Capítulo

IV

Primeras interpretaciones judiciales

1. Comentarios previos

El debate sobre las implicaciones del *must offer* y *must carry* en materia de propiedad intelectual ha comenzado a trascender al ámbito judicial, lo que era de esperarse dada la multiplicidad de intereses contrapuestos involucrados.

Lo que sí ha resultado sorprendente son las primeras interpretaciones surgidas en nuestros tribunales, tanto locales como federales, en donde no sólo se han confundido conceptos básicos del derecho intelectual, sino que se le ha dado al *must offer/carry* un alcance mayor al que le corresponde jurídicamente según la Constitución. Desde luego, esto era algo previsible en cierta manera, dado lo técnico y especializado de todas las figuras involucradas.

Por tal motivo, es necesario estudiar las primeras sentencias dictadas sobre este tema, pues eso nos servirá para conocer el estado de la técnica sobre el objeto de la presente investigación, así como valorar y

sopesar los aciertos y errores que se han producido con los primeros pronunciamientos judiciales.

Si bien, hasta el momento son pocos los casos que tocan la relación entre derechos de autor y *must offer/must carry* (y algunos sólo abordan el tema en forma periférica), resultan ilustrativos sobre el tipo de argumentación jurídica que se está produciendo, como veremos a continuación.

2. Primera Sala de la SCJN y Juzgado Trigésimo Segundo de lo Civil en el Distrito Federal (caso *Dish*)

Se trató de un juicio ordinario civil que derivó en una controversia constitucional,[180] y destaca por ser el primer asunto donde se confrontaron las figuras del *must offer/carry* y los derechos de autor, aunque no se entró al fondo del caso por sobreseimiento; por lo que su valor es, más bien, anecdótico. Empero, la argumentación de los actores involucrados es un claro ejemplo de la confusión entre derechos de autor y derechos conexos, y sus consecuencias en sede de *must offer* y *must carry*.

Para comenzar, es importante destacar que este litigio inició en el año 2011, es decir, antes de la reforma constitucional de telecomunicaciones de 2013 y de la creación del IFT.

---

180 "Son las controversias de carácter jurídico que, como consecuencia de la estructura federal y de la división de poderes en el Estado mexicano, pueden surgir entre diferentes órdenes normativos, entre órganos que pertenezcan a órdenes distintos, así como entre órganos que correspondan al mismo orden". Fix-Fierro, Héctor, y Fix-Zamudio, Héctor, Voz "Controversias constitucionales" en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, 2a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM, 2005, México, p. 111.

En efecto, en pleno debate y conflicto comercial entre Grupo Televisa y Dish, dos empresas del primer grupo (Televimex, S.A. de C.V. y Televisa, S.A. de C.V.) demandaron a la sociedad operadora del sistema de televisión satelital Dish (Comercializadora de Frecuencias Satelitales, S. de R.L. de C.V.) ante un Juez de lo civil en el Distrito Federal, por la violación a diversos derechos exclusivos protegidos por la LFDA por actos de uso, transmisión, retransmisión y transmisión diferida. Se trató de una campaña por "robo de señal" de Televisa contra Dish, que incluyó acciones administrativas ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial[181] y querellas ante la PGR.

En el juicio civil Televisa, S.A. de C.V. fundó su legitimación en su carácter de titular de *derechos de autor* sobre los contenidos audiovisuales que produce, mientras que Televimex, S.A. de C.V., en tanto concesionaria de los canales de televisión abierta, compareció como titular de *derechos conexos* sobre sus señales o emisiones, así como licenciatario de los derechos de autor de Televisa, S.A. de C.V.

Llama la atención el planteamiento en la demanda civil, pues no se trató de un asunto puro de derechos de autor ni puro de derechos conexos, sino que las empresas que Grupo Televisa decidió enviar a combate conjuntaron el peculiar estatus de productores audiovisuales y radiodifusores. Lo más llamativo de la demanda fue que, aunque claramente se identificaban los derechos que le correspondían a cada

[181] El artículo 231, fracción VI, de la LFDA, sanciona como infracción administrativa en materia de comercio: "Retransmitir, fijar, reproducir y difundir al público emisiones de organismos de radiodifusión y sin la autorización debida".

codemandante, en su texto se confundieron y mezclaron los fundamentos legales de cada derecho, invocando, indebidamente, violación a los artículos 27 y 144 de la LFDA en ambos casos, cuando en realidad el artículo 27 se refiere a derechos de autor, mientras que la infracción al artículo 144 es la que contempla los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, como hemos explicado a lo largo de la presente investigación.[182]

Quizás, en ese momento, el error técnico en la demanda pasó como *pecatta minuta* o algo irrelevante para la litis, pues en nuestro orden jurídico aún no existían las figuras del *must offer/carry*, por lo que tanto la retransmisión de obras (derechos de autor), como la retransmisión de señales (derechos conexos), requerían autorización por parte de sus respectivos titulares.[183] Sin embargo, conforme avanzó el litigio, se reformó la Constitución y cambió nuestro derecho de las telecomunicaciones, lo que hizo importante la distinción entre derechos conexos de los organismos de radiodifusión y derechos de autor en sede de *must offer* y *must carry*.

La contestación a la demanda también abonó mucho a la confusión entre los derechos en litigio, mezclando la protección a las obras con la protección a las señales.

---

182 Desde luego, no es el único error técnico de la demanda, pues en esta se invoca recurrentemente que Televisa, S.A. de C.V. es "autora" de una serie de obras audiovisuales, cuando en realidad sólo las personas físicas pueden ser autores (artículo 12 de la LFDA) y esa empresa es, más bien, un productor, titular derivado de derechos patrimoniales (artículos 68, 97 y 98 de la LFDA).

183 Por lo que era evidente que Dish incurrió en sendas violaciones a la LFDA, por retransmitir obras y señales sin permiso.

Buena parte del litigio se centró en temas competenciales, pues Dish argumentó que la competencia para conocer del caso era de un Juez federal, y no así de un Juez civil local, por tratarse de un tema de telecomunicaciones, materia federal según las entonces vigentes Ley Federal de Radio y Televisión y Ley Federal de Telecomunicaciones.[184] En contra, Televisa invocaba la jurisdicción concurrente civil prevista en la LFDA.[185]

El tema fue resuelto en definitiva por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil en el Distrito Federal, en sentencia de 25 de octubre de 2012 dictada en el amparo en revisión 319/2012. Dicho tribunal se decantó por reconocer la competencia del Juez local, al constatar una jurisdicción concurrente por ser una disputa que sólo afectaba los derechos de los contendientes:

> De esta transcripción se observa que cualquier pronunciamiento sobre las cuestiones debatidas afectaría únicamente intereses de las partes.
>
> La decisión sobre la infracción a derechos de autor y la condena, en su caso, a dejar de transmitir los programas cuya autoría se atribuye la accionante, trascendería a la esfera jurídica

---

184 También adujo competencia a favor del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, que tiene algunas facultades jurisdiccionales por violación a derechos protegidos por la LFDA.

185 El artículo 213 de esta ley establece que los juicios civiles sobre derechos de autor pueden ser presentados ante Jueces locales o federales, a elección del actor, siempre y cuando se litiguen intereses meramente privados, pues de lo contrario sólo son competentes los Jueces federales.

> de la parte reo, pero en forma alguna afectaría al servicio de radiodifusión.
>
> El derecho de Comercializadora de Frecuencias Satelitales, S. de R.L. de C.V. para explotar la concesión de la cual es titular, quedaría intocado. Dicha empresa podría continuar con su objeto social, consistente en la instalación, operación y explotación de sistemas de televisión y/o radio restringida, aprovechando para ello vías generales de comunicación.
>
> Tampoco se afecta el derecho de los consumidores. Lo que establezcan las autoridades para dirimir la controversia, no priva a los televidentes del servicio por el cual pagan. Además, no debe perderse de vista que, según lo indicado por las propias enjuiciantes, los programas que, en su opinión, la demandada no tiene derecho a transmitir, son difundidos por televisión abierta, a la cual tiene libre acceso el público en general.
>
> De acuerdo con lo señalado y dado que, adverso a lo estimado por el Juez de distrito, en el caso concreto sí se surte la jurisdicción concurrente, (…).

Como podemos ver, dicha sentencia es de octubre de 2012, lo cual es un dato no menor, dado que unos meses después, en 2013, sucedería algo muy relevante: se reformaría la Constitución para incluir las obligaciones de *must offer/must carry* y se crearía el IFT.

Ante ese nuevo escenario normativo (desfavorable para Grupo Televisa y benéfico para Dish), el Juez de origen (el Juez Trigésimo Segundo de lo Civil en el Distrito Federal), sorprendiendo a muchos, dictó dos

acuerdos con los que pretendía dar alcance a la sentencia del tribunal colegiado de circuito.

El primero de estos acuerdos fue de 13 de diciembre de 2013, y en él determinó lo siguiente:

> En cumplimiento a lo ordenado en proveído dictado con fecha doce de diciembre de dos mil trece, en los autos del juicio ORDINARIO CIVIL promovido por de (sic) TELEVISA, S.A. DE C.V., y TELEVIMEX, S.A. DE C.V. en contra de COMERCIALIZADORA DE FRECUENCIAS SATELITALES, S. DE R.L. DE C.V., expediente 1653/2011, hago de su conocimiento que de acuerdo a las constancias que integran el cuaderno que corresponde al amparo número 376/2012 promovido por COMERCIALIZADORA DE FRECUENCIAS SATELITALES S.DE R.L. DE C.V., del cual ha conocido el Juzgado Décimo Tercero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, se advierte que la Décima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad, mediante resolución de fecha nueve de abril de dos mil doce, emitida en el toca número 140/2012/5, declaró improcedente la excepción de incompetencia opuesta por la sociedad demandada, resolviendo que el suscrito Juez debe conocer del juicio que ha quedado precisado en líneas que anteceden; pronunciamiento en contra del cual la misma demandada promovió el precitado juicio de amparo, en donde por resolución de fecha nueve de agosto de dos mil doce, el C. Juez Décimo Tercero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal determinó conceder a la quejosa COMERCIALIZADORA DE FRECUENCIAS SATELITALES S. DE R.L. DE C.V., el Amparo y Protección de la Justicia de la Unión, contra actos de dicha Sala y del suscrito,

señalando para esa concesión, entre otras cosas, que la Sala responsable perdió de vista que la competencia concurrente establecida en la Ley Federal del Derecho de Autor no puede actualizarse cuando se trata de conflictos en que se implica a los productores y organismos de radiodifusión, pues la intención del legislador es que todo lo concerniente a la radiodifusión, entiéndase radio y televisión, es de jurisdicción federal. Contra esa resolución de amparo, las terceras perjudicadas TELEVISA, S.A. DE C.V. y TELEVIMEX, S.A. DE C.V., interpusieron recurso de revisión del cual conoció el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, registrándolo con el número A.R.C. 319/2012, y formando el toca correspondiente, habiendo la misma quejosa COMERCIALIZADORA DE FRECUENCIAS SATELITALES, S. DE R.L. DE C.V., interpuesto el recurso de revisión adhesiva, comunicando al suscrito el aludido Tribunal a través de los oficios números 5851 y 6103, fechados con trece y veintiséis de septiembre del año dos mil doce, la admisión de ambos recursos; finalmente mediante oficio 13163 de fecha veintiuno de noviembre del mismo año próximo pasado, el C. Juez Décimo Tercero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, dio a conocer al suscrito los términos del auto que dictó con fecha veintiuno de ese mismo mes y año, en donde hizo el señalamiento de que recibió la copia certificada del testimonio de la resolución de veinticinco de octubre de dos mil doce, dictada en el A.R.C. 319/2012, la cual en sus resolutivos dice lo siguiente: (…).

En las apuntadas condiciones, **al haberse establecido competencia a favor del suscrito para conocer del juicio** que ha quedado identificado en líneas precedentes, en donde **se controvierten los derechos de autor** a que se contraen los artículo 13, fracciones IX y X,

> 24 y 27 de la Ley Federal de Derechos de Autor, **esa instancia administrativa INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, no goza de competencia para pronunciarse al respecto, pues se insiste, será el suscrito quien defina en esta primera instancia sobre los derechos de autor y patrimoniales que TELEVISA S.A. DE C.V. deduce en juicio**, con relación a la programación televisiva inherente a los canales 2, 4, 5 y 9 de televisión abierta y sus respectivos canales espejo. (Énfasis añadido).

El segundo acuerdo fue de 10 de febrero de 2014,[186] y determinó lo siguiente:

> En cumplimiento a lo ordenado en proveído de fecha diez de febrero que transcurre, pronunciado en los autos del Juicio Ordinario Civil promovido por TELEVISA SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, Y TELEVIMEX, SOCIEDAD ANÓNIMCA DE CAPITAL VARIABLE EN CONTRA DE COMERCIALIZADORA DE FRECUENCIAS SATELITALES, SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE CAPITAL VARIABLE, expediente 1653/2011, por este conducto **hago de su conocimiento que ese Instituto Federal de Telecomunicaciones carece de competencia para ordenar la retransmisión gratuita de los canales** 2 con distintivo de llamada XEW-TV, Canal 4, con distintivo de llamada XHTV-TV, Canal 5, con distintivo de llamada XHGC-TV y Canal 9, con distintivo de llamada XEQ-TV, y sus respectivos canales espejo o adicionales de

[186] Nótese que este acuerdo se emitió unos cuantos días antes de que el IFT votara los lineamientos en materia de *must offer/carry* (aprobados el 21 de febrero, y publicados en el *DOF* el 27 de febrero). Y desde luego, también es anterior, por algunos meses, a la promulgación de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (y las reformas a la LFDA).

> televisión digital terrestre, Canal 48, con distintivo de llamada XEW-TDT, Canal 49, con distintivo de llamada XHTV-TDT, Canal 50, con distintivo de llamada XHGC-TDTM y Canal 44, con distintivo de llamada XEQ-TDT; pues se insiste que, acorde a las pretensiones deducidas en el escrito de demanda **y a la competencia del suscrito ya definida, corresponde a este juzgador dilucidar los derechos autorales y patrimoniales sometidos** por TELEVISA, S.A. DE C.V. a litigio, empresa que se encuentra vinculada con **los derechos de autor que derivan de la programación de televisión** que en dichos canales se transmite. (Énfasis añadido).

Este par de acuerdos nos merecen algunos comentarios críticos. Los exponemos a continuación.

El primer acuerdo sale relativamente bien librado, en tanto se limita a establecer que el IFT carece de competencia para resolver la concreta disputa de derechos de autor; algo que es obvio, el órgano regulador de las telecomunicaciones carece de competencia en temas de derechos de autor (y mucho menos para fungir como autoridad jurisdiccional en esa clase de disputas). En cambio, tanto el artículo 213 de la LFDA como el 104 de la Constitución facultan a ese Juez civil para dirimir la controversia. Además, la litis era por hechos previos a la creación del IFT.

Lo que sí es criticable en dicho acuerdo es la desafortunada expresión del Juez: "los derechos de autor y patrimoniales", cuando los derechos patrimoniales son derechos de autor. A lo mejor lo que el Juez quiso decir fue "derechos de autor y conexos" o peor aun, quizás pensó que los derechos de autor son los morales, y por ende, los patrimoniales no

serían derechos de autor. Es difícil saber en qué estaba pensando el Juez y qué deseaba comunicar con esa expresión; pero lo que sí es fácil de constatar es la falta de conocimiento y manejo de la terminología básica del derecho intelectual.

En cambio, más cuestionable fue el segundo acuerdo, donde el Juez civil informa al IFT (poco antes de que éste emitiera los lineamientos en materia de *must offer/carry*) que dicho instituto es incompetente para ordenar la retransmisión gratuita de los canales de televisión abierta de Grupo Televisa.

Muchos interpretaron este acuerdo del Juez como la principal intentona de Televisa para impedir la aplicación del *must offer* y del *must carry.*[187] Pero, independientemente del análisis político, queda claro que el Juez se extralimitó, pues el IFT es un organismo constitucional autónomo que no puede ser controlado por un Juez local en cuanto a la materia de sus actuaciones, menos aun al no ser parte en el juicio ordinario.

En especial, la porción más criticable del acuerdo es aquella en la que el Juez hace al IFT "de su conocimiento" que dicho organismo "carece de competencia para ordenar la retransmisión gratuita de los canales",

---

187 "El momento en que se notifica el auto del Juez 32º de lo Civil es sospechoso: un día antes de que el IFT resolviera sobre el must carry obligatorio de los canales 2 y 5 (Televisa) y 7 y 13 (TV Azteca). Aunque el derecho de autor sea competencia concurrente entre estados y Federación, lo relativo a telecomunicaciones es competencia del IFT y la retransmisión gratuita la ordena la Constitución y no el IFT, Juez Galván Mejía. Este escándalo desatado sólo muestra que se quiere hacer un ambiente más negativo, complejo e incierto para la emisión de las leyes secundarias. En un clima enrarecido, ¿quién gana? Los grandes grupos que preservan su status quo". Álvarez, Clara Luz, "En río revuelto, ¿ganancia de Televisa?", *El Financiero*, 18 de febrero de 2014.

cuando la propia Constitución es la que ordena la retransmisión (no el IFT). Un Juez local no puede, sin más, bloquear la actividad de un organismo constitucional autónomo de carácter federal, y menos, cuando ese organismo está ejerciendo las facultades que le concede la Carta Magna.

Además, estamos frente a otro ejemplo de la pobre comunicación procesal del Juez, que no es del todo clara. Si lo que quería decir era que el IFT no podía ordenar la retransmisión de las *señales*, tal determinación sería poco afortunada por lo ya explicado: el *must offer/carry* está definido en la Constitución, de manera que la gratuidad de la retransmisión de señales es jurídicamente incuestionable.

En cambio, si lo que el Juez quiso decir era que el IFT no podía extender las obligaciones de *must carry/offer* a las obras protegidas por derechos de autor (en lugar de sólo a las señales protegidas por derechos conexos), hubiera estado en lo correcto en el fondo del argumento, pero aun así, él no era la autoridad competente (ni el juicio ordinario civil, la vía) para hacer valer tal cuestión, pues dicha competencia es exclusiva del Poder Judicial de la Federación en sede de jurisdicción constitucional.

La consecuencia jurídica del proceder del Juez local fue que el Presidente de la República presentó una controversia constitucional por intervenir en las competencias del IFT,[188] pidiendo la invalidez de los dos acuerdos transcritos. En la misma tónica del juicio civil de origen, la

[188] *Cfr*. artículo 105, fracción I, de la Constitución.

demanda constitucional del Ejecutivo Federal confunde y mezcla los conceptos de "señales" y "obras", de manera que no hace diferencia entre el "derecho de retransmisión" en materia de derechos de autor y el "derecho de retransmisión" en materia de derechos conexos de organismos de radiodifusión.

La presidencia de la SCJN turnó el asunto a la Ministra Olga Sánchez Cordero, bajo el número de expediente de controversia constitucional 18/2014, admitiéndose la demanda el 17 de febrero de 2014.[189]

Durante el trámite del proceso constitucional, de nueva cuenta, las partes incurrieron en las mismas confusiones, usando indebidamente la expresión "derechos de autor" para referirse a señales, y replicando diversas contradicciones terminológicas. Si bien, desde el planteamiento del juicio civil de origen están las confusiones y errores, no deja de ser llamativo que las otras partes en el juicio siguieron abonando a esos defectos técnicos.

Sin embargo, el asunto constitucional no se resolvió en cuanto al fondo. Esto en virtud de que el día 18 de noviembre de 2015, el Juez Trigésimo Segundo de lo Civil en el Distrito Federal dictó un acuerdo en donde determinó, en lo medular, que:

> Así las cosas, se estima por este juzgador que el presente juicio ha quedado sin materia ante la existencia de un cambio de situación juríca (sic), toda vez que los concesionarios de

[189] Un comentario al respecto, puede encontrarse en Sánchez Fernández, Ernesto, "Must carry & must offer versus copyright", *El búho*, FD-UNAM, núm. 9, abril de 2014, pp. 28 y 29.

> servicios de radiodifusión están impedidos para prohibir que los concesionarios de servicio de televisión restringida retransmitan sus señales en términos del anotado artículo octavo transitorio, consideración que de manera oportuna ha expuesta la parte demandada y la que ha dado pauta para la nueva reflexión en cita. En esas condiciones se determina el sobreseimiento del presente juicio, y sin efecto legal alguno las medidas de aseguramiento a que se contrae el proveído de fecha cuatro de septiembre de dos mil trece, emitido en el cuaderno relativo, quedando a salvo los derechos de la parte actora, en lo que atañe a los derechos de autor que pudieron existir a su favor, hasta antes de la mencionada reforma constitucional. Por consiguiente gírese oficio al Instituto Federal de Telecomunicaciones, así como a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esta última con relación a la Controversia Constitucional 18/2014, con la finalidad de hacer de su conocimiento que el presente juicio se ha dado por concluido, y así, resolver lo conducente.

Así, hasta finales de 2015, el Juez civil se percató que había cambiado la situación jurídica a mediados de 2013. Al parecer se trató de un proveído para enmendar sus errores previos y dar una salida política (más que jurídica) al asunto. Sin embargo, en la determinación del juzgador sigue manifestándose la confusión entre "señales" y "derechos de autor".

Como consecuencia de tal determinación del Juez ordinario, la Primera Sala de la SCJN resolvió, mediante sentencia de 4 de mayo de 2016,[190]

[190] La ponente fue la Ministra Norma Lucía Piña, en atención al returno del expediente ocasionado por el retiro de la Ministra Sánchez Cordero.

declarar improcedente la controversia constitucional, con base en la causal prevista en el artículo 19, fracción V, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II, del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En dicha sentencia la SCJN determinó:

> El sobreseimiento se entiende como la declaración judicial de la existencia de un obstáculo jurídico o material que impide el examen de fondo de la controversia. En ese sentido, tal declaración constituye una extinción anticipada del proceso, diferente a la sentencia que le pone fin a aquél.
>
> En este tenor, esta Primera Sala considera que la declaración de sobreseimiento emitida por el Juez Trigésimo Segundo de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal conlleva a que los actos impugnados dejen de tener efectos, pues como se ha visto con anterioridad, el juicio ordinario del que derivan ha concluido anticipadamente, por lo que no se emitirá sentencia de fondo que resuelva las pretensiones de las partes.
>
> Lo anterior es relevante, pues los actos combatidos se emitieron con la finalidad de fijar la competencia del Juez demandado para dilucidar lo relativo a las pretensiones de las partes en el juicio de origen, es decir, para poder emitir una sentencia de fondo en este juicio.
>
> En otras palabras, los actos emitidos por el Juez Trigésimo Segundo de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal tuvieron como finalidad hacer del conocimiento del Instituto Federal de Telecomunicaciones las facultades del primero para decidir lo relativo a las pretensiones reclamadas

> por Televisa S.A. de C.V. a Comercializadora de Frecuencias Satelitales, S. de R.L. de C.V.
>
> En ese sentido, si la finalidad de las determinaciones que hoy se reclaman era establecer la competencia para resolver las pretensiones reclamadas en el juicio y la declaración de sobreseimiento decretada por la autoridad demandada impide el dictado de una resolución definitiva, resulta que los actos impugnados dejaron de tener efectos.
>
> En ese tenor, al no subsistir la causa que motivó la emisión de las determinaciones reclamadas, se concluye que sus efectos han cesado; por lo que se actualiza la causal de improcedencia contenida en el artículo 19, fracción V, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal.

Así, el caso *Dish* no terminó con resolución de fondo ni ante el juzgado civil ni ante la SCJN, por lo que no hubo pronunciamiento sobre las relaciones entre derechos de autor y *must offer/must carry*. No obstante lo anterior, del presente litigio puede obtenerse algunas conclusiones.

La primera es que, aunque no hubo pronunciamiento de fondo, este caso iniciático sirve de muestra sobre la confusión de términos, derechos, objetos protegidos, conceptos de propiedad intelectual y regulación constitucional del tema en estudio; desde un mal planteamiento en la demanda civil, hasta un pobre y desorientado debate litigioso. Sin embargo, esta confusión y descuidada argumentación de un tema tan técnico, será la tónica que marcará los juicios posteriores, como constataremos en los siguientes apartados del presente capítulo.

Por otro lado, la sentencia constitucional de la SCJN difícilmente hubiera resuelto el debate sobre las relaciones entre derechos de autor y *must offer/must carry*, pues la materia del litigio era meramente de carácter competencial.[191] Y aunque no era el tema de fondo, no resultaba descartable el escenario en el que, si la Corte se hubiera pronunciado sobre la invasión de competencias, en un *obiter dictum* hubiera hecho mención colateral a la problemática respecto de los derechos de autor.

En fin, este asunto también generó un interesante planteamiento. Si bien, como vimos en el capítulo previo de la presente investigación, el *must offer/must carry* sólo afectan a los derechos conexos sobre las señales y únicamente generan obligaciones a organismos de radiodifusión (de televisión abierta y restringida), y no afectan a los derechos de autor sobre las obras ni generan obligaciones a los titulares de estos derechos, ¿qué sucede cuándo un organismo de radiodifusión (o una empresa perteneciente al mismo grupo económico) es, además, titular de derechos de autor sobre obras? Este cuestionamiento también salió a la luz en el siguiente caso a analizar.

3. Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones (caso *Cablemás y otras*)

Este es un asunto muy interesante, pues fue el primero en el que se entró al fondo del debate entre *must offer/carry* versus derechos de autor.

---

191 En el mismo sentido, *vid*. Álvarez, Clara Luz, "Must carry, must offer in Mexico", *Issue brief Baker Institute for Public Policy*, Rice University, junio 2015, p. 2.

Sin embargo, como veremos a continuación, el juicio se resolvió de forma desafortunada con base en confusiones y asunciones infundadas.

Se trató de un proceso de amparo en contra de los ya referidos *Lineamientos generales en relación con lo dispuesto por la fracción I del artículo octavo 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* del IFT, promovido por Cablemás Telecomunicaciones, S.A. de C.V., Cablevisión, S.A. de C.V., Cable y Comunicación de Campeche, S.A. de C.V., Alvafig, S.A. de C.V., Televisión Internacional, S.A. de C.V., Comunicable, S.A. de C.V., Cable Sistema de Victoria, S.A. de C.V., Telecable de Matehuala S.A. de C.V., y C.V. Telecomunicaciones del Norte S.A. de C.V., siendo la primera sociedad quejosa la representante común para efectos procesales.

En la demanda se hizo valer una alegada inconstitucionalidad de los lineamientos del IFT, particularmente de la obligación que se impone a las quejosas (en tanto operadoras de televisión restringida) de retransmitir las señales de televisión abierta, así como de permitir que, a su vez, se retransmitan sus propias señales.

Empero, a pesar de que la demanda fue interpuesta por *organismos de radiodifusión* respecto de unos lineamientos administrativos que regulan la retransmisión de sus *señales* (un claro tema de *derechos conexos*), esos quejosos no sólo hicieron valer sus derechos conexos, sino también sus derechos de autor. De hecho, en los conceptos de violación se pueden apreciar argumentos mucho más amplios y abundantes

respecto de los derechos de autor que en relación con los derechos conexos.

Lo anterior llama la atención, pues normalmente los organismos de radiodifusión dedicados a la televisión restringida sólo tienen derechos conexos, pero carecen de derechos de autor, dado que las obras que incorporan a sus señales pertenecen a otros (productores y distribuidores audiovisuales, autores musicales, etc.).[192] Esto nos lleva a considerar que había una falta de interés jurídico de las quejosas en el juicio, al menos por lo que hace a la titularidad de derechos de autor.

Pero por otro lado, resulta positivo que en la demanda de amparo se hayan distinguido los derechos conexos de los derechos de autor, pues como estamos constatando, en el medio jurídico mexicano los operadores (abogados, Jueces, etc.) suelen confundir los unos con los otros.

Dicho lo anterior, veamos qué conceptos de violación basados en temas de propiedad intelectual fueron los que se hicieron valer para tratar de demostrar la pretendida inconstitucionalidad de los lineamientos.

El primer concepto de violación relevante para nuestro tema fue de tipo competencial, alegando que los lineamientos regulan derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con ellos, lo cual es competencia exclusiva del Congreso de la Unión, por lo que el IFT carecería de facultades para entrar a la materia.[193]

---

192 A menos que dicho operador de cable o televisión restringida produzca obras propias (lo cual no es lo más común) o adquiera de derechos de autor contractualmente.

193 Este argumento se sustentó en el artículo 73, fracción XXV, de la Constitución.

Otro concepto de violación esgrimido por las empresas quejosas era la violación a la "regla de los tres pasos" prevista en los tratados internacionales en materia de derechos de autor, dado que las reglamentaciones que afecten derechos de propiedad intelectual, para restringirlos, deben estar limitadas a determinados casos especiales e interpretarse de forma restrictiva.

En especial, las quejosas manifestaron que los Lineamientos contravenían la prueba de los tres pasos por no aplicar a "determinados casos especiales", sino en forma genérica y amplia. La gratuidad contravendría la interdicción de "no atentar contra la explotación normal de la obra". En fin, esgrimieron que se causaba un "perjuicio injustificado" al interés legítimo de los titulares de derechos de propiedad intelectual, dado que las entidades de radiodifusión gozan del derecho de disponer no sólo de sus propias obras, sino de sus emisiones o transmisiones.

También se dolieron de que se violaba el principio constitucional de legalidad, por imponer "a los titulares de los derechos de autor" la obligación de entregar gratuitamente sus obras, a pesar de que el derecho patrimonial hace a esos titulares acreedores a una remuneración por el uso de su obra, y de que el derecho moral puede implicar la negativa a difundir la obra.[194]

Otro concepto de violación fue una afectación a la libertad de asociación, la libertad de contratación y el derecho de propiedad privada,

[194] Otra vez salta la falta de interés jurídico, pues los organismos de radiodifusión no tienen derechos morales (sólo patrimoniales), como tampoco los pueden tener las personas morales como las quejosas, pues son derechos inalienables de autores y artistas.

pues los Lineamientos constituirían una expropiación indirecta, no indemnizatoria y confiscatoria de la propiedad intelectual de autores, intérpretes y organismos de radiodifusión, para beneficiar a los competidores de estos últimos (y no al público).

Observamos, de nueva cuenta, la invocación de los derechos de autor junto a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, pero ahora acompañados de los derechos conexos de los artistas.[195] Aunque por otro lado, no es del todo descabellado el argumento de la expropiación indirecta (a favor de competidores) y la falta de indemnización; de hecho, parece la única vía de tutela iusfundamental a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión (pues estos no están cubiertos por el derecho humano a la protección jurídico-autoral, el cual quedó explicado en el capítulo I de la presente investigación).

En diverso concepto de violación, otra vez se pone énfasis en los derechos de autor, al alegar que se avasalla el contenido esencial de estos y de los derechos conexos, al obligar al autor a entregar gratuitamente la obra, comprometiendo su libertad de expresión y sus derechos patrimoniales, explicando que al retransmitirse señales también se retransmiten obras, protegidas incluso internacionalmente.

En la sentencia, la Juez Primero de Distrito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones en el Distrito Federal sobreseyó el juicio, en razón de que

---

[195] Sobre la diferencia entre "autor" y "artista", *vid*. el Capítulo I del presente trabajo.

encontró, como causal de improcedencia la prevista en la fracción XXIII del artículo 61 de la Ley de Amparo; argumentando que aunque se les concediera el amparo a las quejosas, no se les podría restituir sus derechos, pues estos habían sido afectados directamente por la Constitución, como se aprecia en el siguiente párrafo del engrose:

> Por ende, la pretensión analizada resulta jurídicamente imposible, pues de conformidad con el artículo 133 de la Carta Magna, que prescribe que la Constitución será Ley Suprema en toda la Nación y las autoridades jurisdiccionales deberán arreglarse a la misma, es innegable que no tendría sentido que por virtud de la concesión del amparo, se desincorporara de la esfera jurídica de las quejosas el acuerdo impugnado y se les autorizara no retransmitir señales de televisión radiodifundida o negarse a que se retrasmitan las suyas, eximiéndolas de cumplir con las disposiciones generales que derivan del acuerdo impugnado, ya que con ello se estaría infringiendo una disposición contenida en la Constitución General de la República, pues es ésta la que de manera imperativa, prescribe la retransmisión de señales de televisión radiodifundida y restringida.[196]

En esta oportunidad no corresponde analizar si la decisión de la Juez fue acertada o no, pero sí nos interesa dejar asentado algo: el asunto lo presentaron *organismos de radiodifusión* respecto a *señales* (ajenas y propias), es decir, la esencia del caso no era materia de derechos de autor, sino un asunto relativo a la afectación que alegaron resentir esos

[196] Sentencia de 14 de noviembre de 2014, dictada en el amparo indirecto 37/2014, p. 15.

organismos de radiodifusión en sus *derechos conexos*. Empero, se puede observar la insistencia de las quejosas en argumentos basados en derechos de autor. Esto quizás se deba a que las propias quejosas sabían que la protección constitucional es muy endeble para los derechos conexos en materia de organismos de radiodifusión,[197] mientras que es mucho más robusta en materia de derechos de autor, como se desprende claramente del artículo 28 constitucional (reforzado por los artículos 4o., 6o., 7o. y 27) y de varios artículos de tratados de derechos humanos (15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 13 del Protocolo de San Salvador y 21 del Pacto de San José).

Sin embargo, no deja de llamar la atención esa insistencia con los derechos de autor, en tanto que no eran tocados o afectados por los Lineamientos (como tampoco lo eran en la Constitución, según ya explicamos), y sólo se limitaban a regular la retransmisión de señales (derechos conexos). Inclusive, los propios lineamientos no sólo no afectaron derechos de autor, sino que en su artículo 15 contemplaron una *salvaguarda expresa* a favor de tales derechos, estableciendo que cualquier contenido de los Lineamientos no pueden perjudicar las obligaciones en materia autoral.

A nuestro entender, y dada esa cláusula de salvaguarda, cualquier conflicto entre los lineamientos y los derechos de autor (que no lo hay, en realidad) debe resolverse a favor de los segundos, no sólo por tener estos fuente legal y tutela iusfundamental, sino simple y sencillamente

[197] Ni siquiera mencionados en la cláusula constitucional de propiedad intelectual (artículo 28, párrafo décimo, de la Ley Suprema).

porque así lo determinan expresamente los propios lineamientos. Sin embargo, esto no sólo escapó de la atención de las quejosas, sino que fue ignorado por todos los órganos judiciales involucrados en este caso (como veremos a continuación), lo cual estimamos desafortunado.

La sentencia fue recurrida mediante revisión por las impetrantes del amparo, radicándose el asunto ante el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones en el Distrito Federal, bajo el número de expediente R.A. 1/2015.

El día 12 de noviembre de 2015 se dictó sentencia en ese recurso, negando el amparo y sobreseyendo. No analizaremos toda la sentencia de dicho tribunal colegiado, pues contiene varios temas procesales y de técnica del amparo que, aun siendo interesantes, no son objeto de la presente investigación, por lo que nos centraremos en los temas de derecho intelectual relacionados en el *must offer* y el *must carry*.

Como agravio, las quejosas atacaron la decisión de la Jueza de sobreseer alegando que los lineamientos regulan derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con ellos, lo cual es competencia exclusiva del Congreso de la Unión, y que la voluntad del "constituyente permanente" no era que no se pidiera permiso al organismo de televisión abierta por la retransmisión de su señal.

A ese agravio, el tribunal colegiado dio respuesta confirmando el sobreseimiento y señalando que es la propia Constitución la que impone la

obligación de retransmitir las señales, sin tener que pedir autorización o permiso al organismo de radiodifusión:

> 80. De lo sintetizado previamente se desprende que respecto de los artículos 1, 2, 4, 5, 11, 12, 13 y 15 de los lineamientos, los efectos de una hipotética concesión del amparo a la parte quejosa, estarían caracterizados por infringir una norma constitucional, ya que, conduciría a que no se le obligue a retransmitir las señales de televisión radiodifundida en la zona de cobertura geográfica determinada o en el territorio nacional.
>
> 81. En este mismo sentido, con la concesión del amparo también se violentaría el artículo Octavo Transitorio, fracción I, del Decreto en comento, si se somete la obligación ahí señalada a alguna condición o requisito adicional, como la necesidad de contar con manifestación de voluntad alguna por parte del concesionario de televisión radiodifundida, o a una limitación. De ahí que no le asiste razón.

Este último argumento (con independencia de sus efectos para sobreseer o no el amparo) nos parece correcto, pues como se explicó en el capítulo III del presente trabajo, lo que hizo la Constitución fue restringir los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, precisamente para que las señales se pudieran retransmitir sin su permiso.

Sin embargo, el tribunal colegiado encontró que el artículo 3o de los Lineamientos desarrolla una serie de conceptos que no hace el artículo Octavo transitorio de la reforma constitucional de telecomunicaciones, por lo que consideró necesario revisar si las definiciones son válidas o

no a la luz de la Constitución. Por tal motivo, el tribunal levantó el sobreseimiento únicamente en ese punto para poder entrar al fondo.

Como ya vimos, respecto al tema de la competencia para legislar en materia de propiedad intelectual y en materia de telecomunicaciones, las quejosas adujeron una reserva de ley que no podría franquear el IFT, máxime que a la fecha de emisión de los lineamientos[198] aún no se expedía la legislación secundaria que regularía todos los pormenores del *must offer/must carry*, incluyendo su interacción con los derechos de autor y los derechos conexos (concretamente de los organismos de radiodifusión).[199]

El tribunal colegiado respondió ese agravio invocando lo resuelto por el Pleno de la SCJN en la controversia constitucional 117/2014, afirmando que a las disposiciones administrativas del IFT no les aplican los principios de reserva de ley ni subordinación jerárquica (al menos, no al mismo grado que a los reglamentos del Presidente de la República), pues el IFT tiene un "poder de innovación o configuración normativa" del que carece el Presidente. Agregando:

> 258. Lo cual se explica porque órganos como el Instituto, por su autonomía y aptitud técnica, son aptos para producir normas en contextos de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo, a las que al mismo tiempo puede dar seguimiento a corto plazo para adaptarlas cuando así se

198 27 de febrero de 2014.

199 Recuérdese que la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y la reforma a la LFDA se publicaron el 14 de julio de 2014.

> requiera, reglas indispensables para lograr que ciertos mercados y sectores alcancen resultados óptimos irrealizables bajo la ley de la oferta y la demanda.
>
> 259. Bien, con base en las premisas anteriores, este tribunal concluye que si el artículo 3 de los lineamientos tan solo se limita a definir diversos conceptos, sin que regule, directamente, como lo afirman las quejosas, materias reservadas, exclusivamente, al Congreso de la Unión, como lo son la radiodifusión, telecomunicaciones, libertad de expresión, derechos de autor y otras figuras de propiedad intelectual; aunado a la facultad innovadora o de configuración normativa con que cuenta el Instituto, se pone de relieve que es inexacto que dicho precepto viole los principios de reserva de ley y de legalidad.

Al margen de la flexible visión de la SCJN respecto del principio constitucional de la división de poderes, la jerarquía normativa y la reserva de ley, la apreciación del tribunal colegiado parece plausible respecto de la facultad de emitir normas generales en materia de telecomunicaciones.

Empero, tratándose del tema de regular la materia de derechos de autor por parte del IFT, el tribunal colegiado pasó por alto la respuesta más clara, sencilla y contundente: **en los Lineamentos no se regulan derechos de autor, por ende, no se violó la reserva de ley a favor del Congreso de la Unión**. Simple y sencillamente, el IFT no tiene competencia en temas de derechos de autor y, precisamente por tal razón, los lineamientos no tocan esos derechos; antes al contrario, establecen una salvaguarda a favor de los derechos de autor.

Así, por lo que hace a los derechos de autor, la cuestión no implicaba mayor problema. Un poco más complicado era el tema de regular los "otros derechos de propiedad intelectual" a los que se refiere la Constitución, pues los lineamientos sí tocan uno de esos derechos: los derechos conexos de los organismos de radiodifusión. Por ende, a primera vista, pareciera que aquí los lineamientos sí estarían interfiriendo con la facultad del Congreso de la Unión para regular los derechos conexos, prevista en el artículo 73 de la Carta Magna. Empero, es la propia Constitución la que crea el IFT y lo convierte en organismo regulador en temas de *must offer* y *must carry*, lo que implica que es la propia Ley Suprema la que faculta al IFT a dictar cierta clase de normas generales en materia de derechos conexos (aunque sólo respecto de los pertenecientes a los organismos de radiodifusión, no en relación con el resto de derechos conexos, y sólo en la medida de implementar el *must offer/carry*), siempre y cuando, claro, la regulación del IFT no contravenga la Constitución, los tratados internacionales o las leyes federales.

Por lo que hace a los demás argumentos de las quejosas respecto de las afectaciones a derechos de autor, el tribunal colegiado respondió lo siguiente:

> 291. Por otra parte, se estima inoperante lo dicho por las quejosas en un apartado del segundo concepto de violación, en el sentido de que los lineamientos imponen restricciones que la Constitución no prevé, al imponer a los titulares de los derechos de autor la obligación de entregar de manera gratuita el contenido que les pertenece, a pesar de que el derecho de autor tiene una parte moral, que puede implicar la negativa de difundir, y otra económica que hace acreedor a una retribución por el uso de la creación propia.

> 292. En efecto, tal planteamiento deviene inoperante, en la medida de que, como quedó visto en parágrafos anteriores, **las quejosas tienen la calidad de concesionarias de televisión restringida terrenal, de tal manera que no tienen interés para reclamar las restricciones que aducen imponen los lineamientos a los titulares de los derechos de autor** por ser un reflejo de lo estipulado en la Constitución, previsto como mandato a los concesionarios en aras de favorecer intereses de la sociedad, lo cual debe operar, en esa medida acorde al elemento reglamentario de las concesiones. (Énfasis añadido).

Lo decidido aquí por el tribunal es correcto y hubiera sido suficiente para dejar zanjada la situación, dado que los organismos de radiodifusión son titulares de derechos conexos, no de derechos de autor (menos aun de los de carácter moral), por lo que es evidente que carecían de interés jurídico para defenderse de cualquier supuesta afectación a derechos de autor.

Aquí pareciera que, implícitamente, el tribunal colegiado estaba reconociendo la distinción entre derechos de autor y derechos conexos, y por ende, resolviendo en forma técnica y correcta el concepto de violación. Sin embargo, los párrafos posteriores de la sentencia nos demostrarán que el tribunal no tenía tan clara la distinción.

En efecto, sin necesidad de profundizar sobre el tema y echando a perder lo afirmado en los párrafos previos de la sentencia, el tribunal colegiado de circuito agregó:

> 293. Además, cabe añadir que ***los derechos patrimoniales y los derechos de autor conexos*** son de naturaleza patrimonial y la propiedad privada es un derecho constitucional limitado o acotado. En el caso, la propia Constitución determina cómo debe usarse la señal y los contenidos a ella asociados, previendo gratuidad absoluta en ciertos supuestos y eso viene a constituir restricciones o limites al derecho patrimonial de propiedad que es preferente a los intereses privados, meramente patrimoniales y con fines especulativos, en tanto que deben prevalecer y priorizar satisfacer intereses públicos y sociales de un colectivo preferente que son las audiencias, obligaciones a cargo del Estado y de los concesionarios que actúan en igual sentido.

Dicho párrafo muestra una evidente confusión y falta de claridad por parte del tribunal, lo que sorprende enormemente tomando en cuenta tanto al órgano judicial que emitió la sentencia como a los Magistrados que lo integran.

Es sumamente desafortunado hablar de "derechos de autor conexos", lo que muestra las deficiencias técnicas de la argumentación del tribunal.[200] O hablamos de "derechos de autor" o hablamos de "derechos conexos", pues son cosas diferentes, pero nunca de "derechos de autor conexos", eso es un craso error y evidencia el desconocimiento de ambas figuras. Como se explicó en el capítulo I de la presente investigación, los derechos conexos no son derechos de autor, y en consecuencia, los

---

[200] La claridad es una regla básica de la argumentación jurídica (en tanto discurso práctico), por lo que los hablantes no pueden dar distinto significado al mismo significante. *Cfr*. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, 3a. reimp., IIJ-UNAM, México, 2007, p. 157.

derechos de autor no son derechos conexos; si bien ambos son derechos intelectuales, resultan diferentes entre sí. El tribunal inventó una expresión tan errónea, como por ejemplo "los perros felinos", pues aunque felinos y canes sean mamíferos y cuadrúpedos, no son lo mismo.

Peor aun, el tribunal también utiliza la triste expresión "los derechos patrimoniales *y* los derechos de autor conexos", dando a entender que los "derechos patrimoniales" son algo diferente a los "derechos de autor conexos", cuando los derechos patrimoniales son un tipo de derechos de autor,[201] al igual que los derechos conexos también son derechos patrimoniales.

Independientemente de las confusiones en materia de propiedad intelectual en que incurre el tribunal, lo más criticable es su argumento de fondo, en el sentido de que las *audiencias son un colectivo preferente que debe prevalecer frente a los derechos de autor*. Esa afirmación es sumamente peligrosa y dejaría sin contenido a los derechos de autor. Veamos.

Por su propia esencia y razón de ser, los derechos de autor se ejercen de cara a las audiencias. Las obras están destinadas al consumo público, por lo que una ley de derechos de autor no hace otra cosa más que mediar entre los intereses de los dueños de las obras y los intereses del público.

Decir que, simple y sencillamente, los derechos de las audiencias son preferentes a los de los autores, daría al traste con los derechos de

[201] Los otros tipos son los derechos morales y los derechos de simple remuneración.

autor, pues estos siempre saldrían perdiendo y deberían ceder invariablemente frente a los intereses del público general, lo cual afectaría el contenido esencial de tales derechos.

La postura del tribunal pasa por alto el derecho humano a la protección jurídico-autoral previsto en la Constitución y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual incluye la facultad de beneficiarse materialmente (económicamente) de la explotación de la obra. Además, **al ser un derecho fundamental, la protección autoral no puede ceder frente a los meros deseos de la mayoría**, antes al contrario, tales derechos se hacen más resistentes frente a la interferencia mayoritaria, por lo que se trata de derechos que forman parte de la llamada *esfera de lo indecidible.*[202]

---

[202] Ronald Dworkin explica con claridad: "Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio". Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 5a. reimp., Ariel, Barcelona, 2002, p. 37.

Por su parte, Ferrajoli también refiere: "De forma distinta a las cuestiones pertenecientes a lo que he llamado 'esfera de lo decidible', los derechos fundamentales están de hecho sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a lo que he llamado la 'esfera de lo no decidible (que sí o que no)'. Esta es por tanto su característica específica: tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre —de los derechos de libertad a los derechos sociales— contra las contingentes mayorías. Es más: esta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae de la política, es decir a los poderes de la mayoría, y por otro lado al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción". Ferrajoli, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales" (trad. Miguel Carbonell), *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 15, julio-diciembre 2006, p. 131.

Mientras que Robert Alexy indica: "los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria". Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*,

Por tal razón es que las leyes de derechos de autor establecen, como regla general, que prevalecen los intereses de los titulares de los derechos de autor, teniendo estos el control sobre el uso de sus obras (y derecho a ser remunerados por tales usos), y sólo en casos excepcionales, prevalecen los intereses colectivos permitiendo el uso no autorizado de obras.[203]

Tal es el respeto a los derechos de los autores que estos gozan del derecho irrenunciable e intransmisible a decidir que la obra se mantenga inédita (aunque el "colectivo preferente de las audiencias" quiera acceder y conocer la obra), así como del derecho a retirar la obra de la circulación (sin importar los deseos de ese "colectivo preferente de las audiencias").[204] La afirmación del tribunal está totalmente alejada de los principios, esencia y normativa internacional (incluso iusfundamental) que rigen los derechos de autor frente al uso de obras destinadas a las audiencias.

Lo más desafortunado de todo es que la peor parte de la sentencia no es esa, sino los siguientes párrafos, donde el tribunal colegiado profundiza sobre los derechos de autor y el *must offer/carry*:

> 294. Sin perjuicio de lo anterior, cabe agregar que, también, devienen inoperantes las violaciones que las quejosas aducen repetidamente, en diversos apartados de su demanda,

---

trad. Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 432.

203 *Cfr*. los artículos 148 de la LFDA y 9.2 del Convenio de Berna.

204 Artículo 21, fracciones I y V, de la LFDA.

respecto de los derechos de autor, así como al derecho a la información, a la igualdad y a la no discriminación, a la libertad de expresión, a la libertad de asociación, a la libertad contractual, al derecho de propiedad, al principio de razonabilidad, y que implican la existencia de una censura previa, así como una expropiación indirecta y fomentan la piratería, al resultar mandatos que el Estado debe atender por disposición constitucional, y de manera directo a través de las concesionarios.

295. Lo mismo ocurre con los planteamientos en los que sostienen que los lineamientos son inconstitucionales, en virtud de que no tienen una finalidad legítima, que los medios no son idóneos ni necesarios para el fin que se propone, así como tampoco proporcionales.

296. Esto es así, en virtud de que esas transgresiones las hacen depender de la obligación constitucional, prevista en el artículo Octavo Transitorio, fracción I, del Decreto, respecto de:

> a) Los concesionarios que presten servicios de televisión radiodifundida **de permitir** a los concesionarios de televisión restringida **la retransmisión de su señal, —lo cual incluye, como ya se dijo en el parágrafo 266, los contenidos asociados a la señal**— de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde; y de,
>
> b) Los concesionarios que presten servicios de televisión restringida **de retransmitir** la señal de televisión radiodifundida, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la

> misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde, e incluirla sin costo adicional en los servicios contratados por los suscriptores y usuarios.
>
> 297. En esas condiciones, si las transgresiones a los derechos y principios enunciados las hacen depender del deber constitucional que se encuentra previsto en el artículo Octavo Transitorio, fracción I, del Decreto, consistente en la obligación de retransmisión de las señales de televisión radiodifundidas, es inconcuso que no podrían concretizarse los efectos del amparo y, por ello, que deban desestimarse por inoperantes esos motivos de inconformidad. (Negritas en el original; subrayado añadido).

Aquí el tribunal colegiado parece volver a distinguir los derechos conexos sobre las señales y los derechos de autor sobre las obras (aunque no lo expresa con tal precisión), afirmando que la limitación que el *must offer/must carry* hace a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, resulta extensiva a los derechos de autor. Sustenta dicha afirmación en el párrafo 266 de la sentencia, el cual indica que:

> 266. A lo anterior cabe agregar que la Constitución ordena transmitir la señal, lo cual implica e incluye, por supuesto, los contenidos asociados a ella, pues no tendría sentido y devendría en irracional, buscar dar cobertura a las audiencias sin allegarse la programación televisiva en su integridad.

Como se aprecia, la conclusión del tribunal se basa en una mera suposición, no en el texto constitucional ni en el contexto político-económico que generó la reforma en telecomunicaciones ni en ningún otro argumento jurídicamente concluyente. A nuestro entender, el escueto párrafo 266 es muy criticable, entre otras cosas, por lo siguiente:

a) La Constitución claramente aplica el *must offer* y el *must carry* a señales, más no a obras, de manera que el tribunal extendió indebidamente la hipótesis normativa prevista en la regulación constitucional.

b) De igual forma, la Constitución Política sólo impone obligaciones a los organismos de radiodifusión, no a autores y otros titulares de derechos de autor, por lo que el tribunal colegiado convirtió en sujetos obligados a personas a las que la norma constitucional no impuso obligación alguna.

c) A mayor abundamiento, esos autores y titulares de derechos de autor, a los que el tribunal colegiado impuso obligaciones no previstas para ellos, tienen, en contraposición, sendos derechos humanos que protegen sus derechos de autor (particularmente el derecho humano a la protección jurídico-autoral[205] y el derecho humano a la propiedad privada).

---

[205] Véase De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y derechos de autor. Las restricciones al derecho de explotación*, 2a. ed., IIJ-UNAM, México, 2015, p. 361 y ss.

d) Asimismo, el tribunal impuso un límite o restricción al derecho humano a la protección jurídico-autoral, en forma contraria al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que tiene rango constitucional), pues para afectar los intereses materiales de los autores se requiere, entre otras cosas, que la restricción esté expresamente prevista en ley (cosa que no sucede en el caso del *must offer/carry*, donde ni siquiera la Constitución limita los derechos de los autores ni les impone obligación alguna), y sobre todo, está la exigencia de que "las limitaciones deben ser proporcionadas, lo que significa que se debe adoptar la medida menos restrictiva cuando haya varios tipos de limitaciones que puedan imponerse",[206] y es claro que para salvaguardar la competencia económica y evitar algunas prácticas abusivas de algunas televisoras, no era necesario limitar los derechos de autor (sí los derechos conexos de los organismos de radiodifusión), y menos aun, imponerles la gratuidad a sujetos no obligados constitucionalmente. Además, se contraviene el referido pacto (y hasta el artículo 1o constitucional), dado que existe una prohibición de regresividad en la protección al derecho humano que tutela los intereses materiales de los autores, pues el tribunal está desconociendo el derecho de retransmisión del que ya gozaban los autores en nuestro ordenamiento jurídico.

e) Adicionalmente, el tribunal colegiado no toma en cuenta la diferente posición jurídica que tiene un organismo de radiodifusión

[206] Párrafos 22 y 23 de la observación general 17, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

que un titular de derechos de autor, pues un organismo de radiodifusión es tal, en virtud de una concesión,[207] es decir, una entidad de radiodifusión se caracteriza por explotar o usufructuar un bien propiedad de la nación (el espectro radioeléctrico), por lo que es más susceptible de limitaciones a sus derechos para lograr los fines de la concesión; en cambio, los titulares de derechos de autor no se aprovechan de bienes públicos ni están obligados por un título de concesión.

f) Desde luego, queda claro que el tribunal no tomó en cuenta el artículo 11 Bis del Convenio de Berna, que si bien permite limitar diversas facultades del derecho de comunicación pública (incluyendo el llamado "derecho de retransmisión"), establece que nunca podrá desconocerse el derecho del autor de cobrar una remuneración equitativa (regalía) por esas retransmisiones.

g) Además, el tribunal pasa por alto que las obligaciones impuestas constitucionalmente a los organismos de televisión abierta tuvieron su origen en posibles prácticas anticompetitivas de algunos concesionarios, y por eso, se limitaron sus derechos para fomentar un ambiente más favorable para la competencia económica; en cambio, los titulares de derechos de autor no incurrieron en esas conductas, ni sus derechos significaban obstáculo alguno, por lo que es incorrecto sancionarlos a ellos e imponerles obliga-

[207] Artículo 139 de la LFDA.

ciones de *must offer/must carry*, por conductas que no les son atribuibles.

h) Por lo que hace al argumento del tribunal colegiado consistente en que "no tendría sentido y devendría en irracional, buscar dar cobertura a las audiencias sin allegarse la programación televisiva en su integridad", cabe decir que es correcto en cuanto al fondo,[208] pero de él no se desprende que deban limitarse los derechos de autor, es decir, no es necesario que se le nieguen a los autores sus derechos para que el público acceda a las obras transmitidas. Veamos.

Para entender esto, analicemos cómo sería la situación en México si no existieran el *must offer* y el *must carry* (con el peculiar alcance con el que se configuraron en nuestro país). Si un operador de cable, por ejemplo, deseara retransmitir e incluir en sus paquetes canales de televisión abierta, necesitaría cumplir con las siguientes obligaciones derivadas de la LFDA, a saber: *i)* obtener una licencia o autorización del organismo de radiodifusión para retransmitir su *señal* (derecho conexo de retransmisión);[209] *ii)* obtener una licencia o permiso del productor audiovisual para retransmitir las *obras audiovisuales* contenidas en las señales (derecho de autor de retransmisión),[210] y en muchos casos una licencia del titular del productor de videogramas;[211] *iii)* obtener una licencia o permiso de los autores musicales para retransmitir las *obras*

---

208 Fácticamente no pueden separarse las obras de las señales.
209 Artículo 144, fracción I, LFDA; y artículo 13, inciso (a), de la Convención de Roma.
210 Artículos 27, fracción III, y 97 *in fine* de la LFDA; y 11 Bis del Convenio de Berna.
211 Artículo 137 de la LFDA.

musicales (derecho de autor de retransmisión);[212] *iv)* pagar derechos de simple remuneración (regalías) a los autores (director, escritor, músico, fotógrafo y dibujante) de las *obras audiovisuales* (derecho autoral de regalías);[213] *v)* pagar derechos de simple remuneración (regalías) a artistas intérpretes o ejecutantes, es decir, actores, bailarines, cantantes, músicos ejecutantes, etc., por la retransmisión de sus *actuaciones* (derecho conexo de regalías);[214] y *vi)* pagar derechos de simple remuneración (regalías) a los productores de fonogramas por la retransmisión de sus *grabaciones sonoras* (derecho conexo de regalías).[215]

Como se observa, las obligaciones que la ley les impone a quienes retransmitan canales de televisión abierta son varias, y van desde celebrar contratos de licencias hasta el mero pago de regalías. La inclusión del *must offer/must carry*, lo único que hizo fue exentar a la empresa de televisión restringida del requisito *i)*, es decir, de celebrar (y pagar) una licencia al organismo de radiodifusión por el uso de su señal,[216] pero la reforma constitucional no tocó ni afectó el resto de obligaciones previstas por la LFDA y los tratados internacionales, incluyendo suscribir licencias de derechos de autor.

Por eso, los párrafos finales de los artículos 27 y 144 de la LFDA claramente señalan que el cumplimiento del *must offer* y el *must carry* se

---

212 Artículo 27, fracción III, de la LFDA, y 11 Bis del Convenio de Berna.
213 Artículos 26 Bis y 97 de la LFDA.
214 Artículos 117 Bis de la LFDA; y 12 de la Convención de Roma.
215 Artículos 131 y 133 Bis de la LFDA; y 12 de la Convención de Roma.
216 Porque esto era, precisamente, el obstáculo a la libre competencia.

hará sin perjuicio de los derechos de autor y derechos conexos que correspondan, pues aunque se limitan los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, no se afectan los derechos de autor ni los derechos conexos de artistas, productores de fonogramas, etc., lo cual, se insiste, es lógico pues no fue la conducta de esos sujetos la que generó distorsiones del mercado, sino la de ciertos organismos de radiodifusión. El correctivo fue para estos, no para aquéllos.

Por lo tanto, actualmente, las empresas de televisión restringida que retransmitan canales de televisión abierta están exentas de obtener (y pagar licencias) de los organismos de radiodifusión (licencia de derechos conexos), por lo que se levantó el obstáculo a la competencia que motivó la reforma constitucional de telecomunicaciones. **Corregido el problema, no era necesario (y así lo prevé la Constitución y la LFDA) afectar a los derechos de autor y al resto de derechos conexos involucrados**.

En consecuencia, las empresas de televisión restringida deben cumplir con las demás obligaciones derivadas de la LFDA, como también reconocer expresamente los lineamientos del IFT.

De tal forma que las obras llegarán al público destinatario (audiencias), pues el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos de autor en nada impide que los contenidos lleguen a los destinatarios, pues sería tanto como decir que pagar luz a la Comisión Federal de Electricidad impediría al público acceder a las obras, o que el pagar por la compra de una pantalla también es obstáculo para ese acceso.

Es obvio que si ni la Comisión Federal de Electricidad ni los fabricantes y comercializadores de pantallas ni los titulares de derechos de autor fueron los responsables de las conductas anticompetitivas, ¿por qué negarles sus derechos?

El pago a esos proveedores de ninguna forma frustraría los fines del *must offer* y el *must carry*. Por lo que, si bien es cierto lo afirmado por el tribunal de que no tiene sentido que el público reciba la señal sin las obras, también es cierto que la exención de pedir licencia al dueño de la señal no se amplía a los dueños de las obras. La verdad es que debe pedirse permiso (y pagarlo) a los titulares de derechos de autor (además de cubrir los correspondientes derechos de simple remuneración), y eso en nada frustra la mayor difusión de obras (antes al contrario, los titulares de derechos de autor suelen ser los mayores interesados en la máxima circulación de sus obras).

El único caso donde se antoja viable una limitación a los derechos de autor derivada del *must offer/carry* es cuando la calidad de radiodifusor y titular de derechos de autor se reúnen en una misma entidad, por ejemplo, TV Azteca, concesionario de señales de televisión abierta (y por ende, titular de derechos conexos) y productor de algunos de sus programas (y por ende, titular de derechos de autor).

En estos casos, y únicamente por lo que hace a la programación propia de la televisora, puede pensarse en que, tanto el *must offer* como el *must carry,* limiten extensivamente sus derechos patrimoniales de autor, además de sus derechos conexos. Pues con esto se impide que se frustren los fines de la reforma constitucional de 2013, dado que de nada

serviría restringir los derechos conexos de los sujetos obligados, si pueden ocasionar las mismas conductas anticompetitivas con base en sus derechos de autor.

Pero reiteramos, sólo en esos escasos supuestos pueden entenderse limitados los derechos de autor: exclusivamente porque el titular de tales derechos sea un sujeto constitucionalmente obligado, es decir, dado el carácter de organismo de radiodifusión que tenga, a la par de ser titular de derechos de autor.

Ahora pasemos al caso más emblemático, aunque no por eso, el menos criticable.

4. Segunda Sala de la SCJN (caso *PHAM y otras*)

El asunto que analizaremos en el presente apartado es, seguramente, el más importante que de momento se ha resuelto sobre la relación entre derechos de autor y *must offer/must carry*; pero no por ello es el más afortunado, antes al contrario, fue el que generó comentarios más severos en el foro. Esto en virtud de que las argumentaciones jurídicas del tribunal inferior y de la propia Segunda Sala venían siendo muy sólidas, hasta que un sorpresivo viraje de último minuto en la sesión privada de la Segunda Sala, cambió radicalmente la cuestión.

En este caso, la editora musical Promotora Hispano Americana de Música, S.A. de C.V. (PHAM) y otras empresas, en su carácter de titulares derivados de derechos de autor sobre obras musicales, presentaron

una demanda de amparo indirecto en contra del artículo 164 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, tildando de inconstitucionales las figuras del *must offer* y *must carry*.

La demanda de amparo destaca por ser la primera en estar centrada única y exclusivamente en derechos de autor, dejando a un lado los derechos conexos, lo cual sirvió para focalizar el debate judicial, dándole más precisión a la litis. Por el lado negativo, la demanda enfatizó a los derechos de autor como medios para cobrar "remuneraciones" y "regalías", pero omitió caracterizar a los derechos de explotación en su esencia: derechos exclusivos para autorizar o prohibir los usos de las obras (es decir, se ignoró su perfil de *iura prohibendi*); este error, como se verá más adelante, trascendería negativamente en la sentencia de la SCJN.

En cuanto a los conceptos de violación, primero se alegó violación al principio de igualdad por dar un trato diferente a los titulares de derechos de autor, en tanto aquellos cuyas obras se transmitan por televisión restringida pueden cobrar remuneraciones, pero aquellos cuyas producciones se transmitan por televisión abierta no pueden hacer tal cobro.[217] Nótese desde el inicio el énfasis en los *cobros*, y no en la violación de derechos por *uso no autorizado*.

El siguiente concepto de violación fue por inseguridad jurídica derivada de inexacta aplicación de la ley y por infracción a la libertad de

[217] Esta representación del fenómeno jurídico que hacen las quejosas es errónea, pues las señales y obras transmitidas de origen por televisión abierta no están afectadas por el *must offer/carry*, sino sólo las señales transmitidas primitivamente en televisión abierta y **retransmitidas** por televisión restringida.

comercio, en tanto la LFDA permite "cobrar regalías" mientras que la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión permite la retransmisión gratuita de señales.

En fin, se argumentó una expropiación indirecta de la "inversión intelectual" de los autores al privarles de su uso y goce económico,[218] contrario a los test de razonabilidad y proporcionalidad.

El asunto fue turnado a la Juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, quien lo radicó con el número de expediente 184/2014. El día 14 de enero de 2015 dicha juzgadora dictó sentencia, negando el amparo pero, curiosamente, salvaguardando los derechos de la parte quejosa.

Dicha sentencia es muy interesante, pues amén de reconocer que el artículo 164 de la ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión no es inconstitucional (pues no afecta los derechos de autor), hace una argumentación jurídica bastante plausible, que vale la pena analizar.

En la parte medular, dicha sentencia comienza afirmando lo siguiente:

> Como se observa, la obligación prevista en el artículo en pugna fue originalmente impuesta por el Constituyente Permanente y retomada por el legislador al expedir la Ley Federal de

[218] De nueva cuenta, en contra del artículo 12 de la LFDA, se le está atribuyendo el carácter de "autores" a personas morales.

Telecomunicaciones y Radiodifusión, con el objetivo de que exista un mayor acceso, diversidad y pluralidad de contenidos de los usuarios de servicios de televisión restringida, para lo cual también se propusieron adecuaciones a diversas leyes, según se observa de la iniciativa del Decreto por el que se expidió la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, entre las cuales **se destaca la adición de un segundo párrafo a los artículos 27 y 144 de la Ley Federal del Derecho de Autor**, tal como se advierte del Decreto aludido, particularmente, de su Artículo Tercero, el cual para pronta referencia enseguida se transcribe: (…)

En efecto, como se observa, dicha adición incorporó la obligación de los concesionarios de radiodifusión de permitir la retransmisión de su señal y la obligación de los concesionarios de televisión restringida de retransmitirla, precisando que la misma sería sin menoscabo de los derechos de autor y conexos que correspondan.

De lo que es dable concluir que **no asiste razón a la parte quejosa cuando alude a que la exigencia prevista en el precepto legal que combate en esta instancia constitucional, impide que se reciba el pago de la contraprestación que corresponda por la titularidad de los derechos de autor cuya transmisión se lleve a cabo por los concesionarios de televisión radiodifundida y restringida**, pues es claro que el legislador a fin de hacer concordante la exigencia prevista en el artículo 164 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión en pugna, **expresamente estableció que la misma de ninguna manera podría conllevar afectación a los derechos de autor** y cualquier derecho inherente a éstos.

Lo que sin duda alguna pone en evidencia que la obligación de los concesionarios de televisión radiodifundida y a su vez

> de los concesionarios de televisión restringida, contenida en el ordinal reclamado, **en nada incide con los derechos de autor y conexos que se deben observar para llevar a cabo la aludida retransmisión**, es decir, **la ley en cuestión de ninguna manera impide que los autores de las obras transmitidas mediante las señales radiodifundidas por aquellos concesionarios reciban la contraprestación que corresponda**, entendida ésta como parte de los derechos de autor que el artículo 11 de la Ley Federal del Derecho de Autor define como el reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. (Negritas en el original, énfasis añadido).

En forma por demás acertada, la juzgadora alude aquí a la salvaguarda legal de los derechos de autor contemplada en los artículos 27 y 144 de la LFDA,[219] lo que la lleva a concluir que la norma impugnada (relativa al *must offer/carry*) en nada incide en los derechos de autor.

Tal hallazgo ocasiona que la Juez concluya, correctamente, que nada impide beneficiarse económicamente con base en sus derechos de autor por la "transmisión se lleve a cabo por los concesionarios de televisión (…) restringida". Nótese cómo aquí se está reconociendo que deben pagarse derechos de autor, no sólo por la transmisión de la obra en televisión abierta, sino que **también debe pagarse la transmisión por televisión restringida**.

---

[219] Salvaguarda que ya explicamos en el capítulo III de la presente investigación.

Lo que se corrobora en el siguiente párrafo de la sentencia, cuando dice que los derechos de autor "que se deben observar para llevar a cabo la aludida retransmisión". Con lo cual queda claramente establecido que el *must offer/carry* no incide en el llamado "derecho de retransmisión" en sede de derechos de autor (tal y como explicamos en el capítulo III).

Quizás lo único criticable en esa parte de la sentencia es que constantemente alude a los "pagos" y "contraprestaciones" por derechos de autor, pero omite mencionar que la retransmisión puede ser prohibida por el titular de los derechos de autor, si no hay la licencia correspondiente (precisamente, por el *ius prohibendi* de los artículos 24 y 27 de la LFDA). Aunque este error es más bien atribuible a los términos en que fue propuesta la demanda de amparo.

Continúa la sentencia señalando lo siguiente:

> Así es, contrariamente a contener el impedimento que refiere la parte enjuiciante, el legislador al expedir la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión cuestionada **fue cuidadoso con el tema de los derechos de autor, pues como se ha dicho, a fin de armonizar el contenido de dicha ley propuso adecuaciones al ordenamiento que los regula con el objeto de salvaguardarlos** y establecer claramente que la obligación prevista en el artículo 164 que ahora se combate en esta instancia constitucional, **no conllevaría menoscabo de los derechos de autor** y de los derechos conexos a estos, **lo que de ninguna manera puede significar una limitante para que los titulares de tales derechos puedan hacer valer las prerrogativas y privilegios**

> exclusivos de carácter personal y patrimonial que les sean inherentes.
>
> Entonces, si fue clara la intención del legislador al expedir la ley reclamada en esta instancia constitucional, de dejar a salvo los derechos de autor y cualquier derecho inherente a estos, como los derechos patrimoniales que implican el pago de las regalías correspondientes por la transmisión pública de sus obras, a juicio de esta potestad de amparo es inconcuso que el motivo toral de inconstitucionalidad propuesto por la parte enjuiciante, deviene infundado, pues como se ha dejado en claro, no es verdad que con la obligación prevista en el artículo 164 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión se impida a los titulares gozar de tales derechos, sino por el contrario, se insiste, fue en el propio Decreto por el que se expidió dicha ley, particularmente, en su artículo Tercero, en el que se previó la salvaguarda a tales derechos. (Énfasis añadido).

Aquí, la juzgadora está reiterando la salvaguarda legal a los derechos de autor diciendo que estos quedaron intocados frente a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, por el especial cuidado que puso el legislador. Pero lo más relevante de esta porción de la sentencia, es que reconoce en los derechos de autor no sólo la posibilidad de cobrar regalías, sino también su carácter de prerrogativas y privilegios **exclusivos**, lo que, como es de explorado derecho, confiere a los titulares el control sobre la utilización pública de sus obras, incluyendo las retransmisiones.

Posteriormente, la sentencia agrega:

> Lo que se robustece, incluso, con las consideraciones contenidas en el 'Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite los Lineamientos generales en relación con lo dispuesto por la fracción I del artículo Octavo 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', publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de febrero de dos mil catorce, en el sentido de que **con la retransmisión de señales** radiodifundidas en los términos previstos por el citado artículo transitorio constitucional, retomada en el ordinal 164 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión que ahora se impugna, **se otorgaría un beneficio común para los distintos participantes del sector de radiodifusión, entre los cuales se incluyeron a los autores creadores de contenidos, que al ampliarse la difusión de los mismos a través de otros medios existirían mayores ganancias para ellos también**.
>
> Pero además, la parte enjuiciante no combate ni los artículos de la Ley Federal del Derecho de Autor, ni el Acuerdo referido, por regular de manera incorrecta o deficiente sus derechos, de modo tal que si éstos no constituyeron actos destacados de autoridad en el presente juicio, es incuestionable que no formaron parte de la litis aquí planteada y desde luego no pueden ser analizados por este juzgado, por lo que si el único precepto que la parte quejosa tilda de inconstitucional en esta contienda constitucional, **no impone la restricción que a su**

> **parecer vulnera sus derechos fundamentales**, como ya se demostró, es inconcuso que este juzgado no puede llevar a cabo un análisis diverso al contenido en párrafos precedentes.
>
> Corolario de lo expuesto, este juzgado concluye que la norma impugnada no contiene el vicio de inconstitucionalidad que de manera fundamental hace valer la parte impetrante de amparo, por lo que no es posible colegir la afectación a los derechos fundamentales que alega, de lo que se sigue que los diversos motivos de disenso que hace derivar de aquél, devienen inoperantes, ya que a nada práctico conduciría analizarlos en razón de que el cuestionamiento toral de **su reclamo quedó desvirtuado por sustentarse en la incorrecta interpretación que se realizó de la norma impugnada**. (Énfasis añadido).

En esta parte la juzgadora no se queda en la salvaguarda legal a los derechos de autor, sino que también invoca la salvaguarda del IFT (a la que hemos aludido en el capítulo III), alegando que el *must offer/must carry*, al multiplicar el número retransmisiones, tiene como consecuencia que "existirían mayores ganancias" para los titulares de derechos de autor.

Lo criticable de esta parte de la sentencia es que se citan las consideraciones del IFT para emitir los Lineamientos, pero no cita el artículo 15 de tales lineamientos, que es donde normativamente se establece la salvaguarda del IFT, cuando reconoce que no se modifican las obligaciones en materia autoral.

Además, la juzgadora reconoce que la legislación de telecomunicaciones no impone restricciones a los derechos de autor, lo cual es correcto,

como ya explicamos en el capítulo III del presente trabajo. De hecho, en la sentencia se señala que la parte quejosa hizo una incorrecta interpretación del artículo 164 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, dado que tal disposición no afecta en forma alguna los derechos de autor.

Tal afirmación de la juzgadora es correcta, pues el referido artículo sólo restringe los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, más no así los derechos de autor, mismos que siguen incólumes, incluido el derecho de retransmisión previsto en el artículo 27, fracción III, de la LFDA, y el artículo 11 Bis del Convenio de Berna.

El balance general de esta sentencia es francamente positivo, dado que la Juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones ha sido la juzgadora que, de momento, mejor comprensión ha tenido de la situación de los derechos de autor frente al nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones. Empero, la sentencia es deficitaria en cuanto no explica la diferencia ente derechos de autor y derechos conexos; y sobre todo, no indica que los únicos derechos conexos que entran en la salvaguarda legal son los de los productores de fonogramas, artistas y productores de videogramas, no así los de los organismos de radiodifusión, que sí fueron restringidos por el *must offer/carry*.

No obstante lo anterior, la empresa quejosa se inconformó con la sentencia, promoviendo un recurso de revisión (con un único agravio, muy confuso), el cual, previo trámite para cuestiones de legalidad ante el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especia-

lizado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, se turnó a la Segunda Sala de la SCJN para resolver los temas estrictamente constitucionales (amparo en revisión 1238/2015).

La Segunda Sala preparó un proyecto de sentencia donde confirmaba la sentencia de la Juez de distrito y coincidía esencialmente en la misma argumentación. En sesión privada de 29 de junio de 2016, el proyecto se aprobó por unanimidad de votos. Sin embargo, al engrose de la sentencia se le agregaron tres párrafos que no aparecían en el proyecto, y que cambiaron radicalmente el sentido de la sentencia y la situación de los derechos de autor en dicha resolución.[220]

Para comprender lo anterior, analicemos a detalle la sentencia de la Segunda Sala de la SCJN.

Comienza dicha resolución (en el tema que nos atañe) reconociendo el estatus jurídico de la empresa quejosa, al señalar:

> Primeramente, cabe mencionar que las quejosas inconformes, acuden al juicio de amparo indirecto en su calidad de tenedoras de derechos patrimoniales de autor respecto de diversas obras musicales, pues tienen celebrado un contrato de cesión de derechos con los autores de éstas, en el cual se les autoriza a usar y explotar la obra en la forma y medios más amplios,

220 Para una crítica sobre algunas prácticas de la SCJN al momento de engrosar sentencias, *cfr*. Lara Chagoyán, Roberto, "Martín del Campo: apuntes a propósito de un caso de tortura", documento en proceso de publicación.

> inclusive para hacerle las adaptaciones convenientes para su difusión y explotación comercial, a cambio del pago de una determinada cantidad como contraprestación

Esto es adecuado, pues queda asentado que se trataba de un litigio de derechos de autor y no de derechos conexos (se litigaría el estatus jurídico de las obras, no de las señales). Así se evitaron muchas de las confusiones presentes en los casos previos.

Luego de citar los sendos procedimientos de reforma constitucional y legislativa (incluso mencionando el dictamen del Senado por el que se incluyó en la LFDA la salvaguarda legal a los derechos de autor), e interpretar los respectivos preceptos sobre *must offer/carry*, la Segunda Sala concluye:

> Pues bien, en opinión de esta Sala resultan infundados los agravios de las inconformes, ya que el reclamado numeral 164 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, retoma en su texto lo previsto en el artículo Octavo Transitorio del Decreto de reformas y adiciones constitucionales en materia de telecomunicaciones, lo que pone de manifiesto que fue la intención del Constituyente Permanente de dar mayor acceso, diversidad y pluralidad de contenidos para los usuarios de televisión restringida, acogiendo el principio de gratuidad de las señales radiodifundidas y, es esta expresión del constituyente permanente de gratuidad de la retransmisión de la señal de televisión abierta, la que prevalece en todo caso y condición frente a cualquier norma derivada.

Aquí la Corte está reconociendo el principio de supremacía constitucional, señalando que la retransmisión gratuita de las señales de televisión abierta es incontrovertible (lo cual es cierto). Después agrega que el carácter transitorio de la norma constitucional no afecta tal conclusión.

Continúa la sentencia, entrando ahora al *quid* del asunto, señalando lo siguiente:

> En otro aspecto, esta Sala revisora estima infundados también los agravios de las inconformes, que aluden a la falta de concordancia entre el reclamado artículo 164 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y la Ley Federal del Derecho de Autor, por las razones que a continuación se exponen.
>
> Esto, se considera así, porque las disposiciones que se contienen en el numeral citado **están dirigidas a los concesionarios de televisión radiodifundida y a los concesionarios de televisión restringida**, siendo su finalidad la regulación de la actividad de dichos concesionarios, **no así, la de los titulares de los derechos de autor, quienes conservan la determinación de explotar los derechos que sobre sus obras les corresponden**, ya que el precepto 164 de la ley reclamada **no impide que los autores reciban el pago de la contraprestación que les corresponda por la titularidad de los derechos de autor de las obras cuya retransmisión** se lleve a cabo por los concesionarios de televisión radiodifundida y restringida, pues el Legislador fue cuidadoso en ese aspecto y, para hacer concordante la exigencia ahí prevista, **expresamente estableció, que la misma de ninguna manera conlleva afectación a los derechos de autor y cualquier derecho inherente a éstos**. (Énfasis añadido).

Aquí la Segunda Sala de la SCJN acertó con precisión, pues como se explicó en los capítulos II y III del presente trabajo, los sujetos obligados por el *must offer* y *must carry* son los concesionarios de televisión abierta y restringida, no los titulares de los derechos de autor, por lo que sus derechos quedan intocados.

De hecho, la SCJN está aludiendo a la salvaguarda legal que la LFDA estableció a favor de los derechos de autor (y que incluye, como ya explicamos, el "derecho de retransmisión" de los autores, diverso del "derecho de retransmisión" de los organismos de radiodifusión). Cuestión sobre la que agrega la sentencia:

> En efecto, **la obligación de los concesionarios de televisión radiodifundida y a su vez de los concesionarios de televisión restringida** que se contiene en el multicitado artículo 164 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, **no incide con los derechos de autor y conexos que deben respetarse al llevar a cabo la retransmisión de las obras**, en la medida en que los autores de éstas, seguirán recibiendo la contraprestación que les corresponda, la cual refiere el artículo 11 de la Ley Federal del Derecho de Autor, de la siguiente manera:
>
> (…)
>
> Lo anterior, porque el Legislador al expedir la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión **fue cuidadoso en respetar los derechos de autor, pues para salvaguardarlos y armonizar el contenido de la ley, propuso las adecuaciones a los artículos 27 y 144 de la Ley Federal de los Derechos de Autor**, destacando que la mencionada obligación para los concesionarios de televisión radiodifundida y, a

> su vez la de los concesionarios de televisión restringida que se contiene en el numeral 164, no impide que los autores de las obras transmitidas mediante las señales radiodifundidas reciban la contraprestación que les corresponda, ya que quedaron a salvo los derechos de autor y cualquier otro derecho inherente a éstos.
>
> Al respecto, es importante destacar el texto del Artículo Tercero del Decreto por el que se expide la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión:
>
> > Artículo Tercero. Se adicionan un segundo párrafo al artículo 27; y, un segundo párrafo al artículo 144 de la Ley Federal del Derecho de Autor, para quedar como sigue:
>
> (…)
>
> En este sentido, **resulta acertada la determinación que se contiene en el fallo recurrido**, porque la obligación impuesta en el reclamado artículo 164 **se dirige a los concesionarios de televisión radiodifundida y a los de televisión restringida, no así a los titulares de los derechos de autor, quienes conservan su determinación de explotar los derechos que sobre sus obras les corresponda**. (Énfasis añadido).

La Segunda Sala es enfática (al menos en esta parte de la sentencia) que **los derechos de autor deben respetarse al momento de realizar las retransmisiones**. Como se observa, reitera que los sujetos son los concesionarios, no los autores y demás titulares de derechos de autor, quienes a decir de la Corte "conservan su determinación de explotar los que sobre sus obras les corresponda", y uno de esos derechos es el ya aludido "derecho de retransmisión".

Nótese que la Sala no sólo está reiterando la salvaguarda legal a los derechos de autor, sino que expresamente reconoce como acertada la sentencia de primera instancia, en donde tales derechos quedaron intocados.

Rematando lo anterior con la salvaguarda del IFT, como se aprecia en la siguiente porción de la sentencia de amparo en revisión:

> Salvaguarda que incluso, resalta el Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite los Lineamientos Generales en relación con lo dispuesto por la fracción I del artículo Octavo 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, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de febrero de dos mil catorce, cuando refiere: 'Con la retransmisión de señales radiodifundidas en los términos previstos por el citado artículo transitorio constitucional, retomada en el ordinal 164 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, se otorgaría un beneficio común para los cuales se incluyeron a los autores creadores de contenidos, que al ampliarse la difusión de los mismos a través de otros medios existirían mayores ganancias para ellos también'.

Se aprecia que la Segunda Sala incurre en la misma omisión que la Juez de distrito, en tanto citan las consideraciones de los lineamientos del

IFT, pero omiten en artículo 15, claro en cuanto al cumplimiento de las obligaciones en materia autoral.

El proyecto de sentencia de la SCJN llegaba hasta aquí por lo que hace al tema de derechos de autor, pero en el engrose se le agregaron tres párrafos a la sentencia que **cambiaron radicalmente el sentido de la resolución**.

Esas modificaciones de último momento fueron fruto de una discusión en la sesión privada de la Segunda Sala, pero trastocaron la situación de los quejosos en forma considerable, pues si bien en todo momento se le consideró negar el amparo, en la sentencia de primera instancia y en el proyecto de la Segunda Sala se le reconocían la totalidad de sus derechos de autor (los cuales, reiteradamente, se señalaba quedan intocados por el *must offer/carry*), pero en la versión final de la sentencia la Sala le desconoció al quejoso su "derecho de retransmisión". Veamos este desafortunado añadido al engrose:

> Siendo de gran importancia precisar en este apartado, que el enunciado contenido en el último párrafo del artículo 164 reclamado, en el sentido de que la obligación de los concesionarios de televisión abierta de ofrecer su señal en forma gratuita, y la correlativa obligación de los concesionarios de televisión restringida de retransmitirla con la misma gratuidad, todo ello "… *sin menoscabo de los derechos de autor y conexos que corresponda*". **No significa —como pretende la parte quejosa— que** **tales derechos autorales generen una retribución adicional por cada retransmisión** simultánea que se haga de los contenidos de sus obras, sino **solamente que la entrega de la señal sin cargos**

onerosos tampoco releva al concesionario de origen de retribuirles a los autores la correspondiente remuneración que se hubiese pactado previamente por la explotación de sus obras; es decir, la gratuidad de la señal no incrementa ni disminuye el pago de los autores.

En otras palabras, **en el enunciado jurídico en cuestión solamente se reafirmó la obligación a cargo del concesionario primigenio —emisor de la señal que después gratuitamente se retransmite— de cumplir con su deber legal de otorgar a los autores una participación proporcional de los ingresos por la explotación de las obras de que se trate, o una remuneración fija y determinada**, según se haya convenido, pues el hecho de que su concesionario entregue en forma gratuita su señal para posterior retransmisión, y por tanto, la **imposibilidad para recuperar específicamente el costo de los derechos autorales**. Tampoco le permite dejar de retribuir la utilización de las obras a sus dueños en los términos estrictamente pactados con estos últimos.

Tampoco pasa desapercibido para esta Segunda Sala, lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley Federal del Derecho de Autor, en el sentido de que "*La autorización para difundir una obra protegida, por radio televisión o cualquier otro medio semejante, no comprende la de redifundirla ni explotarla.*", pues **esta disposición sólo sigue resultando aplicable para los concesionarios que quieran retransmitir una señal fuera de su original zona de cobertura geográfica —o que no lo hagan en forma simultánea— ya que dentro de ella cualquier persona puede acceder a los contenidos respectivos por televisión abierta**, de manera que, **en estricto sentido, los concesionarios de televisión restringida no "*redifunden*" la señal cuando lo hacen simultáneamente dentro del ámbito territorial que la señal técnicamente ya tiene**, toda vez que si ésta ya está al alcance de todo el

> teleauditorio dentro de esa zona sin necesidad de suscribirse a quienes proporcionan este último servicio de paga, **con rigor, no hay un nuevo aprovechamiento, y menos aún una explotación adicional de las obras autorales que deba retribuirse por una segunda ocasión**, pues de lo que se trata es de que la señal llegue a todos los consumidores finales sin costo dentro del área en que se difunda, aun cuando la reciban a través del sistema de televisión restringida, cuyos operadores tampoco tienen la posibilidad de generar cargos extras por ella, porque **solamente así se cumple con la gratuidad que ordenó el artículo Octavo Transitorio** de la reforma constitucional, publicada en el Diario Oficial de la federación el once de junio de dos mil trece.

Es criticable ese añadido al engrose, pues refleja una serie de yerros, que van desde meras imprecisiones hasta la negación absoluta de la teoría general del derecho de autor y de lo ordenado por el derecho internacional de la propiedad intelectual.

El efecto más visible de las consideraciones de la SCJN es el desconocimiento y anulación del "derecho de retransmisión" en materia de derechos de autor, al considerar que los autores y demás titulares no pueden, ya no digamos autorizar o prohibir las retransmisiones de obras, sino siquiera cobrar por tales retransmisiones.

Con ello pierde sentido la fracción III del artículo 27 de la LFDA, que precisamente establece el **derecho de autorizar o prohibir cualquier retransmisión de la obra, por cualquier medio o tecnología** (como la televisión restringida por cable o satelital). También pierde sentido la fracción VII del mismo artículo, que faculta al titular de derechos para autorizar o

prohibir cualquier **utilización pública** de la obra (y las retransmisiones por televisión restringida son, sin lugar a dudas, usos públicos de obras). Y desde luego, se deja sin efecto el artículo 39 de la ley, con una argumentación que se critica más adelante.

Peor aun, la Segunda Sala pasó por alto el artículo 11 Bis del Convenio de Berna, contraviniendo claramente las obligaciones internacionales de nuestro país. Esto en virtud de que el "derecho de retransmisión" sobre las obras no es optativo,[221] por lo que **la gratuidad en la retransmisión de obras no está permitida por el derecho internacional**: o los Estados conceden un derecho exclusivo *(ius prohibendi)* que permita autorizar o prohibir toda retransmisión de obras (siempre que se realice por organismo diverso al de origen), o si desean limitar ese derecho pueden hacerlo, pero conservando, como mínimo, un derecho de simple remuneración por cada retransmisión.

También llama la atención la concepción de la Segunda Sala de los derechos de autor como instrumentos de mero cobro, pero no como derechos exclusivos que permiten el control de las obras,[222] limitando la discusión a una cuestión de simples pagos, sobre quién debe retribuir al autor y quién no, cuando el verdadero *quid* del asunto era determinar, no si la transmisión primigenia requiere licencia (y la correspon-

---

221 En cambio, el derecho conexo de retransmisión sobre las señales sí es optativo, según el ADPIC.

222 Esto sería aceptable tratándose del derecho de regalías por comunicación pública del artículo 26 Bis de la LFDA, pero el problema es que la argumentación de la Segunda Sala se basa en el artículo 27, el cual sí contempla derechos exclusivos.

diente contraprestación), sino **si la retransmisión también requiere licencia o permiso** (más su contraprestación).

Para mayor claridad en el análisis veamos, uno por uno, los argumentos de la SCJN.

En primer lugar, señala la Segunda Sala que la frase "sin menoscabo de los derechos de autor y conexos que corresponda" no significa un pago por los actos de retransmisión, sino sólo implica que no se releva al concesionario de televisión abierta de pagar los derechos de autor por la transmisión primigenia.

A nuestro entender, tal argumento es problemático en varios niveles. De entrada, pasa por alto que tanto la "transmisión primitiva" como el diverso acto de "retransmisión" son modalidades separadas y, por ende, cada una de ellas requiere una licencia o autorización (con su respectivo pago) por separado.

Todo el edificio ideológico sobre el que reposan los derechos de autor es que cada nueva utilización pública de una obra requiere una nueva autorización, de manera que no por el hecho de estar autorizada, por ejemplo, la transmisión de una obra por televisión, automáticamente está autorizada (y pagada) la retransmisión por televisión restringida.

En este sentido es muy claro el artículo 28 de la LFDA (el cual pasó desapercibido en la sentencia en glosa):

> Artículo 28.- Las facultades a las que se refiere el artículo anterior, **son independientes entre sí y cada una de las modalidades de explotación también lo son**. (Énfasis añadido).

Lo anterior significa que todas las facultades y modalidades de explotación del artículo 27 de la ley son independientes entre sí, por lo que la modalidad de transmisión por televisión abierta es diferente e independiente de la modalidad de retransmisión en modalidad de televisión restringida. El hecho de que un concesionario de televisión abierta haya adquirido la autorización para transmitir la obra en ese medio, no significa que ese concesionario (o cualquier otro tercero, como un concesionario de televisión restringida) también tenga permiso de retransmitirla.

Sobre el particular, bien explica Arteaga Alvarado:

> Otra de las características más importantes de los derechos patrimoniales consiste en que tanto las facultades integrantes de los derechos patrimoniales como sus modalidades **son independientes entre sí, por ello en la doctrina se afirma que los derechos patrimoniales de un autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles.**[223] (Énfasis añadido).

En el mismo sentido, explica la más preclara doctrina extranjera:

---

223 Arteaga Alvarado, María del Carmen, "Papel de las sociedades de gestión colectiva en el derecho de autor" en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Eduardo Martínez de la Vega*, Porrúa / FD-UNAM, México, 2008, p. 6.

> De acuerdo con los principios de la interpretación restrictiva de los contratos de explotación de las obras y de la **independencia de los derechos patrimoniales**, la autorización de uso se limita a aquel o aquellos expresamente mencionados en el contrato y a las modalidades expresamente previstas en este.[224] (Énfasis añadido).

Por su parte, Ribera Blanes explica con detalle:

> Desde esta perspectiva, la cesión o concesión de uno de los derechos o una de las formas de explotación no puede conllevar la presunción de que se hayan cedido los demás, aunque se integren dentro de la misma categoría. Por ejemplo, si el autor ha celebrado un contrato de cesión con el editor para la reproducción impresa del libro, éste no podrá reproducirla y posteriormente distribuirla en formato digital a través de Internet o de CD-ROM. Al igual que si el autor de una novela ha otorgado su consentimiento para que un tercero traduzca la obra, no podrá este adaptarla al cine. Al realizar la cesión debe quedar claramente especificada la forma de explotación, no pudiendo el cesionario ejercitar ninguna otra modalidad distinta a la pactada; deberá ceñirse a lo establecido por el autor. De este modo, si el cesionario pretende ejercitar una modalidad que en principio no estaba prevista en el contrato, **deberá solicitar el consentimiento del autor y otorgarle a cambio la remuneración correspondiente.**[225] (Énfasis añadido).

---

[224] Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO / CERLALC / Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 277.

[225] Ribera Blanes, Begoña, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 210 y 211

En fin, Marta Malmierca señala: "La autorización dada de forma expresa en un contrato para el ejercicio de un derecho patrimonial no podrá extenderse a formas de explotación o difusión no contempladas inicialmente".[226]

Esto también lo ha explicado el Pleno de la SCJN, en la ejecutoria dictada en la contradicción de tesis 25/2005:

> Es importante subrayar que **cada una de las categorías de derechos patrimoniales y, dentro de éstas, cada modalidad de explotación, es autónoma una de la otra, por lo que existe un principio de independencia contractual entre cada una de ellas**.
>
> De ello deriva que, por regla general, contractualmente, el autor, en relación con una de sus obras, pueda transmitir alguno de sus derechos patrimoniales de explotación a un tercero, a partir de una cierta modalidad y estipulando en el contrato un determinado porcentaje o cantidad a título de regalías, **reservándose los demás derechos y modalidades derivados de la obra**, en orden a **negociarlos en futuras transacciones —incluso con otras personas—** o para mantenerlos en su patrimonio.[227] (Énfasis añadido).

Por lo tanto, el hecho de que un autor o titular de derechos haya celebrado un contrato autorizando con un concesionario de televisión abierta la transmisión de su obra por ese medio, ello no significa que

---

[226] Malmierca Lorenzo, Marta, "El derecho de autor y los contratos de los contenidos editoriales en el entorno digital", Documento preparado por CERLALC, Bogotá, 2013, p. 18.

[227] Sentencia de 16 de abril de 2007, pp. 37 y 38.

en ese contrato esté incluida la modalidad de retransmisión, y menos aun, que para un tercero (como lo es un concesionario de televisión restringida) no sea necesario pedir permiso y pagar la retransmisión.

Por eso, la sentencia en la revisión yerra al considerar que el pago hecho por la transmisión primitiva cubre también el de las retransmisiones posteriores, cuando "**transmisión" y "retransmisión" son modalidades diferentes, y por ende, independientes entre sí, por lo que la licencia y pago de una no cubre la licencia y pago de la otra**. Es una cuestión básica del derecho autoral que las retransmisiones de obras generan pagos adicionales por esos actos. Esa es la esencia del "derecho de retransmisión", el cual explicamos en el capítulo I del presente trabajo.

Al respecto, son claras las palabras de Wilson Ríos cuando explica, como es de ordinario en materia de derechos de autor, que:

> las formas de disposición sobre derechos patrimoniales **son independientes entre sí**, lo cual significa que autorizar una forma de uso o disposición, no se involucra a las demás. Por ejemplo: el autorizar la reproducción no significa que se haya autorizado la comunicación pública; o **si se autoriza el derecho de emisión, no significa que se haya autorizado el derecho de retransmisión.**[228] (Énfasis añadido).

Por otro, si bien es evidente que el concesionario de televisión abierta no puede alegar no pagar al autor o al titular de derechos por la transmisión de las obras (máxime cuando, efectivamente, está haciendo esas

[228] Ríos Ruiz, W. R., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías…*, *op. cit*., p. 395.

transmisiones primitivas), de ahí no se sigue el porqué no se tenga que retribuir la retransmisión hecha por un tercero (que ni siquiera fue parte en el contrato de origen).

Con tal afirmación, la sentencia pasa por alto el "derecho de retransmisión" previsto en el artículo 27, fracción III, de la LFDA (que es precisamente el que queda salvaguardado en el último párrafo de ese artículo):

> Artículo 27. Los titulares de los derechos patrimoniales podrán **autorizar o prohibir**:
>
> (…)
>
> III. La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o **retransmisión de las obras** por:
>
> a) Cable;
> b) Fibra óptica;
> c) Microondas;
> d) Vía satélite, o
> e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse.
> (…)
>
> VII. **Cualquier utilización pública de la obra** salvo en los casos expresamente establecidos en esta Ley. (Énfasis añadido).

En la sentencia, ¿en dónde queda este derecho de "autorizar o prohibir la retransmisión de la obra"? Pues en ningún lado, dado que los tres últimos párrafos agregados al engrose no hacen otra cosa más que desco-

nocer ese "derecho de retransmisión", reduciéndolo a nada. Cuestión que contradice lo señalado en los párrafos previos de la sentencia, en el sentido de que la norma impugnada: "no impide que los autores reciban el pago de la contraprestación que les corresponda por la titularidad de los derechos de autor de las obras cuya retransmisión se lleve a cabo".

Peor aun, la Segunda Sala afirma que la retransmisión "no incrementa ni disminuye el pago de los autores". Si bien, como ya se dijo, es lógico que no haya motivos para reducir el pago, este sí debe incrementarse, pues hay nuevos actos de utilización pública o explotación de la obra (retransmisiones), por parte de terceros, que requieren nuevas autorizaciones.

De hecho, contrario a lo afirmado por la SCJN, la salvaguarda a los derechos de autor incorporada en el último párrafo del artículo 27 de la LFDA tuvo como principal propósito el **garantizar el pago de esas retransmisiones** (el pago de las transmisiones ya estaba asegurado), como se aprecia en el dictamen del Senado a la iniciativa presidencial:

> No obstante lo anterior, en reconocimiento a los derechos patrimoniales de autor, así como a las **legítimas preocupaciones de diversos (sic) sociedades de gestión colectiva, grupos y asociaciones de representantes de diversos titulares de Derechos de autor** se adicionaron un segundo párrafo a los artículos 27 y 144 de la Ley autoral, a efecto de reconocer que la obligación de los concesionarios de radiodifusión de permitir la retransmisión de sus señales y la obligación o derecho de los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones de retransmitir dichas

señales según nos encontremos ante la figura del "Must Carry" o "Must Offer" respectivamente, **no puede entenderse de ninguna manera como una limitación al derecho patrimonial de los autores, particularmente el de obtener la retribución por el uso y explotación de sus obras, que la propia Ley Federal del Derecho de Autor, La (sic) Constitución y los Tratados Internacionales les reconocen.**

(…)

Al tenor de lo dispuesto por el párrafo noveno del artículo 28 constitucional, el privilegio que por determinado tiempo se concede a los autores y artistas para la producción de sus obras, (entendiéndose por estas, todas las citadas en el artículo 13 de la Ley Autoral), es el privilegio para explotar de manera exclusiva sus obras, o de **autorizar a otros su explotación** y **dentro de este monopolio de explotación**, se encuentra incluido el de **poder autorizar o prohibir todos aquellos actos que de manera específica dispone el artículo 27** de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Por todo lo anterior, se establece en la propuesta la adición en el sentido que sin perjuicio de la obligación de los concesionarios de radiodifusión de permitir la retransmisión de su señal y de la obligación de los concesionarios de televisión restringida de retransmitirla en los términos establecidos en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. **Dicha retransmisión deberá realizarse sin menoscabo de los derechos de autor y conexos que correspondan.**[229] (Énfasis añadido).

[229] *Dictamen de las Comisiones Unidas de Comunicaciones y Transportes, Radio, Televisión y Cinematografía, y de Estudios Legislativos, con Proyecto de Decreto por el que se expiden la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de*

Aquí el legislador claramente está explicando que, la salvaguarda legal tiene como propósito que no se menoscaben los derechos de autor, incluyendo el derecho de "autorizar o prohibir todos aquellos actos que de manera específica dispone el artículo 27"; por lo que si ese artículo, en su fracción III, dispone como uno de esos actos la retransmisión de obras, incluso por cable o por satélite, es inconcuso que lo que buscó el legislador con la adición al último párrafo del artículo 27 fue, precisamente, no menoscabar el derecho de autorizar o prohibir *la retransmisión de obras*.

Esa interpretación es la correcta desde el punto de vista teleológico, histórico, gramatical y hasta constitucional (dado que el artículo Octavo transitorio sólo afectó la retransmisión de señales —no de obras—, y únicamente impuso obligaciones a los concesionarios, no a los autores y demás titulares de derechos de autor).

Además, el que la sentencia desconozca el "derecho de retransmisión" con la argumentación usada por la Corte, es problemático a la luz de lo que ordena el artículo 15 de la LFDA, cuyo texto ordena:

> Artículo 15.- Las obras literarias y artísticas publicadas en periódicos o revistas o **transmitidas por radio, televisión** u otros medios de difusión **no pierden por ese hecho la protección legal**. (Énfasis añadido).

Radiodifusión del Estado Mexicano; y se Reforman, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones en Materia de Telecomunicaciones y Radiodifusión, Senado de la República, LXII Legislatura, 1o de julio de 2014, pp. 324, 326 y 327.

Así, mientras que para la sentencia basta que se haya cubierto el pago por la transmisión televisiva de origen de la obra, la ley determina que, a pesar de ese hecho, la obra sigue estando protegida (de manera que cualquier utilización posterior de la obra, incluso su retransmisión, sigue protegida por derechos de autor).

Reiteramos, respecto del derecho de comunicación pública, que "como consecuencia lógica de ese derecho, cualquier forma de transmisión, retransmisión y en general toda forma de utilización de las obras debe ser previa y expresamente autorizada por su titular".[230]

Continuando con la argumentación de la SCJN, la sala en cuestión afirma que la salvaguarda del artículo 27 *in fine* de la LFDA sólo "reafirmó" la obligación del concesionario de televisión abierta de pagarle al autor lo que hubieran pactado pacto como contraprestación en el contrato (ya sea una cantidad fija y determinada o un porcentaje de la explotación).[231]

El problema aquí es que el derecho de autor sobre las transmisiones primitivas (las de televisión abierta) nunca ha sido cuestionado ni necesitaba reafirmarse, la controversia surgió a propósito de las retransmisiones hechas en televisión restringida.

---

230 Ríos Ruiz, W. R., *op. cit.*, p. 392.

231 Es decir, las "regalías contractuales" a las que se refiere el artículo 31 de la LFDA, diferente de las "regalías por comunicación pública" previsto en el artículo 26 Bis de la LFDA (y caracterizadas por el Pleno de la SCJN como un "incentivo económico" adicional, en el engrose de la contradicción de tesis 25/2005).

Por lo que sorprende que, a decir de la Sala, la salvaguarda legal debe interpretarse en el sentido de que las entidades de televisión abierta tienen una "imposibilidad para recuperar específicamente el costo de los derechos autorales". Si una empresa de televisión, por ejemplo Imagen TV, adquiere el permiso de transmitir una película por televisión abierta, y la transmite por el canal 3 en términos de su contrato de licencia, ¿por qué tendría que recuperar los costos que pagó por una licencia que ejerció en sus términos?

En la industria audiovisual los derechos de autor se negocian por "ventanas de explotación" (es decir, por modalidades, en términos de la legislación autoral). Por ejemplo, el productor de la película *El Hobbit* autoriza a TV Azteca a transmitir por televisión abierta esa obra audiovisual en México, mientras que autoriza a HBO transmitirla por televisión restringida en nuestro país. Cada licencia es válida y se refiere a modalidades o ventanas diferentes. ¿Por qué querría TV Azteca recuperar el costo de su licencia, si ésta se refería sólo a televisión abierta, y nunca pagó por usarla en televisión restringida?

Otro ejemplo: Televisión Española en su carácter de productor de la serie *Cuéntame cómo pasó*, licencia al Canal 22 de México la transmisión de la décima temporada para televisión abierta; pero, dado que Televisión Española también tiene un canal de televisión restringida en México, se reserva los derechos sobre esa serie para el mercado de televisión restringida. Si el Canal 22 pagó por televisión abierta y sólo usa la obra en televisión abierta, ¿por qué tendría que pagar menos por concepto de derechos de autor?

Al parecer, la sentencia se basa en la falsa asunción de que al adquirir derechos de autor, una empresa de televisión abierta adquiere automáticamente todas las modalidades de televisión, y por lo tanto, al permitirse las retransmisiones por televisión restringida se les estaría quitando o mermando por parte de lo que pagó. Eso es equivocado, pues tal premisa desconoce cómo se negocian y pagan los derechos de autor para su explotación en televisión, y cómo opera la LFDA en materia contractual.

Posteriormente, al tratar el tema del artículo 39 de la LFDA (que establece que la autorización para difundir una obra por televisión no incluye la autorización de redifundirla), la Segunda Sala afirma que tal numeral "sólo sigue resultando aplicable para los concesionarios que quieran retransmitir una señal fuera de su original zona de cobertura geográfica —o que no lo hagan en forma simultánea—", pues dentro de tal zona cualquier persona ya puede acceder a los contenidos por televisión abierta.

Dicha afirmación es desafortunada desde muchos puntos de vista. Para comenzar, la SCJN distingue entre "retransmisión simultánea" y "retransmisión no simultánea" (para concluir que la segunda si requiere autorización adicional), lo que implica un mal uso de términos técnicos, que tienen significados diferentes.

En efecto, la "retransmisión" siempre es simultánea, si no, no sería retransmisión;[232] por lo que, contrario al incorrecto lenguaje de la sentencia,

---

232 "Estamos ante una hipótesis de retransmisión, cuando hay redifusión simultánea de programas emitidos por una entidad de radiodifusión. No se incluye en este concepto las

no puede haber "retransmisiones no simultáneas". Este último tipo de actos no son retransmisiones, sino "transmisiones diferidas", como se puede constatar en la LFDA:

> Artículo 141.- Retransmisión es la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión.
>
> Artículo 144.- Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de autorizar o prohibir respecto de sus emisiones:
>
> I.- La retransmisión;
> II.- La transmisión diferida;
> (…).

Además, la sentencia confunde la "retransmisión" (especie) con otras figuras de mayor alcance, como lo son la "reemisión" o "redifusión" (género).

Otro problema es que el artículo 39 de la LFDA habla de la redifusión de la "*obra* protegida", mientras que la porción de la sentencia en glosa habla de "retransmitir una *señal*", con lo que se dio al traste la forma tan pulcra y correcta con que la SCJN había confeccionado los párrafos previos. El artículo 39 es una norma del régimen de derechos de autor, no del régimen de derechos conexos, por lo que sólo está regulando la

---

emisiones o transmisiones que se realizan tras la fijación de los programas difundidos". Bugallo Montaño, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 833.

retransmisión de obras, no la retransmisión de señales. Con esto, la sentencia termina mezclando y confundiendo conceptos que previamente había manejado bien.

Errores terminológicos aparte, resulta que con tales argumentos, la Segunda Sala está pasando por alto que, junto con la fracción III del artículo 27, el artículo 39 de la LFDA, fue la forma con la que nuestro país implementó en el orden interno el artículo 11 Bis del Convenio de Berna, especialmente por lo que hace al "derecho de retransmisión".[233]

De hecho, parece que la sentencia está limitando o mermando ese "derecho de retransmisión", cuando afirma que el citado artículo 39 "**sólo** sigue resultando aplicable para" ciertos casos. Dicha redacción da a entender que ese derecho aplicaba a todas las redifusiones (incluyendo las retransmisiones) de obras, pero que, ahora, sólo sigue siendo aplicable en determinados supuestos.

Eso es, en esencia, una restricción o limitación del alcance del "derecho de retransmisión". Por lo que la sentencia se vuelve contradictoria y atenta contra su congruencia interna, al afirmar que ahora ese derecho de autor está limitado, cuando en párrafos previos no escatimó en expresiones como: "quedaron a salvo los derechos de autor", "los titulares de los derechos de autor (…) conservan la determinación de explotar los derechos que sobre sus obras les corresponden", "no impide que los autores reciban el pago de la contraprestación que les

[233] *Cfr*. el capítulo I de la presente investigación.

corresponda por la titularidad de los derechos de autor de las obras cuya retransmisión se lleve a cabo", que la norma impugnada "de ninguna manera conlleva afectación a los derechos de autor y cualquier derecho inherente a éstos", "los derechos de autor (…) deben respetarse al llevar a cabo la retransmisión de las obras, en la medida en que los autores de éstas, seguirán recibiendo la contraprestación que les corresponda", etcétera.

De manera que, mientras en la primera parte de la sentencia se afirma que quedaron a salvo los derechos de autor y que las cosas continuaron igual (no se modificó el estatus de esos derechos), en la segunda parte de la sentencia se desconoce esto y se señala que el control sobre las redifusiones (incluyendo las retransmisiones) ya sólo sigue siendo aplicable en ciertos casos.

A mayor abundamiento respecto de la restricción al "derecho de retransmisión", la Corte afirma que el titular de los derechos de autor sólo puede controlar las retransmisiones cuando se realicen fuera de zona original de cobertura geográfica de la transmisión primitiva; al grado de que en la sentencia se puede leer la siguiente afirmación: "en estricto sentido, los concesionarios de televisión restringida no 'redifunden' la señal cuando lo hacen simultáneamente dentro del ámbito territorial que la señal técnicamente ya tiene".

Con esto se contraviene, frontalmente y sin ambages, el Convenio de Berna (y su obligatoria "Teoría del Organismo Diverso al de Origen"), como se aprecia a continuación:

Artículo 11 Bis

1) Los autores de **obras** literarias y artísticas gozarán del **derecho exclusivo de autorizar**:

(i) la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;

(ii) **toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen**;

(iii) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

2) Corresponde a las legislaciones de los países de la Unión establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo 1) anterior, pero estas condiciones no tendrán más que un resultado estrictamente limitado al país que las haya establecido y **no podrán en ningún caso atentar al derecho moral del autor, ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa**, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente. (Énfasis añadido).

Como se explicó en el capítulo I de la presente investigación, al regular el "derecho de retransmisión" en sede de derechos de autor, el Convenio de Berna consideró irrelevante, desde 1948, si la retransmisión se hacía dentro o fuera de la zona geográfica de cobertura de la transmisión primitiva.

Al respecto, no está de más volver a traer a colación las palabras de la prestigiada autoralista Delia Lipszyc:

> En consecuencia, el Convenio protege **el derecho del autor de autorizar tanto la radiodifusión como la utilización posterior de la emisión primitiva**, ya sea por un sistema alámbrico (distribución por cable) o bien por un sistema inalámbrico (radiodifusión abierta), **a condición de que la retransmisión emane de un organismo distinto al de origen.**[234] (Énfasis añadido).

Lo verdaderamente clave no es si la retransmisión por televisión restringida trasciende o no el territorio de la transmisión por televisión abierta, sino que, en realidad, lo importante para efectos jurídicos es que la retransmisión la haya realizado una entidad diversa a la que hizo la transmisión primitiva.

La Segunda Sala (desconocemos si conscientemente o no) resolvió el asunto con base en la "Teoría del Mismo Público o Círculo de Auditores" (también conocida como "Teoría del Espacio Único"), por virtud de la cual el "derecho de retransmisión" sólo aplica para retransmisiones que llegan a un público adicional al que recibe la transmisión primitiva.

El problema de esta teoría, además de su imprecisión y su enorme dificultad de aplicar en la práctica, es que desde 1948 está proscrita en el derecho internacional, pues en la conferencia diplomática de Bruselas de ese año los países contratantes discutieron ampliamente el tema,

---

[234] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 685.

decidiendo desechar tal teoría en favor de la "Teoría del Organismo Diverso al de Origen"[235] (México, al ser parte del Convenio de Berna, está obligado a cumplir con esta teoría, no con la que utilizó la SCJN).

En la legislación comparada y en la teoría general de los derechos de autor, es pacífico que la retransmisión de una obra, incluso en la zona de cobertura de la transmisión primitiva, constituye un nuevo acto de comunicación pública, sujeto al control de los derechos de autor (concretamente del aludido "derecho de retransmisión"), constituyendo una utilización secundaria. Sobre el particular, Delgado Porras nos explica que este

> acto de explotación secundaria de una emisión (radiodifusión primaria o inicial); que dicha explotación secundaria se lleve a efecto de manera simultánea con la emisión y que esa misma explotación es un acto de comunicación pública autónoma, en el sentido de que mediante ella las obras concernidas por el acto de retransmisión se hacen accesibles a un público y dicho acto es independiente de la emisión por ser realizado por un organismo distinto del de ésta.[236]

Inclusive, la sentencia llega al grado de argumentar que si la retransmisión no va más allá de la zona de cobertura de la emisión primigenia, "con rigor, no hay un nuevo aprovechamiento, y menos aún una explo-

---

235 Más detalles sobre esto en el capítulo I del presente trabajo, donde además se encontrarán varias fuentes académicas al respecto.

236 Delgado Porras, Antonio, "El derecho de comunicación pública por el medio de la radiodifusión" en *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Instituto de Derecho de Autor, T. II, Madrid, 2007, p. 171.

tación adicional de las obras autorales que deba retribuirse por una segunda ocasión".

Tal afirmación es poco afortunada, pues vuelve a ir a contrapelo del Convenio de Berna y de la teoría general del derecho de autor (incluyendo la máxima de independencia de las facultades y modalidades de los derechos patrimoniales, ya explicada), en tanto la "retransmisión" es un acto diferente e independiente a la "transmisión", requiriendo una segunda licencia y, por ende, una nueva remuneración.

Además, técnicamente, toda retransmisión hecha por organismo diferente al de la transmisión primitiva es una nueva explotación; máxime que en materia autoral "explotación" es sinónimo de "utilización pública". Concretamente, la retransmisión es uno de los actos conocidos en la teoría general de los derechos de autor como "utilizaciones secundarias" o "explotaciones secundarias".

Dicho estado general de la cuestión, nos es referido nítidamente por Wilson Ríos:

> Es claro y generalmente aceptado que cuando se realiza una retransmisión por medio de un operador de cable de aquella emisión proveniente de organismo de radiodifusión, nos encontramos frente a una nueva forma de utilización, es decir, un uso diferente respecto de las obras transmitidas originalmente mediante ondas hercianas; por tanto, es necesario contar con la previa y expresa autorización de los titulares.[237]

[237] Ríos Ruiz, W. R., *op. cit.*, p. 392.

En igual sentido, explica Delgado Porras, a propósito de la retransmisión de obras por cable o hilo, que: "Está muy claro que se trata de una explotación secundaria".[238]

Y en cuanto lo afirmado en la sentencia de que, "con rigor", no hay un nuevo aprovechamiento con la retransmisión, esto no sólo es contraintuitivo, sino refutado por la evidencia empírica.

Efectivamente, si retransmitir las señales de televisión abierta (con las obras que incorporan) sin costo adicional a los consumidores no generara beneficio económico alguno a los operadores de televisión restringida, ¿por qué algunos de ellos, como Dish, pelearon —incluso en tribunales— la posibilidad de retransmitir las señales?; ¿por mero altruismo a favor de las audiencias?

Como se explicó en el capítulo II, algunos operadores de televisión restringida se veían afectados *económicamente* al no poder incorporar en sus paquetes básicos la programación de televisión abierta. Esto, a los ojos de los consumidores, hacía que sus servicios fueran menos atractivos, pues muchos preferirían contratar un servicio como Sky, Total Play, Axtel o Cablevisión (hoy Izzi), por poner unos ejemplos, que Dish o cualquier otro que no tuviera los canales de televisión abierta. De ahí que quienes retransmitan señales y obras se verán beneficiados económicamente al ser más competitivos en el mercado.

---

238 Delgado Porras, Antonio, "Los derechos exclusivos en el ámbito de la creación visual" en VV.AA., *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales. Seminario Diego Rivera / Ignacio Zuloaga de derechos de autor de los creadores visuales*, Trama / Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2006, p. 71.

Basta con leer el estudio de la otrora Comisión Federal de Competencia (al que nos referimos en el capítulo II) o la fundamentación concurrencial del órgano reformador de la Constitución para incluir el *must offer/ must carry*, para percatarnos que había problemas en el mercado de la televisión restringida y que los correctivos buscaban una mejor competencia económica.

Es importante destacar que si bien la Constitución y la legislación reglamentaria impiden a los operadores de televisión restringida hacer cargos adicionales a sus abonados por incluir los canales de televisión abierta, no debe pensarse que esa es la única vía en que tales concesionarios se beneficiarían económicamente o sacarían un provecho.

Más bien, el beneficio mercantil deriva, no de cobrarles más a sus clientes existentes, sino de ampliar su base de clientes, pues al incluir los canales de televisión abierta su oferta se hace más atractiva, adquiriendo nuevos abonados que antes no hubieran querido contratar el servicio (porque sus televisores no contarían fácilmente con dichos canales). La competitividad que genera el *must offer/must carry* para muchas empresas de televisión restringida es un beneficio netamente económico, nada desdeñable.

En ese sentido, es claro que al retransmitir las obras protegidas por derechos de autor, las empresas de televisión restringida sí están beneficiándose económicamente de tales obras, generando un aprovechamiento, aunque no haya "cargos extras" por las retransmisiones.

Por otro lado, la sentencia también choca con el Convenio de Berna en el tema de la gratuidad, dado que el párrafo 2) del artículo 11 Bis de tal acuerdo, si bien permite limitar el derecho exclusivo de retransmisión, la limitación no puede llegar al grado de atentar contra el mínimo indisponible del derecho de autor a la retransmisión de obras; mínimo consistente en una remuneración equitativa por los actos de retransmisión. Así, como explicamos en los capítulos I y III del presente libro, el Convenio de Berna prohíbe la gratuidad de las retransmisiones de obras.

En tal tenor, también es criticable que la sentencia afirme que "solamente" negando el derecho de retransmisión sobre las obras dentro de la misma zona de cobertura de la transmisión primitiva "se cumple con la gratuidad que ordenó el artículo Octavo Transitorio de la reforma constitucional".

Empero, cabe recalcar (como lo hicimos en los capítulos II y III, y como también lo hizo la Segunda Sala al inicio de su contradictoria sentencia), que la Constitución sólo exige la gratuidad de la retransmisión de las señales, pero de ninguna manera exige la gratuidad de la retransmisión de las obras incorporadas a las señales.

Lo anterior significa que los organismos de radiodifusión (sujetos obligados constitucionalmente) no pueden hacer valer sus derechos conexos para cobrar por la retransmisión de sus señales; pero en cambio, los titulares de derechos de autor (sujetos no obligados por la reforma constitucional) sí pueden hacer valer sus derechos de autor para cobrar por la retransmisión de sus obras. La Carta Magna exige la gratuidad en la retransmisión de señales, *no en la retransmisión de obras*.

De hecho, este marco constitucional es acorde con las exigencias del derecho internacional, pues la Convención de Roma y el ADPIC contemplan la posibilidad de que las señales puedan retransmitirse gratuitamente; mientras que el Convenio de Berna y el mismo ADPIC prohíben la retransmisión gratuita de las obras (dichos actos deben estar sujetos a un derecho exclusivo, o por lo menos, a una remuneración compensatoria).

Esto se traduce en que, conforme a nuestra Constitución y al derecho internacional aplicable (así como a la propia LFDA y los lineamientos del IFT), las empresas de televisión restringida no tienen que pagarle a las empresas de televisión abierta (organismos de radiodifusión) por las retransmisiones que realicen. Pero en cambio, dado que al retransmitir señales también retransmiten obras, sí tendrán que obtener licencias y pagar a los titulares de los derechos de autor.

Al pagar por la explotación secundaria de obras protegidas por derechos de autor, de ninguna forma se incumple el mandato constitucional de gratuidad en la retransmisión de señales protegidas por derechos conexos. **Las señales son gratuitas, las obras no**.

De lo anterior, se puede colegir que la Segunda Sala resolvió el asunto sin tomar en consideración el Convenio de Berna. Sin bien se puede afirmar, a modo de descargo, que en la litis nunca se planteó, ni el quejoso hizo valer tal tratado, y por ende, que el amparo se resolvió conforme al llamado principio de estricto derecho; también es cierto que la Corte, como órgano límite, debe resolver una cuestión atendiendo a la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico.

Al dejar de lado el Convenio de Berna, la SCJN interpretó incorrectamente el derecho nacional que implementa tal convención (como el artículo 39 de la LFDA), incluso en contra de la interpretación evidente, ordinaria y aceptada del "derecho de retransmisión" previsto en el artículo 11 Bis del citado tratado.[239] Y una de las muchas consecuencias de esto es el incumplimiento de México a sus obligaciones internacionales (que, tratándose del "derecho de retransmisión", puede generar responsabilidades en el seno del TLCAN y de la OMC).

Esperemos que en futuros fallos la SCJN se ciña a lo que prescribe el Convenio de Berna y la propia Constitución.

---

239 *Cfr*, los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; y Segunda Sala de la SCJN, "TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 14 DE FEBRERO DE 1975)", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVI, diciembre de 2002, p. 292.