

TUTELA PENAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN MÉXICO

CRIMINAL PROTECTION OF COPYRIGHT IN MEXICO

EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT¹ Y ROBERTO CARLOS FONSECA
LUJÁN²

RESUMEN: El artículo desarrolla el análisis dogmático de los delitos contra los derechos de autor previstos en el Código Penal Federal. Se hace una crítica de los aspectos defectuosos de estos tipos penales, señalando diversas recomendaciones para una reforma racional del capítulo. Se concluye con una nota relativa a la conducta de plagio y su naturaleza jurídica.

PALABRAS CLAVE: *Derechos de autor; propiedad intelectual; piratería; tipos penales; plagio.*

ABSTRACT: This paper presents the dogmatic analysis of crimes against copyright that are disposed in the Federal Penal Code. The defects of the law's text are criticized and they are offered recommendations for legislative reforms. The paper concludes with a note about the legal nature of the plagiarism.

KEYWORDS: *Copyright; Intellectual property; Piracy; Offenses; Plagiarism.*

SUMARIO: I. Aspectos generales. II. Tipos penales en el Código Federal.

¹ Profesor de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT.

² Profesor de asignatura y Técnico Académico en la Facultad de Derecho de la UNAM.

I. ASPECTOS GENERALES

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El actual Título Vigésimo Sexto del Código Penal Federal fue adicionado por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996. Previamente, los delitos contra los derechos de autor aparecían en la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956. Tanto ese ordenamiento como su antecedente de 1947 se inspiraron en la ley italiana de 1941, que abandonó el sistema de referencias, reenvíos o equiparaciones a otras figuras delictivas como falsificación y fraude, para establecer un apartado de delitos autónomos con sus respectivas penas, como vía de tutela de bienes relativos a la personalidad del autor, sus intereses patrimoniales y los de la cultura.²

Con la abrogación de la Ley de 1956 diversas conductas dejaron de ser delitos. Por ejemplo, se despenalizaron las infracciones contra los derechos morales, siguiendo la tendencia internacional en la materia, inspirada en el modelo de copyright, que reservaba la sanción penal para los actos que resultaran lesivos del patrimonio de los tutelares de derechos. El modelo legislativo introducido en 1996 clasificó las violaciones a derechos de autor en tres clases: infracciones en materia de derechos de autor (Ley Federal de Derechos de Autor [LFDA], artículos 229 y 230); infracciones en materia de comercio (LFDA, artículos 231 al 236);³ y un tercer grupo de delitos, previstos en el Código penal.

² Cfr. RANGEL MEDINA, David, “Aspectos relevantes de la nueva ley autoral mexicana”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XLVIII, núm. 219-220, mayo-agosto de 1998, p. 223.

³ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y FONSECA LUJÁN, Roberto, *Tipos Penales en Leyes Federales y Generales*, México, Porrúa, 2013, pp. 452 y ss.

De este modo, el marco jurídico dispone dos sistemas de represión de los ilícitos en la materia: uno por la vía administrativa, otro por la vía penal. Respecto al sistema de sanción administrativa, Rangel Ortiz precisa que está integrado por dos grupos de disposiciones: un primer grupo de violaciones que no implican lesiones al aspecto patrimonial del derecho de autor y corresponde sancionar al Instituto Mexicano del Derecho de Autor (INDA), y un segundo grupo que sí implican una violación a los derechos patrimoniales del autor u otros derechos resarcibles económicamente y que corresponde sancionar al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI).⁴

Por lo que hace a los delitos, su inclusión en el Código Penal Federal significó la implementación en el país de un esquema en materia de combate a los actos violatorios de derechos de autor, en particular las conductas que se han denominado tradicionalmente como “piratería”. Con esto, México buscó adecuar su legislación a los requerimientos internacionales, sobre todo, los establecidos en relación con el libre comercio.

2. PERSECUCIÓN PENAL DE LA PIRATERÍA

Aunque el término “piratería” está generalizado como una categoría en la cual se incluyen diversas conductas lesivas de la propiedad intelectual, hay que puntualizar que en un sentido jurídico penal estricto, la palabra “piratería” significa una cosa diversa. De acuerdo con el Código Penal Federal, el delito de “piratería” es un delito contra el Derecho internacional, consistente en la depredación o violencia cometida contra un buque, personas o cosas que en él se encuentren, realizados en el mar por la tripulación o los pasajeros del mismo o de otro navío.

⁴ Cfr. RANGEL ORTIZ, Horacio, “La usurpación de derechos en la nueva ley autoral mexicana y su reforma”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (comp.), *Estudios de Derecho Intelectual en Homenaje al Profesor David Rangel Medina*, México, IJ-UNAM, 1998, pp. 379-381.

De este modo, dentro del apartado de delitos contra los derechos de autor, no existe un tipo penal de piratería. Sin embargo, así es como resulta cotidiano denominar a estas conductas, incluso desde el propio ámbito institucional. El Acuerdo Nacional de 2007 señalaba que por piratería se entendía, “de manera enunciativa y no limitativa, toda aquella producción, reproducción, importación, comercialización, almacenamiento, transportación, venta, arrendamiento, distribución y puesta a disposición de bienes o productos en contravención a lo previsto por la Ley Federal del Derecho de Autor y la Ley de la Propiedad Industrial”.⁵

De este modo, se trata de un término de amplio alcance, que se emplea para denominar actos violatorios de propiedad intelectual en general. Un producto “pirata” puede ser tanto una copia ilícita de una obra artística protegida, como una imitación o falsificación de un producto de una marca protegida por la legislación en materia de propiedad industrial.

En lengua inglesa el uso de la voz piratería (*piracy*) para denominar estos delitos tiene una larga tradición, y prácticamente ha sido utilizado desde el otorgamiento de las primeras legislaciones en materia de copyright, relativas al gremio de los editores de libros. No obstante, resulta interesante considerar cómo el vocablo ha extendido su ámbito de aplicación, de modo que con él se ha buscado etiquetar esa otra clase de depredaciones o usurpaciones, como son las cometidas contra los derechos de propiedad intelectual.

Esta expansión del campo semántico del concepto puede entenderse como reflejo de un proceso de reconsideración en el escenario público de la peligrosidad y lesividad de las conductas infractoras de derechos de propiedad intelectual. La calificación de los infractores de derechos de autor como “piratas” no es azarosa, sino que se integra en un discurso que busca no sólo hacer visible, sino destacar y maximizar el efecto que traen consigo dichos actos ilícitos. Para la

⁵ Cfr. Acuerdo Nacional contra la Piratería, *Diario Oficial de la Federación*, martes 6 de marzo de 2007, Primera Sección.

UNESCO, los “piratas” de la propiedad intelectual son vislumbrados como criminales, que operan a gran escala y de forma organizada, dedicados al robo de los frutos y productos obtenidos con los talentos, habilidades e inversión de otras personas.⁶

Hoy en día, la persecución de la “piratería” se justifica dentro de la política criminal, afirmando que esta práctica ilícita no sólo afecta el interés de los titulares del derecho de autor, sino que repercute negativamente en diversos ámbitos económicos y productivos, limitando el crecimiento y la participación de empresas formales y productivas en el mercado y ocasionando escenarios de competencia desleal al aumentar la economía informal y al disminuir la calidad de productos y servicios. Asimismo, se considera que tiene efectos negativos para el erario federal, pues merma la recaudación y desalienta la actividad creativa al impedir la aparición continua de nuevos y mejores productos y servicios en el mercado, que es uno de los signos clave para evaluar la competitividad de un país. De este modo, el fenómeno aparece como una actividad delictiva de la mayor gravedad, cuyos efectos perniciosos en la época contemporánea son análogos a los que se padecieron en siglos anteriores con los ataques de los corsarios.

Hay que apuntar que algunos especialistas consideran que la criminalización de la piratería en México fue en buena medida consecuencia de la firma de tratados de libre comercio. A lo largo de todo el siglo XX se signaron diversos tratados internacionales en materia de la protección de los derechos de autor; sin embargo, los documentos tuvieron poca presencia en el orden jurídico nacional, y no fue sino hasta la última década del siglo XX que el interés del Estado en el tema pareció aumentar. Es así que tras el TLCAN, en 1996 se promulgó la LFDA, se creó el Instituto de Derechos de

⁶ *Apud.* PANETHIERE, Darrell, “The Persistence of Piracy: The Consequences for Creativity, for Culture, and for Sustainable Development”, *e-Copyright Bulletin*, julio-septiembre de 2005, p. 1. Disponible en: <http://portal.unesco.org/culture/en/files/28696/11513329261panethiere_en.pdf/panethiere_en.pdf>

Autor, y se introdujeron los tipos penales relativos en el Código Federal. De este modo, según apunta Aguiar, la criminalización de la piratería “surge de una perspectiva punitiva emanada de las redes de intereses internacionales y actores transnacionales propios del neoliberalismo global”.⁷Fue en 2000 que el gobierno de Vicente Fox lanzó el programa antipiratería más ambicioso de la historia de México. Según el mismo Aguiar, esta política: “resulta en buena medida de la presión de las industrias de los derechos de autor estadounidenses, que demandaban del gobierno mexicano medidas más contundentes contra la reproducción y venta ilegal de material protegido”.⁸ Hay que señalar que la presión de Estados Unidos no se ha dado exclusivamente en México o en la región Latinoamericana, sino que tiene un alcance global. Estados Unidos es el orquestador de la política criminal global en este renglón.⁹

En este contexto, el 17 de mayo de 1999 se publicó un Decreto de reforma, que adicionó delitos en esta materia al Código Penal Federal, en concreto los artículos 424 Bis y 424 Ter, y además determinó la consideración procesal de los mismos como delitos graves, con lo cual se abrió la puerta a una intensificación de la persecución de los mismos. No obstante esta intensificación de la respuesta penal, la piratería ha mostrado una constante tendencia expansiva, manteniendo su presencia en el desarrollo del mercado ilegal. Para 2014, de acuerdo con el estudio anual de la Oficina del Representante de Comercio Exterior de los Estados Unidos realizado a diversos países socios comerciales de aquel país, México se mantuvo en la

⁷ AGUIAR, José Carlos G., “La piratería como conflicto. Discursos sobre la propiedad intelectual en México”, en *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, Ecuador, núm. 38, FLACSO, 2010, p. 145.

⁸ *Ibidem*, p. 152.

⁹ *Cfr.* RANDO CASERMEIRO, Pablo, “La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17, Universidad de Granada, 2015. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-03.pdf>>.

Watch List, lo que significa que a juicio de este organismo norteamericano, en el país existen problemas con el respeto o la protección de los derechos de propiedad intelectual. El informe señala que persisten serias preocupaciones con la situación de la piratería en México, particularmente con respecto a la amplia disponibilidad de productos piratas y falsificados, mencionándose expresamente los mercados de Tepito y San Juan de Dios. A su vez, se señala un aumento en la piratería en Internet, debido en parte a una mayor penetración del acceso a banda ancha.¹⁰

El reto es mayúsculo, puesto que las acciones policiales y del sistema de justicia han de enfrentarse no sólo a la actividad de los delincuentes, sino también a la “cultura de la piratería” desarrollada en el país, que ha permitido la consolidación del mercado ilegal. Según la 4ª Encuesta de Hábitos de Consumo de Productos Pirata y Falsificados, realizada en las ciudades de México, Guadalajara, Monterrey y Puebla en 2011, ocho de cada diez personas declararon haber comprado productos pirata.¹¹

3. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS

No está de más mencionar que en esta materia, como en todas las ramas del ámbito jurídico ciertamente, la protección penal debe establecerse como *ultima ratio*. De acuerdo a los conocidos principios de fragmentariedad e intervención mínima del derecho penal, la tutela jurídica de los derechos de propiedad intelectual debe priorizar las vías civil o administrativa en su caso, siendo la tutela penal la

¹⁰ 2014 *Special 301 Report*, Office of the United States Trade Representative, abril de 2014, pp. 54-55. Disponible en: <<https://ustr.gov/sites/default/files/USTR%202014%20Special%20301%20Report%20to%20Congress%20FINAL.pdf>>

¹¹ 4ª Encuesta de Hábitos de Consumo de Productos Pirata y Falsificados. Resumen Ejecutivo, American Chamber of Commerce of Mexico, Septiembre de 2011. Disponible en: <<http://www.amcham.org.mx/External/WCPages/WCWebContent/WebContentPage.aspx?ContentID=11772>>.

última opción, como mecanismo ante las infracciones más graves a estos derechos.

Según esquematiza Delia Lipszyc, los requisitos para la tutela penal son los siguientes: a) que se trate de una obra protegida; b) que la utilización no se haya efectuado al amparo de una limitación de los derechos de autor o de los derechos conexos; c) que el plazo de protección se encuentre vigente; d) que la conducta del agente se adecue a una figura típicamente incriminada; e) la existencia de dolo en el agente; f) el ánimo de lucro, cuando la norma así lo exige expresamente.¹²

La legitimidad de la incriminación depende de que la misma persiga como propósito la protección de un bien jurídico que efectivamente la amerite. En principio, la doctrina interpreta que el objeto de tutela en estos delitos es, según el propio texto de la legislación punitiva, el o los “derechos de autor”. Como apunta Osorio Nieto, estos delitos “atentan contra los derechos que el creador de una obra tiene respecto de la misma y que son, que se les reconozca su carácter de autor, dar a conocer su obra, se respete la integridad de ésta y obtenga beneficios económicos de la misma”.¹³ Para Carrancá, el “objeto jurídico de los delitos en materia de derechos de autor es la propiedad intelectual de la obra”.¹⁴

Sin embargo, no es razonable considerar que toda violación o infracción a los derechos de propiedad intelectual, ha de implicar necesariamente un ilícito penal. La intervención mínima obliga a reservar la tutela penal para los ataques más intolerables a la misma. Para definir cuáles manifestaciones de la propiedad intelectual ameritan protección penal, se han elaborado diversas teorías, des-

¹² Cfr. LIPSZYC, Delia, *Derechos de Autor y Derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, Zavalia, 2001, p. 553.

¹³ OSORIO Y NIETO, César Augusto, *Delitos Federales*, 5ª ed., México, Porrúa, 2001, p. 443.

¹⁴ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código Penal anotado*, 26ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 1193.

tacando la tesis patrimonialista y la tesis mixta. Para la primera posición, el objeto protegido debe ser el contenido fundamentalmente económico del derecho de autor, esto es, los principales derechos patrimoniales de explotación del titular de la obra, así como la posibilidad de disponer de esos derechos. En contraposición, desde la tesis mixta, deben ser objeto de tutela penal tanto la esfera patrimonial como la esfera de los derechos morales, esto es, aquellos derechos de la personalidad del artista en relación con su obra.

El legislador mexicano al configurar los tipos en el Código Penal Federal ha seguido en mayor medida la tesis patrimonialista, al exigir el ánimo de lucro o de especulación comercial como elemento de la mayoría de los tipos. De este modo, el objeto concreto de tutela son los derechos exclusivos de explotación de la obra, la reproducción y distribución comercial. No obstante, ciertas modalidades típicas implican una consideración a los derechos morales, en concreto al derecho de reconocimiento de la condición de autor o de *paternidad*, que puede o no estar condicionada a la violación de un derecho patrimonial.

De este modo, se entiende que en general, el bien jurídico protegido es el derecho de autor o propiedad intelectual en su dimensión patrimonial, particularmente los derechos de explotación exclusiva. Esto, sin perjuicio de que de forma mediata, en alguna de las modalidades típicas, se ampare también la dimensión moral. Cabe aclarar que la obra concreta, artística, literaria, etcétera, no ha de entenderse como el objeto de la tutela, mucho menos la reproducción o copia de una determinada obra. El bien tutelado, se insiste, es el derecho del autor sobre dicha obra, no la obra en sí ni el objeto en que se expresa.

En la doctrina y legislación francesa, se conoce como delito de *contrefaçon* todo ataque a los derechos de autor, como puede ser mediante la edición, reproducción, representación o difusión de una obra en violación de derechos. En general, para que dicho ataque se presente, deben reunirse los siguientes elementos: que se trate

de un derecho de propiedad literaria o artística, que ese derecho haya sido ejercido por quien no es el verdadero sujeto del derecho, y que lo haya hecho sin consentimiento del verdadero sujeto. Por otro lado, puede también distinguirse la anterior conducta de la “usurpación”. En la doctrina portuguesa, por ejemplo, la usurpación de derechos se refiere a la apropiación indebida o ilícita del derecho, y la *contrafação* se entiende como la imitación o alteración fraudulenta de una obra.¹⁵

Por otro lado, la actividad de “piratería” sería la conducta representativa de la violación de dos derechos patrimoniales específicos del autor, como son el de reproducción y de distribución de dichas reproducciones (copias). En una definición breve, se entendería que la piratería es el acto de reproducir o difundir ilegalmente material con *copyright*, como programas de computadora, libros, música y películas.¹⁶

En otra definición, se abunda que la piratería se refiere a la actividad de manufacturar copias no autorizadas (copias piratas) de una obra o material protegido, y negociar con dichas copias por la vía de la distribución y la venta. Los derechos de autorización infringidos por aquellos que producen y comercian copias piratas son los derechos de autor en general, así como otros derechos conexos, en particular en el caso de las grabaciones sonoras. En su sentido más amplio, la piratería también se refiere a los actos de registro o grabación no autorizada de una interpretación o performance en vivo.¹⁷

Cabe comentar que a juicio de algunos autores, es discutible que la venta de productos de piratería realmente constituya una “pérdida” directa para los titulares del derecho; esto es, en el sentido de que les deja sin recibir una determinada ganancia. Desde esta

¹⁵ Cfr. LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, pp. 554-555.

¹⁶ HOSCH, William L., “Piracy”, *Encyclopædia Britannica*, septiembre, 2014. Disponible en: <<http://global.britannica.com/topic/piracy-copyright-crime>>.

¹⁷ PANETHIERE, Darrell, *op. cit.*, p. 2.

posición, los productos “piratas” tienen su propio mercado y su público consumidor. En caso de que no existiera la piratería, esos consumidores simplemente no accederían a los bienes producidos de manera lícita. Según Aguiar, la pérdida con la piratería es “virtual”, puesto que los consumidores de copias pirata no están dispuestos o no tienen la capacidad para pagar el precio del original, si adquieren piratería es porque es accesible.¹⁸ Esta situación es también descrita por Pérez Miranda, quien señala que los consumidores de piratería no son engañados, saben que adquieren productos falsos o plagiados y si lo hacen, es por la diferencia de precios respecto a los originales.¹⁹

De opinión diversa es Delia Lipszyc, quien con claridad señala que:

los piratas suelen intentar la defensa de sus actividades con el argumento de que, como sus productos se venden más barato, posibilitan que lleguen a sectores más vastos del público que de otro modo no podrían acceder a ellos. Pero, aun cuando los ejemplares piratas se vendan a menor precio, no es el resultado de su esfuerzo sino de su actitud parasitaria: si hay obras para piratear no es gracias al trabajo del pirata sino a pesar de este. Nada aportan a la creatividad nacional, por el contrario, destruyen las bases de la industria local y tienen una influencia perjudicial en las relaciones de esta última con los editores y productores extranjeros.²⁰

Evidentemente, la oferta de un bien “pirata” a menor precio a un público consumidor en modo alguno justifica la piratería, sino que la confirma como una actividad contra el mercado, en tanto el pirata compite deslealmente, al no tener que invertir en trabajo

¹⁸ Cfr. AGUIAR, José Carlos G., *op. cit.*, p. 150.

¹⁹ Cfr. PÉREZ MIRANDA, Rafael Julio, “Propiedad intelectual y derechos de acceso a la educación y a la cultura”, en *Alegatos*, México, núm. 88, septiembre-diciembre de 2014, p. 630.

²⁰ Cfr. LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, p. 563.

intelectual, y siendo su industria ilícita, se evita el pago de contribuciones, prestaciones a trabajadores, publicidad, etcétera. En todo caso, la interpretación de la ley penal ha de llevar a la identificación como bien tutelado en este caso no sólo del derecho patrimonial, sino en particular del derecho de exclusividad que se tiene sobre actividades primordiales de la explotación de la obra como son la reproducción y comercialización de esas reproducciones. Sea que resulte o no cuantificable el daño pecuniario ocasionado al titular del derecho patrimonial por la actividad ilícita del pirata, ha de considerarse que el acto implica ya una violación a esas prerrogativas, lo cual amerita la sanción porque a través de la prerrogativa se estimula la creación, que es útil para la sociedad.

En complemento, se ha de señalar que otros bienes jurídicos tutelados mediatamente por estas disposiciones penales pueden ser intereses generales sobre la cultura, así como el orden socioeconómico, en tanto hay un importante sector productivo que depende de la actividad creadora que el régimen de propiedad intelectual busca promover. La infracción masiva de los derechos de explotación es una violación a los principios de la libre competencia, que afecta el buen funcionamiento del mercado de creaciones culturales y artísticas. Según reseña Nova Labián, al protegerse los intereses patrimoniales de los titulares de derechos de propiedad intelectual, se tutelan también indirectamente los intereses sociales y colectivos relacionados con la necesidad de que se fomente “la creación de obras del ingenio”.²¹

4. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

De acuerdo con el texto inicial del artículo 429, adicionado por la reforma al Código del 24 de diciembre de 1996, los delitos en contra de los derechos de autor se perseguirían por querrela, con excepción

²¹ Cfr. NOVA LABIÁN, Alberto José de, *Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de internet*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 42.

del delito previsto en la fracción I del artículo 424 (especulación con libros de texto). Esta previsión de la querrela como requisito de procedibilidad destacaba el interés particular protegido por estos tipos penales, consistente, como ya se mencionó en el apartado previo, en los derechos exclusivos de explotación sobre la obra cuya titularidad se otorga al autor, así como también los derechos morales.

Por Decreto de reforma publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio de 2010 se modificó el contenido del artículo 429, para señalar que: “Los delitos previstos en este Título se perseguirán de oficio, excepto lo previsto en los artículos 424, fracción II y 427”. De este modo, se otorga ahora a estos tipos la consideración de delitos públicos, salvo las hipótesis previstas en los dos artículos mencionados. La reconsideración de estos delitos como de persecución oficiosa es una clara muestra de la mayor relevancia que el combate a la piratería ha cobrado en la agenda de la política penal del Estado mexicano.

II. TIPOS PENALES EN EL CÓDIGO FEDERAL

El texto vigente del Código Penal Federal contempla once delitos diversos en materia de derechos de autor. Se analizan a continuación cada uno de esos tipos penales, destacando sus elementos objetivos y subjetivos.

1. ESPECULACIÓN CON LIBROS DE TEXTO GRATUITOS

Noción. En términos de la fracción I del artículo 424, se impondrá pena: “Al que especule en cualquier forma con los libros de texto gratuitos que distribuye la Secretaría de Educación Pública”. Se trata de un delito cuya ubicación en este título resulta problemática, en tanto su naturaleza es diversa de las usurpaciones a los derechos de autor, con las cuales parece conectarse únicamente porque la conducta prohibida recae sobre “libros”, es decir, se trata de un

objeto que puede ser el medio de difusión de una obra literaria protegida.

Sin embargo, no hay en este caso infracción de ningún derecho patrimonial de autor, sino que la conducta interfiere con la prestación de los servicios públicos educativos. La distribución de libros de texto gratuitos forma parte del conjunto de prestaciones que el Estado está obligado a cubrir para garantizar el derecho a la educación de la población en edad escolar, de modo similar a la forma en que las instituciones de salud públicas otorgan medicamentos a sus derechohabientes.

En otra interpretación, podría considerarse que con este tipo penal se protege un eventual “derecho de autor” del Estado sobre los libros que se encarga de imprimir y distribuir gratuitamente entre los alumnos de educación básica. Para esto, habría que entender al Estado como autor a la vez que editor de una obra protegida, sobre la cual tendría las prerrogativas exclusivas de definir y autorizar sus formas de distribución. Sin embargo, ha de considerarse que la distribución gratuita de esas obras no es una decisión autoral, o en este caso de un ente administrativo, sino que se establece por mandato de ley, en tanto dichos libros forman parte de las prestaciones que comprenden los servicios públicos educativos.

Así, la infracción a ese principio de gratuidad que implica toda especulación con los libros de texto, no es una conducta que afecte ningún “derecho de autor” del Estado, sino que más bien atentaría contra la correcta prestación de un servicio público. En caso de ser un servidor público el responsable del comercio ilícito de estos libros, podría configurarse como una suerte de concusión, en tanto conllevaría la exigencia de una contraprestación o pago indebido por la prestación consistente en el otorgamiento gratuito de ese material docente. El objeto tutelado en este caso aparece como el interés colectivo en la correcta prestación del servicio educativo, es decir, un bien de naturaleza supraindividual. Cabría igualmente discutir si la persecución penal en este caso resulta proporcional.

Sobre dicho interés general, Díaz de León considera que el Estado Mexicano realiza un gran esfuerzo económico para dotar de libros a los educandos, de modo que el lucro con estos materiales, afecta a la economía nacional y provoca una “peligrosa interferencia de estas obras al llevarse a mercados ajenos a los de sus destinos gratuitos como son las escuelas primarias y sus alumnos”.²²

Tipo objetivo. Respecto a los elementos del tipo previsto en la fracción I del artículo 424 puede señalarse lo siguiente:

A) *Sujetos.* El tipo no exige ninguna calidad para el sujeto activo de este delito, esto es, la conducta podrá ser cometida por cualquier persona. En lo relativo al sujeto pasivo, este podría identificarse inicialmente con el Estado, en concreto con las autoridades educativas encargadas de la producción y distribución de los libros de texto gratuitos, pues son estas las que podrían considerarse como “titulares” de las prerrogativas sobre los mismos, en tanto tienen la facultad de definir las formas de distribución y difusión de los libros. En concreto, el ente administrativo es la Comisión Nacional de Libros de Texto Gratuitos (CONALITEG).

Sin embargo, como ya se mencionó antes, la pretensión de lucrar con los libros de texto gratuito se entiende como una afectación a la prestación de un servicio público, y al interés que tiene toda la colectividad en el adecuado y correcto funcionamiento del mismo. De este modo, al verse involucrado un interés supraindividual en el buen desempeño del servicio público educativo, resulta erróneo considerar al Estado como sujeto pasivo del delito; este se identifica más bien con la sociedad en su conjunto.

B) *Conducta.* Se trata de un tipo de acción, descrita con el verbo “especular”. Este verbo tiene diversas acepciones, para este caso la interpretación ha de hacerse en armonía con el conjunto del capítulo y entenderse como especulación comercial, esto es, la acción de efectuar operaciones comerciales o financieras, aun de manera

²² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Delincuencia intrafamiliar y delitos contra derechos de autor*, México, Porrúa, 1998, p. 27.

informal, con el fin de obtener beneficios, procurar provechos o ganancias.

El tipo no exige ninguna circunstancia concreta de comisión, la especulación podrá realizarse en cualquier forma, esto es, mediante cualquiera acción idónea para traficar o negociar con los libros de texto: oferta comercial, venta, alquiler, etc. Cabría considerar si el acaparamiento u ocultación de los libros con fines de encarecimiento, como podría hacerse con otra mercancía, constituiría ya un acto de especulación o sería más bien un acto eventualmente punible como tentativa.

Es un tipo de mera actividad, que no exige un resultado material, sino que su consumación se agota con la simple realización de cualquier acción de comercio o tráfico con los libros de textos. Así, no se requiere como elemento del tipo la obtención cierta de lucro. Evidentemente, no podría haber en este delito un daño patrimonial, puesto que el objeto de la conducta está destinado a circular gratuitamente.

C) *Objetos*. El objeto material son los libros de texto, producidos y distribuidos por la mencionada CONALITEG. Dichos libros, elaborados para cada ciclo escolar, son los que requieren los estudiantes inscritos en el Sistema Educativo Nacional. Respecto al objeto jurídico, se ha dicho ya que el delito no infringe ningún derecho autoral, sino un interés supraindividual en la adecuada prestación del servicio de educación pública nacional, que se ve comprometido por la infracción del principio de distribución gratuita entre los educandos de los libros de texto estatales.

Tipo subjetivo. El delito podrá cometerse únicamente de forma dolosa. No se requiere ningún otro elemento subjetivo para la presentación del injusto.

Punibilidad. Por lo que hace a la punibilidad, se impondrá por este delito pena de prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa, en términos del párrafo inicial del artículo 424.

2. PRODUCCIÓN NO AUTORIZADA DE EJEMPLARES DE OBRA PROTEGIDA

Noción. En términos de la fracción II del artículo 424, se impondrá pena: “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”. El presente tipo penal puede entenderse en dos sentidos diversos, de acuerdo al alcance que se dé a la noción de piratería. En un primer lugar, en una interpretación amplia, si se considera que toda reproducción de obras realizada sin el consentimiento del titular del derecho ya es ilícita, puesto que al estar desautorizada, infringe el derecho exclusivo del autor, entonces este tipo penal lo que describe es un supuesto de piratería especializado por ser cometido por un sujeto activo determinado. Tratándose por ejemplo de un editor autorizado para imprimir 1000 ejemplares de un texto, la impresión deliberada del ejemplar 1001 ya es ilícita en tanto desautorizada, y constituye un acto de piratería por ser una reproducción que infringe el derecho.

En un segundo lugar, desde una interpretación restrictiva, ha de puntualizarse que la piratería para ser tal, requiere del ánimo de lucro o de especulación mercantil del sujeto activo. Es ese dolo específico, la intención de lucrar indebidamente con el producto del trabajo intelectual de otro, lo que caracteriza a la conducta. Siendo así, el tipo que ahora se comenta, aunque implique una reproducción ilícita de la obra, no puede considerarse piratería puesto que el legislador no ha señalado que el mismo deba cometerse con dicho ánimo de lucro.

Desde esta última perspectiva, la ausencia de ese ánimo de lucro como elemento específico lleva a considerar que este tipo penal lo que sanciona es un mero incumplimiento contractual. El número de ejemplares a producir o reproducciones se incluye en la mayoría de los contratos de la materia, y en esa medida, el que uno de los

sujetos incumpla con esa cláusula, es un acto ilícito, pero que no justifica la intervención penal.

De este modo, *lege ferenda*, el tipo penal que se comenta requiere de la inclusión de ese ánimo de lucro o de especulación comercial para poder configurarse adecuadamente como una piratería especializada por el sujeto, en armonía con el resto de los delitos previstos en el capítulo. La impresión de copias en demasía, pero sin fines de lucro, es efectivamente una violación a la autorización dada por el titular del derecho, pero se trata de una violación a un pacto contractual que no amerita la intervención del *ius puniendi*.

Tipo objetivo. Respecto a los elementos objetivos del tipo previsto en la fracción II del artículo 424 puede señalarse lo siguiente:

A) *Sujetos.* El tipo penal señala un sujeto activo cualificado. Se tratará de un editor, productor o grabador, caracterizado como tal por el desempeño de cierta actividad profesional dentro del ramo. Con respaldo en el Glosario de la OMPI, se tiene que editor es: “la persona que se hace cargo de la publicación de una obra produciendo para el público ejemplares de ella, de ordinario para fines de venta de éstos”. Asimismo, pueden considerarse editores: “aquellas personas que producen copias de fonogramas o fijaciones audiovisuales”. Por otra parte, productor es la persona que: “organiza o financia y organiza las representaciones o ejecuciones escénicas, la producción de obras cinematográficas, la radiodifusión de obras radiofónicas o la producción de fonogramas”. Respecto al grabador, puede entenderse como quien lleva a cabo el proceso de grabación, consistente en: “la incorporación de toda clase de sonidos en alguna forma material duradera, lo que permite que puedan ser percibidos, reproducidos, radiodifundidos o transmitidos de alguna otra manera, repetidamente”.²³

El sujeto pasivo en este caso es el titular de los derechos sobre la obra, sea el autor o sus causahabientes, en términos de la legislación

²³ *Glosario de Derecho de Autor y Derechos conexos*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1980, *passim*.

en la materia, quienes tienen la potestad de determinar y autorizar el número de copias o producciones que se harán de la misma.

Aunque el tipo no lo señale expresamente, se entiende que entre los sujetos tendrá que haberse dado un acto contractual, que tenga como objeto una transmisión de derechos patrimoniales que implique la producción de un determinado número de ejemplares de obra (impresión de libros, fonogramas, etc.). De este modo, el tipo penal tiene como presupuesto que se haya llevado a cabo algún tipo de contrato entre el sujeto activo de este ilícito y el sujeto pasivo titular del derecho, mediante el cual este último autorizó la edición, impresión, grabación o producción de un número determinado de copias de la obra protegida, expresión de su voluntad que resulta después violentada.

B) *Conducta*. Se trata de un tipo de acción, el verbo núcleo es producir, entendido este como el acto de fabricar, elaborar, reproducir, imprimir o fijar materialmente una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar. Se exige un resultado material consistente en que dicha producción “exceda” la tirada autorizada. Es decir, en sentido literal se requiere que se produzca cuando menos un ejemplar adicional al número acordado, y que el proceso de producción de este sea completo, es decir, que tenga las mismas características que los ejemplares o copias debidos. En ese entendido, se admitiría tentativa en caso de que por fallas técnicas, no suministro de materia prima suficiente, etcétera, no se alcanzare la producción completa del ejemplar ilícito.

Como elemento normativo se requiere que la acción se produzca sin la autorización del titular de los derechos de autor. Si se acude a la legislación especial (LFDA) para interpretar este elemento, se encuentra que la determinación del número específico de ejemplares a producir es un requisito mínimo que debe establecerse en los contratos de la materia, ya en el Contrato de edición de obra literaria (artículos 42 y 47 fracción II LFDA); como en el Contrato de

edición de obra musical(artículos 58 y 60 LFDA), y en el Contrato de Producción Audiovisual(artículos 68 y 72 LFDA).

C) *Objetos*. En este rubro, cabe distinguir entre el objeto material que es producido por el delito y el objeto intelectual que es reproducido de forma indebida. Es decir, por un lado está la cosa que se produce o fabrica (un ejemplar ilícito) y por otro la obra que se reproduce o fija (el original objeto de la protección autoral). La conducta ilícita implica a ambos simultáneamente, toda vez que la obra protegida es de naturaleza intelectual y requiere de la copia para verse materializada; correlativamente, la copia fabricada sólo tiene existencia como tal en función del objeto intelectual que representa.

Cabe mencionar que son obras protegidas, de acuerdo con el artículo 3º de la LFDA, aquellas de creación original susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio. La clasificación de las mismas se establece en el artículo 4º, y una enumeración de las obras reconocidas como susceptibles de protección se señala en el artículo 13, ambos del mismo ordenamiento.

El objeto jurídico es el derecho exclusivo que el titular tiene sobre la obra protegida, en concreto, la potestad de autorizar los términos de la reproducción y distribución de la misma.

Tipo subjetivo. El delito podrá cometerse únicamente de forma dolosa. La descripción típica hace mención explícita de que el sujeto activo debe actuar “a sabiendas”. Más que un elemento subjetivo adicional, se trata de una mención expresa de la naturaleza dolosa del delito, que nada añade a la caracterización del delito. El dolo supone precisamente que el sujeto actúa conociendo los distintos elementos objetivos del tipo, en caso contrario se actúa en error de tipo. En un comentario de *Lege ferenda*, como ya se señaló, este tipo penal requiere la especificación de que la infracción al pacto contractual entre los sujetos, y derivada de este la violación al derecho autoral, se produce con el ánimo de lucro o el propósito de especulación comercial, en armonía a lo que se prevé para los otros tipos de piratería.

Punibilidad. Por lo que hace a la punibilidad, se impondrá por este delito pena de prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa, en términos del párrafo inicial del artículo 424. Respecto a la reparación del daño, ha de considerarse lo dispuesto en el artículo 428, según el cual: “Las sanciones pecuniarias previstas en el presente título se aplicarán sin perjuicio de la reparación del daño, cuyo monto no podrá ser menor al cuarenta por ciento del precio de venta al público de cada producto o de la prestación de servicios que impliquen violación a alguno o algunos de los derechos tutelados por la Ley Federal del Derecho de Autor”.

3. USO INDEBIDO DE OBRAS PROTEGIDAS

Noción. En términos de la fracción III del artículo 424, se impondrá pena: “A quien use en forma dolosa, con fin de lucro y sin la autorización correspondiente obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor”. El texto vigente de esta fracción data de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de mayo de 1999, por la cual la hipótesis de piratería que preveía originalmente esta disposición se trasladó a los artículos subsiguientes regulándose con mayor detalle, quedando en este numeral solo la hipótesis típica de “uso”.

En su oportunidad, algunos autores criticaron esta reforma, toda vez que entre los derechos patrimoniales previstos en la legislación de la materia no se incluía el derecho a autorizar el “uso”, de modo que había falta de sintonía entre este verbo y el marco jurídico específico de la materia. En esta tesitura, Rangel Ortiz apuntó que las normas en materia de derechos patrimoniales “en ningún momento se refieren de modo igualmente explícito a la posibilidad que el titular del derecho pueda o no autorizar el uso de una obra protegida”. De este modo, sorprende este delito de “uso no autorizado” de la obra, ya que “la norma que trata de los derechos del titular del derecho de autor sobre una obra, en ningún momento

se refiere al uso no autorizado a la obra como una de las conductas que los titulares de los derechos patrimoniales están legitimados a prohibir o autorizar”.²⁴

Las actividades que los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir en relación con la obra se enuncian en el artículo 27 de la LFDA. Efectivamente, dicho precepto no menciona el “uso” de la obra como una actividad que pueda ser o no autorizada por el titular. De las actividades que sí se mencionan, podrían considerarse como “uso” de la obra la comunicación o transmisión pública, y en general, cualquier otra actividad que no constituya piratería, esto es, que no implique reproducción de la obra original en el entendido de producción de copias.

Tipo objetivo. Respecto a los elementos objetivos del tipo previsto en la fracción III del artículo 424 puede señalarse lo siguiente:

A) *Sujetos.* El tipo no exige ninguna calidad para el sujeto activo de este delito, esto es, la conducta podrá ser cometida por cualquier persona. Por lo que hace al sujeto pasivo, este corresponde al titular de los derechos sobre la obra, sea el autor o sus causahabientes, en términos de la legislación en la materia.

B) *Conducta.* Se trata de un tipo de acción, descrita con el verbo “usar”. Este verbo tiene diversas acepciones; ha de entenderse como la actividad de hacer servir una cosa para determinado propósito o para algo. El “uso” que se da depende de la naturaleza de la cosa, en este caso, la forma en la cual se presenta la acción de “usar” estará en función del tipo de obra protegida de que se trate.

En atención a lo dispuesto en el artículo 17 de la LFDA, el “uso” de una obra puede consistir en comunicación pública a través de representación, recitación y ejecución; exhibición pública; transmisión pública, retransmisión o radiodifusión; así como utilización para la realización de obras derivadas como traducción, adapta-

²⁴ RANGEL ORTIZ, Horacio, “La Reforma Penal y la Propiedad Intelectual”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 29, 1999, p. 233.

ción, paráfrasis, arreglos y transformaciones. Tratándose del caso específico de programas de cómputo o *software*, el uso se entiende como la instalación y operación del mismo en un equipo de cómputo adecuado.

El tipo incluye como elemento normativo la realización de la conducta sin la autorización correspondiente. Se trata aquí de una ausencia de consentimiento del titular del derecho autoral sobre el uso concreto que de la obra lleva a cabo el sujeto activo. La presencia del consentimiento hace lícita la utilización de la obra, y por tanto, atípica la conducta.

Cabe recordar que la LFDA permite el uso libre de una obra, aun sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, cuando es con un propósito informativo, educativo u otro análogo. Las utilidades permitidas se mencionan en el artículo 148, entre otras la cita de textos, la reproducción para la crítica e investigación o la copia privada. A su vez, el artículo 149 dispone ciertas actividades que podrán realizarse sin autorización del titular de los derechos. En conjunto, se trata de los llamados “usos honrados”, que además de estar autorizados por la legislación de la materia, resultan atípicos puesto que un requisito para su procedencia es que se realicen sin fines de lucro.

C) *Objeto*. En el caso de este delito, la conducta recae sobre la obra protegida que es “usada” de forma indebida. Como ya se ha señalado, son obras protegidas las descritas en el artículo 3° de la LFDA. El objeto jurídico es el derecho exclusivo que el titular tiene sobre la obra protegida, en concreto, la potestad de autorizar los términos de la comunicación o exhibición pública, la transmisión y radiodifusión, u otros posibles usos acordes a la naturaleza de la obra en concreto.

Tipo subjetivo. El delito podrá cometerse únicamente de forma dolosa. La descripción típica hace mención explícita de esto, al señalar que la acción (uso) debe realizarse “en forma dolosa”. Más que un elemento subjetivo adicional, se trata de una mención redundante

que nada añade a la caracterización del delito. En dado caso, si el propósito del legislador fue determinar la impunidad de los usos indebidos no intencionales de la obra, esto está hecho ya, pues según el modelo *numerus clausus* adoptado por la legislación penal, sólo son punibles a título de culpa los delitos enumerados en el segundo párrafo del artículo 60 del propio Código Penal Federal.

Por otra parte, la descripción típica requiere como elemento subjetivo que la conducta se realice con fin de lucro, esto es, con el propósito de obtener alguna ventaja, utilidad o beneficio de carácter económico.

Punibilidad. Por lo que hace a la punibilidad, se impondrá por este delito pena de prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa, en términos del párrafo inicial del artículo 424. Respecto a la reparación del daño, ha de considerarse lo dispuesto en el artículo 428, antes mencionado.

4. PIRATERÍA

Noción. En términos de la fracción I del artículo 424 bis, se impondrá pena: “A quien produzca, reproduzca, introduzca al país, 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, con fin de especulación 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”.

El texto vigente es producto de dos reformas; en principio, el delito previsto en este apartado fue tipificado en la fracción III del artículo 424, cuando la adición del Título Vigésimo Sexto al Código Penal, en diciembre de 1996. En un segundo momento, y a unos meses de la entrada en vigor de esa reforma, la fracción fue modificada por decreto publicado en el Diario Oficial el 19 de mayo de 1997, para incorporar algunas precisiones que el legislador había pasado por alto, como son la inclusión entre los verbos típicos de

la acción de reproducir, y los elementos normativos de la determinación legal de las obras protegidas y la falta de autorización del titular del derecho.

Posteriormente, con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de mayo de 1999, se adicionaron los artículos 424 bis y 424 ter, trasladándose la hipótesis delictiva al artículo 424 bis. Asimismo, esta reforma sustituyó la expresión “escala comercial” que aparecía en el texto anterior, por la de “especulación comercial”, precisión que resultó adecuada, en tanto permitió determinar la actividad ya no cuantitativa sino cualitativamente. Es así como se consolida en esta fracción el ilícito de “piratería”, conducta que según se comentó con antelación, no tiene esa denominación jurídica explícita, pero así se le conoce comúnmente a la vulneración del monopolio de explotación de la obra, expresado en dos derechos patrimoniales principales: el de reproducción y el de distribución de dichas reproducciones (copias).

Según apunta Lipszyc, “piratería” de obras y productos culturales es: “la conducta antijurídica típica contra el derecho exclusivo de reproducción. Consiste en la fabricación, la venta y cualquier forma de distribución comercial, de ejemplares ilegales (libros e impresos en general, discos, casetes, etc.), de obras literarias, artísticas, audiovisuales, musicales, de las interpretaciones o ejecuciones de estas, de programas de ordenador y de bancos de datos”.²⁵

La mencionada reforma de 1999 por la cual se adicionó el artículo, se acompañó de modificaciones relevantes en materia procesal. Se reformó el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales (aplicable hasta la entrada en vigor para el ámbito federal del Código Nacional de 2014), el cual establece el listado de delitos graves, entendidos como aquellos que afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad. Se incorporó a dicho catálogo de delitos el previsto en el 424 bis, con las importantes

²⁵ LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, pp. 560-561.

consecuencias procesales que ello conlleva: improcedencia de liberación provisional, procedencia del arraigo, aplicación de medidas de investigación como la intervención de comunicaciones, entre otras. *Tipo objetivo.* Respecto a los elementos objetivos del tipo previsto en la fracción I del artículo 424 Bis ha de señalarse lo siguiente:

A) *Sujetos.* No se prevé ninguna calidad específica que deba cumplir el sujeto activo de este delito, de modo que la conducta podrá ser cometida por cualquier persona. El sujeto pasivo es el titular de los derechos patrimoniales sobre la obra, quien tiene la potestad de determinar y autorizar la reproducción, distribución y demás actividades conducentes a la explotación de la obra. Podrá tratarse del autor, sus herederos o un tercero al que le hayan sido transmitidos dichos derechos mediante contrato, en términos de la legislación en la materia.

B) *Conducta.* Se trata de un tipo de acción, la cual es descrita con ocho verbos distintos, cada uno de los cuales constituye una forma de consumar el delito, presentándose así una descripción casuística alternativa. El legislador ha seguido el modelo de tipificación que la doctrina denomina “descripciones-río”, característico de las familias de delitos establecidas en derredor a un objeto ilícito. Con este esquema, se pretende sancionar todas las diversas etapas del ciclo de explotación de un objeto ilegal (en este caso la copia no autorizada, o copia pirata de una obra protegida por el derecho de autor), desde la producción hasta la oferta al consumidor final, incluyendo el transporte y almacenaje.

El problema con este modelo de tipificación es que sanciona como piratería consumada y dispone la misma pena para actividades que resultan de distinta lesividad, lo cual puede contrariar principios constitucionales del derecho penal como el de proporcionalidad. Por señalar un ejemplo, el tipo equipara la producción de la copia, que es precisamente la vulneración primaria del derecho autoral y conlleva un resultado material, con el almacenaje, que es una hipótesis de mera actividad y resultado formal, que bien podría

sancionarse como cooperación o complicidad en el delito primario, pero no necesariamente como autoría directa.

Las actividades previstas por el tipo son:

- i) *Producir*. Consiste en la fabricación, elaboración, impresión o creación material, por el medio o la técnica pertinente, de la copia de la obra. La naturaleza de la obra determinará el proceso técnico y los materiales necesarios para llevar a cabo la producción de la copia.
- ii) *Reproducir*. Literalmente “volver a producir”, se entiende como el proceso por el cual se produce un número determinado de copias del objeto. La reproducción es definida en el artículo 16 de la LFDA como uno de los actos a través del cual la obra se hace del conocimiento público, y consiste en: “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”. En el mismo sentido, para la OMPI, reproducción: “es la realización de uno o más ejemplares (copias) de una obra o de una parte sustancial de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual. El tipo más común de reproducción es la impresión de una edición de la obra”.²⁶
- iii) *Introducir al país*. Conlleva la “importación” de reproducciones o copias ilícitas de una obra fabricadas en el extranjero.
- iv) *Almacenar*. Se trata de la actividad consistente en guardar o depositar las reproducciones piratas. Como en todo proceso productivo, suele mediar tiempo entre el momento en que el objeto es producido y su puesta a disposición del público, así como su efectivo consumo. Almacenaje es toda conservación o resguardo de las reproducciones, en bodegas u otros sitios destinados para ello, en tanto esperan ser ofrecidas al público, o bien efectivamente comercializadas.

²⁶ *Glosario de Derecho... op. cit.*, p. 223.

- v) *Transportar*. Simplemente, llevar los objetos de que se trata de un lugar a otro.
- vi) *Distribuir*. El proceso por el cual la mercancía, en este caso las copias ilícitas de la obra, se dispone, traslada y entrega desde el sitio en que es producida o almacenada, hasta los puntos de venta en que se ofrecerá al consumidor.
- vii) *Vender*. El acto de comercio por antonomasia, consistente en la transmisión al consumidor de la propiedad del bien ilícito, a cambio del pago de un precio determinado por el vendedor pirata.
- viii) *Arrendar*. A diferencia de la venta, que significa la entrega definitiva del bien, en esta modalidad se transfiere una posesión temporal de la copia pirata, a cambio del pago de una cantidad de dinero determinada por el pirata.

El tipo exige como elemento normativo que las anteriores actividades se efectúen sin la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos conexos. Es irrelevante típicamente si el pirata actúa contrariando una oposición expresa del titular del derecho, o si lo hace totalmente a sus espaldas, sin conocimiento de aquel sobre la actividad. En su caso, la autorización expresa deberá darse de acuerdo a lo regulado por la legislación de la materia, de modo que no basta para la atipicidad el consentimiento simple.

Por otra parte, se apunta que el tipo originalmente creado en 1996 requería que las anteriores actividades se desarrollaran a “escala comercial”. Sobre dicho requisito de “escala comercial”, Lipszyc apuntaba que: “es un concepto que deberá aplicarse teniendo en cuenta las circunstancias que acompañen la fabricación. Entre los factores que deberán tener en cuenta los tribunales, figuran la cantidad de productos fabricados, la manera en que han sido, son o serán utilizados y la voluntad de obtener beneficio”.²⁷

Ahora esto ya no se menciona (el requisito fue sustituido en 1999 por un dolo específico de “especulación comercial”); sin embargo,

²⁷ LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, p. 561.

para una interpretación restrictiva del tipo de piratería, debería considerarse que las anteriores actividades han de denotar objetivamente la dimensión comercial, de modo que se les pueda distinguir de otras reproducciones de uso privado. Así, por ejemplo, sacar fotocopias de un libro no sería de ningún modo piratería, puesto que la copia de alcance privado está autorizada por la legislación. Como aclara Parra Trujillo: “las copias piratas se hacen en cantidades industriales y con fines de lucro (uso ilícito). Y es que no debe confundirse la copia privada (la cual está permitida y es un límite al derecho pecuniario), con la copia pirata (la cual está prohibida y es una violación al derecho pecuniario). La remuneración por copia privada no se extiende a las copias piratas ni las legaliza, pues estas copias no son para uso personal y privado del copista, ni son realizadas sin fines de lucro”.²⁸

C) *Objetos*. En este renglón, es pertinente distinguir entre el objeto material que es producido, almacenado, distribuido, vendido y/o arrendado, y el objeto intelectual que es reproducido de forma indebida. Es decir, por un lado está la cosa que se fabrica y/o vende (una copia pirata) y por otro la obra que se copia indebidamente (el original objeto de la protección autoral). La conducta ilícita implica a ambos simultáneamente, toda vez que la obra protegida es de naturaleza intelectual y requiere de la copia para verse materializada; correlativamente, la copia fabricada sólo tiene existencia como tal en función del objeto intelectual que representa.

El tipo menciona que las conductas recaen sobre “copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor”. La redacción es poco afortunada, en tanto parece dar a entender que las copias de obras, los libros y otros objetos materiales pueden ser el objeto protegido, lo que es un error conceptual. Según aclara Rangel Ortiz, se trata de una con-

²⁸ PARRA TRUJILLO, Eduardo de la, “Comentarios a las Reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor”, en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año III, núm. 8, mayo-agosto de 2004, p. 110.

fusión por la mezcla entre “las referencias a la obra y al continente de la obra, como si ambos fueran nociones equiparables (...) El derecho de autor protege obras, independientemente de que la obra (literaria) esté contenida en un libro, folleto, manuscrito, cuaderno o cualquier otro material susceptible de servir de continente de la obra (...) Es cosa averiguada que existen obras propiamente dichas, amparadas por el derecho de autor en sentido estricto y que existen otros objetos –distintos a las obras– que sirven de continentes de las obras, pero que no son las obras amparadas por el derecho de autor”.²⁹

De este modo, ha de aclararse que lo que se protege jurídicamente es la obra, no el continente de la misma; del mismo modo, lo que se distribuye o vende es la copia de la obra, nunca la obra protegida. De ahí que el legislador no haya acertado en su enumeración de objetos del delito. *Lege ferenda*, habría que mejorar la redacción para aclarar que las conductas (producción, distribución, venta) tienen como objeto material las copias o ejemplares de la naturaleza que sea, de obras protegidas por la LFDA.

Por lo que hace al objeto jurídico o bien tutelado, corresponde en este caso al derecho exclusivo que el titular tiene sobre la obra protegida, en concreto, la potestad de autorizar los términos de la reproducción y distribución de la misma.

Tipo subjetivo. Se trata de un delito que únicamente admite la comisión dolosa. La descripción típica hace mención explícita de esto, al señalar que las diversas actividades que consuman el delito deben realizarse “en forma dolosa”. Más que un elemento subjetivo adicional, se trata de una mención redundante que nada añade a la caracterización del delito.

Por otra parte, el tipo requiere que la conducta persiga un fin de “especulación comercial”. No se ha de tratar solamente de un ánimo de obtener cualquier ventaja pecuniaria o beneficio; el fin

²⁹ RANGEL ORTIZ, Horacio, *op. cit.*, p. 235.

“comercial” implica el propósito de llevar a cabo la negociación o tráfico de las copias piratas, de una manera recurrente y estructurada, así sea mínimamente, para sacar utilidades o ganancias.

La adecuada caracterización de la piratería como una industria ilícita requiere que esta intención comercial del sujeto activo, que corresponde al tipo subjetivo, se vea reflejada en la magnitud objetivamente comercial de la conducta, y su eficacia para el establecimiento de un mercado ilícito.

Punibilidad. Por lo que hace a la punibilidad, se impondrá por este delito pena de prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa, en términos del párrafo inicial del artículo 424 Bis. Respecto a la reparación del daño, ha de considerarse lo dispuesto en el artículo 428, ya citado.

5. PIRATERÍA EQUIPARADA (SUMINISTRO DE MATERIA PRIMA)

Noción. El párrafo segundo de la fracción I del artículo 424 bis establece un tipo equiparado al de piratería. Textualmente señala que: “Igual pena se impondrá a quienes, a sabiendas, aporten o provean de cualquier forma, materias primas o insumos destinados a la producción o reproducción de obras, fonogramas, videogramas o libros a que se refiere el párrafo anterior”. Se trata de un delito cuya justificación resulta problemática, toda vez que constituye un adelantamiento de la línea de intervención penal, para establecer la punición de actos que pueden considerarse meramente preparatorios del delito de piratería. La política criminal contemporánea, muy en la línea de adoptar objetivos prevencionistas propios del derecho penal del enemigo, se ha caracterizado por la implementación de estos “tipos de adelantamiento”, en los cuales, se anticipa la pena hasta el extremo de sancionar actitudes “peligrosas” del individuo, o bien, conductas no lesivas en sí mismas, pero que para la

investigación policial es de interés reprimir.³⁰ Jakobs señala que en estos casos, se trata del problema de la “criminalización en el estado previo a una lesión, pensada como ya dada, de un bien jurídico”, un modelo legislativo que suele respaldarse, entre otros, en argumentos preventivo-policiales: “se anticipa la consumación para conceder a la policía la posibilidad de intervenir”.³¹

En el caso del delito que comentamos, el acto preparatorio que se sanciona (el suministro de materia prima) en modo alguno puede considerarse de magnitud suficiente para merecer la punición, pues no implica un quebrantamiento normativo, sino que se trata de una actividad socialmente adecuada. Las materias primas utilizadas para producir fonogramas, libros, etc., son mercancías lícitas, y su comercio es igualmente una actividad lícita, con cuya realización no se pone en peligro ningún bien jurídico.

Al no tratarse de una actividad peligrosa por sí misma, no se puede pensar que la misma constituya un peligro abstracto para ningún bien jurídico. En todo caso, la puesta en peligro o lesión del bien jurídico (derecho de autor) no depende del acto del suministro, sino que es consecuencia inmediata de la consumación del delito ulterior, esto es, de la producción de la copia pirata con los materiales proveídos. Extender la cadena de causalidad hasta el acto previo del suministro, es incluso contrario a las reglas de la imputación objetiva, y a la llamada regla de la prohibición de regreso, que impide precisamente establecer responsabilidad a quien

³⁰ La discusión sobre este tema de los “tipos de adelantamiento” es amplísima, y excede el interés de este trabajo. Como introducción, *cf.*: CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Segunda época, núm. 10, 2002, pp. 47-72; PASTOR MUÑOZ, Nuria, “El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del ‘peligro de peligro’”, en CANCIO MELIÁ, Manuel (coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 523-548.

³¹ JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 293 y ss.

realiza comportamientos inocuos, como es en este caso el tráfico de materias primas lícitas.

El legislador ha pretendido caracterizar esta conducta como indebida, al incluir en la misma un dolo específico, que es el conocimiento de la participación en el delito principal de piratería. Lo que sucede con ello, es que se ignora la distinción entre autores materiales y cómplices, y se pretende castigar a título de autoría conductas de participación, y como hechos consumados simples actos preparatorios.

La redacción de la fracción permite incluso que pueda coexistir el delito equiparado (suministro de materia prima) del segundo párrafo en modalidad consumada, con la tentativa del tipo principal (piratería) del primer párrafo, en el caso en que se obtenga la materia prima, pero la producción se vea impedida por razones ajenas al sujeto activo; lo cual conduce al absurdo de que el suministrador de la materia prima pueda recibir una pena íntegra, pero el pirata, sólo la sanción en grado de tentativa.

Se entiende que el legislador haya establecido este delito, con la intención política-criminal de “cercar” a los piratas, al pretender cortarles el suministro de materiales necesarios para su actividad ilícita. No obstante, la opción elegida es poco acertada, en tanto, como ya se señaló, se adelanta la línea de intervención penal hasta el punto de penalizar conductas de ninguna lesividad, como son la proveeduría de papel, de discos ópticos, de tintas y materiales de impresión, etcétera. En última instancia, lo que convierte en ilícitas esas actividades es la vinculación con el delito de piratería, que ha de establecerse no creando un tipo autónomo, sino mediante el régimen de participación, en concreto, en la modalidad de complicidad con el delito principal.

El error del legislador ha sido considerar que una actividad de colaboración puede sancionarse de forma equiparable al delito consumado. Piénsese en el caso básico del homicidio: es evidente que quien suministra el arma de fuego criminal no comete homicidio

equiparado, tampoco responde en la misma medida que el autor. Si tiene responsabilidad es como partícipe, en tanto presta ayuda o auxilia a la comisión. Lo mismo es aplicable en este caso.

Tipo objetivo. Respecto a los elementos del tipo previsto en el segundo párrafo de la fracción I del artículo 424 bis puede señalarse lo siguiente:

A) *Sujetos.* No se prevé ninguna calidad específica que deba cumplir el sujeto activo de este delito, de modo que la conducta podrá ser cometida por cualquier persona. El sujeto pasivo es el titular de los derechos patrimoniales sobre la obra concreta que sea reproducida con los materiales suministrados, quien tiene la potestad de determinar y autorizar la reproducción y demás actividades tendientes a la explotación de la obra. Podrá tratarse del autor, sus herederos o un tercero al que le hayan sido transmitidos dichos derechos mediante contrato, en términos de la legislación en la materia.

B) *Conducta.* Se trata de un tipo de acción, descrita con los verbos “aportar”, que significa contribuir o dar cierta cosa, y “proveer”, que se entiende como suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un determinado propósito. El precepto señala que la conducta podrá realizarse de cualquier forma, de modo que las circunstancias de comisión resultan irrelevantes: lo mismo es punible el suministro gratuito, que el derivado del tráfico mercantil de esos productos.

Es un tipo penal de mera actividad, que no exige para la consumación la producción de ningún resultado material. Esto, no obstante que, como ya se señaló, la actividad no implica ni lesión ni puesta en peligro del bien jurídico, de modo que, *Lege ferenda*, procedería su destipificación, o bien, una interpretación restrictiva que vincule estrictamente este delito con el ilícito ulterior de piratería, de modo que la sanción se justifique en la colaboración o auxilio en la efectiva producción de copias pirata, mediante el suministro de materiales.

C) *Objetos*. El objeto material de este delito es indefinido, en tanto podrá tratarse de materias primas o insumos de cualquier índole, siempre que sean útiles para la producción de las copias piratas de fonogramas, videogramas o libros. Piénsese, por ejemplo, en papel, tintas para impresión, pegamentos para el proceso de encuadernado, discos ópticos grabables, empaques plásticos, cintas para audio, o cualquier otra mercancía acorde a la naturaleza de la obra a reproducir. Por lo que hace al objeto jurídico o bien tutelado, establecida la vinculación con un delito ulterior de piratería, se trataría en ese caso del derecho exclusivo que el titular tiene sobre determinada obra protegida que es efectivamente reproducida mediante los materiales suministrados.

Tipo subjetivo. Se trata de un delito que únicamente admite la comisión dolosa. La descripción típica hace mención del elemento subjetivo “a sabiendas”, que se interpreta en el sentido de que el sujeto activo ha de tener conocimiento de que los materiales que suministra se destinarán a la producción de copias pirata de obras protegidas. Sobre el alcance de este elemento subjetivo, la adecuada caracterización de esta conducta como colaboración en piratería, requiere que se trate de un conocimiento determinado: esto es, que se sepa que los materiales se destinarán a la reproducción de una obra identificada, y no solamente, que se destinarán a una actividad pirata indeterminada o probable. En esa magnitud, el “dolo de colaboración” lo dará el ánimo del sujeto de suministrar el material no con cualquier fin, sino con la voluntad de que se destine a la realización de una actividad de producción pirata de una obra u obras claramente determinadas.

Punibilidad. Por lo que hace a la punibilidad, se impondrá por este delito pena de prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa, en términos del párrafo inicial del artículo 424 Bis.

6. FABRICACIÓN DE DISPOSITIVOS O SISTEMAS DESACTIVADORES DE PROTECCIÓN DE PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN

Noción. La fracción II del artículo 424 bis señala que se impondrá pena: “A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación”. El tipo está incluido en el mismo artículo que tipifica la piratería; sin embargo, la conducta sancionada en este caso no es propiamente un acto de piratería (reproducción o distribución indebida) de una obra de software protegido por derecho de autor, sino que se trata de un acto preparatorio. Como es sabido, las empresas de programas de computación protegen las copias comerciales de sus obras mediante algún mecanismo técnico que evita que las mismas sean reproducidas o destinadas para usos no autorizados. Dicho “candado” técnico, si bien es infranqueable para los usuarios comunes, puede ser modificado o eliminado cuando el usuario cuenta con los conocimientos técnicos o bien con una herramienta informática destinada para ello.

En este delito, la sanción no se dirige a la reproducción pirata del software, que sería propiamente la piratería, tampoco se sanciona el acto previo consistente en el “rompimiento” o violación del elemento técnico de protección o seguridad que impide la reproducción; en sí, la prohibición penal se dirige a un acto aun anterior, consistente en la conducta de fabricar dispositivos útiles para llevar a cabo ese quebrantamiento de los candados de protección.

En los contextos informáticos, se conoce como *software cracking* precisamente a la intervención indebida que se hace en un programa de computadora, con el propósito de modificarlo o de eliminar los dispositivos de protección que hayan sido establecidos por el fabricante, como pueden ser: protección de copias, versiones de prueba, números de serie, claves de hardware, solicitudes de verificación, entre otros. El delito tipificado en esta fracción no sanciona

en sí ese *cracking*, sino un acto previo al mismo consistente en la “fabricación” de una herramienta que permitirá dicha violación.

Como en otros casos de tipos de adelantamiento, la justificación de esta criminalización es controversial. Claramente, la mera elaboración de una herramienta de *cracking* no constituye aún una lesión a ningún bien jurídico. Desde cierta perspectiva, podría pensarse que se presenta aquí una situación de peligro abstracto, cuando el dispositivo o sistema que se elabora no tiene ningún otro fin lícito, y solamente puede ser destinado a la violación de protecciones de *software*. En esos casos, podría entenderse que se trata de una actividad que presenta cierta peligrosidad objetiva, pues no implica aún la lesión del bien, pero sí la creación de una situación tal en la que es probable que el resultado lesivo se produzca, atendiendo, como ya se dijo, a que el dispositivo no sirve para ninguna otra cosa más que para romper candados de software. Sin embargo, no hay que olvidar que generalmente, en los tipos de peligro abstracto se busca tutelar bienes jurídicos supraindividuales, lo que no se da en este caso.

Para una correcta interpretación sistemática de este delito, cabría distinguir dos situaciones, según si la conducta es realizada por el propio pirata o por un tercero. En el primer caso, si la fabricación del dispositivo es realizada por el mismo sujeto dedicado a la piratería, lo que el legislador ha hecho en esta fracción ha sido equiparar un acto preparatorio al delito consumado. El punto a debatir en este renglón es si dicho acto preparatorio resulta ser lo suficientemente lesivo como para merecer la punición prevista, que es precisamente la del delito consumado de piratería.

Por otra parte, si se asume que la conducta es cometida por un tercero que no participa de manera directa en la reproducción y distribución de *software* pirata, se trataría en este caso de un acto de colaboración. El autor, mediante un pago, facilitaría a un sujeto dedicado a la piratería una herramienta de *cracking* destinada a quebrantar protecciones de *software*. Así visto, se encuentra que

el legislador ha equiparado una actividad de colaboración con la realización de un tipo principal, en una desacertada confusión entre las figuras de autor y de cómplice.

Se trata en conclusión de un tipo penal defectuoso, que *Lege ferenda*, debiera sencillamente eliminarse, pues resulta contrario a la intervención mínima y a la proporcionalidad, al dirigir la maquinaria punitiva a un comportamiento apenas riesgoso para un bien jurídico legítimo, pero de naturaleza eminentemente privada, como son los derechos de autor de las empresas de *software*. La actividad de fabricación de los dispositivos que permiten el *cracking* habría de ser punible como una modalidad de participación en los casos en que efectivamente se utilizaran los dispositivos para la consumación de un delito de piratería. Caso contrario, el comportamiento no debería tener relevancia penal.

Tipo objetivo. Respecto a los elementos objetivos del tipo previsto en la fracción II del artículo 424 Bis ha de señalarse lo siguiente:

A) *Sujetos.* No se prevé ninguna calidad específica que deba cumplir el sujeto activo de este delito, de modo que la conducta podrá ser cometida por cualquier persona. Aunque ello no es relevante para el tipo, puede presumirse que se requiere que el sujeto posea ciertos conocimientos especializados en materia de informática, que son evidentemente necesarios para la realización de la conducta. Respecto al sujeto pasivo, se trataría del titular de los derechos patrimoniales sobre la obra concreta de *software* cuyos mecanismos de protección sean vulnerados mediante el dispositivo, con la consecuente reproducción y distribución ilegal. En el entendido de que los programas de computadora son actualmente producidos y distribuidos por grandes compañías, el sujeto activo será la persona moral titular de los derechos sobre el programa.

B) *Conducta.* Se trata de un tipo de acción, descrita con el verbo “fabricar”, que se entiende como la acción de producir o elaborar un objeto o mercancía a partir de determinada materia prima. El objeto a fabricar por el sujeto activo será un “dispositivo”, que

se entiende como un mecanismo o artificio determinado, o bien un “sistema”, que se entiende como un conjunto de elementos o componentes electrónicos o informáticos, que relacionados entre sí contribuyen a determinado objeto. Tanto el dispositivo como el sistema deberán tener como finalidad desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.

De manera sencilla, una computadora u ordenador es una máquina con capacidad para el almacenamiento y tratamiento de información. En una definición estándar, un programa de computadora u ordenador: “Es un conjunto de instrucciones que, cuando se incorpora a un soporte legible por máquina, puede hacer que una máquina con capacidad para el tratamiento de la información indique, realice o consiga una función, tarea o resultados determinados”.³² El reconocimiento de los programas originales como obras acreedoras a la protección que otorga el derecho de autor es hoy una cuestión fuera de toda duda. Conjuntamente, un programa de computación (software), se entiende generalmente que significa, además del propio programa de ordenador, “la descripción detallada del programa que determina el conjunto de instrucciones que constituyen el correspondiente programa y todos los tipos de material de soporte creados para que contribuyan a la comprensión o aplicación de un programa de ordenador, tales como las instrucciones para el usuario”.³³

Es una práctica usual de los fabricantes y distribuidores de software, establecer una protección a sus productos para evitar, según ya se dijo, que se copien de manera indebida o se destinen a otros usos no autorizados que puedan ser contrarios a los intereses patrimoniales de las compañías de software. Ese tipo de protecciones o candados son de carácter eminentemente técnico y están en constante desarrollo y evolución, ya que las firmas de software invierten

³² *Glosario de Derecho... op. cit.*, p. 53.

³³ *Ibidem*, p. 54.

grandes cantidades de recursos en diseñar nuevos mecanismos de protección más sofisticados y resistentes.

De este modo, no es factible establecer una clasificación exhaustiva de los mismos, aunque a grandes rasgos se señala que las medidas técnicas de protección de las obras pueden clasificarse en dos categorías: a) las que controlan el acceso a las obras, por ejemplo, tecnologías para la identificación del usuario mediante contraseñas, sistemas de codificación o de encriptamiento, que requieren la utilización de una clave adecuada para permitir el acceso; y b) las que controlan la utilización de las obras, que otorgan una protección contra actos que violen derechos exclusivos del titular, como llevar a cabo copias no autorizadas. Entre estas medidas se encuentran el *Serial Copy Management System*, que permite la realización de una sola copia digital del original, o el uso de “marcas de agua” imperceptibles para el usuario, que son códigos digitales que identifican la obra.³⁴

La conducta en este delito, como ya se ha mencionado varias veces, es la producción de cualquier dispositivo que permita desactivar de cualquier forma esos mecanismos de protección del software. C) *Objetos*. El objeto material en este ilícito es el dispositivo o sistema destinado o útil para el *software cracking*. El mismo no está definido, salvo en su sobreentendida naturaleza técnica, de modo que podrá ser de cualquier índole electrónica o informática, siempre y cuando sea útil para el fin señalado. Ahora bien, hay que señalar que la utilización del verbo “fabricar” para describir la conducta ilícita, denota que habrá de tratarse de un dispositivo o sistema con existencia material, esto es, un objeto construido, que al interactuar de alguna manera con el *software*, desactiva su protección. Sin embargo, esto es impreciso, pues es sabido que generalmente el rompimiento de candados de un *software* no lo hacen los piratas mediante dispositivos o mecanismos, sino a través del propio ordenador con lenguaje

³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MORENO, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 134-135.

de programación. Para realizar una copia pirata de un programa de software, se modifica el código del mismo, sea suprimiendo instrucciones o añadiendo otras en un “parche” o *crack*, que evita que el sistema realice el proceso de verificación de autenticidad, o lo engaña con la indicación de que la copia de *software* está verificada o es lícita. De este modo, no es ese “parche” o *crack* un objeto susceptible de ser fabricado, sino un fragmento de programa o serie de instrucciones en lenguaje informático.

Respecto al objeto jurídico susceptible de ser puesto en peligro por este ilícito, establecida la vinculación con un delito ulterior de piratería de software, se trataría en ese caso de los derechos exclusivos del creador y distribuidor del programa de computadora concreto cuya protección es desactivada.

Tipo subjetivo. Se trata de un delito que únicamente admite la comisión dolosa. Por otra parte, la descripción típica requiere como elemento subjetivo que la conducta se realice con fin de lucro, esto es, con el propósito de obtener alguna ventaja, utilidad o beneficio de carácter económico.

Punibilidad. Por lo que hace a la punibilidad, se impondrá por este delito pena de prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa, en términos del párrafo inicial del artículo 424 Bis.

7. VENTA DE COPIAS PIRATAS DE OBRAS PROTEGIDAS EN VÍAS O LUGARES PÚBLICOS

Noción. El primer párrafo del artículo 424 ter señala que se impondrá pena: “a quien venda a cualquier consumidor final en vías o en lugares públicos, en forma dolosa, con fines de especulación comercial, copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, a que se refiere la fracción I del artículo anterior”. La norma a la cual se hace el reenvío es al tipo de piratería de la fracción I del 424 bis, ya antes analizado.

El artículo establece un tipo especial de piratería, determinado por la actividad específica que se realiza, la venta, así como por una circunstancia de lugar, como es el realizarse en vías o lugares públicos. Se trata de la conducta particular de la venta al menudeo, realizada por comerciantes callejeros, informales o ambulantes, que en otros contextos se denominan “manteros”. La norma prevé una pena considerablemente atenuada para estos sujetos, siempre que no participen en otras etapas de la cadena productiva ilícita, caso en el cual se les aplicará el tipo genérico de piratería y su sanción. Además de realizarse en la calle, se exige que la venta al menudeo sea casual o no organizada, al señalarse en el segundo párrafo que en caso de que la venta se realice en establecimientos comerciales, o de manera organizada o permanente, se aplicará el tipo genérico, esto es, el dispuesto en el artículo 424 Bis.

Esta hipótesis atenuada responde a un cierto tinte social, pues es claro que se pretende dar un trato menos severo al vendedor callejero de obras pirata, a quien se presume solamente como un empleado, que además de no beneficiarse con las grandes ganancias de la industria ilícita, posiblemente se encuentre en situación de vulnerabilidad, de modo que se asume su conducta como menos lesiva. No obstante, habría que considerar que una venta es una venta, así se realice en la vía pública o en lugar cerrado. La norma, probablemente, más que dar un trato protector a ciertos sujetos en situación precaria, lo que abre es una vía al mercado ilegal, pues claramente a los piratas les convendrá abandonar todo establecimiento mercantil, pues al vender en la calle no sólo ahorran gastos, sino que la amenaza de la pena resulta menor.

Según Rangel Ortiz, el tipo sugiere “ingenuidad de los redactores”, pues hacer una distinción entre ventas en establecimientos comerciales o de manera permanente y la venta en lugares públicos desconoce el funcionamiento de este negocio ilícito: “es inocente por decir lo menos, pues es bien sabido que si hay un sector hábilmente organizado es precisamente el de los vendedores ambulantes

que realizan todo tipo de ventas callejeras encabezadas por las falsificaciones; de modo que la creencia de que las ventas callejeras de falsificaciones se realizan de manera espontánea, eventual y desorganizada, como probablemente ocurrían las cosas en el México urbano de principios de siglo, refleja una ignorancia de las cosas y una abierta tolerancia al comercio callejero de falsificaciones”.³⁵

Tipo objetivo. Respecto a los elementos objetivos del tipo previsto en el artículo 424 Ter ha de señalarse lo siguiente:

A) *Sujetos.* No se prevé ninguna calidad específica que deba cumplir el sujeto activo de este delito, de modo que la conducta podrá ser cometida por cualquier persona. El sujeto pasivo es el titular de los derechos patrimoniales sobre la obra protegida, quien tiene la potestad de determinar y autorizar la distribución y explotación de la obra. Podrá tratarse del autor, sus herederos o un tercero al que le hayan sido transmitidos dichos derechos mediante contrato, en términos de la legislación en la materia.

B) *Conducta.* Se trata de un tipo de acción, la cual es descrita con el verbo “vender”. La venta es el acto de comercio por antonomasia, consistente en la transmisión al consumidor de la propiedad del bien ilícito, a cambio del pago de un precio determinado por el vendedor pirata. El tipo exige que la venta se realice al consumidor final, esto es, que se trate del último eslabón en la cadena de la industria ilegal. El consumidor final es aquella persona que destina la copia pirata a un uso propio y privado no mercantil.

Se establece como una circunstancia particular de lugar que la venta se realice en vías o lugares públicos. La vía pública no es otra cosa que la calle, el espacio en cualquier población destinado al tránsito o circulación de personas o vehículos. Por lugar público se entenderá todo espacio de dominio común, como son plazas, jardines, espacios culturales y deportivos al aire libre. Podrá incluso tratarse de centros o sitios cerrados, siempre y cuando no sean

³⁵ RANGEL ORTIZ, Horacio, *op. cit.*, pp. 237-238.

de índole privada, sino como ya se dijo, de acceso público, como establecimientos educativos, culturales, deportivos, etc. Asimismo, pueden entenderse como lugares públicos los recintos y vehículos de transporte público.

El párrafo segundo del artículo hace mención expresa de una regla concursal al señalar que en caso de que la venta no cumpla las características mencionadas, esto es, que no se realice en vía o lugares públicos sino en establecimientos comerciales, o que se haga de manera organizada o permanente, se aplicará el tipo genérico de piratería dispuesto en el artículo 424 Bis.

C) *Objetos*. El tipo menciona que el objeto de venta serán “copias de obras, fonogramas, videogramas o libros”. De este modo, el objeto material son las copias piratas de las obras protegidas a que hace referencia el artículo 424 bis, numeral al cual se hace un reenvío explícito. Por lo que hace al objeto jurídico o bien tutelado, corresponde en este caso al derecho exclusivo que el titular tiene sobre la obra protegida, en concreto, la potestad de autorizar los términos de la explotación comercial de la misma.

Tipo subjetivo. Se trata de un delito que únicamente admite la comisión dolosa. La descripción típica hace mención explícita de esto, al señalar que la venta al consumidor final debe realizarse “en forma dolosa”. Más que un elemento subjetivo adicional, se trata de una mención redundante que nada añade a la caracterización del delito. En dado caso, si el propósito del legislador fue determinar la impunidad de la venta “culposa” de la copia pirata de una obra protegida, esto, además de paradójico, está hecho ya, pues sólo son punibles a título de culpa los delitos enumerados en el segundo párrafo del artículo 60 del propio Código Penal Federal.

Por otra parte, el tipo requiere que la conducta persiga un fin de “especulación comercial”. No se ha de tratar solamente de un ánimo de obtener cualquier ventaja pecuniaria o beneficio; el fin “comercial” implica el propósito de llevar a cabo la venta de las copias

piratas de una manera recurrente, para sacar utilidades o ganancias, del mismo modo que se haría con cualquier otra mercancía.

Punibilidad. Por lo que hace a la punibilidad, se impondrá por este delito pena de prisión de seis meses a seis años y de cinco mil a treinta mil días multa, en términos del propio artículo 424 ter. Se trata de una pena atenuada, según ya se dijo, respecto a la que se impone al tipo genérico de piratería.

8. EXPLOTACIÓN INDEBIDA DE UNA INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN

Noción. El artículo 425 señala que se impondrá pena: “al que a sabiendas y sin derecho explote con fines de lucro una interpretación o una ejecución”. Se presenta en este delito una violación a los derechos conexos que se reconocen a los artistas intérpretes y/o ejecutantes. Estos derechos tienen como presupuesto la existencia de una obra original protegida, que es la que puede ser objeto de una interpretación o ejecución.

La LFDA incluye en la categoría de artista intérprete o ejecutante, al actor, narrador, declamador, cantante, músico, bailarín, o a cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística. Entre los derechos que se reconocen a estos artistas se encuentran los de reconocimiento, integridad de su interpretación, remuneración, divulgación y comunicación. El delito de explotación indebida previsto en este artículo vulnera propiamente la dimensión patrimonial de esos derechos conexos.

Tipo objetivo. Respecto a los elementos objetivos del tipo previsto en el artículo 425 ha de señalarse lo siguiente:

A) *Sujetos.* No se prevé ninguna calidad específica que deba cumplir el sujeto activo de este delito, de modo que la conducta podrá ser cometida por cualquier persona. El sujeto pasivo será el artista intérprete o ejecutante, titular de los derechos conexos sobre la interpretación o ejecución que es explotada de forma indebida.

B) *Conducta*. Se trata de un tipo de acción, descrita de forma amplia con el verbo “explotar”. De entre las acepciones de este verbo, el sentido adecuado en este contexto refiere a la acción de sacar provecho u obtener una utilidad de algo, principalmente de alguna clase de industria o comercio. De este modo, no bastará para colmar el tipo el mero uso o utilización indebida, sino que habrá de tratarse de una actividad encaminada al aprovechamiento económico: reproducción, distribución, comercialización o exhibición pública, por señalar algunos ejemplos.

Según el tipo, la explotación habrá de ser “sin derecho”, elemento que además de confirmar la antijuridicidad, lleva a entender que la conducta se realiza sin que exista ningún contrato o título jurídico que faculte al sujeto para llevar a cabo la explotación, con la consecuente violación de los derechos de exclusividad del artista intérprete y/o ejecutante. Asimismo, se entiende que la conducta tampoco se trata de alguna de las limitaciones a los derechos conexos autorizadas por la LFDA.

C) *Objetos*. Por lo que hace al objeto material de este delito, se trata de la interpretación o ejecución que realiza el artista. De acuerdo con el Glosario de la OMPI, una representación o ejecución de una obra se entiende como “la interpretación de una obra mediante acciones tales como la escenificación, recitación, canto, danza o proyección, bien sea a un grupo de auditores o espectadores en presencia de los mismos, o bien transmitiendo la interpretación con ayuda de mecanismos o procesos técnicos tales como micrófonos, radiodifusión o televisión por cable. La representación o ejecución de obras de folklore es compatible con la comprensión general del término «interpretaciones o ejecuciones» de obras literarias y artísticas, que se utiliza en la Convención de Roma. Sin embargo, la representación o ejecución puede consistir también en actuaciones distintas de la representación de la obras, por ejemplo en el caso de las actuaciones de los artistas de variedades”.³⁶

³⁶ *Glosario de Derecho... op. cit.*, p. 178.

Por lo que hace al objeto jurídico o bien tutelado, corresponde en este caso a los derechos conexos o derechos exclusivos que el artista intérprete o ejecutante tiene sobre la interpretación o ejecución, en concreto, la potestad de autorizar los términos de la explotación comercial de la misma, en términos de la LFDA.

Tipo subjetivo. El delito podrá cometerse únicamente de forma dolosa. La descripción típica hace mención explícita de que el sujeto activo debe actuar “a sabiendas”. Más que un elemento subjetivo adicional, se trata de una mención expresa de la naturaleza dolosa del delito, que nada añade a la caracterización del delito. El dolo supone precisamente que el sujeto actúa conociendo los elementos objetivos del tipo, en caso contrario se actúa en error de tipo.

Por otra parte, la descripción típica requiere como elemento subjetivo que la conducta se realice con fin de lucro, esto es, con el propósito de obtener alguna ventaja, utilidad o beneficio de carácter económico. La mención es igualmente redundante, pues como ya se señaló, el verbo “explotar” implica el fin lucrativo.

Punibilidad. Por lo que hace a la punibilidad, se impondrá por este delito pena de prisión de seis meses a dos años o de trescientos a tres mil días multa, en términos del propio artículo 425.

9. FABRICACIÓN O TRÁFICO DE DISPOSITIVOS PARA EL DESCIFRAMIENTO INDEBIDO DE SEÑALES DE SATÉLITE PORTADORAS DE PROGRAMAS

Noción. La fracción I del artículo 426 señala que se impondrá pena: “A quien fabrique, importe, venda o arriende un dispositivo o sistema para descifrar una señal de satélite cifrada, portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal”. Se tipifica en esta fracción un acto preparatorio de la piratería de servicios de radiodifusión, principalmente de canales de televisión de paga. La LFDA reconoce como titulares de derechos conexos a los organismos de radiodifusión, que son aquellas entidades conce-

sionadas o permitidas capaces de emitir señales susceptibles de percepción por parte de una pluralidad de sujetos receptores. Dichas señales suelen ser portadoras de obras protegidas de carácter audiovisual, lo que comúnmente se denominan programas, cuyos derechos de explotación corresponden a los distribuidores legítimos de las señales. La recepción de las señales no es libre, sino que está condicionada a que los consumidores celebren un contrato con la empresa de radiodifusión, que es la encargada de proporcionarles el equipo técnico necesario para decodificar la señal y disfrutar del servicio de acceso a los programas.

La piratería de esas señales es el delito consistente en el acceso a la señal y su decodificación sin autorización del distribuidor legítimo, violando con ello sus derechos exclusivos. Es una piratería particular, en la cual la conducta no se consuma con la reproducción o distribución indebidas de una obra protegida, sino con la facilitación del acceso a un contenido protegido, mediante un dispositivo o un sistema técnico “pirata”, que permite descifrar la señal. El pirata es aquí el sujeto que se dedica al negocio ilícito de producir o comercializar esos receptores piratas que permiten disfrutar indebidamente del contenido audiovisual transmitido por las señales de televisión satelital de paga.

En el delito previsto en la fracción I, la conducta punible no es en sí la recepción y decodificación indebidas de la señal, sino que se sancionan actividades anteriores, como son la fabricación y comercialización de los receptores piratas. De este modo, no se criminaliza aquí al consumidor que se vale de un receptor pirata para acceder a la señal. Sin embargo, dado que el tipo no incluye como elemento subjetivo el ánimo de lucro, puede darse el caso de que no se sancione a quien compra un dispositivo pirata (pues el verbo “comprar” no se incluye en las acciones típicas), pero sí a quien teniendo conocimientos técnicos fabrica un dispositivo pirata para su uso propio (pues el verbo “fabricar” si constituye una acción típica), lo que resulta una clara incongruencia.

Tipo objetivo. Respecto a los elementos objetivos del tipo previsto en la fracción I del artículo 426 ha de señalarse lo siguiente:

A) *Sujetos.* No se prevé ninguna calidad específica que deba cumplir el sujeto activo de este delito, de modo que la conducta podrá ser cometida por cualquier persona. El sujeto pasivo será el distribuidor legítimo de la señal, concretamente un organismo de radiodifusión titular de los derechos conexos sobre las emisiones en términos de la legislación de la materia.

B) *Conducta.* Se trata de un tipo de acción, descrita con los siguientes verbos: “fabricar”, que se entiende como la acción de producir o elaborar un objeto o mercancía a partir de determinada materia prima; “importar”, que se refiere a la introducción en el país de objetos o mercancías fabricadas en el extranjero; “vender”, que se refiere a la transmisión a un consumidor de la propiedad de un objeto o mercancía a cambio del pago de un precio; y “arrendar”, acto por el cual se transfiere la posesión temporal del objeto o mercancía a cambio del pago de una cantidad de dinero.

El objeto a fabricar, importar, vender o arrendar por el sujeto activo será un “dispositivo”, que se entiende como un mecanismo o artefacto determinado, o bien un “sistema”, que se entiende como un conjunto de elementos o componentes electrónicos o informáticos, que relacionados entre sí contribuyen a determinado propósito. Tanto el dispositivo como el sistema deberán tener como finalidad descifrar una señal de satélite, portadora de programas.

De acuerdo con el Glosario de la OMPI, una señal portadora de programas: “Es todo vector producido electrónicamente, que transporta a través del espacio programas de los organismos de radiodifusión. Se entiende por «señal emitida» toda señal portadora de un programa, que se dirige hacia un satélite o pasa a través de él; «señal derivada» es toda señal obtenida por la modificación de las características técnicas de la señal emitida, principalmente para fines de transmisión al público en general. En este contexto, programa significa todo conjunto de imágenes, de sonidos, o de imágenes

y sonidos, registrados (grabados) o no, e incorporados a señales destinadas finalmente a la distribución”.³⁷

El tipo exige que la conducta ha de realizarse “sin autorización” del distribuidor legítimo de la señal. Dicho distribuidor es el organismo de radiodifusión, titular de los derechos conexos, quien tiene la facultad exclusiva de otorgar el acceso a la señal a los consumidores, mediante la celebración del contrato respectivo.

C) Objetos. El objeto material en este ilícito es el receptor pirata, el dispositivo o sistema destinado para el desciframiento indebido de la señal de satélite. Dicho dispositivo no está definido, salvo en su sobreentendida naturaleza técnica, de modo que podrá ser de cualquier índole electrónica o informática, siempre y cuando sea útil para el fin señalado. Respecto al objeto jurídico susceptible de ser puesto en peligro por este ilícito, se trataría en ese caso de los derechos exclusivos del distribuidor de la señal que es susceptible de ser descifrada por el aparato pirata.

Tipo subjetivo. El delito podrá cometerse únicamente de forma dolosa. El tipo no exige ningún otro elemento subjetivo; no obstante, *Lege ferenda*, resultaría necesario que este tipo incluyera, como el resto de los delitos de piratería, el ánimo de lucro.

Punibilidad. Por lo que hace a la punibilidad, se impondrá por este delito pena de prisión de seis meses a cuatro años y de trescientos a tres mil días multa, en términos del encabezado del artículo 426.

10. DESCIFRAMIENTO INDEBIDO DE SEÑALES DE SATÉLITE PORTADORAS DE PROGRAMAS

Noción. La fracción II del artículo 426 señala que se impondrá pena: “A quien realice con fines de lucro cualquier acto con la finalidad de descifrar una señal de satélite cifrada, portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal”. Se trata

³⁷ *Ibidem*, p. 197.

de una descripción típica defectuosa, que incluso resulta incompatible con principios elementales del derecho penal como es el de la máxima taxatividad. Según estableció el legislador en esta fracción, el delito se consumará con la realización de “cualquier acto” tendiente al desciframiento de la señal. Con esta redacción, resulta que se ha de sancionar a título de delito consumado, todo el *iter criminis* de la piratería de servicios de radiodifusión; no importará cuál sea el primer acto preparatorio que lleve a cabo el autor: cualquier acción orientada a la finalidad típica, ya será delictiva, lo cual es claramente incorrecto.

Se estima que este tipo penal es indeterminado, pues ante la imprecisión del legislador, habrá de ser la autoridad judicial la que se encargue de “cerrarlo”, esto es, de determinar cuáles serán los actos que configurarán la conducta típica. Cabe recordar que los tipos indeterminados están prohibidos, por vulnerar el principio de exacta aplicación de la ley penal previsto en el 14 constitucional. *Lege ferenda*, el legislador tendría que establecer como núcleo de este delito el desciframiento de la señal con fines de lucro. Esa debería ser la conducta: descifrar la señal. Establecer que esa conducta es una mera finalidad, como dice la fracción II, es insistir en el adelantamiento de la respuesta punitiva para sancionar actos preparatorios, llegándose ahora al extremo de punir la realización de “cualquier acto”, una indeterminación que es incorrecta.

Tipo objetivo. Respecto a los elementos objetivos del tipo previsto en la fracción II del artículo 426 ha de señalarse lo siguiente:

A) *Sujetos.* No se prevé ninguna calidad específica que deba cumplir el sujeto activo de este delito, de modo que la conducta podrá ser cometida por cualquier persona. El sujeto pasivo será el distribuidor legítimo de la señal, concretamente un organismo de radiodifusión titular de los derechos conexos sobre las emisiones, y único facultado para autorizar la recepción y decodificación de la señal, en términos de la legislación de la materia.

B) *Conducta*. Se trata de un tipo indeterminado, según se ha dicho, pues el delito consiste en la realización de “cualquier acto”. Como elemento normativo, se dispone que la conducta deberá realizarse sin autorización del distribuidor legítimo de la señal, esto es, en violación de los derechos conexos exclusivos del organismo de radiodifusión que emite la señal.

C) *Objetos*. El objeto material es la señal de satélite cifrada, portadora de programas, que pretende ser descodificada por el sujeto activo. De acuerdo con el Glosario de la OMPI, ya citado arriba, una señal portadora de programas es todo vector producido electrónicamente, que transporta a través del espacio programas de los organismos de radiodifusión. Un programa es todo conjunto de imágenes, de sonidos, o de imágenes y sonidos, registrados (grabados) o no, e incorporados a señales destinadas finalmente a la distribución. Respecto al objeto jurídico en este ilícito, se trataría en ese caso de los derechos exclusivos del distribuidor de la señal que es descifrada.

Tipo subjetivo. El delito podrá cometerse únicamente de forma dolosa. La descripción típica requiere como elemento subjetivo que la conducta se realice con fin de lucro, esto es, con el propósito de obtener alguna ventaja, utilidad o beneficio de carácter económico. Por otra parte, el tipo señala que el desciframiento de la señal, antes explicado, debe ser la “finalidad” de la conducta, con lo cual el legislador ha configurado ese elemento como un ánimo específico del sujeto activo. *Lege ferenda*, se estima que ese desciframiento de la señal no debe en forma alguna ser una “finalidad”, sino que debe ser precisamente la conducta, el núcleo del tipo objetivo.

Punibilidad. Por lo que hace a la punibilidad, se impondrá por este delito pena de prisión de seis meses a cuatro años y de trescientos a tres mil días multa, en términos del encabezado del artículo 426.

11. PUBLICACIÓN DE OBRA CON VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PATERNIDAD

Noción. En términos del artículo 427, se impondrá pena “a quien publique a sabiendas una obra substituyendo el nombre del autor por otro nombre”. Se trata en términos simples de la violación del derecho de paternidad sobre la obra; el caso paradigmático de delito contra el derecho moral. La conducta atenta contra el fundamento mismo de la idea de los derechos de autor, que surgen de la estrecha relación que existe entre el creador y su creación intelectual, pues la protección autoral se basa en el reconocimiento de que la obra es expresión de la personalidad misma del autor.

Según explica Lipszyc, en el delito contra el derecho de paternidad: “el agente, debidamente autorizado para utilizar la obra ya sea en virtud de un contrato o de una licencia no voluntaria o, en general, de una limitación legal, lo hace sin respetar los derechos del autor a la paternidad y la integridad de la obra. La lesión al derecho de paternidad tiene lugar, entonces, cuando se omite el nombre del autor (cuando este no quiso permanecer anónimo) o se lo cambia (por ejemplo si el autor eligió un seudónimo y la obra se reproduce o comunica al público consignando el nombre verdadero, o si quiso permanecer anónimo y se indica su nombre o seudónimo)”.³⁸

Según la redacción del tipo penal, no se exige ánimo de lucro ni la presencia de una lesión a derechos patrimoniales. Sin embargo, en adecuada interpretación sistemática con relación a los demás delitos de violación a derechos de autor y piratería, ha de entenderse que en este caso se presenta una lesión mixta, pues la tutela penal sólo se justifica si se presenta una agresión conjunta a los derechos de orden moral y de orden patrimonial. Debe afirmarse que solo el ánimo de lucrar ilícitamente amerita la persecución penal; cuando ese fin de lucro no se presenta, la protección a los derechos del autor

³⁸ LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, p. 558.

puede ser reclamable por vía de la justicia civil o por vía administrativa, pero no es proporcional la vía penal.

De este modo, la violación al derecho de paternidad se da al sustituir el nombre del autor por otro, pero a la vez, se sobreentiende que con ese acto se realiza una infracción del derecho patrimonial, pues al usurpar la autoría de una obra, el autor falso usurpa no sólo el trabajo creativo, sino también la titularidad sobre los beneficios que la publicación y explotación de la obra trae consigo. Peculiarmente, la sanción penal se dirige a quien publica la obra, y no a quien usurpa la paternidad de la obra. De este modo, debe distinguirse este delito de la conducta del “plagio”, que precisamente consiste en el acto por el cual una persona hace pasar como propia la obra creada por alguien más.

De acuerdo con Lipszyc, el plagio: “es el apoderamiento ideal de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios. La infracción al derecho moral del autor plagiado se verifica siempre en su derecho de paternidad, pues el plagiario la sustituye por la propia; en la mayoría de los casos también se lesiona el derecho al respeto y a la integridad de la obra, pues lo corriente es que el plagiario trate de disfrazar el plagio”.³⁹

El plagio completo o total de una obra, también llamado “plagio burdo o servil”, es poco frecuente. Lo habitual es que el infractor intente disimular su acción, presentándose así el llamado por algunos doctrinarios “plagio inteligente”. La naturaleza jurídica del plagio no es del todo clara, pues muchos creen que se trata de un delito, lo que es erróneo, como se ha visto, pues no está tipificado como tal en el código penal. Otros estiman que se trata de una infracción administrativa, y aun hay quienes consideran que no hay norma que le sancione expresamente. Sobre el tema se abundará al final. En este apartado, cabe insistir en que el delito previsto en el artículo

³⁹ *Ibidem*, p. 567.

en comento es diverso del plagio, en tanto la sanción no se dirige a la persona que usurpa la paternidad, sino a un tercero que realiza el cambio de nombre en la publicación de la obra.

Este delito se perseguirá por querrela, según señala el artículo 429.

Tipo objetivo. Respecto a los elementos del tipo previsto en el artículo 427 puede señalarse lo siguiente:

A) *Sujetos.* No se prevé ninguna calidad específica que deba cumplir el sujeto activo de este delito, de modo que la conducta podrá ser cometida por cualquier persona. No obstante, puede presumirse que el sujeto activo será un editor, impresor, divulgador u otra persona que se encargue de llevar a cabo publicaciones de obras protegidas. El sujeto pasivo será el autor legítimo de la obra, cuyo derecho de paternidad es usurpado al sustituir su nombre por el de cualquier otra persona.

B) *Conducta.* Se trata de un tipo de acción, descrita con el verbo “publicar”, que se entiende como la difusión por medio de la imprenta o de otro procedimiento cualquiera, y puesta en el mercado, de un escrito, una imagen u otra obra. En términos de la LFDA, la publicación es la reproducción de la obra en forma tangible y su puesta a disposición del público mediante ejemplares, o su almacenamiento permanente o provisional por medios electrónicos, que permitan al público leerla o conocerla visual, táctil o auditivamente. En el delito, la conducta de publicación está caracterizada por el hecho de que en los ejemplares o reproducciones de la obra, no se señala el nombre del autor verdadero de la misma, sino que se sustituye por cualquier otro nombre; esto es, se usurpa la paternidad de la obra, atribuyéndose falsamente la autoría a un tercero.

C) *Objetos.* El objeto material de este delito es la copia, reproducción o ejemplar de la obra protegida que al ser elaborada y puesta a disposición del público, señala como autor a una persona distinta del autor verdadero. No se exige que se trate de una obra literaria, así que podrá tratarse de cualquier reproducción o ejemplar de obra

protegida en términos de la legislación de la materia. El objeto jurídico son los derechos de autor, tanto morales y patrimoniales, de los que es titular el autor verdadero de la obra.

Tipo subjetivo. El delito podrá cometerse únicamente de forma dolosa. La descripción típica hace mención explícita de que el sujeto activo debe actuar “a sabiendas”. Más que un elemento subjetivo adicional, se trata de una mención expresa de la naturaleza dolosa del delito, que nada añade a la caracterización del delito, como ya se explicó para los tipos anteriores. En otro comentario de *Lege ferenda*, en concordancia con los demás ilícitos en materia de violación a derechos de autor y piratería, cabría establecer en este artículo el ánimo de lucro del sujeto activo.

Punibilidad. Por lo que hace a la punibilidad, se impondrá por este delito pena de prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa, en términos del artículo 427.

L) NOTA ADICIONAL: EL “PLAGIO” DE OBRAS LITERARIAS O ACADÉMICAS

El “plagio” no es un delito, según se vio con antelación. Tampoco está incluido expresamente entre las conductas constitutivas de infracción administrativa. El término no es definido por la LFDA, omisión que no es exclusiva del derecho mexicano, sino que también se observa en otras legislaciones como la francesa, cuyo código de propiedad intelectual no la menciona. Así las cosas, según señala Nettel Díaz: “Estamos aquí frente a una paradoja: el término “plagio” muy utilizado por los escritores y otros artistas para denunciar casos de “usos ocultados” no está tipificado como delito”.⁴⁰

De este modo, el concepto pareciera no existir jurídicamente; sin embargo, aunque la ley no haga mención expresa del término, la conducta constitutiva de plagio sí aparece descrita en la LFDA,

⁴⁰ NETTEL DÍAZ, Ana Laura, “Derecho de autor y plagio”, en *Alegatos*, México, núm. 83, enero-abril de 2013, p. 141.

en tanto es constitutiva de violación a los derechos morales del autor, principalmente el de paternidad. La infracción del derecho de paternidad es la principal diferencia entre el plagio y los delitos como la piratería o infracciones afines, que constituyen violaciones a los derechos patrimoniales del autor. El plagio se presenta cuando se usurpa la autoría de una obra. La conducta de reproducir la obra completa de otro sin su autorización, o una parte considerable de la misma, pero respetando el señalamiento del autor, no sería plagio en este sentido, sino infracción al derecho de reproducción, pudiendo ser piratería cuando se realiza con ánimo de especulación comercial. Para que la piratería pueda considerarse a su vez plagio, debe darse con usurpación del derecho de paternidad, esto es, adjudicando la autoría de la obra a un tercero.

En esa tesitura, de acuerdo con la OMPI, se entiende por plagio “el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados”.⁴¹ De especial interés es el plagio académico, caracterizado no sólo por el contexto en que se presenta, sino a su vez, por sus implicaciones para el desarrollo del conocimiento. Según Toller, el “plagio académico” se presenta “cuanto se ha llevado a cabo una apropiación, literal o sustancial, de ideas, sentencias u obras ajenas, publicadas o inéditas, presentándolas como propias o no citando en las notas al pie con claridad y con exactitud las fuentes utilizadas en cada caso”.⁴² El tema de la originalidad es mucho más sensible en el ámbito académico, pues cuando menos desde la ética del trabajo científico, plagio es no solo la usurpación de las palabras de otro, sino también la reutilización de sus ideas. Esto es diverso del ámbito estético, en el cual no se protege la idea en sí, sino la expresión de la misma en la obra artística. De acuerdo con el mismo Toller:

⁴¹ *Glosario de Derecho... op. cit.*, p. 188.

⁴² TOLLER, Fernando M., “Propiedad intelectual y plagio en trabajos académicos y profesionales”, en *Revista la Propiedad Inmaterial*, núm. 15, noviembre de 2011, Universidad Externado de Colombia, p. 87.

“en la ciencia, y en el Derecho, tomar una solución original, una teoría, un concepto nuevo e importante, expuestos por un autor, y exponerlos o desarrollarlos por uno mismo (...) sin anotar que esas ideas no son de uno, configura lo que aquí se postula como plagio académico”.⁴³

De este modo, plagio es, en el sentido más estricto, reproducir una obra protegida, ya sea total o parcialmente, sin señalar con precisión que se trata de la obra de otro. Esta conceptualización como usurpación de obra ajena, prácticamente no ha cambiado durante siglos; sin embargo, el tema ha sido determinar cuándo el plagio es jurídicamente relevante, de modo que sea debido exigir algún tipo de responsabilidad al plagiario. Sobre esta relevancia del plagio, se han intentado establecer escalas. Hay clasificaciones, como la comentada por Nettel Díaz, que distinguen entre “préstamos” de obras directos e indirectos, así como totales o parciales.⁴⁴ El préstamo directo total constituye plagio cuando una obra se reproduce completamente; el préstamo directo parcial tiene como gran ejemplo la “cita”, es decir, el uso de una parte de una obra. Por lo que hace al préstamo indirecto, puede ser total como en el caso de traducciones o adaptaciones, o parcial, cuando se usa una porción transformada de la obra, como un tema, rasgos de estilo, etcétera.

Al margen de esos criterios, no existe un parámetro estándar aplicable a todos los casos que permita establecer cuándo se ha cometido plagio. Salvo el plagio burdo, que vendría a ser la usurpación del total de la obra, el plagio parcial requiere no sólo la identificación de las porciones de otra obra que fueron reproducidas (lo que se hace cada vez más fácil, gracias a las herramientas tecnológicas, al grado que existe actualmente software anti-plagio), sino a su vez, la valoración sobre si la reproducción fue indebida, o puede inscribirse en alguno de los usos justificables, como el dere-

⁴³ *Ibidem*, p. 88.

⁴⁴ *Cfr.* NETTEL DÍAZ, Ana Laura, *op. cit.*, pp. 143-145.

cho de cita o el ánimo de crítica. La cita está señalada dentro de los denominados *fair uses*, o limitaciones a los derechos patrimoniales exclusivos del autor. En términos de la LFDA, una obra literaria y artística ya divulgada podrá utilizarse, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, para fines de la crítica e investigación científica, literaria o artística; así como cuando se haga una cita de texto, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra.

De este modo, la línea de distinción entre cita y plagio, debe atender a un doble criterio cuantitativo y cualitativo: si bien importa el tamaño de la porción de obra que es utilizada para la cita, es también necesario que la reproducción sea sustancial y conlleve el ánimo de la simulación. La determinación de esto compete a la autoridad, sea administrativa, cuando se abra un proceso de esa índole, o judicial, si el afectado ejercita alguna acción contra el plagiario.

En el derecho mexicano, además de las sanciones que puedan aplicarse de acuerdo al ámbito institucional al que pertenezca el responsable, el plagio puede ser sancionable como una infracción administrativa. El plagio podría considerarse un abuso en el ejercicio del derecho de cita, de acuerdo al artículo 148 fracción I de la LFDA, y ser sancionado como infracción de acuerdo al tipo en blanco de la fracción XIV del artículo 229. Tratándose de plagio con fines de lucro, destaca que en esos casos la violación al derecho moral pierde relevancia frente a la violación al derecho patrimonial, que se presentaría como utilización no autorizada de la obra o como reproducción indebida, pudiendo ser aplicables los tipos de infracción en materia de comercio previstos en el artículo 231. Hay que señalar que en todo caso, la eventual sanción administrativa no excluye la posibilidad de que el afectado pueda ejercer acción civil contra el plagiario. Esto, de acuerdo con la reforma publicada en el DOF el 10 de junio de 2013, que añadió un último párrafo al artículo 213 de la LFDA, según el cual: “Para el ejercicio

de las acciones derivadas de la presente Ley y su Reglamento no será necesario agotar ningún procedimiento ni acción previa como condición para el ejercicio de dichas acciones”. Con esta reforma, se superaron criterios jurisprudenciales vigentes anteriormente, que condicionaban la procedencia de la acción civil de indemnización por daños y perjuicios, a la declaración previa de la autoridad administrativa sobre la existencia de alguna infracción.⁴⁵

⁴⁵ *Cfr.* IBARRA SALAZAR, Gisela, “Recientes reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor: señalamiento expreso de la independencia del ejercicio de las acciones administrativas y civiles”, en *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, México, Nueva Época, Año 2, Núm. 3, octubre de 2013-marzo de 2014, pp. 70-77.