

OBON ABOGADOS S. C.
Periférico Sur núm. 4225 Desp. 1
Edificio Pentatorre,
Col. Jardines en la Montaña, Delegación Tlalpan,
CP 14210, México, D. F.
Tels. 56306304, 56306648, 56307191, 56303899
e-mail:jramonol@obon.com.mx

INSTITUTO FEDERAL DE COMUNICACIONES,
C.C. COMISIONADOS DEL INSTITUTO MEXICANO DE
TELECOMUNICACIONES.

Presente.

Juan Ramón Obón León, Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, especialista en derechos de autor, conexos y en sociedades de gestión de derechos y legislación de los medios, señalando como domicilio para recibir toda clase de notificaciones el que se indica, con el debido respeto vengo a comparecer a esta consulta pública en los siguientes términos:

Con respecto al proyecto que se ha sometido a consulta pública con relación al Acuerdo mediante el cual se emiten los “Lineamientos generales en relación con lo dispuesto por la fracción I del Artículo 8º Transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Telecomunicaciones”.

1.- Planteo General.

El Proyecto establece dentro de sus considerandos la competencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones,

conforme la reforma sufrida por el artículo 28 Constitucional, estableciendo que es un órgano autónomo que tiene por objeto el desarrollo eficiente

OBON ABOGADOS S. C.

de la radiodifusión y las telecomunicaciones de acuerdo a lo establecido por la propia Constitución y en los términos establecidos por las leyes.

Así mismo se indica que en términos del artículo 9º fracciones I, II y III del EOIFT (Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones) tiene las atribuciones de “planear, formular y conducir las políticas y programas así como regular el desarrollo de las telecomunicaciones y la radiodifusión en el ámbito de las atribuciones que le confiere al Instituto la Constitución y las leyes; regulando, promoviendo y supervisando el uso, aprovechamiento y explotación eficiente del espectro radioeléctrico, los recursos orbitales, los servicios satelitales, las redes de telecomunicaciones y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como el acceso a infraestructura activa, pasiva e insumos esenciales; y de igual forma, expedir disposiciones administrativas de carácter general en materia de telecomunicaciones, radiodifusión y competencia”.

Bajo esta base cabe señalar una primera observación: Ninguna de esas facultades o atribuciones otorgadas al Instituto Federal de Telecomunicaciones, le faculta para afectar una legislación federal como es la Ley Federal del Derecho de Autor ni tampoco a los propios tratados internacionales que en esta materia México, tiene suscritos y ratificados los cuales conforme al artículo 133 de la Constitución, están por encima de las leyes federales y sólo por debajo de la Constitución; criterio éste que

constituye jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.(Ref. Número P. LXXVII/99, correspondiente a la Novena Época, y es visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, página 46. TRATADOS

OBON ABOGADOS S. C.

INTERNACIONALES SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.)

En este sentido y atendiendo al considerando SEGUNDO, que se encabeza con el título “**Servicios públicos de interés general y derechos humanos**”, tampoco los argumentos ahí vertidos permiten que se afecten los derechos de autor y conexos protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor. En tal sentido hay que tener presente el contenido y alcance del artículo 1º de esa Ley, que a la letra expresa:

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

Bajo ese orden de ideas, el precepto transcrito no sólo contempla como sujetos protegidos por esta Ley a los autores de obras literarias y artísticas, sino también a los

productores de obras audiovisuales entre los que se encuentran los productores cinematográficos, así como aquellos protegidos bajo el rubro de “derechos conexos” que comprenden entre otros, a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión.

OBON ABOGADOS S. C.

En este sentido el numeral que se invoca refleja el cumplimiento de los compromisos internacionales que deriven de la firma de los tratados y convenciones, que a continuación se enlistan:

- Convención Universal sobre Derecho de Autor, revisada en París el 27 de Julio de 1971. (Decreto que la promulga, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 9 de marzo de 1976).

Artículo I.- Cada uno de los Estados contratantes se compromete a adoptar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura.

- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, hecha en París Francia, el 24 de julio de 1971 (Decreto que la promulga, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de enero de 1975).

Artículo 1.- Los países a los cuales se aplica el presente Convenio están constituidos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y

artísticas.

OBON ABOGADOS S. C.

Artículo 19.-Las disposiciones del presente Convenio no impedirán reivindicar la aplicación de disposiciones más amplias que hayan sido dictadas por la legislación de alguno de los países de la Unión.

Artículo 20.-Los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio. Las disposiciones de los Arreglos existentes que respondan a las condiciones antes citadas continuarán siendo aplicables.

Artículo 36.- 1) Todo país que forme parte del presente Convenio se compromete a adoptar, de conformidad con su Constitución, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Convenio.

2) Se entiende que, en el momento en que un país se obliga por este Convenio, se encuentra en condiciones conforme a su legislación interna, de aplicar las disposiciones del mismo.

· Convención sobre la Protección Internacional de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión firmada en Roma, Italia, el 26 de octubre de 1961 (*Decreto por el que se promulgó el texto de la Convención, publicado en el*

Diario Oficial de la Federación del 27 de mayo de 1964; Decreto por el que se aprueba, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1963)

OBON ABOGADOS S. C.

· Convenio sobre la Distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite. (*Decreto que la promulga, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 6 de mayo de 1976*).

Importante destacar en la parte Introdutoria, el reconocimiento que se hace de “la importancia que tienen en esta materia los intereses de los autores, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión”, y el convencimiento de que “se ha de establecer una reglamentación de carácter internacional que impida la distribución de señales portadoras de programas y transmitidas mediante satélite, por distribuidores a quienes esas señales no estén destinadas” (sic)

Artículo 2.- 1) Cada uno de los Estados Contratantes se obliga a tomar todas las medidas adecuadas y necesarias para impedir que, en o desde su territorio, se distribuya cualquier señal portadora de un programa, por un distribuidor a quien no esté destinada la señal, si ésta ha sido dirigida hacia un satélite o ha pasado a través de un satélite. La obligación de tomar esas medidas existirá cuando el organismo de origen posea la nacionalidad de otro Estado Contratante y cuando la señal distribuida sea una señal derivada” (...)

Nota: Si bien este tratado atiende a la hipótesis se refiere a los satélites de punto a punto y no de emisión directa como actualmente sucede, el principio que

sustenta de proteger los derechos de los autores y aquellos conexos, sigue estando vigente. Tales disposiciones convencionales internacionales pues,

OBON ABOGADOS S. C.

han de aplicarse analógicamente en beneficio de los sujetos protegidos.

· Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) 1996. (*Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 15 de marzo del 2002*)

Preámbulo.- *Las Partes Contratantes, Deseosas de desarrollar y mantener la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas de la manera más eficaz y uniforme posible, Reconociendo la necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos, Destacando la notable significación de la protección del derecho de autor como incentivo para la creación literaria y artística, Reconociendola necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna, han convenido lo siguiente:*

Artículo 1.- Relación con el Convenio de Berna.- 1) El presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del [Artículo 20 del Convenio de Berna](#) para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión

establecida por dicho Convenio. El presente Tratado no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado.

2) Ningún contenido del presente Tratado derogará las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

· Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) 1996. (*Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2002*).

· OBON ABOGADOS S. C.

Artículo I.- Relación con otros Convenios y Convenciones.

1). Ninguna disposición del presente Tratado irá en detrimento de las obligaciones que las Partes Contratantes tienen entre sí en virtud de la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión hecha en Roma el 26 de octubre de 1961 (denominada en adelante la “Convención de Roma”) (...)

· Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 1993 con entrada en vigor el 1º de Enero de 1994*).

Capítulo XVI “Propiedad Intelectual”.

Sección B.- Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Artículo 16-09.- Protección de los derechos de autor y

derechos conexos.

1. Cada Parte protegerá los derechos morales y patrimoniales de los autores de las obras comprendidas en el Artículo 2 del Convenio de Berna, incluyendo cualesquiera otras que incorporen una expresión original en el sentido que confiere a este término ese Convenio, tales como los programas de computación, o las compilaciones de datos que por razones de selección, compendio, arreglo o disposición de su contenido constituyan creaciones de carácter intelectual.

3. Cada Parte otorgará a los autores o a sus causahabientes los derechos que se enuncian en el Convenio de Berna, con respecto a las obras contempladas en el párrafo 1, incluyendo el derecho de autorizar o prohibir: (Entre otros): La comunicación al público; la reproducción por cualquier medio o bajo cualquier forma; cualquier forma de utilización, proceso o sistema conocido o por conocerse.

5. Cada Parte dispondrá que para los derechos de autor y derechos conexos:

a. cualquier persona que adquiera o detente derechos patrimoniales pueda, libremente y por separado, transferirlos mediante contrato para efectos de explotación y goce por el cesionario; y

OBON ABOGADOS S. A

b. cualquier persona que adquiera y detente esos derechos patrimoniales en virtud de un contrato, incluidos los contratos de empleo que impliquen la creación de cualquier tipo de obra y de fonogramas, tenga la capacidad de ejercitar esos derechos en nombre propio y de disfrutar plenamente los beneficios derivados de tales

derechos.

6. Cada Parte circunscribirá las limitaciones o excepciones a los derechos que establece este artículo a casos especiales determinados que no impidan la explotación normal de la obra, ni ocasionen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del derecho.

Artículo 16-12.- Organismos de radiodifusión

1. Cada Parte otorgará a los organismos de radiodifusión el derecho de autorizar o prohibir:

- a. la fijación y reproducción de las fijaciones de sus emisiones;
- b. la retransmisión y la distribución por cable, fibra óptica o cualquier otro medio, así como la comunicación al público de sus emisiones; y
- c. la recepción de sus emisiones con relación a actividades comerciales.

2. Las infracciones a los derechos citadas en el párrafo 1 serán causa de responsabilidad civil, conjuntamente o no con la penal, de acuerdo con la legislación de cada Parte.

Artículo 16-13.- Protección de señales de satélite cifradas portadoras de programas.

Cada Parte establecerá como causa de responsabilidad civil, conjuntamente o no con la penal, de conformidad con su legislación, la recepción en relación con actividades comerciales, o la ulterior distribución de una señal de satélite cifrada portadora de programas, que ha sido recibida sin autorización del distribuidor legítimo de la señal.

OBON ABOGADOS S. C.

· ADPIC's.- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio.- *(Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre de 1994).*

En el preámbulo de este Acuerdo se establece con claridad “la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo”. En ese preámbulo

también se reconocen: “los objetivos fundamentales de política general pública de los sistemas nacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual con inclusión de los objetivos en materia de desarrollo y tecnología”.

Artículo 1.- Los Miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo. Los Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos.

Artículo 2.2).- Ninguna disposición de la Parte I a IV del presente Acuerdo irá en detrimento de las obligaciones

que los Miembros puedan tener entre sí en virtud del Convenio de París, del Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual de los Circuitos Integrados.”

Artículo 8.- 1. Los Miembros al formular o modificar sus leyes y Reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socio económico y tecnológico siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.

OBON ABOGADOS S. C.

Artículo 13- Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Artículo 14. 3.- Los Organismos de Radiodifusión tendrán el derecho de prohibir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: La fijación, la reproducción de las fijaciones y la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones así como la comunicación al público de sus emisiones de televisión. Cuando los miembros no concedan tales derechos a los Organismos de Radiodifusión, darán a los titulares de los derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones la posibilidad de impedir los actos antes mencionados, a reserva de lo dispuesto en el Convenio de Berna (1971).

Nota: *El artículo 144 de la Ley Federal del Derecho de Autor, dispone:*

Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de autorizar o prohibir respecto de sus emisiones:

- I. La retransmisión;*
- II. La transmisión diferida;*
- III. La distribución simultánea o diferida, por cable o cualquier otro sistema;*
- IV. La fijación sobre una base material;*
- V. La reproducción de las fijaciones, y*
- VI. La comunicación pública por cualquier medio y forma con fines directos de lucro.*

Conclusión sobre este primer punto

Si bien el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 11 de Junio de 2013, establece dentro de su artículo 6° que “El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet” y que para

OBON ABOGADOS S. C.

tales efectos “establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios” , y que más adelante, dentro de este mismo numeral en su apartado B manifieste que “las telecomunicaciones son servicios públicos de interés general, por lo que el Estado garantizará que sean prestados en condiciones de competencia, calidad, pluralidad cobertura universal, interconexión, convergencia, continuidad, acceso libre y

sin injerencias necesarias (II)” (*Subrayado nuestro*) y que “la radiodifusión es un servicio público de interés general, por lo que el Estado garantizará que sea prestado en condiciones de competencia y calidad y brinde los beneficios de la cultura a toda la población, preservando la pluralidad y la veracidad de la información así como el fomento de los valores de la identidad nacional, contribuyendo a los fines establecidos en el artículo 3° de esta Constitución. (III)”, también lo es que ninguno de estos dispositivos puede afectar los derechos de autor. Y esto se desprende con precisión del propio texto que se comenta, ya que no hay una restricción al respecto. Los puntos acá tratados refieren a la actividad de los concesionarios o permisionarios – como organismos de radiodifusión y específicamente en el área de la televisión – pero ello no implica que se aplique de manera arbitraria lo que podría ser una licencia obligatoria confiscatoria.

Ha de tenerse en cuenta que la Ley Federal del Derecho de Autor en su artículo 1° señala como uno de sus objetos la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación. Y tal afirmación tiene una relación directa con lo que dispone el artículo 2° que reputa las disposiciones de ese cuerpo normativo con las características de orden público e interés social. Así pues no debe perderse de vista que precisamente el derecho de autor es un fundamento importante del desarrollo cultural de un pueblo. Y bajo ese esquema, dentro de la Declaración Universal de Derechos del Hombre,

OBON ABOGADOS S. C.

adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el Año de 1948, su artículo 27 consagra dos derechos: Uno el derecho a la cultura, y el otro, el derecho de

autor. Tal numeral expresa textualmente:

“(1) Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

(2) Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de las que sea autora”.

De lo anterior cabe concluir entonces que el derecho de autor, siendo un derecho del hombre, está garantizado por la propia Constitución Política y no sólo como un privilegio temporal según de manera anacrónica lo señala el artículo 28 de la misma, sino como un derecho humano.

Cabe indicar que el mismo texto del Artículo 6° en su apartado B fracción II, al señalar el servicio público de las telecomunicaciones y decir que el Estado garantizará el acceso libre, condiciona a que éste se lleve a cabo sin injerencias arbitrarias. En tal sentido, si para hacer operable este dispositivo a través de un Acuerdo como el que se ha puesto a consulta pública, se pretendiera vulnerar los derechos amparados en el artículo 1° por la Ley Federal del Derecho de Autor, se estaría yendo contra el propio texto constitucional, amén de estarse violando las propias disposiciones de la Ley de Ley Federal del Derecho de Autor y de los Tratados Internacionales que nuestro país tiene suscritos y ratificados, y que al ser vulnerados también se contraviene lo

OBON ABOGADOS S. C.

dispuesto por el artículo 133 de nuestra Carta Magna y la

propia jurisprudencia establecida por nuestro más Alto Tribunal.

En este sentido tampoco puede dársele un alcance mayor al décimo párrafo del artículo 28 constitucional, puesto que el dispositivo indica con precisión que el Estado, sujetándose a las leyes – y esto se subraya – podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos. En tal virtud la fracción I del artículo 8º Transitorio al imponer la obligación a un concesionario que preste servicios de televisión radiodifundida de permitir a concesionarios de televisión restringida la retransmisión de su señal de manera gratuita, está violando una legislación federal como es la del derecho de autor así como los tratados internacionales suscritos en esta materia, de los cuales puede apreciarse sin lugar a duda, de lo que se ha transcrito de éstos en páginas anteriores, que el espíritu fundamental es la protección de los derechos de autor y conexos, y que ese respeto comienza por respetar el principio toral de autorización previa.

Implementar la gratuidad como se pretende en ese artículo OCTAVO Transitorio, es establecer un régimen de una licencia obligatoria del todo ilegal, y que va precisamente en contra del compromiso adquirido por nuestro país a través de la firma de los diversos tratados internacionales de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores o de cualesquiera de otros titulares como en el caso podrían ser los organismos de radiodifusión. Amén de ello no puede pasarse por alto el compromiso tomado por el Estado Mexicano al suscribir el Convenio de Berna y en especial el derivado del hecho de que al firmar dicho instrumento internacional adquirió

OBON ABOGADOS S. C.

el compromiso de a adoptar, de conformidad con su Constitución, las medidas necesarias para asegurar la aplicación de dicho Convenio (*Véase artículo 36.1*)

Así, en conclusión cabe señalar que el Proyecto sometido a consulta no puede contener disposiciones que vayan en contra del texto constitucional. Violentar estos principios estableciendo un régimen prácticamente de licencia obligatoria confiscatoria de derechos de autor y derechos conexos, y de llegar a elevarse a texto constitucional (Y no a través de un simple dispositivo transitorio que no puede ir en contra de una Ley Federal ni mucho menos en contra de un Tratado) esa situación, traería como consecuencia que el Estado Mexicano tuviera que denunciar los tratados internacionales en materia de derechos de autor y derechos conexos que hubiere firmado y ratificado, por no estar en condiciones, conforme a su legislación interna de proteger los derechos de los autores, de sus legítimos titulares, de los productores de obras audiovisuales y de los titulares de derechos conexos como son artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.

2. Sobre los derechos de autor y conexos que se vulneran.

La fracción I del artículo OCTAVO TRANSITORIO del Decreto no tiene un verdadero sustento ni justificación legales, no siendo válido el argumento de que – como el propio proyecto sometido a consulta lo indica dentro del Considerando Tercero

OBON ABOGADOS S. C.

– se está ante un caso de excepción (sic) “para los concesionarios que presten servicios de televisión restringida vía satélite, consistente en que éstos tienen la obligación de retransmitir sólo (sic) las señales radiodifundidas que tengan una cobertura del 50% o más del territorio nacional”.

Tal consideración es contraria al artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC's), el cual expresa con claridad:

“Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”.

Esta disposición tiene clara coincidencia con el artículo 9, párrafo 2) del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, Acta de París de 1971, que a la letra indica:

“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio a los intereses legítimos del autor”.

Si pudiera alegarse que en este caso no se está hablando de “reproducción”, el propio Tratado se encarga de aclararlo en el párrafo 3) de ese artículo 9, cuando señala:

“Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio”.

Luego entonces, la obligación impuesta en la fracción I del artículo OCTAVO Transitorio que se comenta, claramente viola esas disposiciones internacionales pues resulta claro y evidente que al imponer la gratuidad de la disposición de sus propias emisiones en beneficio de un tercero, hay un claro atentado contra la explotación normal de la señal y del contenido de la misma – obras literarias y artísticas – y con claro perjuicio de sus titulares.

3. La fracción I del artículo OCTAVO Transitorio ante la óptica de la Convención de Berna y de las disposiciones aplicables de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Por principio el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, señala como obras protegidas aquellas que bajo el rubro genérico de “obras literarias y artísticas” indica de manera enunciativa en su artículo 2. 1). Bajo este orden de ideas, y siguiendo los lineamientos de la Guía del Convenio de Berna, publicada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (*Documento que evidentemente es importante fuente de interpretación de la normativa, por ser expedida por el organismo rector de este tratado internacional*) se establece el principio de la generalidad de la protección en beneficio de todas las producciones en el ámbito literario, científico o

OBON ABOGADOS S. C.

artístico, estipulando así mismo que “para la determinación de la obra protegida, no debe tenerse en cuenta ni su modo ni su forma de expresión” “En efecto, la obra puede ser comunicada al público de un modo cualquiera (...) también es indiferente la forma de expresión sea cual sea el procedimiento empleado para realizar la obra” (p. 13)

La Guía misma al hablar de las obras cinematográficas a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, apunta que: “Esta asimilación a las obras cinematográficas de las obras televisivas y audiovisuales (en cuanto se expresan por un procedimiento análogo a la cinematografía) reviste gran importancia en la medida en que determina el alcance del régimen jurídico aplicable según el Convenio, a dichas obras cinematográficas. Conviene señalar, por otro lado, que en la enumeración que figura en el primer párrafo del Artículo 2, el Convenio no habla de las “obras radiofónicas” en cuanto tales, pues se considera que la radiodifusión es un modo de explotación de las obras (subrayado nuestro): en efecto, las obras radiodifundidas pueden ser dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, musicales, cinematográficas, etc. A este respecto cabe destacar que el vocablo “radiodifusión” también se aplica a la televisión...” (P. 16 y 17)

Un punto importante que no se ha tomado en cuenta en la redacción de ese Artículo OCTAVO Transitorio que es objeto de comentario, es que no toma en cuenta los derechos que se vulneran independientemente del propio derecho conexo del Organismo de Radiodifusión (Organismos de televisión) y que éstos no son en nuestro país meros transmisores de obras literarias y artísticas amén de otros derechos como aquellos referidos a

eventos deportivos, por ejemplo, sino que también **son productores de sus propios contenidos**. Bajo ese orden de ideas tienen la

OBON ABOGADOS S. C.

característica de titulares de derechos de autor y conexos – referidos específicamente a los artistas intérpretes o ejecutantes-. El carácter de titulares deviene de la propia Ley Federal del Derecho de Autor según lo expresa su artículo **25**, que expresa:

“Es titular del derecho patrimonial el autor, heredero o adquirente a cualquier título”

Este artículo se vincula con el artículo 27 en donde se señalan las facultades que tienen los titulares de los derechos de autor, para autorizar o prohibir el uso o explotación de sus obras mediante – para el caso – la transmisión pública o radiodifusión de sus obras en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por cable, fibra óptica, microondas, vía satélite o cualquier otro medio conocido o por conocer”.

Cabe igualmente señalar que el Organismo de radiodifusión (Empresas de televisión) son adquirentes de derechos bien de programas producidos ([v.gr.](#) series o programas extranjeros) como de derechos de autor y conexos (escritores, directores, compositores y artistas intérpretes o ejecutantes), lo que les permite llevar a cabo la producción de sus propios programas ([vr.gr.](#) telenovelas, programas unitarios, etc.). En tal virtud cuando el Octavo Transitorio que se comenta, intenta que ese organismo de radiodifusión se obligue a permitir a un tercero (concesionario de cable) que explote gratuitamente

su señal, no sólo está implicando dicha señal, sino toda la programación incluida en la misma, por lo que no sólo se afectan los derechos del organismo como concesionario o permisionario, sino como titular de un derecho conexo y de autor, sino también a los autores, directores, fotógrafos, compositores, productores cinematográficos, productores de fonogramas y artistas intérpretes o ejecutantes, cuyos derechos también están claramente vulnerados al no respetarse el principio toral de la autorización previa y, en añadido, al forzarles a la gratuidad por la explotación de su trabajo intelectual, artístico o industrial.

Por otra parte como titular de un derecho conexo, el Organismo de Radiodifusión tiene el derecho de autorizar o prohibir, según el artículo 144 de la Ley Federal del Derecho de Autor, “la retransmisión; la transmisión diferida; la distribución simultánea o diferida por cable o por cualquier otro sistema; la fijación sobre una base material; la reproducción de las fijaciones y la comunicación pública por cualquier medio y forma con fines directos de lucro”.

Alegar razones de utilidad pública para imponer – como de hecho parece ser – una licencia obligatoria que resulta confiscatoria y atentatoria de los derechos de autor consignados en la legislación nacional y en los tratados internacionales firmados por nuestro país – además de manera gratuita, es ir contra el propio espíritu del artículo 147 de la Ley Federal del Derecho de Autor. Dicha disposición que de manera analógica podría aplicarse al caso que nos ocupa, a la letra expresa:

“Se considera de utilidad pública la publicación o traducción de obras literarias o artísticas necesarias para el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación nacionales. Cuando no sea posible obtener el consentimiento del

titular de los derechos patrimoniales correspondientes, y mediante el pago de una remuneración compensatoria, el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Educación Pública, de oficio o a petición de parte, podrá autorizar la publicación o traducción mencionada. Lo anterior sin perjuicio de los tratados internacionales sobre derechos de autor y derechos conexos suscritos y aprobados por México”.

(Subrayado nuestro)

OBON ABOGADOS S. C.

Resulta pues claro que el acceso a una obra considerada de “utilidad pública” requiere en primer lugar del respeto al consentimiento del titular de los derechos patrimoniales correspondientes, así como la remuneración compensatoria correspondiente, y todo ello sin que puedan afectarse los compromisos adquiridos por nuestro país en los tratados internacionales que ha suscrito en esta materia. Así pues, basta este planteo para demostrar que es inoperante e ilegal ese artículo 8º Transitorio que pretende invadir derechos legítimamente adquiridos y protegidos por las leyes y los tratados internacionales.

Consecuentemente, es evidente el carácter confiscatorio del artículo OCTAVO Transitorio que se comenta, no sólo por lesionar y por ende violar los derechos de autor y conexos y de sus titulares, sino los de los propios Organismos de Radiodifusión. Y en adición también se estaría vulnerando el artículo 148 que refiere las limitaciones a los derechos patrimoniales, y que es un claro reflejo del artículo 9 párrafo 2) del Convenio de Berna que se ha transcrito más arriba. En efecto dice el primer párrafo del mencionado artículo 148 de la legislación nacional, que en determinados casos podrán utilizarse

obras literarias y artísticas, cuando éstas ya hayan sido divulgadas y no se afecte la explotación normal de la obra. Cabe señalar que en este numeral, dentro de la casuística que desarrolla no hay mención alguna de que los derechos de radiodifusión o transmisión puedan ser afectados por estas limitaciones.

Para concluir, deseo hacer mención a las ideas del tratadista francés Jose Forns:

OBON ABOGADOS S. C.

“La creación espiritual es un medio de comunicación de los hombres, y la protección de su autor, en lugar de perjudicar su desarrollo, tiende al mejoramiento y engrandecimiento de las artes y de las ciencias, y por ende de la cultura y de la civilización. (...) Toda producción del espíritu es en la cual el autor es el sujeto activo y el público el pasivo. No hay incompatibilidad entre los intereses y derechos de los autores y del público. EL derecho de autor y la cultura forman aspectos complementarios de un todo indivisible. Y la forma de hacerlo aún más eficaz es mediante el reconocimiento y la reglamentación uniforme y universal del Derecho Intelectual”.(*Le Droit de Propriété Intellectuelle dans ses relations avec l'intérêt public et la culture*):

Es un hecho indiscutible que en aquellos países en donde no se protege adecuadamente el derecho de autor, la creatividad nacional decrece. En el caso que nos ocupa, de prosperar ese Decreto que se comenta, se estará vulnerando el derecho de los autores, de los titulares de sus derechos y de los derechos conexos, todos sujetos

protegidos por la Ley; se atentará contra los compromisos internacionales que nuestro país tiene suscritos y ratificados, y ello no sólo en lo que hace a los titulares nacionales, sino a los titulares de derechos de autor y conexos amparados también por nuestra propia Ley bajo el principio internacional de igual trato que al nacional.

Es por esa razón más las expuestas a lo largo de este escrito, que consideramos que esa normativa que se pretende, no puede ni debe ser viable por ser confiscatoria y contraria a los más elementales principios de Justicia.

OBON ABOGADOS S. C.

Lo anteriormente señalado constituye mi opinión personal según mi leal saber y entender sustentada en cincuenta años de ejercicio en esta materia, y de haber sido entre otros: Miembro de la Comisión Jurídica y de Legislación de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), organismo no gubernamental con sede en París que agrupa más de cien sociedades de gestión colectiva de otros tantos países; Secretario de la Comisión Jurídica del Consejo Panamericano de la CISAC; Expositor en diversos eventos para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ; Coordinador por cinco años consecutivos de la Comisión de Propiedad Intelectual de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A. C.; Vicepresidente del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA); abogado de diversas sociedades de gestión colectiva entre las que se pueden enumerar la Sociedad

General de Escritores de México (SOGEM), la Sociedad Mexicana de Directores de Obras Audiovisuales

(DIRECTORES); La Asociación Nacional de Intérpretes (ANDI).

Atentamente
México, D. F. a 18 de Diciembre del 2013.

LIC. JUAN RAMÓN OBÓN LEÓN