

587
2ej



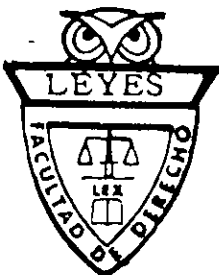
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO QUE TIPIFICA LA FRACCION III DEL ARTICULO 424, DEL CODIGO PENAL EN RELACION CON LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 131 DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO



T **S** **I** **S**
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
AXEL IVAN PEREZ MENESES



ASESOR DE TESIS: LIC. PAULINO CHAVARRIA GOMEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA

1998

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

247649



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 está 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 6 de agosto de 1998.

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

EL C. AXEL IVAN PEREZ MENESES, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC PAULINO CHAVARRIA GOMEZ, su tesis profesional intitulada "ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO QUE TIPIFICA LA FRACCION III DEL ART. 424, DEL CODIGO PENAL EN RELACION CON LO DISPUESTO POR EL ART, 131 DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR ", con el objeto de obtener el grado académico de licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 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 HA Y LA DEL ESPIRITU"
EL DIRECTOR GENERAL DE SEMINARIO

RESULTADO DE EXAMEN
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS

México, D.F., a 29 de abril de 1998.

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL
EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E

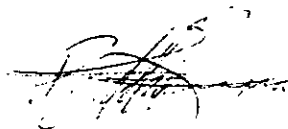
ESTIMADO DOCTOR:

Me permito informarle que el C. Axel Iván Pérez Meneses, con Número de Cuenta 8132387-0 y de acuerdo a sus instrucciones, realizó su Tesis bajo mi dirección, misma que se denomina "ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO QUE TIPIFICA LA FRACCION III DEL ARTICULO 424, DEL CODIGO PENAL EN RELACION CON LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 131 DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR."

El trabajo en cuestión que me permito someter a su análisis reúne para mí los requisitos necesarios para presentarse en el examen correspondiente.

De esta manera espero haber cumplido con sus instrucciones y me es grato ratificarle mis respetos.

A T E N T A M E N T E



LIC. PAULINO CHAVARRIA GOMEZ.

DEDICO LA PRESENTE TESIS

A DIOS ...

A la Universidad Nacional Autónoma de México y por supuesto a la Facultad de Derecho, Instituciones que me dieron la oportunidad de aprender y a las que me siento orgulloso de pertenecer.

A mi Padre Lic. Edgar Pérez Paz por darme la visión de una profesión honorable y orgullosa como es la del Abogado

A mi Madre la Maestra Ma. Antonieta Meneses Zúniga por su inagotable esfuerzo para que yo pudiera contar con una carrera tan bella como ésta.

A la memoria de mis Abuelos...

**A mis hermanos Edgar Omar y Allán Elahí
por su cariño y el incondicional apoyo que
me dan cada día.**

**A las familias Pérez Paz y Meneses
Zúñiga por su ejemplo de unión y fuerza.**

**A toda la comunidad artística que me ha dado
la oportunidad de convivir y de aprender
con ellos.**

A todos los que se encuentran detrás de un artista y se preocupan porque en este mundo nunca se acaben sus manifestaciones, ni se cometan injusticias como se cometen actualmente.

Al Lic. Paulino Chavarría Gómez por sus valiosos consejos y asesoría para realizar este trabajo recepcional.

Al Lic. Efrén Huerta Rodríguez por su paciencia e invaluable ilustración.

**“ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO QUE TIPIFICA LA
FRACCION III DEL ARTICULO 424, DEL CODIGO PENAL EN RELACION
CON LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 131 DE LA LEY FEDERAL DEL
DERECHO DE AUTOR.”**

INDICE GENERAL

INTRODUCCION.	XI
----------------------------	----

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

**I.1.- ANTECEDENTES HISTORICO-LEGISLATIVOS DEL DERECHO DE
AUTOR EN MEXICO.**

a) Nociones sobre el Derecho de Autor.	1
b) Constitución Federal de 1824.(Decreto del gobierno sobre propiedad literaria del 3 de diciembre de 1846).	4
c) Constitución de 1917.	5
d) Legislación Civilista.	7
e) Protección internacional a través de la Ley Federal de Derechos de Autor de nuestro país.	8

I.2.- DEFINICION DE LOS ARTICULOS 87 BIS Y 142 BIS DE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS DE AUTOR DE 1956 REFORMADA EN 1963.	22
--	-----------

I.3.- DEFINICION DEL DELITO QUE TIPIFICA LA FRACCION III DEL ARTICULO 424, DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.	25
I.4.- DEFINICION DEL ARTICULO 131 DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR Y LA RELACION QUE EXISTE ENTRE ESTE ARTICULO CON EL BIEN JURIDICO TUTELADO POR LA FRACCION III DEL ARTICULO 424 DEL CODIGO PENAL	28
I.5.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FIGURA JURIDICA REGULADA POR LA FRACCION III DEL ARTICULO 424 DEL CODIGO PENAL.	33
I.6.- EL PRODUCTOR DE FONOGRAMAS Y SU RELACION CON EL AUTOR-ARTISTA.	35
I.7.- DIVERSAS DENOMINACIONES CON LAS QUE SE CONOCE EL DELITO RAZON DE NUESTRO ESTUDIO.	37

CAPITULO II

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO QUE TIPIFICA LA FRACCION III DEL ARTICULO 424, DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

II.1.- CONSIDERACIONES GENERALES.	41
II.2.- ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS.	50
II.3.- CLASIFICACION DEL DELITO:	51

A.- En orden a la conducta.

A.1.- En orden al resultado.

B.- Tipicidad.

B.1.- Clasificación en orden al tipo.

C.- Antijuridicidad.

C.1.- Causas de justificación.

D.- Imputabilidad.

D.1.- Inimputabilidad.

E.- Culpabilidad.

E.1.- Inculpabilidad

F.- Punibilidad y excusas absolutorias.

F.1.- Condiciones objetivas de punibilidad y su ausencia.

CAPITULO III.

LA PROTECCION JURIDICA OTORGADA A LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS.

III.1.- PROTECCION A LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS Y POR LO TANTO A LOS AUTORES Y SUS OBRAS.	89
III.2.- DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA EXPLOTACION DE FONOGRAMAS CON FINES DE LUCRO, SIN LA DEBIDA AUTORIZACION DEL TITULAR DEL DERECHO.	93
III.3.- LA TUTELA PENAL DIRIGIDA A CASTIGAR LA EXPLOTACION INDEBIDA DE LOS FONOGRAMAS, Y ASI PROTEGER EL ACERVO CULTURAL DE LOS PUEBLOS DEL MUNDO.	98
III.4.- ENFOQUE EN RELACION AL SUJETO PASIVO DEL DELITO.	102
III.5.- ESTUDIO CRITICO DE LA FRACCION III DEL ARTICULO 424 DEL CODIGO PENAL, Y SU RELACION CON EL ARTICULO 131 DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR Y CUALES HAN SIDO LOS CRITERIOS PARA SU APLICACION DESDE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS DE AUTOR DE 1956 REFORMADA EN 1963 HASTA EL AÑO DE 1997	105

CAPITULO IV

LA PARTICIPACION.

IV. 1.- FACTORES QUE INDUCEN A LA COMISION DEL DELITO.	110
IV.2.- LA PARTICIPACION.	113
IV.3.- LA TENTATIVA EN EL DELITO QUE COMETE QUIEN PRODUZCA, REPRODUZCA, IMPORTE, ALMACENE, TRANSPORTE, DISTRIBUYA, VENDA O ARRIENDE FONOGRAMAS CON FINES DE LUCRO SIN LA DEBIDA AUTORIZACION DEL TITULAR DEL DERECHO DE AUTOR.	122
IV.3.1.- Tentativa acabada en el delito de estudio.	126
IV.3.2.- Tentativa inacabada en el delito de estudio.	127
CONCLUSIONES.	130
BIBLIOGRAFIA.	139

"Los cambios vertiginosos que impone la tecnología digital al mundo moderno, lo mismo que la creciente importancia económica y política de las industrias culturales, impactan directamente a la materia del Derecho de Autor. La inevitable actualización de sus normas obliga también a una inevitable revisión de su origen."

Lic. José Rodrigo Roque Díaz
Ex-Director Jurídico de la Dirección
General de Derechos de Autor.

"La música, en cualquiera de sus expresiones, es la forma mas importante de comunicación que existe, ya que, además de tener un alcance masivo, no necesita de un contenido literario para tocar emocionalmente a quienes la perciben.

Es muy reconfortante ver que hoy más que nunca tiene una difusión mundial y que de esta manera existe música de todos para todos.

México, siendo el centro de la música latinoamericana en el mundo, juega un papel muy importante en su desarrollo, así como en el de las personas que deciden convertirse en canales transmisores para que a través de ellos, esta expresión artística florezca."

Aureo Baqueiro. / Artista

INTRODUCCION

INTRODUCCION

En los últimos años ha sido muy notorio, el hecho de que la industria del fonograma en México ha sufrido un daño en su esfera jurídica. Daño que ocasionan todos aquellos que se dedican a obtener un lucro indebido, explotando en mil formas la música grabada, sin la debida autorización de sus legítimos titulares, perjudicando en su patrimonio, a todas aquellas personas que intervienen en el proceso de elaboración y venta de fonogramas; hablamos de autores, artistas, intérpretes, ejecutantes, diseñadores, promotores y vendedores; en fin se afecta a toda una industria honesta y legítimamente constituida.

Además esta ilícita actividad no paga impuestos, ni derechos ya que al ser una actividad clandestina se beneficia de las aportaciones que de cada copia debía entregar el contribuyente al Estado.

La industria del fonograma en México se encuentra en una etapa de desarrollo y promete ubicarse como una de las más importantes en el mundo; por lo cual es necesario contar con una legislación que proteja mediante medidas enérgicas el índice de producción y venta del producto legítimo.

Es por ello que la investigación correspondiente a esta tesis hace un análisis de la conducta delictiva contemplada en la fracción III del artículo 424 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal; recientemente incluido en el Código a través de la adición del Título Vigésimo Sexto al Libro Segundo que se titula: "DE LOS DELITOS EN MATERIA DE DERECHOS DE AUTOR."

Este artículo se refiere a la facultad que tiene el titular de los derechos del autor, ya sea el mismo autor, sus causahabientes o quien lo represente legítimamente como lo sería el productor de fonogramas, de oponerse a la reproducción, fabricación, importación, venta, almacenamiento, transportación, distribución o arrendamiento de sus obras, en forma dolosa y a escala comercial sin su autorización.

Al artículo mencionado lo relacionaremos con lo indicado por el artículo 131 de la nueva Ley Federal del Derecho de Autor, publicada el 24 de diciembre de 1996, en el sentido de que este artículo se refiere exclusivamente a los derechos que tienen los productores de fonogramas para prohibir o autorizar, la reproducción, importación, distribución, adaptación y el arrendamiento de sus fonogramas.

Teniendo en cuenta que la principal referencia de estos nuevos artículos la encontramos en los artículos 87 bis y 142 bis de la anterior Ley Federal de Derechos de Autor de 1956, reformada en 1963, estos serán de vital importancia para el desarrollo y comprensión del tema que nos ocupa, por lo que constantemente, haremos referencia a éstos. Así mismo trataremos de exponer dentro de lo posible los diversos criterios que rodean el problema materia de nuestro estudio.

Esta tesis realiza el estudio dogmático del delito antes citado y trata de comprender las conductas y condiciones que lo propician, para así, dar una visión general y proponer tanto soluciones como medidas preventivas para que este delito, que afecta a tanta gente, ya no se cometa.

El Sustentante / Axel Iván Pérez Meneses.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

II.- ANTECEDENTES HISTORICO - LEGISLATIVOS DEL DERECHO DE AUTOR EN MEXICO.

Definitivamente el terreno de la Legislación en materia de Derechos de Autor, no ha sido tan basto como el de otras áreas del Derecho. Tal vez, porque siempre se ha creído que esta materia se ve regulada conjuntamente con la Legislación en materia educativa, esto en parte es cierto, pero la Legislación en materia Autoral abarca otros conceptos, como el de Propiedad Intelectual, la protección del patrimonio del Autor, amén de los llamados Derechos conexos.

Con el fin de comprender mejor el tema que nos ocupa, demos un vistazo unicamente a la Legislación en materia autoral que nos pareció más importante históricamente para el tema que nos ocupa, no sin antes dar un perfil de lo que es el Derecho de Autor.

a) Nociones sobre el Derecho de Autor.

Adolfo Loredo Hill en su libro nos indica: "El Derecho autoral es tan antiguo como el hombre, nace con él, con su pensamiento, con su inteligencia creadora. Si pudieramos identificar a los realizadores de dibujos y pinturas rupestres tendríamos que reconocerles su calidad de autores, porque ésta se perpetúa en el tiempo a pesar de los milenios transcurridos."¹

¹ LOREDO Hill, Adolfo, Derecho Autoral Mexicano, Edit. Porrúa, México 1982, p. 13.

El Artículo 11 de la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996 define de esta forma al Derecho de Autor:

“El Derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos el patrimonial.”²

Así el Derecho del Autor es el conjunto de normas que protegen, a los autores y a las obras intelectuales y artísticas que ellos crean; dichas normas se encuentran plasmadas en la Ley Federal del Derecho de Autor y en diversos tratados internacionales, y constituyen precisamente el universo de los derechos del autor.

Nuestra Ley establece que las obras quedan ligadas para siempre a su Autor; así el autor tiene derecho a que se le reconozca su calidad como tal, a modificar su obra u oponerse a que otros la modifiquen. Estos son los llamados derechos morales del autor.

La Ley prevé además que el autor goce durante toda su vida de la facultad de explotar sus obras. Estos son los llamados derechos patrimoniales, mismos que comprenden las facultades de reproducción, representación, exhibición y realización de obras derivadas. Asimismo, los herederos o causahabientes del autor gozan de la misma facultad por un lapso de 75 años después de la muerte del mismo.

² LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. Diario Oficial de la Federación del día 24 de diciembre de 1996.

Así el artículo 29 de la Ley Federal del Derecho de Autor, de 1996 establece:

“Artículo 29.- Los derechos patrimoniales estarán vigentes durante:

I.- La vida del autor y a partir de su muerte, setenta y cinco años más. Cuando la obra le pertenezca a varios coautores los setenta y cinco años se contarán a partir de la muerte del último, y

II.- Setenta y cinco años después de divulgadas:

a) Las obras póstumas, siempre y cuando la divulgación se realice dentro del periodo de protección a que se refiere la fracción I, y

b) Las obras hechas al servicio oficial de la federación, las entidades federativas o los municipios.

Si el titular del derecho patrimonial distinto del autor muere sin herederos la facultad de explotar o autorizar la explotación de la obra corresponderá al autor y, a falta de éste, corresponderá al Estado por conducto del Instituto, quien respetará los derechos adquiridos por terceros con anterioridad.

Pasados los términos previstos en las fracciones de este artículo, la obra pasará al dominio público.”³

Las obras protegidas pertenecen a las ramas literaria, **musical**, coreográfica y pantomímica, pictórica y gráfica, escultórica y de carácter plástico, de arquitectura, fotográfica, cinematográfica, audiovisual, de radio y televisión, los programas de computación y análogas.

De esta forma entramos a los antecedentes que se establecieron desde que contamos con una Carta Magna:

³ Idem.

b) Constitución Federal De 1824. (Decreto del Gobierno sobre Propiedad Literaria del 3 de diciembre de 1846.)

La Constitución Federal de 1824, fue la primera en regir la vida independiente de México. (-pues la admirable Ley inspirada por Morelos y sancionada en Apatzingán en 1814, no alcanzó vigencia práctica-) Y proclamó, además de la forma de Gobierno Republicano y Federal, el principio de la soberanía popular. además estableció la división de poderes.

La única referencia hacia la materia de Derechos de Autor en la Constitución de 1824, la encontramos, en su título III que se denomina "Del Poder Legislativo" sección V. que establece lo siguiente:

"ARTICULO 50.- Las facultades exclusivas del Congreso General, son las siguientes:

Promover la ilustración asegurando por tiempo limitado derechos exclusivos de los autores por sus respectivas obras, estableciendo Colegios de Marina, Artillería e Ingenieros, exigiendo uno o más establecimientos en que se enseñan las ciencias naturales y exactas, políticas y morales, nobles artes y lenguas; sin perjudicar la libertad que tienen las legislaturas para el arreglo de la Educación Pública en sus respectivos estados."⁴

También de esta época, mención especial merece " **El Decreto del Gobierno sobre Propiedad Literaria**"⁵ (También conocido como el Reglamento de la Libertad de Imprenta.) por ser la primera Ley sobre la materia, en la Historia Legislativa Mexicana.

⁴ TENA Ramirez, Felipe LEYES FUNDAMENTALES DE MEXICO. Edit. Porrúa, México 1975 p. 232

⁵ Idem.

Esta Ley entra en vigor en el año de 1846, expedida por el Gobierno Interino de el General José Mariano Salas.

El Decreto constituido por 18 artículos, establecía dentro de lo más destacado:

“1.- El Derecho de Autor durará toda su vida, a sus hijos y demás herederos durante 30 años.

2.- Se establecen los mismos derechos para el traductor, con vigencia de 5 años.

3.- Al editor se le limitaba la propiedad literaria al término de duración de la publicación y un año más.

4.- No hace distinción entre los Autores Mexicanos y los extranjeros.

5.- Facultaba a los Autores de obras dramáticas a ejecutar su obra y obliga a que se le solicitaran autorización expresa durante dicho derecho, 10 años tratándose de los herederos del autor.

6.- En sus artículos 17 y 18 tipifica el Delito de Falsificación, estableciéndose penas para quienes incurrieran en ese tipo de conductas ilícitas.”⁶

c) La Constitución Mexicana de 1917.

La Constitución Mexicana de Querétaro de 1917, fue para su época, instrumento original y renovador, es la primera en el mundo en declarar y proteger lo que después serían conocidas como Garantías Sociales, o sea el Derecho que tienen todos los hombres para llevar una existencia digna y el deber del Estado de asegurar que así sea.

⁶ Ibidem., p.233

Mientras que las Garantías Individuales exigen al Estado una actitud de respeto para las libertades humanas - pues éstas forman un campo donde el poder estatal no debe penetrar - las Garantías Sociales, por el contrario, imponen a los gobernantes la obligación de asegurar el bienestar de todas las clases integrantes de la comunidad.

Imbuída por estos pensamientos y dando cumplimiento a lo indicado por el artículo 28 Constitucional, en 1947 surge la primera **Ley Federal sobre Derechos de Autor**.

En 1956 es promulgada otra Ley de esta materia, la cual es reformada por la Ley Federal de Derechos de Autor del 4 de noviembre de 1963, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de ese mismo año, sin embargo las modificaciones hechas por esta nueva Ley son de tal importancia que prácticamente se trata de una nueva Ley, ésta a su vez es abrogada por la presente Ley Federal del Derecho de Autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 1996.

En toda esta Legislación se da plena preponderancia a las Leyes que protegen los Derechos Autorales, y se reconoce como una necesidad vital el protegerlos para preservar el Patrimonio Cultural de la Nación.

En este sentido, el artículo primero de la Ley Federal de Derechos de Autor vigente indica:

“Art. 1o.- La presente Ley reglamentaria del artículo 28 Constitucional, tiene por objeto la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación; protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de todos los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual.”⁷

d) Legislación Civilista.

La Legislación en Materia Civil sobre los Derechos de Autor siempre ha estado en congruencia con las disposiciones Constitucionales, tan es así que el Código Civil de 1870, expedido por el Presidente Juárez, fundamenta los Derechos de Propiedad de las Obras Literarias y Artísticas, derivándolos del artículo 4o Constitucional, que decía:

“Todo hombre es libre para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto, para aprovecharse de sus productos.”⁸

Fundamentalmente este cuerpo normativo (el Código Civil de 1870) equipara el Derecho de Autor a la Propiedad de los Bienes Corporales, siendo al igual que éstos de manera perpetua, y señalando una temporalidad a la propiedad dramática, también ya se contempla en este ordenamiento la obra colectiva, las traducciones y la publicación de Leyes.

⁷ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR, 1996. Op.Cit.

⁸ TENA Ramírez, Felipe Op. Cit p.243

El Código Civil de 1884, es casi una reproducción del Código Civil de 1870, así, reconoce a los Derechos de Autor como Derechos de Propiedad y los divide en: Propiedad Literaria, Propiedad Dramática y Propiedad Artística.

En el **Código Civil de 1928**, las disposiciones referentes al Derecho de Autor, se basaron en lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y así lo indica el artículo 1278 del citado Código Civil, que a la letra indica :

“art 1278.- Todas las disposiciones contenidas en este título son Federales, como reglamentarias de la parte relativa del artículo 28 de la Constitución.”⁹

Por lo que se refiere a los Derechos de Autor, no los consideró como un Derecho perpetuo, sino como un privilegio limitado y considera, como se indica, en la Exposición de Motivos del citado Código, que la explotación de las obras, debe ser temporal, tomando como base el interés social y la utilidad de que las mismas entren al dominio público para que sean aprovechadas por la humanidad.

e) Protección Internacional a través de la Ley Federal de Derechos de Autor de nuestro país.

Al resultar el Código Civil insuficiente para regular la materia del Derecho de Autor, -materia que en el último siglo a crecido desmesuradamente, en gran parte por la evolución de los adelantos tecnológicos,- evidenció el crecimiento de dos manifestaciones especialmente importantes y satisfactorias para el futuro de México:

⁹ Idem

Por una parte, el desarrollo de la Cultura, que ha permitido una vasta producción de Obras Científicas, Literarias además de las 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 sobre todo la **Fonografía**.

Por lo que se hizo necesario contar con una Ley que regulara la materia, con la que ambos sectores, (el Artístico y el Industrial) se sintieran conformes y lo más importante, protegidos.

Al respecto, el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Educación Pública y una Comisión Especial formada para la creación de una nueva Ley, a través de una serie de investigaciones en la materia, crea la primera Ley Federal de Derechos de Autor en 1948. (Se expidió el 31 de diciembre de 1947 y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1948, siendo Presidente de la República el Sr. Lic. Miguel Alemán Valdés.)

En donde, como lo indica la Exposición de Motivos de la citada Ley en su número III: "Es propósito de esta Ley asegurar las mejores condiciones de protección a los autores, en sus intereses morales y materiales, y al mismo tiempo asegurar una amplia difusión de la cultura, de manera que ambas finalidades se combinen en un solo texto..."¹⁰

En esta Ley se determina uno de los preceptos que considero dentro de los más importantes y que predomina hasta la actualidad, precepto ubicado en la fracción VI de la Exposición de Motivos de la Ley de 1948, que explica:

¹⁰ REVISTA MEXICANA DE DERECHOS DE AUTOR / Número 18, Secretaría de Educación Pública / Exposiciones de motivos: Leyes de 1948, 1956 y 1963. p.95

“...el derecho de autor se concede a la obra desde el momento de su creación, independientemente de cualquier requisito formal. De este modo, el registro de la obra tiene, no un efecto constitutivo del derecho, sino que solamente otorga una presunción de ser ciertos los hechos que en el se asienten, salvo prueba en contrario, y produce efectos frente a tercero.”¹¹

Por lo que respecta a nuestro tema, en esta nueva Ley fue un gran logro, el que se equipararan las sanciones por faltas cometidas en contra del Derecho de Autor, con las penas establecidas para delitos similares contemplados en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal de tal manera que queda así establecido:

“La publicación indebida del retrato de una persona se castiga también como el delito de injuria, y el comercio de obras falsificadas se castiga como delito de encubrimiento, sin obstáculo de la pena que corresponda al infractor en caso de haber sido también cómplice de falsificación.”¹²

Por otra parte, se determina plenamente el carácter Federal de la materia de Derechos de Autor cuando se indica en el número XI de la Exposición de Motivos de la Ley de Derechos de Autor de 1948, lo que sigue:

¹¹ *Idem.*

¹² REVISTA MEXICANA DE DERECHOS DE AUTOR, Op Cit. p. 96

“La materia del Derecho de Autor, es por su naturaleza, de carácter federal, toda vez que es fundamental en la cultura general del país, y para su régimen propio requiere un respeto unánime, una coordinación y un servicio de información general, que debe revestir unidad jurídica y, además son patentes los conflictos de carácter internacional que surgen con motivo de esa materia. Ese carácter Federal lo han declarado expresamente tanto la Ley de 1846 como los Códigos Civiles de 1870, 1884 y vigente (art. 1280) los cuales se han declarado reglamentarios del artículo 4º de la Constitución de la República y el último también del art. 28º. Además de esos antecedentes el carácter federal de esta materia resulta de la coordinación de los artículos 3º., 4º., 27º., 28º., Y 73º fracciones X, XI, XIV, XVII, XXI, XXV XXX de la misma Constitución.”¹³

Ley de Derechos de Autor de 1956.

Esta Ley define el carácter universal de la misma, ya que al participar México, en la Convención Universal sobre Derecho de Autor, del 6 de septiembre de 1946. la nueva Ley se ve influenciada por el artículo X de la citada Convención en donde cita:

“según este artículo los Estados contratantes se comprometieron a modificar su legislación nacional para que pudieran tener aplicación las disposiciones de la convención citada”¹⁴

Así pues, en la Ley de 1956, se estableció la competencia de los Tribunales Federales en la aplicación de la Ley Federal sobre el Derecho de Autor, primero, porque obviamente se trata de una Ley Federal, además se determina que en todos los procedimientos civiles o penales que afecten a la Federación, será parte la Secretaría de Educación Pública.

¹³ Idem.

¹⁴ Ibidem., p. 97

Ley Federal de Derechos de Autor de 1963.

La Ley Federal de Derechos de Autor de 1963, surge como un Decreto que reforma y adiciona a la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956, pero las reformas y adiciones fueron de tal grado importantes que constituyen en si un nuevo ordenamiento en materia Autoral.

Y como lo indica el párrafo sexto de la Exposición de Motivos de la Ley de 1963:

“Las reformas descansan sobre el principio de que la acción del Estado no debe limitarse a la salvaguarda de los intereses de los particulares, sino a la protección de una obra de indudable 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 del patrimonio cultural de la nación.”¹⁵

A través de esta nueva Ley se le da mayor importancia en cuanto a atribuciones y responsabilidades a la Dirección General del Derecho de Autor, dependiente de la Secretaría de Educación Pública.

Entre éstas, tiene especial importancia la participación de esa Dirección en los conflictos que surjan con motivo de violaciones a los Derechos tutelados por la Ley. Se ha instituido además un expedito procedimiento conciliatorio, de carácter arbitral, que le permitirá resolver en definitiva las controversias que puedan presentarse.

¹⁵ Idem.

Por lo que respecta a la persecución de delitos cometidos en contra de los Derechos de Autor, se ha previsto que, cuando esos Derechos ya sean del dominio público la querrela la presentará la Secretaría de Educación Pública.

Aún así, la protección del Derecho de Autor no se limita única y exclusivamente a la Legislación Nacional; los conflictos entre Autores y usuarios de los Derechos de Autor pertenecientes a otros países, hace necesario que haya un ajuste entre los diversos Estados Internacionales, por medio de Tratados o de Convenciones

En éstos, se hace evidente la preocupación de toda la Comunidad Internacional de unificar criterios y normar situaciones que antes no se habían previsto.

En lo que respecta al tema que nos ocupa, existen dos Convenciones a nivel Internacional, que consideramos de suma importancia y estas son:

A) La Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, Roma 1961.¹⁶ y...

B) El Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, Ginebra 1971.¹⁷

De los cuales analizaremos los aspectos relevantes que influyen en nuestro tema, así pues:

¹⁶ LEGISLACION SOBRE DERECHOS DE AUTOR, Op. Cit. p.89

¹⁷ Ibidem., p. 129

A) La Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión. Roma 1961.¹⁸

También conocida como el Convenio de Roma, del 26 de octubre de 1961 y aprobada por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el día 27 de diciembre de 1963, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día treinta y uno del mismo mes y año. Ratificada el 17 de febrero de 1964 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de mayo de 1964.

En dicha Convención se protegen Derechos de Artistas Intérpretes, Organismos de Radiodifusión y con relación al tema que nos ocupa, Derechos de los Productores de Fonogramas; de dicha Convención los artículos que más destacan para la mejor comprensión del tema que nos ocupa son:

El artículo 5º, en donde se establecen los criterios para dar trato de Nacionales a los Productores de Fonogramas.

“Art. 5º.- 1. Cada uno de los Estados contratantes concederá el mismo trato que a los nacionales a los productores de fonogramas, siempre que se produzca cualquiera de las condiciones siguientes:

- a) Que el productor del fonograma sea nacional de otro estado contratante (criterio de nacionalidad);
- b) Que la primera fijación sonora se hubiere efectuado en otro estado contratante (criterio de fijación);
- c) Que el fonograma se hubiere publicado por primera vez en otro estado contratante (criterio de la publicación).

¹⁸ LEGISLACION SOBRE DERECHOS DE AUTOR, Op.Cit.p.89

2.- Cuando un fonograma hubiere sido publicado por primera vez en un Estado no contratante, pero lo hubiere sido también, dentro de los treinta días subsiguientes, en un Estado contratante (publicación simultánea), se considerará como publicado por primera vez en el Estado contratante.

3.- Cualquier Estado contratante podrá declarar, mediante notificación depositada en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, que no aplicará el criterio de la fijación. La notificación podrá depositarse en el momento de la ratificación, de la aceptación o de la adhesión, o en cualquier otro momento; en este último caso, sólo surtirá efecto a los seis meses de la fecha de depósito.”¹⁹

En el artículo 10. Se establece la que podríamos nombrar como la Norma Fundamental que otorga el Derecho a los Productores de Fonogramas, para poder luchar contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.

“Art. 10.- Los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.”²⁰

El artículo 11. Establece condiciones para proteger los Derechos de los Productores de Fonogramas de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, en relación con los Fonogramas a través del cumplimiento de ciertas formalidades.

“Art. 11.- Cuando un Estado contratante exija, con arreglo a su Legislación Nacional, como condición para proteger los Derechos de los Productores de Fonogramas, de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, o de unos y otros, en relación con los Fonogramas, el cumplimiento de formalidades, se considerarán estas satisfechas si todos los ejemplares del Fonograma publicado y distribuido en el comercio, o sus envolturas, llevan una indicación consistente en el símbolo (p)

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

acompañado del año de la primera publicación, colocados de manera y en sitio tales que muestren claramente que existe el derecho de reclamar la protección. Cuando los ejemplares o sus envolturas no permitan identificar al Productor del Fonograma o a la persona autorizada por éste (es decir, su nombre, marca comercial u otra designación apropiada), deberá mencionarse también el nombre del titular de los Derechos del Productor del Fonograma. Además cuando los ejemplares o sus envolturas no permitan identificar a los principales Intérpretes o Ejecutantes, deberá indicarse el nombre del titular de los Derechos de dichos Artistas en el país en que se haga la fijación".²¹

El artículo 12. Establece una remuneración equitativa y única para los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, cuando un fonograma destinado para fines comerciales se haga del conocimiento público.

"Art. 12.- Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La Legislación Nacional podrá a falta de acuerdo entre ellos determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración."²²

El artículo 14 en su fracción a) concede una protección en virtud de la Convención, la cual, no será menor de veinte años en lo que se refiere a los fonogramas; esta protección contará a partir del final del año de la fijación.

²¹ Idem

²² Idem.

“Art.14.-La duración de la protección concedida en virtud de la presente convención , no podrá ser inferior a veinte años, contados a partir :

a) Del final del año de la fijación, en lo que se refiere a los fonogramas y a las interpretaciones o ejecuciones grabadas en ellos;

b) Del final del año en que se haya realizado la actuación, en lo que se refiere a las interpretaciones o ejecuciones que no estén grabadas en un fonograma;

c) Del final del año en que se haya realizado la emisión, en lo que se refiere a las emisiones de radiodifusión.”²³

Queda claro que, aunque el Convenio de Roma protege a los Productores de Fonogramas y esto resulta en un gran avance a nivel mundial, sólo lo hace de forma limitada, por lo cual resulta de gran relevancia el siguiente tratado a nivel Internacional, el Convenio de Ginebra de 1971.

B) Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, Ginebra 1971.²⁴

En virtud de la creciente Legislación a nivel mundial en lo que se refiere a la materia de protección a los Derechos de los Autores, y en particular a los Derechos de los Productores de Fonogramas, el 29 de octubre de 1971 en Ginebra, se promulga el Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas.

²³ *Idem.*

²⁴ *Ibidem.* p. 129

Este convenio tiene la finalidad de apoyar, a la Legislación Internacional vigente, y en particular pretende se de una aceptación más amplia a la Convención de Roma del 26 de octubre de 1961, que otorga una protección a los Artistas Intérpretes o Ejecutantes y a los Organismos de Radiodifusión, así como a los Productores de Fonogramas.

Donde los aspectos más importantes, del citado Convenio en lo que se refiere a este estudio son :

Los indicados en el artículo 1º donde se redefinen los conceptos de "Copia" y "Distribución al público" haciéndolos más amplios, con el propósito de perseguir cualquier forma en la que se presente este ilícito quedando así:

"Art. 1º.- Para los fines del presente convenio, se entenderá por:

a)...

b)...

c) "**Copia**", el soporte que contiene sonidos tomados **directa o indirectamente** de un fonograma y que incorpora **la totalidad o una parte substancial** de los sonidos fijados en dicho fonograma;

d) "**Distribución al público**", cualquier acto cuyo propósito sea ofrecer, directa o indirectamente, copias de un fonograma al público en general o a una parte del mismo."²⁵

Es importante resaltar que los conceptos antes mencionados se amplían, así pues en la definición de "**Copia**", se abarcan todas las formas conocidas de impresión: pues define, que no sólo comete el delito aquel que reproduzca en su

²⁵ LEGISLACION SOBRE DERECHOS DE AUTOR, Op. Cit p.129

totalidad un fonograma, sino también quien lo reproduzca en forma parcial; comete también el delito quien lo haga a través de medios indirectos como lo sería la copia a través de una transmisión radiofónica.

En lo que se refiere al concepto de “**Distribución al público**” éste se amplía de tal manera que engloba a todos los actos que se hagan, ya sea de forma directa o indirecta y que pretendan ofrecer al público, un determinado producto ilegal.

El artículo 2º establece el compromiso que existe entre los Estados contratantes, de proteger a los Productores de Fonogramas, aún cuando estos no sean Nacionales.

“Art. 2º.- Todo Estado contratante se compromete a proteger a los productores de fonogramas que sean nacionales de los otros estados contratantes contra la producción de copias sin el consentimiento del productor, así como contra la importación de tales copias, cuando la producción o la importación se hagan con miras a una distribución al público, e igualmente contra la distribución de esas copias al público.”²⁶

En el artículo tercero de este ordenamiento se reconoce la facultad de cada Estado para perseguir este delito, a través de sus propios medios.

“Art.3º.- Los medios para la aplicación del presente convenio serán de la incumbencia de la Legislación Nacional de cada Estado contratante, debiendo comprender uno o más de los siguientes: Protección mediante la concesión de un derecho de autor o de otro derecho específico; Protección mediante la legislación relativa a la competencia desleal; Protección mediante sanciones penales.”²⁷

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

El artículo cuarto prevé que aunque la protección esté determinada por la Legislación Nacional de cada Estado, ésta no podrá ser, en virtud del presente Convenio menor de 20 años.

"Art.4º.-La duración de la protección será determinada por la Legislación Nacional. No obstante, si la Legislación Nacional prevé una duración, determinada de la protección, dicha duración no deberá ser inferior a veinte años, contados desde el final del año, ya sea en la cual se fijaron por primera vez los sonidos incorporados al fonograma, o bien del año en que se publicó el fonograma por primera vez."²⁸

El artículo sexto de este ordenamiento, establece la posibilidad de proteger, a los Productores de Fonogramas, a través de limitaciones en la Legislación Nacional de cada Estado contratante, limitaciones de la misma naturaleza que aquellas previstas para la protección de los Autores de obras literarias y artísticas, este artículo, establece también la necesidad de autorizar licencias de carácter obligatorio para reproducir la obra únicamente en los casos que en este artículo se proponen.

Dada la importancia que reviste el artículo séptimo he decidido transcribirlo íntegro:

"Art.7º.- 1) No se podrá interpretar en ningún caso el presente convenio de modo que limite o menoscabe la protección concedida a los autores, a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas o a los organismos de radiodifusión en virtud de las leyes nacionales o de los convenios internacionales.

2) La legislación nacional de cada Estado contratante determinará, en caso necesario, el alcance de la protección otorgada a los artistas

²⁸ Idem.

intérpretes o ejecutantes cuya ejecución haya sido fijada en un fonograma, así como las condiciones en las cuales gozarán de tal protección.

3) No se exigirá de ningún Estado contratante que aplique las disposiciones del presente convenio en lo que respecta a los fonogramas fijados antes de que este haya entrado en vigor con respecto de ese Estado.

4) Todo Estado cuya legislación vigente el 29 de octubre de 1971 conceda a los productores de fonogramas una protección basada en función del lugar de la primera fijación podrá declarar, mediante notificación depositada en poder del Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que sólo aplicará ese criterio en lugar del criterio de la nacionalidad del productor.”²⁹

Así pues, esto es lo más relevante, en lo que a nuestro tema corresponde del “Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no autorizada de sus Fonogramas”; siendo este el único material legislativo a nivel mundial que protege y reconoce, a la Industria Fonográfica, como tal.

Este Convenio es fundamental porque reconoce que existe, a nivel mundial, una industria, “La Industria Fonográfica”, que resulta necesario proteger porque es allí donde se guarda una parte del acervo cultural de cada Estado y de la Humanidad, amén de proteger a toda la gente que vive lícitamente de este negocio; además este documento determina plenamente, que a nivel mundial se cometen ilícitos en contra de la industria productora de Fonogramas y los cuantifica. A saber estos ilícitos son: La producción de copias sin el debido consentimiento de los productores de fonogramas; la importación de esas copias y su distribución al público.

²⁹ Idem.

**I2.- DEFINICION DE LOS ARTICULOS 87 BIS, Y 142 BIS,
DE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS DE AUTOR DE 1956,
REFORMADA EN 1963.**

Siendo éste un capítulo dedicado a revisar los aspectos históricos de la figura jurídica materia de estudio, resulta importante, estudiar el antecedente inmediato de dicha conducta ilícita; éste lo encontramos en los artículos 87, bis y 142, bis de la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956 reformada en 1963 así pues.

El artículo 87 bis, se encuentra encuadrado dentro del capítulo V de la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956, reformada en 1963, capítulo que nos habla: "De los derechos provenientes de la utilización y ejecución pública."³⁰

A su vez el artículo 142 bis, se encuentra en el capítulo VIII de la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956. Dicho capítulo se refiere a las Sanciones que propone dicha Ley para todos los delitos que en la misma se contemplan.

El artículo 87 bis, de la Ley Federal de Derechos de Autor de 1963, señala a la letra:

"Art. 87 bis.- Los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar u oponerse a la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, así como a su arrendamiento o cualquier otra forma de explotación, siempre y cuando no se lo hubieran reservado los autores o sus causahabientes.

Asimismo, gozarán del derecho de oponerse a la distribución o venta no autorizada de sus fonogramas.

³⁰ LEGISLACION SOBRE DERECHOS DE AUTOR, Op.Cit.p.7

La protección a que se refiere este artículo será de cincuenta años contados a partir del final del año en que se fijaron por primera vez los sonidos incorporados al fonograma.

Para los efectos legales, se considerará productor de fonogramas la persona física o moral que fija por primera vez la ejecución de una obra o de otros sonidos.”³¹

A su vez el artículo 142 bis, de la Ley en comento indica:

“Art. 142 bis.- Se impondrá prisión de seis años y multa por el equivalente de cincuenta a quinientos días de salario mínimo, a quien en infracción a lo previsto en el artículo 87 bis, reproduzca, venda o arriende, fonogramas con fines de lucro.”³²

Ambos artículos se refieren a la protección que tiene el Productor de Fonogramas en contra de la explotación con fines de lucro y sin su autorización, de cualquiera de las obras sobre las que tiene un legítimo derecho, y cual sería la pena en caso de cometer el delito.

Es importante hacer notar que estos dos artículos se encontraban ubicados en el mismo ordenamiento jurídico que era la Ley Federal de Derechos de Autor de 1963. Lo que en relación a la figura delictiva que nos ocupa, es importante resaltar que al estar la sanción a la conducta delictiva, dentro de la misma Ley, esto es, dentro de la Ley Federal de Derechos de Autor, y fuera del Código Penal hacía que el delito fuera tratado como un delito de carácter especial.

³¹ LEGISLACION SOBRE DERECHOS DE AUTOR, Op.Cit.p.30

³² Ibidem. p 47

En la Ley Federal del Derecho de Autor, vigente, ya no se hace mención de la pena que corresponderá a quien incurra en la conducta delictiva, únicamente se establecen, en el artículo 131 de la nueva Ley Federal del Derecho de Autor, (1996) los derechos que tienen los productores de fonogramas de autorizar o prohibir lo concerniente a sus fonogramas.

De esta forma, se deja para el Código Penal, de reciente reforma, el 24 de diciembre de 1996, la imposición de la pena para quien incurra en la figura delictiva tipificada en la fracción III, del artículo 424 del citado Código, dejando de esta forma de ser un delito de carácter especial, pero aún siendo objeto por el ámbito jurídico que afecta, de materia Federal.

1.3.- DEFINICION DEL DELITO QUE TIPIFICA LA FRACCION III DEL ARTICULO 424, DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

La fracción III del artículo 424, se encuentra encuadrada dentro del TITULO VIGESIMO SEXTO, del Código Penal de reciente adición publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996, que nos habla, DE LOS DELITOS EN MATERIA DE DERECHOS DE AUTOR establece:

“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 distribuye 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 autorización del titular de los derechos.

IV.- A quien fabrique con fines de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.”³³

³³ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

En la fracción III del artículo 424 del Código se establece la pena que se impondrá a quien incurra en la figura delictiva que consiste en producir, fabricar, importar, vender, almacenar, transportar, distribuir o arrendar, cualquier obra protegida, pero lo más importante en lo que se refiere al tema que nos ocupa, es que se de cualquiera de estas conductas, sin la autorización del titular de los derechos, en nuestro caso, el productor de fonogramas, que es un titular legítimo.

No importando si se dan una o varias de estas conductas, por una misma persona, se impondrá una pena que corresponderá a prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa:

Debemos hacer mención, de que la fracción III, del artículo 424 del Código Penal fue reformada el día 28 de abril de 1997, dicha reforma fue publicada el día 19 de mayo de 1997, en el Diario Oficial de la Federación para quedar como sigue:

“Artículo 424.-...

I. y II. ...

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, en forma dolosa, a escala comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba 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; y...

IV...³⁴

³⁴ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, 19 de mayo de 1997, p.117

Sustituyéndose la conducta que indicaba **reproducir** por un término más amplio que es el de **fabricar**; así mismo se establecen específicamente los artículos en la forma física en que se conocen y manejan, que son susceptibles de provocar la conducta o conductas delictivas. Así se determina plenamente que son los fonogramas, los videogramas y libros, los que están plenamente protegidos en la Ley Federal del Derecho de Autor.

Sin embargo, cabe hacer la aclaración de que, lo que realmente protege la Ley es la obra intrínseca del autor y los derechos que devienen de ésta, no así los soportes materiales en los que está contenida su obra

Finalmente y como una extensión de la Ley, que prevé futuras formas, conocidas y aún no conocidas de fijación de la expresión artística, se agrega un último párrafo a la fracción III que indica: "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; y..."³⁵

³⁵ *Idem*

1.4.-DEFINICION DEL ARTICULO 131 DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR Y LA RELACION QUE EXISTE ENTRE ESTE ARTICULO CON EL BIEN JURIDICO QUE TUTELA LA FRACCION III DEL ARTICULO 424 DEL CODIGO PENAL.

En el artículo, 424 del Código Penal se puede observar, la preocupación de nuestro sistema legislativo por regular una serie de conductas delictivas, que afectan diversos ámbitos dentro del Derecho de Autor. Así pues como la conducta delictiva que nos preocupa en este estudio, es la que afecta directamente al productor de fonogramas, entonces debemos hacer mención del artículo 131 de la Ley Federal del Derecho de Autor, en dicho artículo se establecen los derechos que tienen los productores de fonogramas en cuanto a las obras de las que son titulares de derechos.

El artículo 131 de la Ley Federal del Derecho de Autor señala:

“Artículo 131.-Los productores de fonogramas tendrán el derecho de autorizar o prohibir:

I.- La reproducción directa o indirecta, total o parcial de sus fonogramas, así como la explotación directa o indirecta de los mismos.

II.- La importación de copias del fonograma hechas sin al autorización del productor.

III.- La distribución pública del original y de cada ejemplar del fonograma mediante venta u otra manera incluyendo su distribución a través de señales o emisiones.

IV.- La adaptación o transformación del fonograma, y

V.- El arrendamiento comercial del original o de una copia del fonograma, aún después de la venta del mismo, siempre y cuando no se lo hubieren reservado los autores o los titulares de los derechos patrimoniales.³⁶

Ambos artículos se refieren a la protección que tiene el Productor de Fonogramas en contra de la explotación con fines de lucro y sin su autorización, de cualquiera de las obras sobre las que tiene un legítimo derecho, y cual sería la pena en caso de cometer el delito.

Resulta conveniente aclarar, que el acto, que otorga al Productor de Fonogramas la titularidad de un derecho derivado de una obra, surge, al ser éste, la primera persona física o moral que fija la ejecución de una obra o de otros sonidos en una base predeterminada para este fin; aún así, este derecho tiene especiales características y limitaciones que más adelante analizaremos.

Cabe resaltar que el delito que nos ocupa es relativamente nuevo, surge al desarrollarse la tecnología para la comunicación de masas y avanza conforme esta tecnología crece. Es un hecho que pese a los esfuerzos hechos por el derecho regulador, éste, no ha ido a la par de la tecnología, y de esto se quejan aquellos que se ven afectados por este delito.

Así pues, resulta indispensable hacer una revisión de este delito para comprender su problemática y tratar de proponer soluciones que concuerden con la realidad que presenta actualmente y para el futuro.

³⁶ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996. Op. Cit.

Para tratar de comprender mejor el tema que nos ocupa resulta necesario que puntualicemos los siguientes conceptos:

A) Artista, Intérprete o Ejecutante.- El artículo 116 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece: “ Los términos artista intérprete o ejecutante designan al actor, narrador, declamador, cantante, músico bailarín o cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o una expresión de folclore o que realice una actividad similar a las anteriores, aunque no haya texto previo que norme su desarrollo. Los llamados extras y las participaciones eventuales no quedan incluidos en esta definición.”³⁷

B) Autor.- El artículo 12 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece: “Autor es la persona física que ha creado una obra literal o artística.”³⁸

C) Causahabiente.- Persona que ha sucedido o se ha subrogado por cualquier otro título en el derecho de otra u otras. Junto a las partes, en determinados actos jurídicos, están aquellas personas que por un acontecimiento posterior a la realización del mismo adquieren en forma derivada los derechos y obligaciones de quienes fueron sus autores.³⁹

D) Distribución al público.- El artículo 16 de la Ley Federal del Derecho de Autor en su fracción V la define así: “ Puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y en general, cualquier otra forma.”⁴⁰

³⁷ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

³⁸ Idem.

³⁹ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Edit. Porrúa, México 1991.

⁴⁰ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

E) Ejecución o representación pública.- El artículo 16 de la Ley Federal del Derecho de Autor en su fracción IV la define así: "Presentación de una obra, por cualquier medio, a oyentes o espectadores sin restringirla a un grupo privado o círculo familiar. No se considera pública la ejecución o representación que se hace de la obra dentro del círculo de una escuela o una institución de asistencia pública o privada, siempre y cuando no se realice con fines de lucro."⁴¹

F) Explotación.- Para fines de este trabajo se entiende por explotación el uso, representación, exhibición, adaptación y cualquier utilización pública de una obra por cualquier medio, con fines de lucro.

G) Fijación.- El artículo 6 de la Ley Federal del Derecho de Autor la define así: "Fijación es la incorporación de letras, números, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o las representaciones digitales de aquellos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación."⁴²

H) Fonograma.- El artículo 129 de la Ley Federal del Derecho de Autor lo define así: "Fonograma es toda fijación, exclusivamente sonora, de los sonidos de una interpretación, ejecución o de otros sonidos, o representaciones digitales de los mismos."⁴³

⁴¹ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

I) Lucro.- La Ley Federal de Derechos de Autor de 1956, en su artículo 75, párrafo segundo establece: "Para los efectos de esta ley, se entiende que hay fines de lucro cuando, quien utiliza una obra pretende obtener un aprovechamiento económico directa o indirectamente de la utilización."⁴⁴

J) Productor de Fonogramas.- El artículo 130 de la Ley Federal del Derecho de Autor lo define así: "Productor de fonogramas es la persona física que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos o la representación digital de los mismos y es responsable de la edición, reproducción y publicación de fonogramas."⁴⁵

K) Reproducción.- El artículo 16 de la Ley Federal del Derecho de Autor en su fracción VI la define así: "La realización de uno o varios ejemplares de una obra, un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa."⁴⁶

⁴⁴ LEGISLACION SOBRE DERECHOS DE AUTOR, Op.Cit.p.7

⁴⁵ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

⁴⁶ Idem.

I.5.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FIGURA JURIDICA REGULADA POR LA FRACCION III DEL ARTICULO 424 DEL CODIGO PENAL.

Como ya hemos visto, el delito que nos ocupa es relativamente nuevo y desafortunadamente va a la par de las nuevas tecnologías que en materia de la industria fonográfica se van creando.

Así pues, el delito contemplado en la fracción III del artículo 424 del Código Penal, que va en correlación directa con el artículo 131 de la Ley Federal del Derecho de Autor, es reconocido e incorporado como tal, hasta la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956, reformada en 1963, a través de la reforma del 11 de julio de 1991, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 17 de julio del mismo año.

En ésta, se reconoce que los productores de fonogramas cuentan con un derecho, el de autorizar u oponerse a la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, así como a su arrendamiento o cualquier otra forma de explotación; también los mismos productores, gozarán del derecho de oponerse a la distribución y venta de la reproducción no autorizada de sus fonogramas; considerando cualquiera de estas conductas no autorizadas, como un delito

Debemos aclarar que es hasta esta reforma, la de 1991 a la Ley Federal de Derechos de Autor, que se reconoce a la conducta o conductas delictivas, materia de nuestro estudio como tales; es decir, se reconoce hasta esta reforma, el derecho con que cuentan los productores de fonogramas, de autorizar u oponerse, a las conductas que ellos consideren convenientes o inconvenientes para el uso o la explotación de sus fonogramas.

Estos derechos quedan plenamente reconocidos a través de la creación de los artículos 87, bis y 142, bis que se integran a la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956 reformada en 1963, y reconocidos actualmente a través de la fracción III del artículo 424 del vigente Código Penal, en relación con el artículo 131 de la Ley Federal del Derecho de Autor Vigente.

De ahí la importancia que revisten los artículos 87, bis. y 142, bis de la Ley Federal de Derechos de Autor de 1963, como antecedente único e inmediato de la conducta delictiva materia de nuestro estudio.

L6.- EL PRODUCTOR DE FONOGRAMAS Y SU RELACION CON EL AUTOR.

La relación que existe entre el Productor de Fonogramas y el Artista se da generalmente a través de un contrato, en el que el Artista, como titular de los derechos patrimoniales de su obra, los transfiere temporalmente al productor de fonogramas. (El derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable. Art. 19 de La Ley Federal del Derecho de Autor)

Este contrato debe ser por escrito y de manera onerosa además de temporal; de esta forma, el autor reconoce por este mismo acto, que el productor de fonogramas, recibirá como contraprestación, una participación por los beneficios económicos que se obtengan por la explotación de la obra, según los términos pactados. (Artículos 30 y 31 de la Ley Federal del Derecho de Autor)

A su vez el artículo 33 de la Ley en comentario indica:

“Artículo 33.- A falta de estipulación expresa, toda transmisión de derechos patrimoniales se considera por el término de 5 años. Sólo podrá pactarse excepcionalmente por más de 15 años cuando la naturaleza de la obra o la magnitud de la inversión requerida así lo justifique.”⁴⁷

El derecho a condicionar la utilización de la obra, al pago de unas tasas correspondientes, es el aspecto más importante de los llamados “Derechos Patrimoniales del Autor.”

⁴⁷ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

De esta manera, el Productor no sólo realiza una función de comercialización de la obra, él es, el corolario de una infinidad de funciones, tanto de organización como de apoyo a las diferentes etapas con las que se hace un disco. El es quien, descubre al talento, le busca un productor artístico que le de forma definida y comercial al trabajo del artista, busca músicos e intérpretes para que lo acompañen, etc; (dando lugar con esto, a los llamados Derechos Conexos o Afines que componen esta industria.) amén de poner, a toda una serie de profesionales plenamente capacitados en la comercialización a la disposición del producto, (llamémosle así por un momento a la obra conjunta, Autor-Productor) para obtener para la obra del Autor -Artista, los mejores resultados, tanto en la promoción como en la venta de su producto.

En sí, y por lo anteriormente expuesto es el Productor de Fonogramas un socio del artista, un tutor, una persona que confía en determinado proyecto y lo apoya. sin tener, muy en claro el tipo y la cantidad de ganancias que va a obtener del mismo. y por eso la Ley lo ha reconocido como una parte de los Derechos Conexos que derivan de la obra de un Autor-Artista: reconocimiento otorgado en cuanto a derecho se refiere a partir de las reformas que entraron en vigor a partir de 1992, y que son contempladas en los artículos 87 bis y 142 bis, de la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956, reformada en 1963 y que actualmente se contemplan en la fracción III del artículo 424 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, así como a través del artículo 131 de la Ley Federal del Derecho de Autor vigente.

17.- DIVERSAS DENOMINACIONES CON LAS QUE SE CONOCE EL DELITO RAZON DE NUESTRO ESTUDIO.

El Delito que nos ocupa también es comúnmente reconocido como "Piratería" término que nuestra Legislación reconoce, como un término de Derecho Marítimo y posteriormente es aceptado en Materia Aeronáutica, nuestro Código Penal para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia Federal, en sus artículos 146 y 147 únicamente la definen así:

"Art. 146.- Serán considerados Piratas :

I. Los que, perteneciendo a la tripulación de una nave mercante Mexicana, o de otra nación, o sin nacionalidad, apresen a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo;

II. Los que, yendo a bordo de una embarcación se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata, y

III. Los corsarios que, en caso de guerra entre dos o más naciones, hagan el corso sin carta de marca o patente de ninguna de ellas, o con patente de dos o más beligerantes, o con patente de uno de ellos, pero practicando actos de depredación contra buques de la República o de otra Nación para hostilizar a la cual no estuvieren autorizados. Estas disposiciones deberán igualmente aplicarse en lo conducente a aeronaves."⁴⁸

Art. 147 .- Se impondrán de quince a treinta años de prisión y decomiso de la nave, a los que pertenezcan a una tripulación pirata."⁴⁹

⁴⁸ CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Edit. Porrúa, S.A. México 1996.

⁴⁹ Idem.

Sin embargo, el término "Piratería" se ha reconocido a nivel mundial y sobre todo por los Organismos, afiliados por la OMPI, (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) en el Glosario de la misma Organización, denominado "Glosario de la OMPI de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Génova, marzo de 1980. "⁵⁰

Donde el propósito general de este Glosario es facilitar la comprensión de los términos jurídicos que se utilizan con mayor frecuencia, en las esferas del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, dichos términos constan en tres idiomas: Inglés, Francés y Español.

El Glosario contiene 265 términos o expresiones Jurídicas que aparecen frecuentemente en los textos Legislativos.

Al término "Piratería", El Glosario de términos de la OMPI, lo define así:

"PIRATERIA / PIRACY / PIRATERIE.

En las esferas del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos, se entiende generalmente por Piratería: "La reproducción de Obras publicadas o de Fonogramas por cualquier medio adecuado con miras a la transmisión (distribución) al público y también la re-emisión de una radiodifusión de otra persona sin la correspondiente autorización.

La fijación ilegal de representaciones o ejecuciones en directo se denomina en lenguaje común "Bootlegging" Contrabando."⁵¹

⁵⁰ GLOSARIO DE LA OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Génova, marzo de 1980.

⁵¹ Idem

Por lo que debemos admitir que el término "Piratería ", en lo que se refiere a la materia de Derechos de Autor, está bien utilizado: Sin embargo como indica el Licenciado Francisco Porrúa Pérez:

"Debemos aclarar que se trata de Piratería de los Derechos Intelectuales.

Esta precisión obedece a lo que es obvio que no se tratará en este desarrollo, de la Piratería Marítima, fácilmente distinguible de la Piratería de Derechos de Autor o Intelectuales"⁵²

⁵² VI CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS INTELLECTUALES (Del Autor, El Artista y El Productor.) Secretaria de Educación Pública. México, febrero 1991, p.341

CAPITULO II**ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO QUE TIPIFICA LA FRACCION III DEL ARTICULO 424, DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.**

II.1.- CONSIDERACIONES GENERALES.

II.2.- ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS.

II.3.- CLASIFICACION DEL DELITO:

A.- En orden a la conducta.

A.1.- En orden al resultado.

B.- Tipicidad.

B.1.- Clasificación en orden al tipo.

C.- Antijuridicidad.

C.1.- Causas de justificación.

D.- Imputabilidad.

D.1.- Inimputabilidad.

E.- Culpabilidad.

E.1.- Inculpabilidad.

F.- Punibilidad y excusas absolutorias.

F.1.- Condiciones objetivas de punibilidad y su ausencia.

CAPITULO II.

II.1.- CONSIDERACIONES GENERALES.

El artículo 424 del Código Penal fue integrado al mismo, a través de la adición del título Vigésimo Sexto; título que trata sobre los Delitos en Materia de Derechos de Autor, de fecha 24 de diciembre de 1996, cuenta con cuatro fracciones de las cuales, nos interesa la número III, motivo de estudio para esta tesis.

La fracción III del artículo 424, del Código Penal vigente, se refiere a la sanción que se impondrá, 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 autorización del titular de los derechos.

Así el artículo 424, establece:

"ART. 424.- Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días de multa:

I.- Al que especule en cualquier forma con los libros de texto gratuitos que distribuye 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, 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 deba 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; y...

IV.- A quien fabrique con fines de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.⁵³

Debemos hacer mención, de que la fracción III, del artículo 424 del Código Penal fue reformada el día 28 de abril de 1997, dicha reforma fue publicada el día 19 de mayo de 1997, en el Diario Oficial de la Federación.

El productor de fonogramas es pues, un titular de los derechos de una obra y en virtud de este derecho, puede autorizar u oponerse a la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, así como a su arrendamiento o cualquier otra forma de explotación.

Este precepto queda establecido en el artículo 131 de la Ley Federal del Derecho de Autor, que a la letra dice:

Artículo 131.- Los productores de fonogramas tendrán el derecho de autorizar o prohibir:

I.- La reproducción directa o indirecta, total o parcial de sus fonogramas, así como la explotación directa o indirecta de los mismos.

II.- La importación de copias del fonograma hechas sin la autorización del productor:

III.- La distribución pública del original y de cada ejemplar del

⁵³ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

fonograma mediante venta u otra manera incluyendo su distribución a través de señales o emisiones;

IV.- La adaptación o transformación del fonograma, y

V.- El arrendamiento comercial del original o de una copia del fonograma, aún después de la venta del mismo, siempre y cuando no se lo hubieran reservado los autores o los titulares de los derechos patrimoniales."⁵⁴

De lo que se concluye, que el bien jurídico tutelado por este artículo será siempre el Derecho de Autor, que salvaguarda la creación intelectual plasmada en la obra. Protegiendo de esta forma, el patrimonio del productor de fonogramas, ya que, como lo hemos establecido anteriormente, la Ley Federal del Derecho de Autor, considera los Derechos autorales como Derechos de propiedad susceptibles de ser transmitidos, esta afirmación la formulamos con fundamento en el tratamiento en general que la Ley da a los precitados derechos, y en especial cuando afirma en su artículo 24 lo que a la letra indica:

"Art. 24.- En virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor, el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, dentro de los límites que establece la presente Ley y sin menoscabo de la titularidad de los derechos morales a que se refiere el artículo 21 de la misma."⁵⁵

Así también el artículo 25 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece: "Art. 25.- Es titular del derecho patrimonial el autor, heredero o adquiriente por cualquier título."⁵⁶

⁵⁴ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996. Op. Cit.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

De lo que se desprende, que el autor como titular de los derechos patrimoniales derivados de su obra, puede disponer de los mismos dentro de los límites fijados por la Ley, así como otorgar licencias exclusivas o no exclusivas, para la explotación de su obra en forma onerosa y temporal.

Lo anterior queda establecido en el artículo 30 de la Ley Federal del Derecho de Autor que dice:

“Art.30.- El titular de los derechos patrimoniales puede, libremente, conforme a lo establecido por esta Ley, transferir sus derechos patrimoniales u otorgar licencias de uso exclusivas o no exclusivas.

Toda transmisión de derechos patrimoniales de autor será onerosa y temporal. En ausencia de acuerdo sobre el monto de la remuneración o del procedimiento para fijarla, así como sobre los términos para su pago, la determinarán los tribunales competentes.

Los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales y las licencias de uso deberán celebrarse, invariablemente, por escrito, de lo contrario serán nulos de pleno derecho.”⁵⁷

Entonces, el derecho para ser titular de una obra, surge originalmente del artista quien a su vez reconoce en el productor de fonogramas a la persona física, o moral, que puede ayudarle, tanto a difundir como a explotar a su favor, los beneficios de su obra, a través de la transmisión u otorgamiento de licencias de uso exclusivas o no exclusivas, siempre de manera onerosa y temporal.

⁵⁷ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

Este derecho opera siempre y cuando no se lo hubieren reservado los mismos autores o sus causahabientes. A manera de refuerzo del citado concepto habremos de citar al artículo 31 de la Ley Federal del Derecho de Autor que establece:

"Art. 31.- Toda transmisión de derechos patrimoniales deberá prever en favor del autor o del titular del derecho patrimonial, en su caso, una participación proporcional en los ingresos de la explotación de que se trate, o de una remuneración fija y determinada, este Derecho es irrenunciable."⁵⁸

Así pues, al afectarse los intereses del productor de fonogramas, se afecta directamente al patrimonio del autor así como de su obra.

Cabe destacar que la protección a que se refiere el capítulo que habla de los Derechos con los que cuentan los productores de fonogramas, será de cincuenta años a partir del final del año en que se fijaron por primera vez los sonidos incorporados al fonograma. (Artículo 134 de la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996.)

De la redacción de la fracción III del artículo 424 del Código Penal, se establece que la conducta delictiva que nos ocupa, se presenta en 8 versiones o modalidades, que serían: **la reproducción, (directa o indirecta), la producción, (fabricación) la importación, la venta, el almacenamiento, el transporte, la distribución y el arrendamiento con fines de lucro y sobre todo sin la debida autorización del titular de los derechos, para nuestro estudio el productor de fonogramas.**

⁵⁸ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

Este artículo a diferencia del indicado por el 131 de la Ley Federal del Derecho de Autor, que contempla los Derechos en favor del productor de fonogramas, no establece como derechos protegidos la **adaptación o transformación** que pudiera darse al fonograma, por lo que dichas conductas no estarían en "estrictu sensu" penalizadas.

Así pues y atendiendo a la redacción de la fracción III del artículo 424 del Código Penal, que establece las características que integran el tipo que compone el delito que nos ocupa, definiremos, antes que nada los conceptos que en el se señalan:

Reproducción.- La reproducción de forma directa se refiere a la copia por cualquier medio que se conozca, a un soporte material destinado para ese fin, de cualquier obra previamente fijada por un productor de fonogramas, que cuenta con la autorización del autor para difundir y explotar su obra.

A su vez el término indirecto se refiere, a las copias que pueden ser reproducidas a partir de otra copia de un fonograma o, de las reproducciones hechas a partir de la difusión por cualquier medio de una grabación, previamente hecha por un productor de fonogramas, como lo podría ser la grabación sin autorización del legítimo productor de una reproducción radial.

El artículo 16 de la Ley Federal del Derecho de Autor en su fracción VI define la reproducción como: "La realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa."⁵⁹

⁵⁹ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

Distribución.- Teniendo en cuenta que la intención del artículo, es la protección, tanto de la obra del artista como de la inversión del productor, lo que se castiga con este término es, el ofrecimiento al público, por cualquier medio que se utilice para hacerlo, del producto ilícitamente reproducido.

El Convenio para la protección de los productores de fonogramas, de Ginebra 1971; define en su artículo 1º, inciso d) como distribución al público: "cualquier acto cuyo propósito sea ofrecer directa o indirectamente, copias de un fonograma al público en general o una parte del mismo."⁶⁰

Ampliando el término "ofrecer al público", de tal suerte que engloba a todos los actos que puedan considerarse como formas de distribución, así pues se comprende que se puede incurrir en el acto de "distribución al público", con la mera intención de ejecutarlo, por ejemplo: a través de un anuncio publicitario, sin ejecutarse el acto mismo de la distribución.

Para nuestra legislación la distribución al público es: "La puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento, y en general, cualquier otra forma."⁶¹ (artículo 16 párrafo V de la Ley Federal del Derecho de Autor.)

Concepto básico para la comprensión de tema que nos ocupa es el de **Fijación** que el artículo 6 de la Ley Federal del Derecho de Autor define así:

⁶⁰ Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción No Autorizada de sus Fonogramas. Ginebra 1971, Edit. Porrúa, S.A. México 1994 p.131

⁶¹ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

“Art. 6.- Fijación es la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o las representaciones digitales de aquellos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación.”⁶²

Arrendamiento.- Lo que se trata de proteger al reconocer esta conducta es el hecho de que algunos, han optado, por no vender los fonogramas, sino de rentarlos, aprovechando el auge que tiene actualmente la renta de videocassettes con películas producidas por las grandes compañías de cine. Pero a diferencia de éstos, donde los derechos del productor, están perfectamente definidos y por lo tanto protegidos, la industria fonográfica, maneja miles de veces más productos unitarios, lo que hace, más difícil el control de éstos, por lo que el arrendar fonogramas sin el consentimiento del titular de sus derechos, deviene en la falta de reconocimiento de estos derechos y por lo tanto, en la falta del pago, tanto de derechos autorales como de los fiscales que se obtienen del aprovechamiento de la obra.

Venta.- Básicamente la conducta que afecta más el mercado del productor legal de fonogramas, es la venta de material reproducido sin la autorización del productor o del autor del mismo, conducta, que es la que se castiga, como ya hemos explicado porque los recursos que se obtienen de esta venta ilícita, no llegan a sus titulares o a quien les dió origen, mucho menos a los que intervienen en los denominados derechos conexos y al fisco.

⁶² Idem.

Fabricación.- El diccionario enciclopédico, define fabricar como: "Hacer algo, por medios mecánicos, construir edificios, elaborar, inventar, imaginar."⁶³ En este sentido, puede ser considerado como sinónimo de producir, y lo que se pretende impedir al señalar estas conductas es la elaboración indiscriminada de material fonográfico, con el objeto de lucrar con el mismo sin el consentimiento del legítimo titular de los derechos patrimoniales de autor.

Importación.- El diccionario enciclopédico reconoce la importación como: "el acto por el que se introducen, cosas extranjeras."⁶⁴ En la práctica se ha demostrado, (en lo que a nuestro tema se refiere) que al resultar más accesible, tanto por costos como por tecnología, se reproduce el material apócrifo en el extranjero, para después importarlo con el único fin de venderlo dentro del circuito comercial Mexicano, de forma ilegal obviamente.

Almacenamiento y Transportación.- Son términos por todos conocidos y manejados. Sin embargo el Legislador menciona ambas conductas, ya que de acuerdo con la práctica se ha comprobado que dichas conductas, la de almacenar en el sentido de guardar mercancías, así como el hecho de transportarlas, son parte de la cadena de distribución en este delito. Siendo el Derecho Penal de carácter típico esto es, que sólo las conductas perfectamente determinadas, son susceptibles de ser sancionadas, debió el legislador incluirlas para que fueran perfectamente tipificables.

⁶³ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA., Fundación TOMAS MORO, ESPASA CALPE S.A. Madrid 1991.

⁶⁴ Idem.

II.2.- ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS.

Para comprender, el delito que nos ocupa, ya que es el objeto de esta tesis, analizaremos, los elementos esenciales del delito, teniendo en cuenta para esto, el sistema propuesto por el Maestro Jiménez de Asúa, en su obra: "La Ley y el Delito"⁶⁵ y que de acuerdo con el método Aristotélico de *sic et non*, contrapone lo que el delito es, a lo que no lo es.

Entonces tenemos:

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
a) Actividad (Conducta)	Falta de acción.
b) Tipicidad	Ausencia de tipo.
c) Antijuricidad	Causas de justificación
d) Imputabilidad	Causas de inimputabilidad
e) Culpabilidad	Causas de inculpabilidad
f) Condicionalidad objetiva	Falta de condición objetiva
g) Punibilidad	Excusas absolutorias.

⁶⁵ JIMENEZ DE ASUA, Luis. "LA LEY Y EL DELITO." Edit. Sudamericana, Buenos Aires Argentina 1990. p.209

II.3.- CLASIFICACION DEL DELITO.

A.- EN ORDEN A LA CONDUCTA.

El delito es ante todo una conducta humana donde se abarca la acción y la omisión.

El Maestro López Gallo sostiene que: "La conducta humana es una actividad voluntaria o una inactividad voluntaria (o no voluntaria en los delitos culposos por olvido) , que produce en resultado conviolación: a) de una forma prohibida, en los delitos comisivos ; b) de una preceptiva en los omisivos y c) de ambos, en los delitos de comisión por omisión."⁶⁶

Asimismo el Maestro Fernando Castellanos, nos indica: "La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito."⁶⁷

Por su parte el Maestro Carranca y Trujillo explica: "Lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta humana. La conducta es, así, el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre."⁶⁸

Para el estudio que nos ocupa, debemos ubicar a la conducta delictiva dentro de nuestro contexto penal reconociendo lo que indica el Maestro Raúl Carranca y Trujillo, en su libro Derecho Penal Mexicano (Parte General), que a la letra dice:

⁶⁶ CASTELLANOS, Fernando. " LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL." Edit. Porrúa 1995, S.A. p. 99

⁶⁷ Ibidem. pag. 149

⁶⁸ CARRANCA y Trujillo, Raúl. " DERECHO PENAL MEXICANO (Parte General)" Edit. Porrúa S.A. Mexico 1986 p.275.

“Entendemos que es prudente recordar que, por ser estudiosos mexicanos del Derecho, nuestro deber consiste en trabajar con el Código Penal Mexicano. O sea, que se impone la necesidad de resolver los problemas jurídico-penales con base en una dogmática penal mexicana.”⁶⁹

Y continúa: “(El vigente Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, y lo mismo los que lo han tomado por modelo, dice que: “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales ” (artículo 7). De donde a la luz de una clara dogmática nacional podemos obtener las siguientes conclusiones. Ante todo no se emplea el término “acción”, pues el Código omite su referencia directa, aunque admite la indirecta; al aludir expresamente al “acto” y a la “omisión “ , con ello indica que considera a éstos como especies de un solo género, el que no puede ser otro que la “acción”. Luego la acción (género) se subdivide en acto y omisión (especies). Por acción, entonces hemos de entender las dos formas de la conducta, ya sea esta en su aspecto positivo o ya en su aspecto negativo. Para el hacer relevante al (sic) Derecho Penal queda la denominación de “acto”; así como el no hacer, cuya relevancia también manifiesta, la de “omisión””⁷⁰

Entonces, debemos entender que la conducta humana, se manifiesta a través de la ACCION, entendida esta de una forma genérica .

Acción.- Cuello Calón nos manifiesta que : “La acción, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzcan.”⁷¹

⁶⁹ Ibidem , pag 291.

⁷⁰ Ibidem , pag 292.

⁷¹ CUELLO CALON, Eugenio. “DERECHO PENAL.”, Edit. Bosh, S.A. Barcelona 1981, p.344

Ahora bien, el elemento objetivo puede presentar las formas de acción, omisión y comisión por omisión. Mientras la acción se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

Por lo tanto se manifiesta claramente que la conducta abarca tanto la acción, como la omisión: en cuanto a la última esta se divide en :

- omisión simple y
- omisión impropia o comisión por omisión.

Omisión.- Cuello Calón nos lo define así: "La omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la Ley Penal nos impone el deber de ejecutar un hecho determinado."⁷²

En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente. En los de acción se infringe una Ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva.

Como en la acción, en la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar.

Comisión por omisión.- Aquí como se observa existe una doble violación manifestada en dos conductas, que serían la de obrar y la de abstenerse de, la primera preceptiva y la otra prohibida.

⁷² CUELLO CALON, Eugenio. Op. Cit. pag. 345

Porte Petit nos indica que: "Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva."⁷³

Los dos elementos mencionados (voluntad e inactividad) aparecen tanto en la omisión simple como en la comisión por omisión, más en ésta emergen dos factores, a saber: un resultado material (típico) y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

La conducta presentada en el delito que nos ocupa, implica un hacer, de tal forma que la participación en forma omisiva es difícil que se manifieste, así **reproducir, producir, importar, vender, almacenar, transportar, distribuir y arrendar** son formas de hacer, antagónicas a la inactividad por lo que puede concluirse que estas conductas se excluyen de la forma omisiva por su propia naturaleza, por lo tanto podemos concluir que el delito que nos ocupa es un delito de "hacer" o sea que implica un acto, en su sentido más amplio. En el caso de la distribución al público, vista ésta como "un hacer" (acción), el simple hecho de poner un anuncio publicitario del producto ilícito, implica ya, recaer en la conducta delictiva. (Tan es así que se puede asimilar la ejecución de tal acto con la mera intención de ejecutarlo.) Así se maneja en el art. 1º del Convenio de fonogramas de Ginebra 1971; que a la letra dice: "Art. 1.- Para los fines del presente convenio, se entenderá por: d)"distribución al público", cualquier acto cuyo propósito sea ofrecer, directa o indirectamente, copias de un fonograma al público en general o a una parte del mismo."⁷⁴

⁷³ PORTE PETIT, Celestino "PROGRAMA DE DERECHO PENAL" (Parte General), Edit. Trillas, México 1990 p.287.

⁷⁴ Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas... Ginebra 1971 Op. Cit. p.131

1.- RESULTADO.- El daño al patrimonio moral y económico del productor de fonogramas, que deviene en el daño de todos los derechos conexos que se desprenden de la relación que se da entre el artista-autor y el productor de fonogramas.

2.- NEXO CAUSAL.- Entre las conductas indicadas en la fracción III del artículo 424, (Que serían **la producción, la reproducción, la importación, la venta, el almacenamiento, el transporte, la distribución y el arrendamiento** con fines de lucro y sobre todo sin la debida autorización del titular de los derechos), y el resultado, que es ese aprovechamiento ilícito del trabajo de otros, con el fin de obtener un lucro indebido, afectando negativamente su esfera jurídica, existe definitivamente una relación de causa-efecto.

3.- BIEN JURIDICO TUTELADO.- Será siempre el Derecho de Autor, que protegerá la creación intelectual plasmada en la obra. Protegiendo de esta forma a cualquier persona titular de Derechos de autor o de los llamados Derechos Conexos.

A.- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Por lo que se refiere a la acción, considero, por las razones antes expuestas, que el delito que nos ocupa, no puede ser manifestado sino a través de conductas positivas que implican un hacer, la inactividad no opera, como conducta delictiva en este caso, por lo que el delito que nos ocupa no se presta a la omisión; mucho menos a la comisión por omisión.

De acuerdo a la acción se pueden clasificar a los delitos, en relación con las características particulares que presentan, así pues tenemos:

EN FUNCION DE SU GRAVEDAD

De acuerdo con lo practicado en el Derecho Penal Mexicano, nuestro Código Penal sólo se ocupa de los delitos, sin considerar las faltas, ya que éstas son de competencia administrativa y carecen de naturaleza propiamente penal.

“En México carecen de importancia estas distinciones porque los Códigos Penales, sólo se ocupan de los delitos en general, en donde se subsumen también lo que en otras legislaciones se denominan crímenes.”⁷⁵

UNISUBSISTENTES O PLURISUBSISTENTES.

Dicha característica obedece al criterio con que se considera que se comete un delito de acuerdo al número de actos que lo integran.

⁷⁵ CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. p. 135.

En lo que se refiere al delito materia de nuestro estudio, nos adherimos al criterio indicado por los Autores Soler y Castellanos Tena, en el sentido que indican:

“Sólo consideramos plurisubsistente el delito que comporta en su elemento objetivo una repetición de conductas similares, que aisladamente no devienen delictuosas, porque el tipo se colma del concurso de ellas.”⁷⁶

Así, cada una de las conductas que integran la fracción III del artículo 424 del Código Penal, afectan el patrimonio del productor de fonogramas, desde el primer momento en que se cometen, y por el solo hecho de ejecutarse. Aunque después cada una de estas conductas pueda repetirse, lo cierto es que la lesión jurídica que producen, se da desde el primer momento.

En cuanto al delito materia de nuestro estudio, **producir, reproducir, fabricar, importar, vender, almacenar, transportar, distribuir y arrendar**, son conductas que afectan la esfera jurídica del artista y del productor de fonogramas cuando éstas se realizan sin el debido consentimiento de éstos y con una actitud de dolo.

A.1.- EN ORDEN AL RESULTADO.

Porte Petít, nos explica que el resultado ha de entenderse en forma diversa a la concepción naturalista, o sea “como una mutación o cambio en el mundo jurídico.”⁷⁷

⁷⁶ Ibidem. 143.

⁷⁷ PORTE PETIT, Celestino., Op. Cit. p.342

De esta misma forma el Maestro Maggiore nos indica : “La acción es causa de un resultado, que es la modificación del mundo exterior, el cambio sensible o perceptible por los sentidos, en los hombres y las cosas.”⁷⁸

A su vez Mezger opina que al resultado se le define también como la total realización típica exterior, o sea la conducta corporal del agente y el resultado externo de aquella causa .

En conclusión podemos afirmar que el delito que nos ocupa, comprende los aspectos que el mismo jurista Maggiore contempla cuando indica: “En suma el resultado comprende tanto las modificaciones de orden físico, como las de orden jurídico y ético. tanto las cosas materiales como los estados de ánimo del sujeto pasivo y de la sociedad .”⁷⁹

Por lo que el delito materia de nuestro estudio, afecta físicamente la esfera jurídica del sujeto pasivo al perjudicarlo directamente en su patrimonio. Esto es, al haber un cambio en el mundo exterior, éste deriva en la pérdida o la falta de captación de recursos legítimos, que deberían haber acrecentado el patrimonio del productor de fonogramas perjudicando también de esta forma al artista que éste representa. El delito que nos ocupa, afecta el orden jurídico al menospreciarlo con su conducta; también se ven afectados, factores de carácter ético, pues al individuo que comente la conducta ilícita no le interesan los aspectos de calidad tanto moral como material; aspectos que sí cuidan, tanto el artista cómo el productor de fonogramas en un esfuerzo porque la obra pueda apreciarse en su mayor plenitud.

⁷⁸ MAGGIORE, Guiseppe “DERECHO PENAL (Parte Especial) Vol. IV.” Edit. Temis, Bogota 1972, p. 328

⁷⁹ Ibidem. p. 328

A.2.- AUSENCIA DE CONDUCTA

Fernando Castellanos nos enseña cuando se da, la ausencia de conducta: "Si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es, pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos o mejor dicho, impedimentos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito cómo todo problema jurídico."⁸⁰

Como ya lo hemos explicado, **producir, reproducir, importar, vender, almacenar, transportar, distribuir y arrendar** son conductas que implican una voluntad de hacer por parte del sujeto activo que las realiza, antagónicas a la inactividad; por lo que no es posible que las conductas delictivas que nos ocupan se presenten en su aspecto negativo. Además, por lo que se refiere a la omisión, la ausencia de las conductas antes indicadas trae como consecuencia la no aparición del delito.

B.- TIPICIDAD.

Por lo que se refiere, a nuestro delito, materia de estudio, habrá tipicidad, cuando la conducta, del sujeto activo del mismo, encuadre con lo indicado en la fracción III del artículo 424 del Código Penal. La relación con el artículo 131 de la Ley Federal del Derecho de Autor, es únicamente para señalar, los derechos con que cuentan los productores de fonogramas, por lo que el aspecto penal, se encuentra encuadrado dentro de la fracción III del artículo 424 del Código Penal:

⁸⁰ CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. p. 162

“Art. 424.- Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días de multa :

I.- ...

II.-...

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, en forma dolosa, a escala comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba 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; y...

IV.-...⁸¹

El Maestro Porte Petit Candaudap explica:

“La tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la Ley Penal.”⁸²

Fórmula que se resume con la máxima: “ Nullum crimen sine tipo.”
Equivalente a “ Nullum crimen sine lege.”

La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. No confundir con el tipo, que es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

⁸¹ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

⁸² PORTE PETIT, Celestino., Op. Cit. p.403

CLASIFICACION DE LOS TIPOS.

Hay tipos muy completos, en los cuales se contienen todos los elementos del delito, en estos es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito. Sin embargo hay ocasiones en que la ley se limita a formular la conducta prohibida (u ordenada, en los delitos omisivos); entonces no puede hablarse de descripción del delito, sino de una parte del mismo.

Fernando Castellanos indica: "El tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete "el que priva de la vida a otro";".⁸³

B.1.- CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO.

En el delito materia de nuestro estudio podemos afirmar en cuanto a su tipo:

Es un delito de tipo **normal**, pues hace una descripción objetiva; así el tipo queda señalado por lo indicado en la fracción III, de el artículo 424 del Código Penal.

"Art. 424.- Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días de multa :

I.- ...

II.-...

III.-A quien produzca, reproduzca, importe, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende, copias de obras, fonogramas,

⁸³ CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. p. 168.

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 deba 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; y...

IV.-...⁸⁴

Así producir, reproducir, importar, vender, almacenar, transportar, distribuir, y arrendar copias de obras, protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor, con fines de lucro y sin el consentimiento del titular de los Derechos de Autor, son conductas descriptivas de tal forma que no es necesario hacer una valoración ya sea de carácter cultural o jurídico, más allá de lo que los conceptos en sí indican.

De tipo **fundamental o básico**, ya que la conducta delictiva constituye la esencia o fundamento del tipo, además, ya que cuenta con vida propia y no depende de otro tipo será un delito de tipo **autónomo e independiente**. El tipo prevé varias hipótesis comisivas, no obstante éste, puede colmarse con el solo cumplimiento de cualquiera de éstas, por lo que no será necesario del concurso de dos o más hipótesis comisivas, entonces el delito que nos ocupa, es un delito del tipo de formulación **casuística y alternativa**.

⁸⁴ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

Así, por la disminución que provoca en el patrimonio del titular del derecho, en este caso el productor de fonogramas, (Derecho establecido en el artículo 131 de la Ley Federal del Derecho de Autor.) el tipo se clasifica como de **daño**, y es aquí donde entra el factor subjetivo del delito que nos ocupa; porque, si bien es cierto, se produce un daño al patrimonio del titular del derecho; también es cierto que en materia de obras artísticas el objetivo principal de cualquier creador, así como del productor, en este caso, el de fonogramas, es mostrar su obra con el máximo de plenitud, por lo que cualquier conducta de las mencionadas en la fracción III del artículo 424 del Código Penal, representa la posibilidad de un daño contra el bien protegido, entonces cada una de estas conductas, bien pudieran considerarse **peligrosas**, por lo cual, podemos concluir que el delito que nos ocupa es un delito de **daño** y a la vez de **peligro**.

ELEMENTOS DEL TIPO.

El Maestro Miguel Angel Ibarra establece una clasificación de los elementos del tipo organizándolos de esta manera:

- “- Sujeto.
- Modalidades de la conducta.
- Objeto material.
- Elementos objetivos
- Elementos normativos
- Elementos subjetivos

a) Sujeto del delito.- Persona física individual, que desarrolla la acción criminosa, este elemento queda incluido en las formas “el que”, “a la” y “al que”

En la comisión de un delito, pueden intervenir dos o más sujetos, aplicándose en estos casos las reglas de participación delictiva en otros casos, la pluralidad de sujetos es esencial para la integración del delito, como por ejemplo la asociación delictuosa.⁸⁵

Sujeto activo es la persona que comete el delito, en este caso sería la persona que sin la debida autorización del titular del Derecho, **produzca, reproduzca, importe, venda, almacene, transporte, distribuya o arriende obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor en forma dolosa y a escala comercial.** Pudiéndose dar el concurso de sujetos en cuanto al delito. (Artículos 13 y 14 del Código Penal para el Distrito Federal.)

Sujeto pasivo es la persona que ve disminuida su esfera jurídica, y en consecuencia ve afectado su patrimonio, como resultado de la conducta descrita anteriormente. Para el delito que nos ocupa, será el productor de fonogramas, el sujeto pasivo, en virtud de la afectación que se da a su patrimonio, esa conducta, afecta, por lo tanto, el patrimonio del artista y todos los beneficiados de los derechos conexos.

b) Modalidades de la conducta.- El tipo penal frecuentemente hace referencia a circunstancias de carácter especial o medios de ejecución a otro hecho punible considerándose estas como modalidades de la conducta o del hecho descrito. En el delito que nos ocupa es claro que lo que se castiga es el uso indiscriminado, sin permiso y a escala comercial de un derecho legítimo, por lo que podrían considerarse **el producir, reproducir, importar, vender, almacenar, transportar, distribuir y arrendar como modalidades de la conducta ilícita.**

⁸⁵ CORTES Ibarra, Miguel Angel. "DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General." Edit. Porrúa, S.A. México 1971. p. 178.

c) Objeto Material.- El tipo también alude al objeto material de la conducta, esto es a la persona o cosa sobre las cuales la acción típica se realiza. En el homicidio, la persona humana constituye este elemento, y en el robo, el bien mueble. En nuestro caso, el objeto material recae en el patrimonio del sujeto pasivo, (El productor de fonogramas) al dejar éste, de percibir las ganancias legítimas que la explotación de su obra debería generar.

d) Elementos Objetivos.- También en el tipo se contemplan elementos objetivos perceptibles mediante la simple actividad cognoscitiva, vgr.: el apoderamiento en el delito de robo; la privación de la vida, en el homicidio; el acceso carnal en el estupro.

En nuestro caso, el elemento objetivo será: **El uso indiscriminado de un derecho legítimamente adquirido**, de forma dolosa, con fines de lucro y sobre todo sin la debida autorización de los titulares del derecho.

e) Elementos Normativos.- “Si los elementos objetivos son apreciados en un simple acto de cognición, los elementos normativos sólo se captan mediante un proceso intelectual que me conduce a la valoración del especial concepto, así por ejemplo, el término “ honestidad “ empleado por el Legislador en el delito de estupro, lleva en su significación una valoración ético-social. En el delito de robo, la comprensión de “cosa ajena mueble”, implica un juicio valorativo de carácter jurídico.”⁸⁶

⁸⁶ Ibidem., p. 180.

f) Elementos Subjetivos.- “En esta clase de elementos la conducta del autor únicamente cobra relevancia típica cuando está encaminada en determinado sentido finalista. La realización externa contemplada objetivamente, es irrelevante si el autor no le ha impreso especial finalidad exigida en el tipo.”⁸⁷

En el tipo que nos ocupa esta condición se da, cuando cualquiera de las conductas que ahí se expresan se dan **en forma dolosa**.

B.2 AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD.

La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. No confundir con el tipo, que es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad; o sea la atipicidad no es otra cosa que la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo.

El maestro Fernando Castellanos indica:

“En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo: si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la Ley, respecto de él no existe tipo.

⁸⁷ CORTES Ibarra, Miguel Angel. Op. Cit. p.180

Ahora, de manera destacada, nuestro Código Penal se refiere a la ausencia de tipicidad: Cuando se establece en la fracción II del artículo 15 relativo a las Causas de Exclusión del Delito, que el mismo se excluye cuando falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: a) Ausencia de calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial.” **

Importante resulta para nuestro estudio el determinar, la existencia de propiedad o posesión legítima que caracteriza a los delitos patrimoniales. (En nuestro caso serán los derechos de autor que protegen a la obra.)

Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico; a su vez, también se presentará una atipicidad cuando no exista objeto material sobre el cual recaiga la acción; finalmente algunos tipos captan una especial antijuricidad, al señalar como en el caso que nos ocupa que el comportamiento se efectúe precisamente como se describe en el mismo, así a quien produzca, reproduzca, 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 autorización del titular de los derechos, se le considerará como un infractor de la norma, entonces al obrar justificadamente, esto es, con el respectivo permiso del titular de los Derechos de Autor, no se colma el tipo.

** CASTELLANOS, Fernando Op. Cit. p 175

C.- ANTIJURIDICIDAD.

Antijuridicidad y antijuricidad, son lo mismo, y generalmente se aceptan como todo lo contrario a Derecho. "Entendemos que la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado. Se le denomina también "ilicitud""⁸⁹

Para Sebastián Soler no basta observar si la conducta es típica. (tipicidad), el indica que se requiere en cada caso observar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad, como un organismo unitario. El profesor argentino textualmente dice: "Nadie ha expresado con más elegancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la Ley y de contradicción al Derecho. cuando dice que el delito es una disonancia armónica, pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora."⁹⁰

La Antijuridicidad es puramente objetiva, atiende solo al acto, a la conducta externa. Intimos son los vínculos existentes entre la antijuricidad y tipicidad.

Beling, en 1906, en su universal obra "Teoría del Delito", reconoce "la tipicidad es la condición -sine cuan non- para catalogar al hecho como delictivo. El legislador -agrega- crea los diferentes tipos penalísticos mediante un "proceso de abstracción" seleccionando determinados hechos y estampándolos en la Ley; por ello; la tipicidad satisface una función meramente descriptiva, ausente de toda valoración.

⁸⁹ CARRANCA y Trujillo, Raúl. Op.Cit. p. 175.

⁹⁰ SOLER, Sebastián. "DERECHO PENAL ARGENTINO" Tomo I, Tipografica Argentina, Buenos Aires 1992. p.178

A la antijuricidad se le asigna una función valorativa, la conducta típica es antijurídica si se opone objetivamente a las normas prohibitivas; esto implica un juicio de valoración.”

Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuricidad. El indica: “El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la Ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.”⁹¹

En el delito que estamos estudiando la Antijuricidad se presenta, cuando se explota indiscriminadamente, con dolo y con fines de lucro, una obra protegida por la Ley Federal del Derecho de Autor sin tener la autorización del titular del Derecho; siendo el principal interés del Estado, proteger el patrimonio, tanto económico como cultural del creador de la obra y en su caso el productor de fonogramas.

Podemos afirmar que la conducta efectuada será antijurídica cuando siendo típica, no está avalada por una causa de justificación.

C.I.- CAUSAS DE JUSTIFICACION.

También conocidas como causas de licitud, representan el aspecto negativo del delito, es decir es una conducta que a pesar de aparentar ser una conducta delictiva, resulta conforme a derecho. La legítima defensa es una de las causas de justificación de mayor importancia.

⁹¹ CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. p. 180.

El penalista Maggiore, define las causas de justificación como:

“Las circunstancias de un hecho que borran de Antijuridicidad objetiva o en otros términos, que tiene como efecto, la transformación de un delito en un no delito.”⁹²

Así mismo, Fernando Castellanos Tena, nos indica:

“Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la Antijuridicidad de una conducta típica.”⁹³

Las justificantes no deben ser confundidas con otras eximientes, hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación, forman parte de las llamadas **causas excluyentes del delito** y estas además son: La ausencia de conducta, la atipicidad, causas de Inimputabilidad, causas de inculpabilidad, excusas absolutorias, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.

Las causas de justificación en el Derecho positivo Mexicano son:

a) Legítima defensa.- Concepto regulado en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

b) Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado) Concepto regulado en la fracción V del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

c) Cumplimiento de un deber. Concepto regulado en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

d) Ejercicio de un derecho. Concepto regulado en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

⁹² MAGGIORE, Guiseppe, “ DERECHO PENAL ” Vol IV. Editorial Temis, Bogotá, 1989. p. 388.

⁹³ CASTELLANOS, Fernando. Op.Cit. p. 178.

e) Consentimiento del titular del bien jurídico afectado. Concepto regulado en la fracción III del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

Para nuestro estudio pueden ser aplicables como causas de justificación, las indicadas como cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, siempre y cuando exista racionalidad en el medio empleado, así Castellanos Tena indica:

“Al lado de las causas de justificación analizadas, figuran otras que también privan a la conducta del elemento Antijuridicidad, y por lo mismo, imposibilitan la integración del delito. Se trata del cumplimiento de un deber y del ejercicio de un derecho. Nuestro Código establece en la fracción VI del artículo 15, como excluyente del delito, cuando “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 este último no se realice con el solo propósito de perjudicar al otro.”⁹⁴

Esto puede quedar ejemplificado en lo que se refiere a nuestro estudio, en los artículos 147, 148, 149 y 151 de la nueva Ley Federal del Derecho de Autor de 1996, en los que se indica, que una obra puede ser reproducida, -en lo que se considera como una limitante a los derechos de autor- inclusive, sin la autorización del titular o de sus beneficiarios conexos, por las causas que a continuación se mencionan.

⁹⁴ Idem.

“Artículo 147.- Se 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. Cuando no sea posible obtener el consentimiento del titular de los derechos patrimoniales correspondientes, y mediante el pago de una remuneración compensatoria, el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Educación Pública, de oficio o a petición de parte, podrá autorizar la publicación o traducción mencionada. Lo anterior será sin perjuicio de los tratados internacionales sobre derechos de autor y derechos conexos suscritos y aprobados por México.”⁹⁵

“Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, solo en los siguientes casos:

I. Cita de textos, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra;

II. Reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho;

III. Reproducción de partes de la obra, para crítica e investigación científica, literaria o artística.

IV. Reproducción por una sola vez, y en un solo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.

Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles;

⁹⁵ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

V. Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer;

VI. Reproducción para constancia de un procedimiento judicial o administrativo, y

VII. Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos."⁹⁶

"Artículo 149.- Podrán realizarse sin autorización:

I. La utilización de obras literarias y artísticas en tiendas o establecimientos abiertos al público, que comercien ejemplares de dichas obras, siempre y cuando no hayan cargos de admisión y que dicha utilización no trascienda el lugar en donde la venta se realiza y tenga como propósito único el de promover la venta de ejemplares de obras, y

II. La grabación efímera, sujetándose a las siguientes condiciones:

a) La transmisión deberá efectuarse dentro del plazo que al efecto se convenga.

b) No debe realizarse con motivo de la grabación, ninguna emisión o comunicación concomitante o simultánea, y;

c) La grabación sólo dará derecho a una sola emisión.

La grabación y fijación de la imagen y el sonido realizada en las condiciones que antes se mencionan, no obligará a ningún pago adicional, distinto del que corresponde por el uso de las obras.

⁹⁶ Idem.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Las disposiciones de esta fracción no se aplicarán en caso de que los autores o los artistas tengan celebrado convenio de carácter oneroso que autorice las emisiones posteriores.”⁹⁷

“Artículo 151.- No constituyen violaciones a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, de videogramas u organismos de radiodifusión la utilización de sus actuaciones, fonogramas, ideogramas o emisiones, cuando:

- I. No se persiga un beneficio económico directo;
- II. Se trate de breves fragmentos utilizados en informaciones sobre sucesos de actualidad;
- III. Sea con fines de enseñanza o investigación científica, o
- IV. Se trate de los casos previstos en los artículos 147, 148, y 149 de la presente Ley.”⁹⁸

Finalmente y por obvias razones también será admitido en el delito de nuestro estudio, como causa de justificación, lo que se reconoce como “Consentimiento del interesado”, siempre y cuando se manifieste con las características indicadas en la fracción III del artículo 15 del Código Penal vigente, que a la letra indica:

“ Art. 15.- El delito se excluye cuando:

- I.-...
- II.-...
- III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:
 - a) Que el bien jurídico sea disponible;

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

b) Que el titular del bien tenga 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 fundamentalmente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo; ”

del IV al X...⁹⁹

D.- IMPUTABILIDAD.

El hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica y de acatarla o no. Para que la acción sea incriminable, además de antijurídica y típica ha de ser culpable. Ahora bien, sólo puede ser culpable el sujeto que sea imputable.

Carrancá y Trujillo indica: “Será, pues, imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de al vida en sociedad humana.”¹⁰⁰

La Imputabilidad requiere de la salud mental del individuo, para que éste pueda conocer la significación de su conducta y la norma legal que está violando, sólo así el individuo puede ser un sujeto imputable. En el delito de nuestro estudio, la imputabilidad se aplica al sujeto activo del mismo, quien deberá tener plena capacidad para entender, y querer realizar una o varias de las conductas antijurídicas, que se describen en el tipo.

⁹⁹ CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL México 1996, Op. Cit..

¹⁰⁰ CARRANCA y Trujillo, Raúl Op.Cit. p 431.

D.1.- INIMPUTABILIDAD.

La Inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la Imputabilidad. Las causas de Inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

La razón por la cual el inimputable no es capaz de delinquir, o más exactamente, de actuar culpablemente, es que el individuo presente fallas de carácter psicossomático o sociocultural que le impiden valoración.

De acuerdo con nuestro delito son aplicables las causas de Inimputabilidad contempladas en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal, que indica en cuanto a la Inimputabilidad:

“Art. 15.- El delito se excluye cuando:

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel 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 proyectado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto por el artículo 69, bis de este código;”¹⁰¹

¹⁰¹ CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Op. Cit.

Mención especial requiere el trato que se les da a los menores infractores, pues comunmente se afirma que los menores de 18 años son inimputables y por lo mismo cuando realizan comportamientos típicos del Derecho penal no se configuran los delitos respectivos. Sin embargo y dada la naturaleza de nuestro delito de estudio, que es materia Federal se debe hacer notar que en muchos Estados se considera que un sujeto es psicológicamente capaz a los 16 años, en estos casos y atendiendo a la Ley, se especifica que respecto a los actos u omisiones de menores de 18 años que se encuentren tipificados en las Leyes Penales Federales, podrán conocer los consejos o tribunales locales para menores del lugar donde se hubieren realizado, conforme a los convenios celebrados entre la Federación y los gobiernos de los Estados.

La Ley aplicable en este caso será la Ley para el Tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; que tiene su fundamento en el cuarto párrafo del artículo 18 de nuestra Constitución, que establece: " La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de los menores infractores."¹⁰²

E.- CULPABILIDAD.

El Licenciado Cortés Ibarra nos da una explicación acerca de la culpabilidad, el indica: "La culpabilidad es la concepción Psicológica en el cual se encuentra el sujeto con relación al hecho; es el nexo psiquico existente entre el Agente y el Acto exterior."¹⁰³

¹⁰² CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

¹⁰³ CORTES Ibarra, Miguel Angel, Op. Cit. p. 205

Por su parte Antalesi explica que la culpabilidad, es el lazo de causalidad psíquica que une al sujeto con el hecho que realiza.

A su vez el Maestro Fernando Castellanos Tena nos dice:

"La culpabilidad reviste dos formas: Dolo y Culpa, según el Agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la Ley como delito, o cause igual resultado por medio de la negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por un olvido a las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa). También suele hablarse de la preterintencionalidad como tercera forma o especie de culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto."¹⁰⁴

Fortan Balestra afirma: "La culpabilidad es la relación psicológica del Autor con su hecho; su posición psicológica frente a él. Esa relación puede ser más o menos indirecta y aun radicar en un no hacer (caso de culpa), pero se vincula siempre en mayor o menor grado con la acción."¹⁰⁵

Y continúa Fortan Balestra diciendo "El dolo es la forma principal y más grave de la culpabilidad y por ello acarrea penas más severas."¹⁰⁶

Entonces debemos notar que la culpabilidad se divide en dolo y culpa, y es la intención de causar un daño lo que las define, antes se incluía como forma de culpabilidad, a la preterintencionalidad, pero ahora el Código Penal la excluye.

¹⁰⁴ CASTELLANOS Tena, Fernando. Op.Cit. p. 236.

¹⁰⁵ FORTAN Balestra, Carlos. "DERECHO PENAL" Introducción y Parte General. Edit. Abeledo-Perrot Buenos Aires, 1980. p 243.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 247

Castellanos Tena: "El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético esta constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar un acto; en la volición del hecho típico."¹⁰⁷

Existen muchas formas de clasificar el dolo, pero sólo vamos a establecer las más prácticas, y estas son:

El dolo directo.- Donde el resultado coincide con el propósito del agente. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado.

El dolo indirecto.- El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados. El agente sabe que su conducta traerá como consecuencia otros resultados penalmente tipificados pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

El dolo indeterminado.- El agente tiene una intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en especial. Hay voluntariedad en la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo.

El dolo eventual.- Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente; Esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos directamente a diferencia del

¹⁰⁷ CASTELLANOS Tena, Fernando Op.Cit. p. 239.

simplemente indirecto, en donde hay certeza de la aparición del resultado no querido y del indeterminado, en que existe la seguridad de causar daño sin saber cual será, pues el fin de la acción es otro y no el daño en si mismo.

La culpa .- Cuello Calón explica: "Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y penado por la Ley"¹⁰⁸

En el delito de nuestro estudio la culpabilidad se presenta de carácter doloso, por naturaleza supone la plena intención y el conocimiento, por parte de quien realiza la conducta delictiva del daño que se esta ocasionando. Asi en el tipo es exigida, la condición de dolo, de tal forma que apareciere como una característica - sine cuan non- del mismo.

La fracción III del artículo 424 en su primer párrafo establece textualmente:

"Art. 424.- Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días de multa :

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, **en forma dolosa**, a escala comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos..."¹⁰⁹

¹⁰⁸ CUELLO Calón, Eugenio. Op. Cit. p. 325

¹⁰⁹ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

Mención especial en este sentido, revisten las formas de venta y almacenamiento, de las que se habla en este delito, ya que se ha visto en la práctica que la gente realiza estas conductas por una verdadera necesidad de trabajo. Esta, las obliga a surtir y almacenar producto que ellos consideran lícito además de que lo consiguen a un precio más accesible. En este caso no opera el dolo como característica, pero sí la culpa, ya que como hemos visto, ésta opera cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas. (En este caso las cautelas, o precauciones, consistirían en verificar la procedencia y estado legal del producto.)

Finalmente debemos aclarar que ante la ausencia de dolo o de culpa, no hay culpabilidad y sin ésta, el delito no se integra.

E.1.- INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, es decir opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad (cualquiera de ellos) a saber: El conocimiento y la voluntad.

Castellanos Tena nos aclara: "Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia."¹¹⁰

¹¹⁰ CASTELLANOS Tena, Fernando Op. Cit. p. 257.

Son casos de inculpabilidad esencial e invencible:

- El error de hecho esencial e invencible.
- El error accidental, dividiéndose en aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti.
- La legítima defensa punitiva.
- El Estado de necesidad punitivo.
- El cumplimiento de un deber putativo.
- La no exigibilidad de otra conducta.
- Estado de necesidad.
- Obediencia jerárquica.
- El temor fundado e irresistible.

En el delito materia de nuestro estudio la inculpabilidad sólo puede presentarse en la forma del error invencible, establecido en los incisos A) y B) de la fracción VIII del Artículo 15 del Código Penal vigente que establece:

“Art. 15.- El delito se excluye cuando:

I al VII...

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;

o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la Ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código;

IX y X...”¹¹¹

¹¹¹ CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Op. Cit.

Por lo que cada una de las conductas indicadas en la fracción III del artículo 424 (producir, reproducir, importar, vender, almacenar, transportar, distribuir o arrendar obras protegidas) sólo podría ser justificada cuando el sujeto esté imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción, ya sea, porque desconozca la existencia de la Ley, el alcance de la misma, o porque crea justificada su conducta.

Se precisa que dicho error sea invencible o insuperable, esto es, que el sujeto esté imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción, lo cual significa que si con diligencia pudo tener información de la Ley y de su sentido, y no se esforzó en hacerlo, no puede alegar que su error sea inculpable; cuestión bastante difícil de probar, porque aún en la ciudad de México, tan llena de medios de información, se dan fenómenos de analfabetismo e ignorancia, que son aprovechados por delincuentes de mayor rango en detrimento de personas con necesidades, más que primarias.

F.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

Generalmente son definidas las condiciones objetivas de punibilidad como: "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas para que la pena tenga aplicación."¹¹²

Debe aclararse que la punibilidad no es un elemento esencial de la noción jurídica del delito, basados en la idea de que si la pena es una consecuencia del delito no puede ser un elemento integrante de él.

¹¹² CASTELLANOS Tena, Fernando Op. Cit. p 278

Desde un punto de vista jurídico cabe establecer que en ciertos delitos la condición de punibilidad radica en el agravio o injuria de la acción causa.

Puede decirse que en todos los casos la Ley exige para que exista punibilidad en la acción un conjunto de condiciones objetivas seleccionadas en los tipos, pero en ocasiones también fija otras condiciones objetivas. En nuestro delito se señala cómo imprescindible, la condición de querrela previa por parte del ofendido para que proceda la acción penal, esto es, como una condición para que proceda su penalidad, lo que es afirmado en el artículo 429 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de fuero Federal.

“Artículo 429.- Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela de parte ofendida, salvo el caso previsto en el artículo 424 fracción I, que será perseguido de oficio. En el caso de que los derechos de autor hayan entrado al dominio público, la querrela la formulará la Secretaría de Educación Pública, considerándose como parte ofendida.”¹¹³

Sin embargo autores como Castellanos Tena establecen que: “aún no existe delimitada con claridad en la doctrina la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad.”¹¹⁴ Entonces, la querrela de parte no es considerada como una condición objetiva de punibilidad sino como un requisito de procedibilidad, siguiendo con esta idea y con el concepto de que las querrelas de la parte ofendida, son requisitos ocasionales y por ende, accesorios, fortuitos, y que implican circunstancias ajenas a la aplicación del delito, debemos aceptar que el delito que nos ocupa carece de estas condiciones objetivas de punibilidad.

¹¹³ CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Op. Cit.

¹¹⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando Op. Cit. p. 278

F.1.- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

La punibilidad consiste en la aplicación de una sanción prevista en el Código Penal, para una conducta que la sociedad considera nociva.

“La acción antijurídica, típica y culpable para ser inculpada ha de estar conminada con la amenaza de una pena, es decir, que ésta ha de ser la consecuencia de aquella legal y necesaria. **“Ley sin pena es campana sin badajo”**”¹¹⁵

El artículo 7 de nuestro Código Penal en su primer párrafo nos dice: **“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”**¹¹⁶. Lo que nos establece que en cada delito, hay un presupuesto, determinado por la conducta, y caracterizado por el elemento “acción”, el cual puede manifestarse de forma positiva u omisiva y el elemento punibilidad, como complemento del mismo.

La punibilidad en nuestro delito se encuentra indicada en el artículo 424 del Código Penal, y establece una penalidad de seis meses a seis años de prisión a quien incurra en este delito. Así mismo, este tipo penal, nos remite a la Ley Federal del Derecho de Autor cuando en la descripción del mismo se refiere a **“...copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor,...”**¹¹⁷

¹¹⁵ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl Op.Cit. p 424

¹¹⁶ CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Op. Cit.

¹¹⁷ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR DE 1996, Op. Cit.

"Art. 424.- Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días de multa :

I.- ...

II.-...

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**, en forma dolosa, a escala comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba 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; y...

IV.-...¹¹⁸

"La punibilidad desaparece en ciertos casos que la ley considera por razón de las personas y de la utilidad social de la impunidad, como no sancionables. Tal ocurre con las excusas absolutorias."¹¹⁹

Las excusas absolutorias reconocidas en el Derecho difícilmente encuadran dentro de una sistematización doctrinaria, pues cambian y evolucionan de pueblo a pueblo y aún, según los tiempos: En nuestro Derecho se reconoce, y ésto, como parte medular de nuestra Legislación Penal, la escasa o nula temibilidad que el sujeto revela, como fundamento básico de la imposibilidad de imponer una pena al autor de una conducta delictiva.

¹¹⁸ Idem

¹¹⁹ CARRANCA Y TRUJILLO. Raúl Op.Cit. p 426

Finalmente y en lo que respecta a nuestro delito podríamos decir que las causas de Inimputabilidad conocidas por nuestro Código son aplicables, sin embargo, hay que hacer la aclaración, dichas causas, podrían ser confundidas con las causas legales de inculpabilidad, por de las cacterísticas que presentan.

CAPITULO III.

LA PROTECCION JURIDICA OTORGADA A LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS

III.1.- PROTECCION A LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS Y POR LO TANTO A LOS AUTORES Y SUS OBRAS.

III.2.- DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA EXPLOTACION DE FONOGRAMAS CON FINES DE LUCRO, SIN LA DEBIDA AUTORIZACION DEL TITULAR DEL DERECHO.

III.3.- LA TUTELA PENAL DIRIGIDA A CASTIGAR LA EXPLOTACION INDEBIDA DE LOS FONOGRAMAS, Y ASI PROTEGER EL ACERVO CULTURAL DE LOS PUEBLOS DEL MUNDO.

III.4.- ENFOQUE EN RELACION AL SUJETO PASIVO DEL DELITO.

III.5.- ESTUDIO CRITICO DE LA FRACCION III DEL ARTICULO 424 DEL CODIGO PENAL, Y SU RELACION CON EL ARTICULO 131 DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR Y CUALES HAN SIDO LOS CRITERIOS PARA SU APLICACION DESDE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS DE AUTOR DE 1956 REFORMADA EN 1963 HASTA EL AÑO DE 1997.

CAPITULO III

III.1.- PROTECCION A LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS Y POR LO TANTO A LOS AUTORES Y SUS OBRAS.

Hemos establecido anteriormente como se da la relación entre el Productor de Fonogramas y el Autor de las obras, de hecho esta tesis pretende dar un punto de vista en el que se aclare, el porqué se deben proteger los derechos del Productor de Fonogramas, no sólo por el interés de proteger una inversión, (En lo que al aspecto económico se refiere.) sino, porque también se afecta, a toda una serie de intereses que son afines a la producción de una obra.

Así pues, el Estado, ha reconocido en la figura del productor de fonogramas, a una entidad que procura ofrecer productos de primera calidad, que a la larga van a dejar una constancia histórica de lo que se vive en el presente; productos que conforman un acervo cultural, no sólo de un país o de una civilización sino de toda la humanidad.

Reconoce la Ley, en los productores de fonogramas, un derecho de carácter primordial, que si no igual al de los autores, si establece que éste es legítimo; admite, que el Productor de Fonogramas realiza una actividad que si bien es de carácter comercial también aporta constancia de la cultura de un pueblo; además, la Ley acepta que es el productor de fonogramas la persona que aporta el capital que va a dar soporte a la obra del autor, él es, quien visualiza el resultado de la misma y otorga las facilidades para su buen término, además de contratar profesionales para que se encarguen de su mejor comercialización.

No obstante, se trata de un negocio, la comercialización de obras musicales, genera un sinnúmero de derechos afines, derechos de personas que legítimamente viven de esta industria, derechos, que deben ser protegidos y que tienen su fundamento precisamente en los derechos del productor de fonogramas; es pues éste, un titular de derechos conexos de autor, así lo ha reconocido el Legislador, según lo indicado por el artículo 130 de la Ley Federal del Derecho de Autor, de reciente creación, que a la letra indica:

“Artículo 130.- Productor de fonogramas es la persona física o moral que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos o la representación digital de los mismos y es responsable de la edición, reproducción y publicación de fonogramas.”¹²⁰

Es aquí, donde se puede apreciar la amplitud y el reconocimiento otorgado por el Legislador, si comparamos esta definición con la indicada en la Ley inmediata anterior, que decía únicamente en su artículo 87 bis en su párrafo tercero:

“Para los efectos legales, se considerará productor de fonogramas la persona física o moral que fija por primera vez los sonidos incorporados al fonograma.”¹²¹

Como se puede apreciar, en la nueva definición se incorpora el concepto de responsabilidad por parte del productor de fonogramas en cuanto a la edición, reproducción y publicación de los fonogramas, aspectos que se llevaban -de facto de acuerdo con la Ley anterior- y que al fin son reconocidos en la Ley vigente lo que facilita su aplicación, sobre todo en lo que a Derecho Penal se refiere.

¹²⁰ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR 1996, Op. Cit.

¹²¹ Idem.

Así mismo se amplía la forma de fijación de los sonidos y se explica que estos pueden ser recopilados a través de la representación digital de los mismos, otorgando a la norma una vigencia futura.

Los detractores de la doctrina de los llamados derechos conexos, análogos o vecinos que surgen de los derechos de autor, como indica el Lic. Efrén Huerta, arguyen que el fonograma es sólo un soporte material; éstos indica: "Revelan una profunda ignorancia o una dolosa visualización del asunto. Seguramente jamás se han acercado a conocer la actividad del productor de fonogramas. Este, como persona física o siendo persona moral a través del responsable de la parte creativa, imagina un producto sonoro, a partir de una obra musical o de un intérprete con especiales cualidades artísticas: selecciona un músico profesional que elabore un arreglo musical para cierto intérprete, se escogen determinados músicos que ejecuten el arreglo elaborado, todo bajo la dirección artística de un delegado del propio productor. Esta es la labor especial y distintiva del productor; hasta aquí no aparece aún la actividad industrial. El hecho de que se utilicen equipos cada vez más complejos para la fijación del sonido en el soporte material que contiene al fonograma no convierte a esta actividad en industrial."¹²²

Hay que remarcar que al existir la piratería de fonogramas, se lesionan los derechos patrimoniales, tanto de los titulares originarios como de los conexos de los derechos de autor, pues el incremento de estas ventas ilegítimas, disminuye obviamente el mercado del producto lícito.

¹²² VI CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS INTELECTUALES. Op.Cit p.160

Finalmente debemos afirmar que la parte más afectada, en lo que se refiere a la defensa de los Derechos del Productor de Fonogramas en nuestro país, es el Fisco, al verse éste por demás defraudado, pues al cometerse el delito de piratería de fonogramas, se ha calculado que la ganancia ilícita por este concepto asciende a más de \$50,000 U.S.D. (cincuenta mil dólares) anuales, (dato aportado por la AMPROFON) ganancias que propiamente debían acrecentar el patrimonio de los Productores de Fonogramas y que éstos deberían reportar a su vez, en lo que a su parte proporcional se refiere, al erario.

III.2.- DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA EXPLOTACION DE FONOGRAMAS CON FINES DE LUCRO, SIN LA DEBIDA AUTORIZACION DEL TITULAR DEL DERECHO.

Como ya lo hemos tratado en el primer capítulo el término piratería, se refiere a un concepto marítimo, sin embargo en lo que a nuestro estudio se refiere, la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) reconoce el término como piratería de fonogramas dentro de su glosario y lo define así:

“PIRATERIA / PIRACY / PIRATERIE:

En las esferas del Derecho de Autor y de los Derechos conexos se entiende generalmente por piratería la reproducción de “Obras publicadas o de Fonogramas” por cualquier medio adecuado con miras a la transmisión (distribución) al público y también re-emisión de una radiodifusión de otra persona sin la correspondiente autorización.”¹²³

A nivel Internacional y sobre todo en el ámbito de quienes se dedican a estudiar, la Propiedad Intelectual se reconoce, el término “piratería”; así el Dr. Guillermo Bracamonte Ortiz nos da una definición, cuando dice: “Una nueva y especial modalidad delictiva, ha sido bautizada como: “PIRATERIA”, expresión que se aplica a la duplicación, copia, reproducción, grabación o fijación no autorizada expresamente por el titular del derecho de propiedad intelectual sobre una obra o producción del intelecto en los dominios literario, artístico o científico, cuando el infractor la realiza con miras a su distribución al público.”¹²⁴

¹²³ GLOSARIO DE LA OMPI. Génova. Marzo de 1980. Op.Cit.

¹²⁴ VI Congreso Internacional Sobre la Protección de los Derechos Intelectuales. Op. Cit. p. 355

Debemos hacer mención al Maestro Jiménez Huerta ya que él denomina al delito que se comete cuando se produce la violación a gran escala de obras protegidas por el Derecho de Autor como: **Comercial recepción**.

“Comercial recepción.- Es una lesión a los intereses jurídicos y patrimoniales del titular de los derechos de autor, consistente en comerciar con obras que han sido publicadas con violación a los derechos de autor, ya que lesionan los derechos patrimoniales del titular de esos derechos al obtener un lucro o provecho injusto.”¹²⁵

Para el Maestro Jiménez Huerta, el elemento fáctico de esta descripción típica (la denominada en el tipo que nos ocupa) consiste en negociar, comprando, vendiendo, o permutando obras que no cuenten con la autorización de los titulares de los derechos autorales, claro está, que a esta descripción, y atendiendo al nuevo precepto del Código Penal, debemos agregar que también cometerá el delito quien produzca, fabrique, almacene, importe, transporte, distribuya o arriende obras que no cuenten con la autorización del titular de los derechos autorales.

De acuerdo con nuestra Carta Magna, que en su artículo 133 nos indica cual es la Ley que nos rige, debemos aceptar como parte de nuestra Legislación a los Tratados Internacionales siempre y cuando estén de acuerdo con la misma Constitución y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado. de esta manera tenemos:

¹²⁵ JIMENEZ Huerta, Mariano. “DERECHO PENAL MEXICANO” tomo IV. Edit. Porrúa, México 1992. p.362

“Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”¹²⁶

Para el tema que nos ocupa, ya hemos visto los tratados más importantes en el capítulo primero, sin embargo haré un enfoque de los dos tratados que a nivel económico, ejercen gran influencia sobre nuestra legislación actual, como lo son el GATT y el TLC.

El GATT (General Agreement Trade of Tariffs por sus siglas en inglés, o el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio como se conoce en nuestro idioma y al cual México ingreso en 1986) es un organismo creado para fomentar el comercio entre los países que participan en dicho acuerdo, consistente en dar facilidades a las mercancías que circulan entre los países que forman parte del acuerdo; Estas facilidades van desde la eliminación de los trámites aduanales hasta la posible creación de zonas de libre comercio.

La Ronda de Uruguay obtuvo su nombre de las negociaciones que se llevaron a cabo en el marco del GATT, en donde México, al unirse al mismo, ha encontrado importantes beneficios al proteger su propiedad intelectual dándole un carácter comercial y convirtiéndola en un aliciente para la inversión extranjera.

¹²⁶ CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Por lo que se refiere a nuestro tema lo importante es que a nivel Internacional se reconoce que el Autor y los Productores de Fonogramas, cuentan con un derecho patrimonial de carácter privado, por lo que se acordó que se cumplieran los criterios establecidos en el Convenio de París de 1967, el Convenio de Berna de 1971 y la Convención de Roma. (Convenios que ya han sido tratados en el primer capítulo.)

En cuanto al T.L.C., (Tratado de Libre Comercio de Norte América ó NAFTA, North American Free Trade Agreement, como se le conoce en idioma inglés: al cual México ingresó en 1994.) En 1991 nuestro país buscando lograr estabilidad económica y mejores condiciones para la negociación internacional de sus productos, se adhiere en un tratado trilateral de carácter comercial a Canadá y Estados Unidos, con lo que se crearía la zona de libre comercio más grande del mundo.

En lo que se refiere a los fonogramas, se otorga protección contra la reproducción no autorizada de los mismos. Se reconocen derechos de renta sobre cualquier forma de explotación, con la previa condición de que no se la hubieran reservado los autores o sus causahabientes.

El Tratado de Libre Comercio de Norte América establece que cada una de las partes debe otorgar al productor de fonogramas el derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de los mismos. Es decir, la importación a territorio de las copias de un fonograma, excepto cuando exista disposición expresa entre el productor del fonograma y los autores del mismo.

Debemos recalcar, como parte fundamental, una de las diferencias que existen entre el "Copyright" de la Legislación de los Estados Unidos de Norteamérica y el Derecho de Autor tutelado por nuestra Legislación pues mientras el primero claramente establece, en lo que se refiere a nuestro tema, que el derecho de control sobre el copiado de las obras pertenece al productor de fonogramas, es decir otorga derechos de "propiedad intelectual", derivados únicamente del hecho de que es dueño de sus "discos fonográficos o fonogramas" (por lo que desempeña el papel de dueño de las obras), a diferencia del Derecho de Autor nuestro, que otorga un principal derecho personalísimo de control de sus obras al creador persona física.

Finalmente debemos recalcar lo importante que resulta para México el haber participado en la Ronda de Uruguay, al haberse incorporado al GATT. Tomándose las negociaciones planteadas en dicha Ronda en cuenta, como base para la elaboración del capítulo de Propiedad Intelectual del T.L.C., llamado " Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, incluido el Comercio de Mercancías Falsificadas."

III.3.- LA TUTELA PENAL DIRIGIDA A CASTIGAR LA EXPLOTACION INDEBIDA DE LOS FONOGRAMAS, Y ASI PROTEGER EL ACERVO CULTURAL DE LOS PUEBLOS DEL MUNDO.

El Derecho Penal es tan viejo como la humanidad, surge en nuestra sociedad como una forma de equilibrar ese espectro tan especial que conforman las relaciones humanas;

Se ha definido al Derecho Penal obviamente como: "El conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente (Cuello Calón) o como el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho y la pena como su legítima consecuencia (Liszt); o como el conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando al delito, como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica.(Mezger)"¹²⁷

Ahora, si consideramos al Derecho Penal de forma sociológica, debemos considerar: "el Derecho Penal -escribe Manzini-, esto es, como fenómeno social representa aquel conjunto de reglas de conducta sancionadas con el medio específico de la pena, que son producto de la necesidad propia del Estado, de dar a la población una disciplina coactiva y una eficaz tutela, así como de asegurar la observancia del mínimo absoluto de moralidad considerado como indispensable y suficiente para la segura y civil convivencia en un determinado momento histórico."¹²⁸

¹²⁷ CARRANCA y Trujillo, Raúl. Op. Cit. p. 16

¹²⁸ Ibidem p. 17

De esta forma, nos adherimos a lo que indica el Maestro Carrancá y Trujillo cuando afirma que el Derecho Penal es: "El conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación."¹²⁹

En unos países se emplea la denominación "Derecho Penal" y en otros "Derecho Criminal", según se tomen la pena o el delito como base de la definición. En México es usual la denominación primera.

Así, el delito a lo largo del tiempo, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético social y su especial estimación legislativa.

Entonces podemos afirmar que el fin del Derecho Penal es la protección de los intereses de la persona humana, o sea los bienes jurídicos. Sin embargo el Derecho Penal debe hacer una especial valoración de esos intereses pues sólo los que necesitan una verdadera protección dada su jerarquía pueden ser protegidos.

Fernando Castellanos nos indica: "Todos los intereses que el Derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social."¹³⁰

¹²⁹ CARRANCA y Trujillo, Raúl. Op. Cit. p.17.

¹³⁰ CASTELLANOS Tená, Fernando., Op cit. p.17

Siguiendo este orden de ideas la importancia que reviste la industria del fonograma es incuestionable, ya hemos hablado que es el Productor de Fonogramas quien otorga la oportunidad (-a través del seguimiento de una obra desde su concepción por parte del autor hasta la comercialización de la misma, lo que hace posible que la misma sea difundida hasta en los lugares mas recónditos-) de dejar una constancia de la cultura presente para el futuro, una constancia del momento histórico que se vive, de como se piensa y como se actúa, constancias que quedan fijadas en un fonograma y que son posibles gracias a un productor de los mismos.

Esta constancia es posible, en tanto el productor recupere la inversión que realiza en un principio, para después ver coronado su esfuerzo con las ganancias que pueda dejar el Autor-artista, pues no hay que perder de vista que se trata de un negocio con fines de lucro, en donde no hay una certeza de éxito, ni una ganancia asegurada. Viéndolo de esta forma, es injusto que personas ajenas al trabajo y al esfuerzo que representa lanzar un nuevo artista al mercado, se aprovechen de éste y defrauden a todas las personas que intervienen en el proceso de comercialización de un artista, que viven lícitamente de este negocio y sobre todo al fisco.

Entonces se esta afectando ya no sólo al patrimonio del productor de fonogramas, sino el de todas las personas que devienen de él, creándose un desequilibrio en nuestra sociedad, dicho desequilibrio puede afectar el apoyo futuro que da el productor de fonogramas a los nuevos autores-artistas y repercutir en la disminución de productos, que a la larga afectarán la constancia de la cultura que caracteriza nuestros tiempos.

Aquí es donde entra la función reguladora del Derecho Penal y su carácter tutelar pues nos encontramos en presencia de un daño, ya no sólo a nivel individual, sino también social; el delito que comete aquel que lucra indebidamente con obras que cuentan con un Derecho de Autor, sin el debido consentimiento del titular de ese derecho, requiere al Derecho Penal, la reparación de esa ofensa, de característica valoración y de especial jerarquía, ya que esta reparación no puede obtenerse por el mismo ofendido sin mengua del orden público.

No olvidemos que el Derecho Intelectual, (El Derecho de Autor) es un Derecho humano, y que la piratería es un delito que lesiona gravemente esa prerrogativa del ser humano.

Finalmente, hay que hacer conciencia, de que el desarrollo de la inteligencia humana da como resultado, entre otras cosas, la introducción de innovaciones a nivel científico y tecnológico; éstas, colocan al alcance de cualquier persona, medios que facilitan la fijación en los diversos tipos de materiales existentes, medios que utilizados indiscriminadamente, y sin el consentimiento del titular del Derecho de Autor, pueden crear un daño permanente e irreversible a la sociedad, ya que como lo indica el Lic. Efrén Huerta R.: "Finalmente el destino de una obra intelectual, es su conocimiento por la sociedad o comunidad. Una vez creada, la obra tiende naturalmente a su difusión en el ámbito social que es su motivador y destinatario."¹³¹ por lo que el Derecho Penal en su carácter tutelar debe estar a la par de estas innovaciones científicas y tecnológicas para no quedarse a la saga.

¹³¹ VI CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS INTELECTUALES, Op Cit. p.161

III.4.- ENFOQUE EN RELACION AL SUJETO PASIVO DEL DELITO.

Ya establecimos en la parte dogmática de este estudio sobre quien recae la acción en el delito que nos ocupa; básicamente y atendiendo al delito materia de estudio, el sujeto activo es cualquier persona física o moral que sin autorización del legítimo titular de los derechos sobre una obra, produzca, reproduzca, (fabrique) importe, venda, almacene, transporte, distribuya o arriende obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor a escala comercial y en forma dolosa.

Queda claro entonces que el sujeto pasivo en el delito de estudio es el productor de fonogramas, persona que es considerada, por el artículo 131 de la Ley Federal del Derecho de Autor como titular de un derecho patrimonial conexo al derecho del Autor, y con capacidad para autorizar o prohibir el uso de ese derecho, a su vez es la persona que ve afectado su patrimonio al dejar de percibir las ganancias, que en virtud de la competencia desleal, provocada por la venta ilícita de material fonográfico, no ingresan a su patrimonio; por otra parte la conducta delictiva tutelada por la fracción III del artículo 424 del Código Penal que se refiere específicamente en su título Vigésimo Sexto, a los Delitos en materia de Derechos de Autor justifica precisamente ese derecho discrecional, que protege al Productor de Fonogramas.

Queda claro que, el productor de fonogramas, no es un simple usuario de la obra musical; existe un verdadero valor agregado de naturaleza creativa e intelectual que permite en cierto tiempo y espacio a la obra misma difundirse y generar beneficios económicos para quienes intervienen en el fonograma.

El bien jurídico tutelado por ambos preceptos es el Derecho de Autor y establece en forma específica, la existencia de un derecho patrimonial favorable al productor de fonogramas conexo al derecho del Autor y su obra.

Fernando Castellanos establece una distinción entre sujeto pasivo y el sujeto ofendido:

“El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes.¹³²

En este sentido, para el delito materia de nuestro estudio, la figura del sujeto ofendido puede ser diferente de la del sujeto pasivo. Así, al realizarse este delito, tanto el Autor de la obra como el productor del fonograma, dejan de recibir regalías por la desviación de recursos; (Esto sin considerar el daño moral que se provoca en la misma esencia de su producción intelectual)la esfera jurídica, tutelada por el Derecho del Autor es afectada, dándose así la figura del sujeto pasivo.

Por otra parte también el Estado deja de recibir las aportaciones que cada copia vendida lícitamente, aporta como impuesto, quedando de ésta forma como una de las tantas partes que resienten el daño causado por la infracción penal.

Por esto la Ley da la posibilidad tanto al sujeto pasivo como a los ofendidos en el caso de que ambas calidades coincidan de perseguir el delito a través de la presentación de su querrela, según lo indicado por el artículo 429 del Código Penal que a la letra indica:

¹³² CASTELLANOS Tena, Op. Cit. p: 152.

“Art.429.- Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela de parte ofendida, salvo el caso previsto en el artículo 424, fracción I, que será perseguido de oficio. En el caso de que los derechos de autor hayan entrado al dominio público, la querrela la formulará la Secretaría de Educación Pública, considerándose como parte ofendida.”¹³³

Asimismo cabe hacer la aclaración que el artículo 215 de la Ley Federal del Derecho de Autor indica: “Corresponde conocer a los Tribunales de la Federación de los delitos relacionados con el derecho de autor previstos en el Título Vigésimo Sexto del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.” con lo que se reafirma el carácter Federal del delito que estamos estudiando.

¹³³ CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. Cit

III.5.- ESTUDIO CRITICO DE LA FRACCION III DEL ARTICULO 424 DEL CODIGO PENAL, Y SU RELACION CON EL ARTICULO 131 DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR Y CUALES HAN SIDO LOS CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN DESDE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS DE AUTOR DE 1956 REFORMADA EN 1963 HASTA EL AÑO DE 1997.

La fracción III del artículo 424, de reciente ingreso al Código Penal para el Distrito Federal. (24 de diciembre de 1996; reformado, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de mayo de 1997.), establece:

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

I. y II. ...

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, en forma dolosa, a escala comercial y sin autorización que en los términos de la citada Ley deba 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; y

IV. ...¹³⁴

¹³⁴ Idem.

Dicho artículo establece una pena y una multa, para quien incurra en las conductas mencionadas, sin embargo, el artículo establece, que dichas conductas sólo se volverán delito cuando se realicen con especiales características, que a saber son: Que las conductas se realicen con dolo, a escala comercial y sobre todo, y esto es muy importante para nuestro tema, que las conductas se realicen sin la debida autorización del titular de los derechos.

Hasta aquí es bastante entendible el artículo de la Ley, pero ¿quienes son los titulares de los derechos de una obra.?

Pues en principio, no puede haber obra, sin Autor éste es el titular originario de los derechos de una obra, pero existen los llamados derechos conexos que como el vocablo explica, otorgan derechos a otras personas relacionadas con el autor y su obra; así la Ley reconoce la labor, en este caso del Productor de Fonogramas como uno de los tantos titulares de derechos vecinos al Derecho de Autor, estableciendo todo un capítulo para la protección de su trabajo en la Ley Federal del Derecho de Autor, este es el Capítulo IV y nos habla específicamente: "De los Productores de Fonogramas," a partir del artículo 129 de la nueva Ley.

El artículo 131 de La Ley Federal del Derecho de Autor a la letra indica:

"Artículo 131.- Los productores de fonogramas tendrán el derecho de autorizar o prohibir:

I. La reproducción directa o indirecta, total o parcial de sus fonogramas, así como la explotación directa o indirecta de los mismos;

II. La importación de copias del fonograma hechas sin la autorización del productor;

III. La distribución pública del original y de cada ejemplar del fonograma mediante venta u otra manera incluyendo su distribución a través de señales o emisiones;

IV. La adaptación o transformación del fonograma, y

V. El arrendamiento comercial del original o de una copia del fonograma, aún después de la venta del mismo, siempre y cuando no se lo hubieren reservado los autores o los titulares de los derechos patrimoniales.¹³⁵

Lo más importante de este artículo es que en él, se reconoce que el Productor de Fonogramas es un titular de derechos protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor; por lo que es básico para el propósito de este estudio la cita de ambos artículos tanto el ubicado en la Legislación autoral como el establecido en el Código Penal y sobre todo su correlación.

Siendo la conducta delictiva que nos ocupa, denominada genéricamente "piratería" un ilícito nuevo, ya que surge al mejorarse los sistemas de fijación sobre variados soportes que hacen más fácil el acceso a la población de material apócrifo en general. (podría decirse que es un delito apoyado en las facilidades tecnológicas) Es apenas reconocido por nuestra legislación en el año de 1991. Se aprecia, que tanto su regulación, como su sanción es aplicada a través de la misma Ley, la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956, reformada en 1963, lo que convierte a este delito, en uno de los llamados delitos especiales. Dicha característica obedece, al hecho de que este ilícito no se encuentra regulado ni sancionado dentro del Código Penal.

¹³⁵ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR DE 1996, Op. Cit.

Es hasta la última modificación al Código Penal para el Distrito Federal, que la conducta delictiva reconocida como "piratería" es regulada dentro del citado Código como tal y respaldada a través de conceptos vertidos en todo un capítulo de la nueva Ley Federal del Derecho de Autor del 24 de Diciembre de 1996.

Los principales y únicos antecedentes, del delito materia de estudio son los contemplados en los artículos 87, bis. y 142, bis de la anterior Ley Federal de Derechos de Autor de 1956, reformada en 1963,(ambos artículos, vistos en el capítulo I, por lo que debemos contemplarlos, para dar un sentido completo a esta tesis.)

En lo que respecta a la Legislación Internacional debemos considerar, las dos convenciones que en materia de fonogramas se han dado y que fueron fundamentales para la creación de las normas jurídicas contempladas en nuestra Ley en materia autoral, (ambas convenciones estudiadas en el capítulo I de esta tesis) dichas convenciones son:

A) La Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, Roma 1961.¹³⁶ y,

B) El Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, Ginebra 1971.¹³⁷

¹³⁶ Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, ROMA 1961. Edit. Porrúa, S.A. México 1995 p. 90

¹³⁷ Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción No Autorizada de sus Fonogramas, GINEBRA 1971. Op.Cit. p. 89

CAPITULO IV

LA PARTICIPACION.

IV. 1.- FACTORES QUE INDUCEN A LA COMISION DEL DELITO.

IV.2.- LA PARTICIPACION.

IV.3.- LA TENTATIVA EN EL DELITO QUE COMETE QUIEN PRODUZCA, REPRODUZCA, IMPORTE, ALMACENE, TRANSPORTE, DISTRIBUYA, VENDA O ARRIENDE FONOGRAMAS CON FINES DE LUCRO SIN LA DEBIDA AUTORIZACION DEL TITULAR DEL DERECHO.

IV.3.1.- Tentativa acabada en el delito de estudio.

IV.3.2.- Tentativa inacabada en el delito de estudio.

CAPITULO IV.

LA PARTICIPACION.

IV. 1.- FACTORES QUE INDUCEN A LA COMISION DEL DELITO.

Durante una plática que se realizó con el Licenciado, Efrén Huerta, Director de la AMPROFON (Asociación Mexicana de Productores de Fonogramas y Videogramas) se hizo la observación, de que, una de las cosas que más daño hace a la industria disquera (Productores de fonogramas) es la venta de material fonográfico, ilícitamente reproducido; material, que es vendido en las calles, de una forma por demás accesible, y en puntos donde se hace más fácil su venta por el gran número de personas que circulan en éstos; no sin antes aclarar, que estos puntos no son siempre los especificados por las autoridades como lugares para realizar comercio.

Así, tenemos puntos de gran circulación de masas, como por ejemplo las estaciones del metro en la capital de la República Mexicana, donde el mercado de venta, a nivel unitario es muy grande y otros a los que, por su reconocida actividad comercial los comerciantes recurren porque saben de antemano que conseguirán gran cantidad de material apócrifo a precios por demás accesibles, como el mercado de Tepito y el mercado de la Lagunilla.

La situación económica que vive el país actualmente, obliga a las familias a buscar la satisfacción de sus necesidades primarias, lo que los lleva a aceptar, casi cualquier situación que represente una remuneración económica, esto, es aprovechado por algunos vivales, que ven en esta necesidad una forma de

enriquecimiento y no dudan en dar supuestas facilidades a esas personas para vender, transportar y almacenar, producto ilícito.

Entonces habría que diferenciar entre estas dos situaciones, pues mientras unos cometen el ilícito por ignorancia, los más por necesidad, existen otros, que proporcionan el material ilícitamente reproducido creando con esto toda una industria ilegal. Estos, dada la complejidad que implica el desarrollo de este ilícito, es difícil que resulten ser ignorantes del delito que están cometiendo por lo que deben ser castigados con todo el rigor de la Ley, pues como indica el Lic. Guillermo Bracamonte Ortiz: "El pirata debe saber que será castigado en la misma proporción del daño que ha causado."¹³⁸

Por otra parte en la Ciudad de México se fabrica casi la totalidad del material apócrifo que se vende en la República Mexicana, lo que hace que un gran número de personas se trasladen hasta aquí, obtengan material ilegal a precios irrisorios y obtengan ganancias de hasta un 500%, sobre el precio al que obtienen este material, distribuyéndolo y vendiéndolo fuera de la capital.

Lo que hace realmente atractivo, para las personas que cometen este delito, es decir los que conocen las consecuencias de sus actos, es su baja punibilidad, ya que, aún con las nuevas reformas resulta muy fácil, para quienes se dedican a este negocio preparar las condiciones para cumplir con la multa que se les impone. Además, por la "poca peligrosidad" que representan para la sociedad, quienes recaen en las conductas ilícitas señaladas, hacen que, en una forma por demás fácil, obtengan su libertad mediante el pago de una fianza.

¹³⁸ VI Congreso Internacional Sobre la Protección de los Derechos Intelectuales., Op.Cit. p. 363.

Es aquí donde los Magistrados competentes deben tener conciencia de que la piratería es un crimen que causa un gran daño a la sociedad y que son muchos los agraviados moral y económicamente por la comisión de este delito de "lesa cultura".

México como lo hemos establecido anteriormente es un país musical, casi se podría decir que la música popular representa para los mexicanos, un producto de primera necesidad, prueba de esto son tanto el transporte público, como los llamados mercados sobre ruedas, donde el volumen auditivo que se maneja en los puestos que se dedican a vender música grabada, hace de éstos, y del mencionado transporte, auténticas fiestas populares. Lo que prueba, que al consumidor, lo que menos le importa, es cual es la compañía a la que pertenece su artista favorito, mucho menos quien es su productor o cual fue el presupuesto que otorgó esa compañía para el desarrollo de tal o cual proyecto; la gente pasa por un lugar escucha una melodía que le agrada y simplemente compra el producto, sin importarle (más bien por desconocimiento) si éste es legal o no. Otro atractivo más, resulta, si puede conseguir a su artista favorito, hasta en un 80 % menos, que su precio en un centro comercial o en una tienda de discos.

Por eso, resulta importante que se refuercen las campañas de información al público, en donde éste pueda conocer, de todo el esfuerzo que se requiere para lanzar un nuevo producto. Desde la búsqueda de talento, hasta la compleja red de distribución que hace falta para poner a disposición del público las melodías de su preferencia; y por que no, que se refuerce la idea de calidad, ya que el material apócrifo resulta siempre de menor calidad auditiva, que el material original.

Es importante que el público sepa cuanta gente vive de esta industria, honesta y legalmente constituida; que sepan que esta industria reporta beneficios al país, al crear empleos y generar impuestos, amén de que se crea una constancia del patrimonio cultural pasado y presente de nuestro país.

Para completar el estudio del delito que conforma el tema de esta tesis y como ya hemos visto, en la configuración de éste, pueden intervenir varias personas, en diversos roles, por lo que resulta necesario hacer mención de lo que es la "participación", y también de como se dan las formas de "tentativa" en este delito materia de nuestro estudio.

IV.2.- LA PARTICIPACION.

La participación: "consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad"¹³⁹

En vista de esta definición, resulta importante determinar si el tipo exige, para la complementación del delito, que la conducta sea ejecutada por uno o varios individuos siendo esta una condición esencial para determinar si el delito es de carácter unisubjetivo o plurisubjetivo. (De acuerdo al número de personas que en él participen.)

¹³⁹ CASTELLANOS, Fernando. Op.Cit. p 293.

De esta manera, aunque participen varios individuos en la comisión de la conducta delictiva, si el tipo en su descripción no precisa como necesaria la concurrencia de dos o más personas para su consumación, el delito sigue siendo, monosubjetivo o unisubjetivo, se habla entonces solamente de una “participación o concurso eventual” de personas. A su vez los tipos plurisubjetivos no pueden colmarse únicamente de la conducta de un solo hombre, sino necesariamente de la de dos o más.

La participación precisa, de varios sujetos que encaminan su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como consecuencia de su intervención. De esta forma se advierte que aunque sean varios los realizadores de la conducta delictiva, no siempre lo serán en el mismo grado, ya que éste dependerá del grado de actividad o inactividad que presente cada individuo.

Así podemos encontrar varios tipos de participación en la ejecución de un delito: Carrara distinguió entre autores principales y accesorios: “autor principal es solo el que concibe, prepara o ejecuta el acto físico en que consiste la consumación del delito; y cuantos más le dan vida en todos aquellos grados tantos más serán los autores principales; todos los demás son delincuentes accesorios.”¹⁴⁰

Diversos grados de responsabilidad por un mismo delito pueden ofrecerse. El primero es el de autor: la persona que sola o conjuntamente con otra u otras lo ejecuta todo y de propia mano, o bien que determina a otro, imputable y culpable o no, para que aquella lo ejecute. Si son varios sujetos los que han ejecutado entre todos un hecho lesivo y son todos plenamente responsables, entonces son coautores.

¹⁴⁰ CARRARA. Cit. por CARRANCA Y Trujillo, Op. Cit. p.673.

Carrancá y Trujillo afirma: "El autor o ejecutor material puede ser uno y el intelectual o moral otro; en este caso los morales son también coautores. Se da entonces una especie de participación en la que cabe diferenciar la provocación o inducción directa (autoria intelectual por provocación o inducción) de la ejecución (autoria material)."¹⁴¹

Si al delincuente principal lo ayudan otros estando éstos de acuerdo con el hecho, éstos serán cómplices y deberán éstos tener un carácter de responsables y no de inductores, pues en este caso serían coautor o coautores.

De esta forma, en lo que se refiere al cómplice se explica: "Su cooperación ha de ser tal que sin ella el hecho no se habría cometido (cómplice primario) o ha de contribuir de cualquier modo a la consumación del hecho (cómplice secundario)."¹⁴²

Así nuestro Código Penal en su artículo 13 reconoce a los partícipes en lo que sería su autoría y participación en los delitos, tipificándolos de la siguiente manera:

"ART. 13.- Son autores o partícipes del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;
- II.- Los que lo realicen por si;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Idem.

VII.-Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una de una promesa anterior al delito;

VIII.-Los que con acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este código.¹⁴³

El o los cómplices se harán acreedores de una pena, de hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva, esto queda indicado, en el artículo 64, bis del Código Penal que indica:

“ART. 64 bis.- En los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.”¹⁴⁴

De manera general debemos aceptar que entre los participantes de un delito se distinguen las figuras de autor, autores, coautor, cómplice o cómplices, respectivamente, de tal suerte que en el delito materia de nuestro estudio se pueden dar todas estas figuras.

¹⁴³ CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Op. Cit.

¹⁴⁴ Idem.

El delito en el que incurre quien produzca, reproduzca, importe, distribuya, almacene, transporte, venda o arriende fonogramas, en forma dolosa, con fines de lucro y sin la debida autorización del titular del derecho es un delito de carácter unisubjetivo pues en la explicación del tipo no se exige de un número determinado de personas para su realización, así pues el artículo 424 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal en su fracción III que es la que nos interesa en este estudio, a la letra dice:

“Artículo 424.- Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa:

I. y II. ...

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, en forma dolosa, a escala comercial y sin autorización que en los términos de la citada Ley deba 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; y

IV. ...”¹⁴⁵

De esta forma, no se especifica en ningún momento la cantidad de personas que se requerirían para la configuración obligatoria del tipo, teniéndose por entendido que para efectuar cualquiera de las conductas delictivas descritas, basta con la intención de una o de varias personas en el mismo sentido; siendo dable entonces,

¹⁴⁵ Idem.

la participación o concurso eventual de personas en la comisión de este ilícito penal; exigiéndose únicamente como característica especial en cada una de estas conductas, que se den en forma dolosa, a escala comercial y sobre todo, sin autorización del titular de los derechos de autor.

Haciendo referencia al delito que nos ocupa, si diversos individuos intervienen tanto planeando como ejecutando una o varias de las conductas delictivas de las encuadradas dentro de la fracción III del artículo 424 del Código Penal, y toca a cada uno distinta actividad dentro del mismo propósito concebido, sus conductas convergentes a la producción del resultado que es el aprovechamiento ilícito de las obras protegidas por el Derecho del Autor, configuran el concurso eventual o participación.

Para dejar claro lo que sería un delito de carácter plurisubjetivo revisémos el delito denominado Conspiración, regulado por el artículo 141 de nuestro Código Penal, que a la letra dice:

“Art. 141.- Se impondrá multa de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos a quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios delitos del presente título y acuerden los medios para llevar a cabo su determinación.”¹⁴⁶

En donde el término “quienes resuelvan” implica la participación necesaria, (para la complementación del tipo) en la conducta delictiva de dos o más hombres, por lo que en este caso se integra el concurso necesario

¹⁴⁶ Idem.

De acuerdo con las formas de participación, contempladas por el artículo 13 de nuestro Código Penal debemos afirmar que dentro de las conductas delictivas observadas en la fracción III del artículo 424 del citado Código se pueden presentar todas las figuras de que se describen en los VIII puntos del artículo 13, que son: El autor o los coautores tanto de la forma intelectual como de la material, y el o los cómplices, figuras reconocidas de forma general dentro de nuestro Derecho Penal así como el encubrimiento de una forma especial.

Mención especial como forma de participación merece la figura legal del "Encubrimiento". (Art. 13, fracción VII del Código Penal) Pues se ha visto en la práctica que durante los operativos que se realizan para encontrar responsables del delito que nos ocupa, casi no se realizan detenciones de personas que se encuentran en el lugar de los hechos; aquí opera el criterio, de que no puede ser considerado el encubrimiento como una forma de participación, salvo en el caso excepcional de que la acción posterior al delito (el encubrimiento) haya sido acordada previamente (cosa bastante difícil de probar en el momento de un operativo, sobre todo por lo que toca a este delito.) de lo contrario el sujeto deberá ser sancionado en los términos del art. 400 del Código Penal, es decir será manejado el encubrimiento como un delito autónomo.

"ART. 400.- Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa al que:

I.-Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquel a sabiendas de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad.

II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de ésta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;

III.-oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

IV.-Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y

V.- No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor y IV, cuando se trate de:

- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y
- c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

El Juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y las demás que señala el artículo 52, podrá imponer en los casos de encubrimiento a que se refieren las fracciones I, párrafo primero y II a IV de este artículo, en lugar de las sanciones señaladas, hasta las dos

terceras partes de las que correspondería al autor del delito; debiendo hacer constar en la sentencia las razones en que se funda para aplicar la sanción que autoriza este párrafo."¹⁴⁷

Resulta importante determinar para el tema de esta tesis, el alcance que tiene este artículo que se refiere a el encubrimiento, sobre todo, en lo que se menciona en la fracción I, particularmente en lo que se refiere a lo establecido en el segundo párrafo. En la práctica es muy común observar que muchas de las personas que se ven involucradas en este delito, no tienen muy en claro que se trata de un negocio ilícito, ni que las mercancías que manejan, no son legítimas, lo que constituye un motivo de inculpabilidad para el delito que nos ocupa, por tal motivo, si no se puede probar que esta falta de diligencia o esfuerzo por conocer el verdadero origen y licitud de las mercancías que dichos individuos venden, recae en una falta de voluntad de éstos, se constituye un motivo de inculpabilidad para el delito que nos ocupa, lo que no es obstáculo para que el individuo sea juzgado por recaer en una conducta de encubrimiento.

¹⁴⁷ CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Op. Cit.

IV.3.- LA TENTATIVA EN EL DELITO QUE COMETE QUIEN PRODUZCA, REPRODUZCA, IMPORTE, VENDA, ALMACENE, TRANSPORTE, DISTRIBUYA O ARRIENDE OBRAS PROTEGIDAS CON FINES DE LUCRO SIN LA DEBIDA AUTORIZACION DEL TITULAR DEL DERECHO.

Cuando concurren todos los elementos que conforman el tipo se dice que el delito está consumado y corresponderá entonces la aplicación de la pena o las penas previstas en el Código Penal para cada tipo de la parte especial.

La consumación de un delito presupone una sucesión de etapas, (este proceso se le llama *iter criminis*, es decir, camino del crimen.) que van desde que el sujeto decide hacer el delito, hasta que lo concreta.

Por tanto se debe aceptar que cualquier conducta ilícita tiene su máxima punibilidad al consumarse completamente el tipo. Es entonces entendible que se debe sancionar a la tentativa en forma menos enérgica.

Jiménez de Asúa define a la tentativa como: "la ejecución incompleta de un delito"¹⁴⁸ a su vez el maestro Fernando Castellanos la define como: " Los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto."¹⁴⁹

"Castigar la tentativa supone una extensión de la punibilidad, lo que sólo será posible si concurren los requisitos que establece el artículo 12 del Código

¹⁴⁸ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. p.471.

¹⁴⁹ CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. p.287.

Penal. Por consiguiente, las prescripciones relativas a la tentativa son dependientes de su relación con un tipo penal concreto.¹⁵⁰

No todas las acciones son punibles. Hay acciones que no causan lesiones socialmente intolerables, como las que preparan el hecho, estas acciones preparatorias son en principio impunes porque es insuficiente su contenido delictual.

El delito será tentativo cuando el autor dolosamente haya dado comienzo a la ejecución pero éste no se consuma por circunstancias ajenas a su voluntad; así lo consigna el artículo 12 del Código Penal que dice:

“ART. 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél se consuma (sic) por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomara en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos delitos.¹⁵¹

¹⁵⁰ BASIGALUPO, Enrique. “REFLEXIONES SOBRE LA TENTATIVA EN EL CODIGO PENAL MEXICANO.” Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. 1976, p. 12

¹⁵¹ CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Op. Cit. P.4

Así indica Basigalupo: "la tentativa tiene pena más benigna, en razón de que se supone, que la fuerza delictual de la voluntad es menor."¹⁵² Por lo que nuestro Código Penal establece una especial punibilidad para estos casos, en su artículo 63.

"ART. 63.- Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuere determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la Ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado."¹⁵³

Raúl Carrancá y Trujillo indica: "La tentativa requiere la ejecución de actos idóneos e inequívocos. Existe por la ejecución incompleta de un delito, o sea en tanto que la ejecución no se ha realizado por completo (Romagnosi). Esto puede ocurrir bien porque el agente suspenda los actos de ejecución que consumarían el delito (delito intentado o tentativa inacabada), o bien porque el agente realice todos esos actos de ejecución que han de producir el resultado, no ocurriendo éste por causa externa, imprevista o fortuita (delito frustrado o tentativa acabada)."¹⁵⁴

¹⁵² BASIGALUPO, Enrique. Op. Cit. p.13

¹⁵³ CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Op. Cit.

¹⁵⁴ CARRANCA Y Trujillo, Raúl. Op. Cit. p.663.

Hay que hacer la aclaración de que los delitos culposos no pueden quedar en grado de tentativa, por requerir ésta de la realización de actos voluntarios encaminados al delito; es decir, los delitos culposos comienzan a vivir con su ejecución misma.

IV.3.1.-TENTATIVA ACABADA EN EL DELITO DE ESTUDIO.

La tentativa de delito culposo no es punible. El artículo 12 del Código Penal establece que la tentativa es punible cuando se ejecutan los hechos encaminados directa o indirectamente a la realización del delito

Así hay tentativa acabada cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito u ejecuta todos los actos tendientes para que este se realice, pero el resultado no se consuma por causas ajenas a su voluntad.

Romagnosi (creador de la figura del delito frustrado) explica: "la tentativa acabada requiere la ejecución de actos idóneos e inequívocos para cometer un delito no ocurriendo éste por causa externa, imprevista o fortuita ajena al individuo."¹⁵⁵

Según el artículo 12 del Código Penal, para que la tentativa sea sancionable precisa que la resolución de delinquir se exteriorice ejecutando la conducta que debería producir el resultado delictivo u omitiendo la adecuada para evitarlo, si no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Por lo tanto si el delito no se consuma por causas dependientes de la voluntad, habrá impunidad.

En la tentativa acabada o delito frustrado no es posible el desistimiento y tan solo podrá hablarse de arrepentimiento activo o eficaz.

¹⁵⁵ ROMAGNOSI, Cit. por CARRANCA Y Trujillo, Op. Cit. p.664.

IV.3.2.-TENTATIVA INACABADA EN EL DELITO DE ESTUDIO.

Se habla de tentativa inacabada, cuando el agente realiza todos los actos tendientes a la realización del delito, es decir a la producción de un resultado, pero por alguna causa el sujeto activo omite algún acto o varios de estos y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución.

Romagnosi establece una clara distinción entre el delito frustrado (tentativa acabada) y la tentativa inacabada, otorgándole una suprema importancia a los actos tendientes a la conclusión del delito. Estos, indica, en la tentativa inacabada son incompletos es decir, faltan de realizarse varios actos o un último acto para que el delito se consuma, en el delito frustrado,(tentativa acabada) el sujeto activo realiza todos los actos, que de él dependían y que podían darle esperanzas de alcanzar el resultado, sin embargo el resultado delictivo no se produce por causas externas imprevistas o fortuitas.

Indica Romagnosi: "El delito que llamamos frustrado se ha consumado subjetivamente, esto es, se ha consumado en relación con el hombre que lo realiza, pero no objetivamente, es decir, con relación al objeto contra el cual se hallaba dirigido y a la persona que por el mismo hubiera sido dañada: en la simple tentativa no"¹⁵⁶

Por consiguiente al autor de un delito frustrado pueden serle imputados como autor verdadero todos aquellos actos que en la tentativa simple fueron comenzados. A su vez, si el sujeto suspende voluntariamente la ejecución de uno de los actos, hay imposibilidad de punición.

¹⁵⁶ Idem

Sobre la penalidad que debe corresponder al responsable de la tentativa inacabada, la opinión dominante acepta que debe ser menor que la fijada al de tentativa acabada; y una y otra menores también que la correspondiente por el delito consumado, pues no sólo se ha de tomar en cuenta la temibilidad acreditada por el sujeto, sino también el daño objetivo causado.

Por cuanto se refiere a nuestro delito materia de estudio hay que concluir en cuanto a la tentativa:

Ya hemos establecido que la serie de conductas delictivas consignadas en la fracción III del artículo 424 del Código Penal no pueden darse en la forma omisiva y que para que estas conductas se den, deben seguir el proceso determinado como "iter criminis", es decir requieren de actos voluntariamente encaminados a la producción del resultado delictivo, por lo que son susceptibles de darse en forma de tentativa, ya sea de la especie tentativa acabada o delito intentado o delito frustrado y de la tentativa inacabada.

Al ser un delito que implica una mínima temibilidad por parte de los sujetos que lo cometen, al responsable de cometer alguna de las conductas delictivas que nos ocupan en grado de tentativa se le aplicaran hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.

En los casos en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuere determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior. Caso muy común dentro de las conductas delictivas que nos ocupan.

• **V.- CONCLUSIONES.**

CONCLUSIONES.

1.- Es indudable que nuestro país se encuentra en una etapa de recuperación económica por lo que el fortalecimiento y protección de cualquier clase de industria es por demás vital para el futuro económico de nuestra Nación.

2.- La industria del fonograma en México se encuentra en una etapa de desarrollo y promete ubicarse como una de las más importantes en el mundo; además México se encuentra en una posición geográfica privilegiada, que lo determina como uno de los países más importantes en lo que a esta industria se refiere; esto aunado a que dado al número de habitantes con que nuestro país cuenta, hace de la industria fonográfica una de las más prósperas y efectivas en cuanto a inversión se refiere.

3.- El Derecho de Autor es el conjunto de normas que protegen, a los autores y a las obras intelectuales y artísticas que ellos crean. Estas normas que se encuentran plasmadas en la Ley Federal del Derecho de Autor y en diversos Tratados Internacionales, constituyen precisamente el universo de los Derechos del Autor.

4.- El Derecho de Autor como ya establecimos; es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en de la Ley Federal del Derecho de Autor; dicha Ley otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos el derecho patrimonial.

Los derechos patrimoniales, son susceptibles de ser explotados en la forma en que mejor convenga al autor de las obras, éstos, pueden ser transferidos, u otorgados en licencias de uso exclusivas o no exclusivas.

5.- Como ya establecimos el Productor de Fonogramas es un titular de Derechos de Autor; quizá no un titular originario, pero sí forma parte de los llamados "Derechos Conexos" al Derecho del Autor. La relación que existe entre el Autor y el Productor de Fonogramas forma parte de la explotación de los derechos patrimoniales del primero, y tendrá que ser, esta explotación dentro de los límites que establece la Ley Federal del Derecho de Autor, sin menoscabo de la titularidad de los derechos morales, que se consideran unidos perpetuamente al autor.

6.- Los Derechos del Productor de Fonogramas, están reconocidos en todo un capítulo de la nueva Ley Federal del Derecho de Autor de 1996, el Capítulo IV que se denomina: "De los Productores de Fonogramas"; queda claro entonces, que la función del Productor de Fonogramas no se limita a la mera producción física de los fonogramas, éste, realiza funciones que apoyan la labor creativa del autor, funciones por demás vitales para que se realice la obra de los autores - artistas y de su labor hacia la cultura de nuestro país.

Importante es recordar, que el reconocimiento de los derechos del Productor de Fonogramas, se da a nivel mundial, prueba de esto son los múltiples Tratados Internacionales que nuestro gobierno ha ratificado, haciendo de las normas convenidas en éstos, parte fundamental de nuestra Legislación.

7.- El terreno de la Legislación en materia de Derechos de Autor, no ha sido tan basto como el de otras áreas del Derecho. En cuanto a nuestro estudio, este, es un problema que se agudiza al quedarse rezagado el derecho regulador, ante los avances de la tecnología. Las conductas delictivas estudiadas en esta tesis son relativamente nuevas como tales, prueba de esto es que para nuestra Legislación fueron reconocidas hasta 1991. En 1996, estas conductas delictivas, fueron

modificadas en cuanto a su carácter de delito especial, pues fueron integradas al Código Penal, convirtiendo a éste en un delito del tipo común, claro está, sin perder su carácter de delito Federal y en lo que se refiere a la punibilidad, ésta fue actualizada conforme a las disposiciones convenidas en los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país y de acuerdo con la nueva Ley del Derecho de Autor de 1996.

8.- El delito que comete quien produzca, reproduzca, 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 autorización del titular de los derechos, (conductas delictivas contempladas en la fracción III del artículo 424 del Código Penal) conforma, lo que en un criterio universal, se conoce como: **"La piratería fonográfica"**; de acuerdo a lo señalado por la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).

Este delito afecta directamente a la Federación, en una parte porque el Estado deja de percibir los impuestos que en cada copia vendida legalmente debía entregar el contribuyente (Productor de Fonogramas.) al mismo; y por la otra, afecta el óptimo desarrollo de la cultura de nuestra Nación.

9.- Desgraciadamente, este delito que afecta a tanta gente que vive de una industria honesta, hablamos de: autores, artistas, intérpretes, ejecutantes, diseñadores, promotores, vendedores, etc: afecta ya el 50% de las ganancias lícitas que debiera obtener esta industria, según datos aportados por la **AMPROFON**, (Asociación Mexicana de Productores de Fonogramas). Así también, la piratería que se desarrolla a nivel nacional, ocupa el sexto lugar a nivel mundial, dato que resulta preocupante para el desarrollo económico que nuestro país pretende. Por otra parte la

IFPI, (Federación Internacional de la Industria Fonográfica) indica que uno de cada cuatro cassettes pregrabados vendidos en el mundo es pirata, cantidad que resulta alarmante.

10.- Para el que suscribe esta tesis la lucha no está perdida, los esfuerzos que se están haciendo para combatir este delito son buenos. México se ha reconocido siempre por tener una legislación de avanzada en comparación con otros países, sin embargo el eterno problema es que ésta, no se cumple como debiera. Así, me uno al criterio emitido por la **AMPROFON** en el sentido de que la Ley, en cuanto a su aspecto dogmático es magnífica, ya que garantiza a las empresas que se dedican a este negocio, sus capacidades para seguir produciendo, sin embargo donde se pudiera fallar, como ya se apuntó, es en el aspecto pragmático de la misma.

11.- Las acciones Anti-piratería, tienen un alto costo, y éste no debe ser visto como un gasto, sino como una inversión.

Sí bien es cierto, que el comercio informal, en relación a la venta de material fonográfico pirata es el que mas daño le hace a la industria del Fonograma, y por tanto a todos los que se deberían ver beneficiados, también es cierto que no es ahí donde se debe librar la batalla; la **AMPROFON**, cuenta con un organismo para ayudar a las Instituciones del Estado a combatir este ilícito, que es la **APDIF** (Asociación Protectora de los Derechos Intelectuales Fonográficos) y se ha llegado a la conclusión de que por más operativos que se hagan para decomisar y destruir producto ilícito, esta no es la solución, pues cada vez son más las fábricas clandestinas, que se dedican a reproducir este tipo de material y por lo tanto cada vez son más las personas que se dedican a cometer este delito.

Se debe entender que el comerciante informal es el último eslabón en la cadena del pirataje y hay que estar conscientes de que existen muchos eslabones más y de mayor jerarquía dentro de este delito. De esta manera sólo se podrá combatir el delito, siguiendo la cadena hasta llegar a su principal cabeza o cabezas; ésta o éstas, en la mayoría de los casos, resulta ser de pillos que trabajan con verdaderas mafias, conscientes del delito y del daño que están produciendo.

Este o estas cabezas de mafias trabajan silenciosa y clandestinamente, destruyen todo el sistema de circulación de bienes culturales, desalentando y ocasionando un empobrecimiento de nuestros creadores intelectuales y de quienes tienen tanto la noble como difícil tarea de difundir la cultura en todo el orbe.

12.- Hay que aclarar que aunque la pena indicada en el artículo 424 del Código Penal no parezca convincente, ésta, en la mayoría de los casos resulta agravada, por el concurso de delitos, pues se ha comprobado que quien recae en esta conducta ilícita no sólo comete el delito de "piratería fonográfica" o "piratería de bienes intelectuales", sino que también comete otros delitos que entran en la esfera de otras Secretarías de Estado como sería: la evasión de impuestos, así como el contrabando en el caso de La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, o el uso indebido de marcas debidamente registradas, lo que sería competencia de la Secretaría de Comercio amén de cometer otras conductas delictivas descritas en el mismo Código Penal.

Por otra parte, si bien es cierto, que el delito en su mayoría de las veces alcanza fianza por la mínima peligrosidad que supone el sujeto que lo comete, habría que demostrarle a los jueces que este delito de "Lesas Cultura" afecta una parte muy importante en lo que se refiere al presente y futuro de nuestro país; esto es, el delito

de piratería afecta el desarrollo óptimo de la cultura de nuestro pueblo, lo que considerando la situación que nuestro país atraviesa actualmente, más que una ofensa debe ser considerado un delito grave por Ley, que es cometido por criminales, "peligrosos", que causan un gran daño a la sociedad

13.- Por las características, que presenta este delito, se sugiere que sea contemplado dentro de la nueva Ley Federal contra la Delincuencia Organizada¹⁵⁷ (7 de noviembre de 1996), por las razones que a continuación se enuncian:

Esta Ley en su artículo 2º establece, que cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar, en forma permanente y reiterada conductas que por sí o unidas a otras, tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos que se enuncian, en las fracciones: I, II, III, IV y V de el mismo artículo 2º serán sancionadas como miembros de la delincuencia organizada.

Características que se encuentran en nuestro delito de estudio, pero al no estar éste, tipificado, junto a las conductas delictivas que se encuadran en el artículo 2º de la Ley Contra la Delincuencia Organizada; no puede, por este solo hecho, ser tutelado por el citado ordenamiento.

Los delitos tipificados en esta Ley Contra la Delincuencia Organizada, son en su mayoría delitos, en materia del Fuero Federal y aún los que no lo son pueden ser llevados hacia esta materia por el recurso de atracción. Como ya lo establecimos el delito materia de esta tesis es un delito Federal.

¹⁵⁷ LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. Edit. Porrúa S.A. México 1996.

De esta manera el terrorismo, los delitos contra la salud, la falsificación o alteración de moneda, las operaciones con recursos de procedencia ilícita, el acopio y tráfico de armas, el tráfico de indocumentados, el tráfico de órganos; así como el asalto, el secuestro, el tráfico de menores y el robo de vehículos son considerados actualmente como delitos graves, (aunque nuestra Legislación sólo se ocupa de "delitos en general.") y tienen éstos, en común, que en ellos participan, en la mayoría de los casos, toda una red muy bien estructurada de criminales: pues lo mismo sucede en el delito de piratería, que bien - de acuerdo con las investigaciones realizadas - también es realizado por verdaderas mafias que están cometiendo un delito de "Lesión Cultural", que no sólo afecta el lado financiero de una industria, aspecto que repercute en el fisco, sino que acaba con la cultura de un pueblo. lo que debía ser considerado por los magistrados competentes como un delito grave por Ley..

Se reconoce en esta Ley que, en la delincuencia organizada participan individuos con marcadas diferencias jerárquicas y se establece una clara diferencia entre los que realizan funciones de administración, dirección o supervisión y los demás o sea, quienes no realizan las funciones anteriores, otorgándoles penas mayores a los primeros.

Una de las ventajas en aplicar la Ley Contra la Delincuencia Organizada radica en que precisamente esta condición, -la de ser participe de la delincuencia organizada- resulta en una agravante; pues como lo indica la Ley en su artículo 4º las penas indicadas por esta Ley serán aplicadas sin perjuicio de la pena o las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan.

Por otra parte la Ley en su art. 8º indica que la Procuraduría General de la República deberá contar con una unidad especializada en la investigación y persecución de los delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada; lo que particulariza el delito, ésto claro capacitando y adiestrando al personal que participa en la citada unidad, con valores éticos de deber y justicia, lo que facilitaría en gran medida la persecución de este delito.

Actualmente la Procuraduría General de la República persigue a la "Piratería Intelectual" a través de una fiscalía especializada en delitos especiales y llevando a cabo operativos por un de un Ministerio Público Federal, sin embargo, aún no existe conciencia de la magnitud del delito de piratería, ni la conciencia del daño que provoca en nuestra sociedad, esto se refleja cuando en la Ley se considera que este delito sólo se perseguirá a petición del ofendido, y no de oficio, siendo que cada vez que se comete un delito de piratería intelectual, se está afectando a todo el pueblo de México.

Finalmente ayudaría por parte de la industria fonográfica apoyar eficazmente las siguientes propuestas:

a) Publicidad.- Resulta importante que se refuercen las campañas de información al público, en donde éste pueda conocer, de todo el esfuerzo que se requiere para lanzar un nuevo producto; desde la búsqueda de talento, hasta la compleja red de distribución que hace falta para poner a disposición del público las melodias de su preferencia; ¿ y por qué no ?, que se refuerce la idea de calidad, ya que el material apócrifo resulta siempre de menor calidad auditiva, que el material original.

Es importante que el público sepa cuanta gente vive de esta industria, honesta y legalmente constituida; que sepan que esta industria reporta beneficios al país, al crear empleos y generar impuestos, además crea una constancia del patrimonio cultural pasado y presente en nuestro país.

b) Que se apoye la iniciativa de Ley para tener control sobre el material fonográfico virgen que se produce, así como para tener control de las máquinas y herramientas que se utilizan para la reproducción de material fonográfico, que se introduzcan y se vendan dentro de nuestro país.

c) La piratería es un problema de conciencia.- Definitivamente las modalidades y efectos negativos de la piratería son muchos, es un problema que afecta no solamente a la industria fonográfica. También se ven afectadas muchas otras industrias que van unidas a la tecnología en desarrollo: así, se ve afectada la industria cinematográfica, a través de la industria del video y que decir de la industria de los programas de cómputo (software) o de la creciente industria de la comunicación satelital, por lo que es vital hacer conciencia, de lo que representa este problema en el futuro de la humanidad.

• **VI.- BIBLIOGRAFÍA.**

- BASIGALUPO, Enrique. Reflexiones Sobre la Tentativa en el Código Penal Mexicano. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. 1976.
- BASIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. Edit. TEMIS, Colombia 1983.
- CARRANCA y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. (Parte General) Edit. Porrúa, S.A. México, 1986.
- CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. S.A. Trigésimo sexta edición actualizada. México 1995.
- CORTES Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal Mexicano, Parte General Edit. Porrúa, S.A. México 1971.
- CUELLO Calón, Eugenio. Derecho Penal Tomo I Parte General. Bosh Casa Editorial, S.A. , Barcelona 1980.
- De PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Primera Edición. Ed. Porrúa S.A. México 1963.
- FARELL Cubillas, Arsenio. Sistema Mexicano de Derechos de Autor. Edit. Ignacio Vado, México, 1966.
- FERNANDEZ Madrazo, Alberto. Derecho Penal, Teoria del Delito. UNAM. México 1997.
- FONTAN Balestra, Carlos. Derecho Penal introducción y parte general, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1980.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Edit. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina 1990.
- JIMENEZ Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. tomo IV. Editorial Porrúa S.A. México, 1992.
- LOREDO Hill, Adolfo. Derecho Autoral Mexicano. Edit. Porrúa, S. A., México 1982.
- MAGGIORE, Guissepe. Derecho Penal (parte especial) Vol. IV. Edit. TEMIS, Bogotá, 1972.

- MALDONADO Aguirre, Alejandro. El Delito y el Arte UNAM., México 1994
- PORTE PETIT, Celestino. Programa de Derecho Penal. (parte general) Edit. Trillas, México, 1990.
- RANGEL Medina, David. Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual. UNAM. México 1992.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, tomo I. Tipográfica Argentina: Buenos Aires 1992.
- TENA Ramírez, Felipe. Leyes Fundamentales de México. Edit. Porrúa, S. A. México 1975.
- ZAFFARONI. Tratado de Derecho Penal. (parte general), Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1988.

LEGISLACION CONSULTADA.

- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- GLOSARIO DE LA OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.) de DERECHOS DE AUTOR y DERECHOS CONEXOS. Génova, marzo de 1980.
- CONVENIO PARA LA PROTECCION DE LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS CONTRA LA REPRODUCCION NO AUTORIZADA DE SUS FONOGRAMAS, GINEBRA 1971. Edit. Porrúa, S. A. México 1994.
- CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES, LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS Y LOS ORGANISMOS DE RADIODIFUSION, ROMA 1971. Edit. Porrúa, S. A. México 1994.
- LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. de 1956, reformada en 1963. Edit. Porrúa, S. A. México 1994.
- LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR DE 1996. Diario Oficial de la Federación del día 24 de Diciembre de 1996.
- LEGISLACION SOBRE DERECHOS DE AUTOR, Edit. Porrúa, S.A. México 1995.

- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. Edit. Porrúa, S. A. México 1996.
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, 19 de mayo de 1997, Reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor, de 1996.

OTRAS FUENTES.

- VI CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS INTELLECTUALES (DEL AUTOR, EL ARTISTA Y EL PRODUCTOR.) Secretaria de Educación Pública.
- REVISTA MEXICANA DE DERECHOS DE AUTOR / Números: 17, 18, y 19, Secretaria de Educación Pública.
- REVISTA URANIA DE DERECHOS DE AUTOR Edit. C. Margat, S.A., de C.V. / Varios Números.
- EL MASTER: Boletín Informativo, Editado por la AMPROFON y la APDIF. Varios Números.
- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Edit. Porrúa, S.A. México 1991.
- DICCIONARIO JURIDICO ESPASA., Fundación TOMAS MORO, Espasa Calpe, S.A. Madrid 1991.