor."¹⁶³

Por otro lado la supresión o cambio ilícito del título mediante la edición, venta o reproducción de una obra publicada, se consideran casos especiales de defraudación, expresa el artículo 72, inc. c. y sufrirá la pena que establece el artículo 71 además del secuestro de la edición ilícita, el que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el título de la misma la figura penal en examen exige pues, para su configuración, no solamente la supresión o cambio ilícito del título sino que debe acompañarse también con la edición, venta o reproducción de la obra espuria ".

¹⁶¹.- Ibid. pp. 264-265.

¹⁶².- Ibid. pp. 265-267.

¹⁶³.- Ibid. p. 276.

Podría considerarse que tal delito puede configurar más de dos delitos por una parte el delito de fraude, la supresión o cambio de título, asimismo el de concurrencia desleal.

Existen casos especiales de fraude al comercio de los derechos de autor, así previstos en el artículo 72, inc. a y c. que se refieren a la comercialización ilícita de una obra publicada:

- "1. Vender una obra publicada sin autorización de su autor o derecho habiente.
- Vender una obra publicada, suprimiendo o cambiando el nombre del autor
- Vender una obra publicada, suprimiendo o cambiando su título.
- Vender una obra publicada alterando dolosamente su texto (plagio)

De las anteriores conductas ilícitas se pueden desprender una gran diversidad de modalidades, sin embargo las ya antes consignadas son las más importantes ya que de ellas se desprenden todas las subsecuentes.

También existen tipificados casos especiales de fraude al comercio de fonogramas mencionaremos sus conductas:

1.- Almacenar o exhibir copias ilícitas de fonogramas, establece el artículo 72 bis inc. d, ley 23,741, que el que almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante la factura que lo vincule comercialmente con un producto legítimo será reprimido con prisión de 1 mes a 6 años. Esta norma tiene su raíz en el artículo 39, Ley de Marcas 22,362, al examinar a los damnificados de la impropia tarea de reconstituir la prueba de la distribución y venta de los productos ilícitos, lo que se presume, según la reforma por el almacenamiento o exhibición al público de copias ilícitas.

2.- Importar copias ilegales de fonogramas, estatuye el artículo 72, inc Ley 23.741, que será reprimido con prisión de 1 mes a 6 años el que importe las copias ilegales con miras a su distribución al público. Esta norma legal incorpora así a la legislación penal del derecho de autor la disposición que sanciona al que importe copias ilegales con miras a su distribución en público. Precisamente, la protección a los productores de fonogramas se basa en la nacionalidad del productor original y legítimo que debe quedar protegido; la producción en el sentido de fabricación de ejemplares de fonogramas, su importación y su distribución

"El delito de edición, de una obra pública sancionado por el artículo 72, inc. a y d, ley 11,723, abarca tres situaciones diferentes que examinaremos a continuación Ellas

son: 1) de una obra impresa sin autorización del autor o derecho habientes; 2) de una obra impresa con mayor número de ejemplares autorizados; 3) de una obra impresa mediando alteración dolosa de su texto (plagio).

La redacción clandestina de una obra publicada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto, es otra más de las conductas delictivas que protege el derecho de autor, establecido en su artículo 72, inc. b el diccionario de la lengua define la falsificación como la acción de contrahacer, adulterar o corromper alguna cosa. No hay pues falsificación sino cuando interviene contratación, ficción, o alteración real, efectiva de una cosa material como de una firma, de un sello de una moneda la calificación de falsificación que consigna el artículo 72, inc. b, responde al verdadero contenido tipificante que encierra dicho precepto.

Se presume "como casos de usurpación del carácter del autor los tres siguientes: 1) representación pública ilícita; 2) ejecución pública ilícita; 3) supresión ilícita de una representación o ejecución lícitas. Los dos primeros casos están legislados pro el artículo 73, inc. a y b en tanto que el tercero, en el artículo 74, ley 11, 723.

El artículo 73 establece que será reprimido con prisión de un mes a un año o con multa de treinta a un mil australes (multa según ley 23.479) destinada al fondo de fomento creado por esta ley: a) el que representare o hiciere representar públicamente obras teatrales o literarias sin autorización de sus autores o derecho habientes; b) el que ejecutare o hiciere ejecutar públicamente obras musicales sin autorización de sus autores o derecho habientes esta doble modalidad que da lugar a la violación de derechos de representación y ejecución.

El encubrimiento forma parte de toda acción delictiva, cabe mencionar como toma parte en la violación a los derechos de autor cuando el comerciante de obras de arte compra un cuadro, una escultura o un dibujo sobre el cual el nombre de un autor ha sido fraudulentamente colocado o imitado. Y ello acontece desde el momento que él ha advertido que la obra consta de un elemento falso por lo que adquirido un bien proveniente de un ilícito. Se hace así cómplice del falsificador.

4.4.- Jurisprudencia.

Debemos aclarar que dicha Jurisprudencia se realizó antes de las reformas del 24 de diciembre de 1996, y que estas mismas entraron en vigor el 24 de marzo de 1997, no obstante estos precedentes nos son de gran utilidad para ilustrar tan discutido tema como es la conducta típica o adecuada y sus posibles lagunas en el Código Penal en tratándose de los derechos de autor y asimismo el criterio que sostiene la corte en determinados supuestos jurídicos.

RETRATOS, PUBLICACIÓN DELICTUOSA DE (LEY SOBRE DERECHOS DE AUTOR).

El artículo 25 de la Ley sobre Derechos de Autor, establece; primero, que se requiere el consentimiento expreso de una persona para que su retrato sea publicado, exhibiendo o puesto en el comercio, y segundo, que después de la muerte de esa persona, se necesita el consentimiento manifiesto de su cónyuge e hijos, y en su defecto, de los parientes que menciona. Un retrato, en sí mismo, no es sino la reproducción de una imagen de persona, objeto o cosa, obtenida en papel, a través de la impresión en un roilo o placa por medio de una cámara fotográfica, y constituye la reproducción fiel de las imágenes captadas, de tal manera que para poder impresionarlas se requiere su existencia. La fotografía tomada a un individuo, según el precepto en cuestión, puede ser en vida de aquél, ya que establece que podrá llevarse a cabo su publicación o exhibición con su expreso consentimiento, o bien esa fotografía puede obtenerse del cadáver de esa persona,; concatenando, conforme a las reglas de hermenéutica jurídica, la segunda parte del párrafo, que se interpreta gramatical y legalmente, con la primera del mismo, lógicamente se advierte que los casos que plantea se contraen a la publicación, exhibición o comercio del retrato de una persona tomado en vida de ésta o después de su muerte, de su cadáver, esto es, la reproducción de su imagen por tales medios, pues no se concibe en otra forma la interpretación que debe darse a esa regla; por o que si no se publico el retrato de una persona en una fotografía que le hubiere sido tomada en las condiciones de referencia, sino que el delito perseguido consistió en la publicación de un retrato de una mascarilla vaciada en yeso de la cara del cadáver de esa persona, misma mascarilla que se exhibe en un museo y que, por tanto, se halla a la vista de todos los individuos que a él asisten, o en otras palabras, bajo el dominio público, y no existe prohibición legal para imprimir placas fotográficas de esa mascarilla o de cualquiera de los objetos que se exhiben en el mismo, se deduce que esa publicación en modo alguno, es el retrato de la persona y, consecuentemente, que los hechos perseguidos no configuraron el ilícito, previsto por el artículo citado.

Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXIX. p. 212.

AUTOR, DERECHOS DE. LA OMISIÓN DE PAGAR LO CONVENIDO POR SU EXPLOTACIÓN, NO TIPIFICA LA CONDUCTA ILÍCITA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 135, FRACCIÓN I, DE LA LEY RESPECTIVA.

Los elementos que integran el delito previsto por el artículo 135, fracción I, de la ley abrogada Ley Federal de Derechos de Autor son: a) que una persona, con fines de lucro, explote una obra protegida por la ley; y b) que dicha explotación se realice sin el consentimiento del titular del derecho de autor. Ahora bien, existiendo un convenio para la explotación de una obra creada por el pasivo, en el que se pactó el uso de sus derechos con fines de lucro, mediante el pago de cierta suma, es inexacto que por el solo hecho de que el activo omita pagar esa cantidad, se tipifique la figura delictiva señalada, pues la sola existencia de dicho convenio excluye el elemento correspondiente a la falta de consentimiento exigida por el tipo penal descrito.

Novena Época. Instancia Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo V, Mayo de 1997. Tesis XIV, 2o. 64. p. p.604.

DERECHOS DE AUTOR, LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 135 DE LA LEY DE LA MATERIA CONTIENE UN SOLO TIPO PENAL.

No existe razón para determinar que la fracción II del artículo 135 de la Ley Federal de los Derechos de Autor, contiene dos tipos penales; en primer lugar, porque de su interpretación textual se desprende que sus dos enunciados se complementan gramatical y lógicamente, en segundo, porque de tratarse de dos delitos, la segunda parte sería reiterativa del tipo penal a que se refiere la fracción I del mismo artículo; en tercer término, porque la finalidad del legislador fué que dicho supuesto constituyera un solo tipo penal, al utilizar la conjunción "Y" y no la disyuntiva "O", como lo hace en la fracción III; además, al haber aumentado el legislador, a la lista de sujetos activos, editor y grabador, la calidad de "productor", es evidente que sólo quiso señalar en forma casuista las tres calidades distintas de sujetos activos, que pueden desplegar el delito a través de las conductas que les son propias respectivamente, que son editar, grabar y producir, así como a través de las conductas genéricas de "explotar" o "utilizar", en todos los casos, con fines de lucro, una obra protegida, sin autorización del titular del derecho de autor o de los derechos patrimoniales.

Novena Época Instancia Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo V, febrero de 1997. Tesis I.4o. p. 8 p. 730.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos de autor, de acuerdo con las teorías analizadas en el presente trabajo, consideramos que es un derecho *sui generis* como su nombre lo indica, único en su género, con doble contenido patrimonial y moral.

SEGUNDA.- Por lo que respecta a la protección de los derechos de autor nuestro régimen jurídico, protege básicamente al *autor* y a la obra, no así a la idea en sí misma, sino la forma de expresión de la idea, gozando de la dualidad de su derecho, a diferencia de otros regímenes que protegen en forma prioritaria al editor quien goza de los derechos patrimoniales y de lo relativo a la publicación, mientras que el autor es titular del derecho moral fundamentalmente.

TERCERA.- La figura en estudio es un delito de acción, ya que el núcleo del tipo implica o hace referencia de manera expresa a una conducta positiva consistente en un producir, reproducir, importar, almacenar, transportar, distribuir, vender, usar y arrendar, lo que nos indica una actividad, un hacer, a contrario sensu no se pueden realizar tales conductas por omisión.

CUARTA.- Estamos en presencia de un tipo de resultado material, ya que para su integración el legislador nos pide que el sujeto activo obtenga un beneficio lo que conlleva a un cambio en el mundo fáctico, es decir una afectación al bien jurídico tutelado.

QUINTA.- Es un tipo doloso, pues se requiere el conocer, querer y aceptar la realización del tipo objetivo, debido a que estamos en presencia de un dolo natural.

SEXTA.- De la hipótesis en estudio y del análisis de sus elementos podemos concluir que no se presenta el error de tipo como causa de Atipicidad.

SÉPTIMA.- Tampoco se presentan ninguna causa de justificación.

OCTAVA.- Opera el consentimiento del ofendido como causa excluyente del delito contemplado en el artículo 15 fracción III del Código Penal vigente.

NOVENA.- Se pueden presentar causas de inculpabilidad, como la no exigibilidad de otra conducta y el error de prohibición.

DÉCIMA.- Existe causa de inimputabilidad como es el caso de los menores de edad e incapaces.

BIBLIOGRAFIA.

GENERAL.

LIBROS

- ACOSTA ROMERO**, Miguel y **LÓPEZ BETANCOURT**, Eduardo. Delitos Especiales. Doctrina Legislación y Jurisprudencia. 2a. ed.. México : Porrúa, 1990.
- CASTELLANOS TENA**, Fernando. Lineamientos de Derecho Penal. 30 ed México : Porrúa, 1991.
- CUELLO CALON**, Eugenio. Derecho Penal. 18a. ed. Barcelona : Bosch, 1981.
- DAZA GÓMEZ**, Juan Manuel Carlos. Teoría General del Delito. México : Cárdenas, 1997.
- ESPIN CANOVAS**, Diego. Las Facultades del Derecho Moral de los Autores y Artistas. Madrid : Civitas, 1991.
- HERRERA MEZA**, Humberto Javier. Iniciación a los Derechos de Autor. España : Noriega, 1992.
- LEDESMA C**, Julio. Derecho Penal Intelectual. Obras y Producciones. Argentina . Universidad Argentina, 1992.
- LIPSZYC**, Delia. Derechos de Autor y Derechos Conexos. Argentina : Unesco, 1993.
- LOREDO HILL**, Adolfo. Derecho Autoral. México : Porrúa, 1982.
- MAGALLON IBARRA**, Mario Jorge. Instituciones de Derecho Civil. Derechos Reales. México : Porrúa, 1990.
- MESSINEO**, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Doctrinas Generales. Europa, América y Buenos Aires : Jurídicas, 1979.
- MORINEAU**, Oscar. Los derechos Reales y el Subsuelo en México. México-Buenos Aires : Fondo de Cultura Económica, 1948.
- PACHON MUÑOZ**, Manuel. Manual de Derechos de Autor. Colombia : Themis, 1998
- PETIT CANDAUDAP**, Celestino Porte. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal I. 9a ed. México : Porrúa , 1984.
- PHILIPP**, Alfeld. Derecho de Autor y del Derecho del Inventor. Bogotá : Themis, 1982.
- PLANIOL**, Marcel y Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. Los Bienes. México : Cárdenas Editores, 1983.
- RANGEL MEDINA**, David. Derechos de Propiedad Intelectual. 2a. ed México Porrúa . 1996.
- ROJINA VILLEGAS**, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Bienes Derechos Reales y Posesión. 5a. ed. México : Porrúa, 1981.
- VILLALOBOS**, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. 5a. ed. México . Porrúa, 1990.

LEGISLACION.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México : Sista, 1996.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de Baja California. México, 1872.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales. Edición Oficial. México : Talleres Gráficos de la Nación.
- Código Civil para el Distrito Federal. 53a. ed. México : Porrúa, 1984.
- Nuevo Código Civil. Comentado Manuel Andrade. 11a. ed. México : Información Aduanera de México, 1958.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de Baja California. Anuario de Legislación y Jurisprudencia. México : Francisco Díaz de León, 1884.
- Nuevo Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de Baja California. Anotado y Concordado, Andrade Manuel. 9a. ed. México : Información Aduanera de México, 1948.
- Leyes Penales Mexicanas. 3a. ed. México : Instituto Nacional de Ciencias Penales México, 1979.
- Ley Federal Sobre Derechos de Autor. Diario Oficial de la Federación. 17 de julio de 1991.
- Ley Federal Sobre Derechos de Autor. Diario Oficial de la Federación 23 de julio de 1991.
- Ley Federal Sobre Derechos de Autor. Diario Oficial de la Federación 11 de enero de 1982.
- Ley Federal de Derechos de Autor. México : Pac. 1997.
- Código Penal de Perú. Comentado y analizado por Hernán Figueroa Estremadoyro. Perú : Inkari, 1994.
- Código Penal de la República General de Argentina. Argentina : Zavalia, 1994.

HEMEROGRAFIA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Yolanda. La Propiedad Intelectual. Revista de Estudios de Derecho. LIV No. 119-124 2da Época. Colombia. Marzo-Septiembre 1993. pp. 65 a 93
- LAMAS PUCCIO, Luis. Propiedad Intelectual. Revista del Foro. LXXV. no. 1. Perú. Enero y Junio 1998. pp. 218 a 227.
- PIZARRO DAVILA, Edmundo. Los Delitos Contra la Propiedad Intelectual Revista del Foro. LXXIII no. 1. Perú. Agosto, 1986, pp. 348 a 355.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

- DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 13a. ed. México : Porrúa, 1985
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. Tomo I A-G. 11a. ed. Madrid : Espasa Calpe, 1992.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XXIII, Argentina . Press-Razo, 1968

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo I A-B. Colombia : Themis, 1977.

GARRONE, José Alberto. Diccionario Jurídico. Tomo I A-D. Argentina : Abeledo-Perrot, 1986.