



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO**

División de Estudios de Posgrado en Derecho

TÍTULO:

LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS AUDIOVISUALES EN HOTELES.

Su Infracción en materia de Comercio.

TESINA.

Para obtener el grado de especialista en

Derecho de la Propiedad Intelectual

Autor: Lic. Oscar Sandoval Bautista

Director: Dr. Eduardo de la Parra Trujillo

Ciudad de México, 2019





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Agradezco en primer lugar a la vida,

a mi familia,

a Toñito por su apoyo

y a mi asesor.

CONTENIDO

Abreviaturas

Introducción

CAPÍTULO PRIMERO.

LOS CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO DE AUTOR

- I. El objeto de protección
 1. Criterios de protección
 - A. Criterio de originalidad
 - B. Criterio de fijación
 2. Criterios irrelevantes
- II. Sujeto de protección
- III. El contenido del derecho de autor
 1. Facultades morales
 - A. Facultad de Divulgación
 - B. Facultad de Paternidad
 - C. Facultad de Integridad
 - D. Facultad de retracto
 2. Facultades de explotación
 - A. Facultad de reproducción
 - B. Facultad de distribución
 - C. Facultad de comunicación pública
 - D. Facultad de transformación
 3. Facultades de simple remuneración
 - A. Regalías por comunicación pública
 - B. *Droit de suite*
- IV. Las obras audiovisuales
 1. Referencia histórica
 2. La obra audiovisual
 3. Los titulares de la obra audiovisual

CAPÍTULO II

LA FACULTAD DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

- I. El acto de comunicación pública
 1. Delimitación positiva del acto de comunicación pública
 - A. Una pluralidad de personas calificable como *público*
 - B. La accesibilidad de la obra por el público
 - C. Inexistencia de distribución de ejemplares
 - D. La obra se pone al alcance por cualquier medio o procedimiento
 2. Delimitación negativa del acto de comunicación pública
 - A. Ámbito espacial «espacio estrictamente doméstico»
 - B. Conexión a una red de difusión
- II. La facultad de comunicación pública
- III. La retransmisión y puesta a disposición
 1. La retransmisión
 2. La puesta a disposición

CAPÍTULO TERCERO

LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS AUDIOVISUALES EN HOTELES Y SU INFRACCIÓN EN MATERIA DE COMERCIO

- I. Problemática
- II. La comunicación de obras audiovisuales en hoteles
- III. El ámbito doméstico y la conexión a una red de difusión
 1. El ámbito doméstico
 2. La conexión una red de difusión
 3. La retransmisión y la puesta a disposición al público
- IV. Análisis del problema a la luz del Art. 231, fracción I de la LFDA
- V. Jurisprudencia comparada

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS

LFDA.	Ley Federal del Derecho de Autor
SCJN.	Suprema Corte de Justicia de la Nación
C.B.	Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas
OMPI.	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
Ley de cine.	Ley Federal de Cinematografía
TODA/WCT.	Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor
TOIEF/WPPT.	Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas
CEPCB.	Comité de Expertos para un posible Protocolo al Convenio de Berna
CEIAIEF.	Comité de expertos sobre un eventual instrumento para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonograma
DOF.	Diario Oficial de la Federación
CPEUM.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

INTRODUCCIÓN

La comunicación pública de obras audiovisuales, particularmente en establecimientos hotelero, es un fenómeno que se ha ido desarrollado en diversas latitudes del mundo, generando intensos debates sobre la existencia o no del acto de comunicación en dichos espacios, y por la trascendencia económica que guarda el enfrentamiento entre el sector hotelero y los titulares de derechos de autor sobre obras audiovisuales.

Este fenómeno ha traído consigo vaivenes en las resoluciones de los distintos tribunales, pero también ha sido objeto de reflexiones doctrinales, pues con esto se han despejado diversos elementos que conciernen al acto de comunicación pública, sobre todo cuando se habla de establecimientos hoteleros.

En algunos países y Tribunales ya hay camino recorrido e incluso zanjado la problemática, como es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto prejudicial C-306/05, donde se hace un análisis cuidadoso sobre la comunicación efectuada en un hotel. En el caso de México se han ido fijando criterios sobre el derecho patrimonial de comunicación pública, los cuales han desembocado en la reciente resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo Directo en Revisión 4040/2019, en donde se reconoce la existencia la comunicación pública de obras audiovisuales en los hoteles.

Como consecuencia de lo anterior, en México se continúan diversos litigios por quienes detentan los derechos patrimoniales de comunicación pública sobre determinadas obras audiovisuales, es por ello que nos vemos en el interés de analizar este fenómeno, que además resulta novedoso para nuestros tribunales, investigación que realizamos bajo la legislación mexicana y con base en posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales, cuyo desarrollo es el siguiente:

El capítulo primero está destinado al desarrollo del marco teórico sobre el cual descansan los conceptos generales del Derecho de Autor, cuyo énfasis se hace

respecto a la obra audiovisual, objeto en específico sobre el cual se ejerce la comunicación pública.

El capítulo segundo desarrolla el acto de comunicación pública y el derecho de explotación, sus alcances y limitaciones, en este sentido se desarrollan las facultades de retransmisión y puesta a disposición.

El capítulo tercero establece la problemática actual de la comunicación de obras en hoteles y la actualización de la causal de infracción en materia de comercio aplicable.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO DE AUTOR

El presente capítulo tiene la finalidad de abordar los conceptos generales que integran el derecho de autor, por lo que serán desarrollados a través de la sistemática clásica de estudio, la cual se divide en objeto, sujeto y contenido. También se destaca la obra audiovisual como objeto en específico.

Comencemos citando el artículo 11 de la Ley Federal del Derecho de Autor (en lo sucesivo LFDA o la Ley), el cual nos señala lo siguiente:

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

De dicho precepto, podemos mencionar que tal reconocimiento, se traduce en un derecho subjetivo polifacético que se posee sobre determinada obra, entendido bajo la concepción integral de proteger tanto el interés individual del autor o titular, como el colectivo¹. Por lo tanto, el derecho de autor es un derecho subjetivo que busca proteger de manera global a diversos sujetos de manera directa o indirecta.

I. EL OBJETO DE PROTECCIÓN

El objeto protegido por el derecho de autor es la obra, como lo señala el encabezado del a. 4° LFDA.

¹ Actualmente debe considerarse al derecho de autor como un derecho subjetivo, que no sólo protege el interés del autor, sino también los intereses colectivos mediante restricciones. Braga de Siqueira Neiva, María Rita, *La "regla de los tres pasos" como norma interpretativa del Derecho de Autor: por una aplicación razonable de los límites a la propiedad intelectual*. Tesis Doctoral, Getafe, Madrid, octubre de 2015. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22645/tesis_mrita_bragadesiqueira_neiva_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Para poder estudiar lo relevante de este objeto de protección, conviene citar una definición doctrinal que nos dé claridad sobre sus elementos. De este modo, la obra es “la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.”² Citada ella, se vale la pena señalar que el carácter de originalidad y la aptitud de ser difundida y reproducida son los elementos esenciales en una obra, cuestiones que detallaremos enseguida.

Respecto a esta última, y con el fin de añadir más elementos, resulta importante llamar la atención sobre el artículo 11 de la Ley, pues añade a la expresión “obras”, los calificativos “literarias” o “artísticas”, como si fueran sólo éstas las protegidas, sin embargo, el artículo 13 de la misma, enumera una lista meramente ejemplificativa, que nos da cuenta de lo amplio que resulta el concepto de “obra”, quedando a la vista la diversidad de la creación humana, y los diversos modos de expresión que con mayor frecuencia se acompañan de avances tecnológicos.

1. Criterios de protección

A. Criterio de originalidad

Una obra estará protegida siempre que cumpla con el requisito de originalidad, también conocido como individualidad, y previsto en el artículo 3° de la Ley:

Las obras protegidas por esta Ley son aquellas de creación original susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio.

Tal originalidad como requisito de protección, refiere Espín Alba, “es un criterio por excelencia subjetivo que busca en la obra elementos que representen el trabajo personal creativo del autor...”³ concepción a la que se adhiere prácticamente la mayor parte de la doctrina mexicana.⁴

² Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, 2001, p. 61.

³ Espín Alba, Isabel, *Contrato de Edición Literaria Un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación*, Granada, COMARES, 1994, p. 79.

⁴ De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos Humanos y Derechos de Autor. Las restricciones al derecho de explotación*, 2° ed., México, IJ-UNAM, 2015, p. 176.

En relación y sobre el particular, Delia Lipszyc señala lo siguiente:

Es suficiente que la obra tenga originalidad o individualidad: que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad. La originalidad es una noción subjetiva; algunos autores prefieren utilizar el término individualidad en lugar de originalidad por considerar que expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección: que tenga algo de individual y propio de su autor.⁵

Nótese que la originalidad es criterio subjetivo, ya que, lo decisivo en la determinación de su existencia, serán los rasgos distintivos y peculiares plasmados, en virtud de la capacidad creativa de su creador. Es decir, la impronta de la personalidad creadora es lo que permitirá singularizar una obra dentro de un universo de ellas. Al ser esto así, debe bastar, en principio, que el autor manifieste que su obra tiene la impronta de su personalidad y labor creativa, para que se presuma su originalidad.

B. Criterio de fijación

El segundo elemento *sine que non* la obra no estaría protegida es la *fijación*, criterio que ha recogido de modo excepcional el artículo 5° de la LFDA, pero de gran ayuda en la demostración de la existencia y características de una creación, en los siguientes términos:

La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión.

Para poder entender este criterio pensemos en una película de Woody Allen (Media noche en París) que me regalaron hace tiempos. Puedo decir que la veo muy a menudo y que forma parte de mi propiedad ya que me fue regalada, hasta ahí; sin embargo, no puedo afirmar la obra audiovisual Media noche en París de Woody Allen sea mía, por más que pase, 50 años con ese ejemplar.

⁵ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 65.

Es decir, frente a cualquier creación se hace necesario distinguir entre la obra o creación intelectual (*corpus mysticum*) del soporte material (*corpus mechanicum*) que transmite la creación, aunque estén estrechamente vinculado, pues, les son aplicados regímenes de derecho distintos.

Así, tal requisito, exige que la obra (*corpus myticum*) sea fijada o plasmada en cualquier soporte material (*corpus mechanicum*)⁶, el cual puede consistir en papel, lienzo, madera, yeso, mármol, cera, teléfono celular, etc., de ahí la riqueza del art. 13 de la ley al señalar la diversidad en la creación, los cuales sin duda estarán fijadas en soportes diversos.

Por último, vale señalar que “en nuestro país no están protegidas obras las llamadas obras efímeras, tales como discursos, sermones, alocuciones, explicaciones de cátedras, obras musicales no grabadas o escritas, pantomimas espectáculos de luz, etcétera”⁷, a menos que sean fijadas a un soporte material.

Los presupuestos apuntados, son la columna vertebral de todo el sistema de protección del derecho de autor mexicano, pues partir de ellos se derivan las reglas básicas que tutelan el aspecto patrimonial y moral del autor sobre su obra.

2. Criterios irrelevantes

Como se manifestó, la LFDA exige dos requisitos básicos para reconocer o negar la protección de una obra (*originalidad y fijación*), por lo que cualquier otra cuestión diferente, no es mínimamente relevante para tal efecto. En este sentido, para la protección de una obra es irrelevante el mérito, destino, modo de expresión⁸, la

⁶ La razón de tal exigencia, indica Lipszyc, se fundamenta en necesidades prácticas, ya que, si una obra no está fijada en alguna forma, el autor se vería impedido fácticamente de probar en qué consiste la obra, por lo que la fijación siempre facilita la prueba de esta. *Ibidem*, p. 76.

⁷ De La Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos Humanos...*, *cit.*, p. 179.

⁸ En nada interesa, por ejemplo, si una película es de buena o mala calidad o, si está destinada para su comunicación pública en salas de cine comercial o en las de un centro cultural universitario de la UNAM, ni mucho, si fue expresada mediante un celular o a través de tecnología más avanzada.

terminación, la ilicitud de contenido, la novedad del tema, que esté registrada⁹, etcétera.

II. SUJETO DE PROTECCIÓN

El sujeto de protección es el “autor”, quien se ha convertido en una regla de la asignatura, en países como México, que pertenecen a la corriente *droit d’auteur*, pues existe consenso en que sólo puede ser autor la persona física que crea, dado que la tutela se genera como consecuencia del hecho de “creación”, y del intelecto para crear.

Sobre el particular, Lipszyc explica que: “(l)as personas físicas son las únicas que tienen aptitud para realizar actos de creación intelectual. Aprender, pensar, sentir, componer y expresar obras literarias, musicales y artísticas, constituyen acciones que solo pueden ser realizados por seres humanos”¹⁰, lo cual encuentra claro soporte en el artículo 12 de LFDA que claramente dice: “Autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística”.

Ahora bien, si por el hecho de crear, se otorga la calidad jurídica de autor, ello naturalmente trae consigo que la titularidad originaria de todos los derechos es (son) el (los) autor(es), como en el caso de la obra audiovisual, en que la ley señala, artículo 97, como autores al director realizador; el argumentista del guion, el compositor musical; el fotógrafo y el caricaturista. Es decir, el “titular originario es la persona en cabeza de quien nace el derecho de autor”¹¹ calidad prevista en los artículos 18 y 26 de la ley.

Por otro lado, la titularidad derivada “se configura cuando algunas de las facultades que originariamente corresponden al autor son transferidas a otras

⁹ Es irrelevante el registro de una obra, ya que su tutela surge en ausencia de éste, como es previsto en el párrafo segundo del art. 162 de la LFDA, el registro es optativo y meramente declarativo, que genera un medio de prueba privilegiado al presumir la buena fe, la titularidad y la autoría. De La Parra Trujillo, Derechos Humanos..., *cit.*, p. 182.

¹⁰ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 123.

¹¹ *Ibidem*, p. 126.

personas (físicas o jurídicas) por cesión –convencional o de pleno derecho por disposición legal-, *por presunción de cesión, o por transmisión mortis causa.*¹² Al respecto, podemos incluir a los productores audiovisuales que son considerados titulares *ex lege* en sentido derivado, a. 97 de la ley.

Por último, cabe subrayar que el artículo 26 de la Ley reconoce la titularidad originaria como regla general, por lo que cualquier excepción a ella, debe contradecirla para ser considerada tal, como en los casos estimados por un sector predominante de la doctrina mexicana sobre los artículos 83 y 84 de la misma ley¹³, aunque ya el poder Judicial Federal ha sentado un criterio que da luz a la discusión¹⁴.

III. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR

1. Facultades morales

Las facultades de carácter moral son aquellas que tienen su origen y fundamento en la personalidad del autor, pues le aseguran la tutela de la misma en la obra como reflejo de ella a través de un conjunto de facultades *extra-patrimoniales*¹⁵, las cuales guardan características específicas que buscan preservar la impronta y personalidad que el autor dejó en su obra.

¹² *Ibidem*, p. 125.

También sobre la cuestión, y “[r]especto a los derechos de explotación -y en menor medida en los derechos de remuneración- existe la posibilidad de titulares derivados, es decir, personas que después del autor, obtienen ciertas prerrogativas sobre la obra, ...que de conformidad con la LFDA, son titulares derivados del derecho de explotación: 1) los sucesores *mortis causa*, y 2) los cesionarios en exclusiva de tal derecho.” De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos Humanos...*, *cit.*, p. 201.

¹³ *Idem*, p. 201.

¹⁴ Aunque no es el espacio para desarrollar el tema, sí para mencionar que el Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del primer Circuito, en tesis aislada ha señalado que en los supuestos “casos de excepción” se tiene titularidad derivada. Tesis I.1o.A.187 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 51, tomo III, febrero de 2018, p. 1414.

¹⁵ González López, Marisela, *El derecho moral del autor en la Ley Española de propiedad Intelectual*, Madrid, MARCIAL PONS, 1993, p. 87.

Por tanto, los derechos morales del autor son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables, inembargables, perpetuos e inexpropiable,¹⁶ además de ser exigibles en todo tiempo, según lo estipulan los artículos 18, 19 y 21 de la LFDA.

A. Facultad de Divulgación

La facultad de divulgación es aquella por virtud de la cual, el autor decide sobre su obra, si la da a conocer al público o, por el contrario, la mantiene reservada para él y su círculo privado, sustraída de toda difusión.

Cuando el autor decide de forma exclusiva y discrecional que su obra no se haga de conocimiento al público, ella adquiere la calidad de *obra inédita*, la cual tiene plena tutela, pues su divulgación no es requisito para la protección, como se desprende de los artículos 3°, 4°, inciso B, fracción III y 5° de la LFDA.

Por otro lado, el ejercicio positivo de esta facultad se ejerce mediante el acto de divulgación, lo que supone la extinción de la calidad de *inédito*, acto definido con límites exactos en el artículo 16, fracción I de la LFDA, del cual se desprende lo siguiente:

- i. Es el primer acto de disposición al público,¹⁷ pues trasciende del ámbito privado en principio, tomando consigo formas diversas que dependen de la naturaleza de la obra, como sería la exhibición de una película.
- ii. La divulgación es un acto único. Este aspecto, en palabras de Rivero Hernández, se refiere a que no hay (...) segundas o tercera divulgaciones de una obra, aunque sí puede haber segundas ediciones o terceras representaciones de la misma. La importancia de la «primera vez (...) reside en que a partir de este momento se inicia la vida pública de una obra (...)»¹⁸.

¹⁶ *Ibidem*, p. 140.

¹⁷ De La Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos Humanos...*, *cit.*, p 214.

¹⁸ Rivero Hernández, F., *Comentarios a los artículos 4, 19, 20 y 21*, en *Comentarios a la LPI*, coordinados por Bercovitz, Madrid, 1989, p. 78, citado en González López, Marisela, *op. cit.*, p. 153

La consecuencia natural de este acto es que la facultad se agota en su totalidad una vez que es ejercido,¹⁹ así sea que la obra se haya dado a conocer en modo completo, incluso en su contenido esencial o una descripción de esta.

La LFDA, regula la facultad de divulgación del siguiente modo:

“Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

I.- Determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita;”.

B. Facultad de Paternidad

La facultad de paternidad es aquella por virtud del cual, el autor puede exigir el reconocimiento de su calidad por haber creado una obra o bien, decidir su ocultación, con ella el autor decide si revela o reserva su identidad.

Este derecho, se puede ejercer bajo las formas que previene la ley en su artículo 4°, inciso a), fracciones I, II, III de la LFDA:

- i. Que se vincule al autor con su obra a través de su nombre, firma o signo que deje al descubierto su identidad. Esto trae como consecuencia la prueba de su autoría como lo señala el artículo 77 de la Ley.
- ii. Optar por ocultar su identidad mediante un nombre, firma o signo que no la revele, usando un seudónimo o nombre ficticio.
- iii. Divulgar la obra de forma anónima.

Por lo tanto, la paternidad al ser una prerrogativa puede ejercerse a voluntad del autor, representa un imperativo para todo aquel que quiera difundir la obra divulgada,²⁰ sin que importe cual que sea la suerte de los derechos económicos la

¹⁹ Cfr. Caballero Leal, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, FCE/CERLALC, 2004, p. 11

²⁰ De La Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos Humanos...*, *cit.*, p. 218.

Respecto al imperativo que representa el derecho de paternidad contenido en el art. 21, fracción II, éste se ve reforzado con los artículos 57 y 148 de la LFDA.

obra. Esto es así, pues detrás de la facultad “están en juego, por ejemplo, el anhelo de la inmortalidad del autor o su honor y reputación”²¹.

Nuestra LFDA regula la paternidad en los siguientes términos:

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

...

II.- Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima;

C. Facultad de Integridad

La facultad de integridad es aquella por virtud del cual, el autor puede oponerse a toda modificación, mutilación o alteración de su obra, así como impedir cualquier atentado sobre la misma que afecta su honor. La proyección de esta sugiere dos alternativas²², como se observa en el artículo 21, fracción III de la LFDA:

Por un lado la oposición a cualquier alteración, mutilación u otra modificación de la obra (integridad intrínseca o subjetiva) la cual no requiere condicionamientos, pues se prohíbe toda alteración no autorizada por el autor, y por el otro, la oposición a toda acción o atentado a la obra que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor (integridad extrínseca u objetiva) que exige que las alteraciones de la obra sean objetivamente comprobables o que causen perjuicio a la reputación del autor²³.

De este modo, el autor puede ejercer su derecho de integridad no modificando la obra, es decir manteniéndola como fue expresada o bien, modificándola a placer.

Así, la ley regula la facultad de integridad de la siguiente forma:

²¹ Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, AISGAE/REUS, 2007, p. 85.

²² *Ibidem*, pp. 87 y 88.

²³ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 169, González López, Marisela, *op. cit.*, p. 169.

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

III.- Exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor;

IV.- Modificar su obra;

D. Facultad de retracto

La facultad de retracto es aquella por virtud de la cual, el autor puede retirar su obra de la circulación sin que interese qué lo motivó. Esta encuentra su fundamento en el respeto y protección de la personalidad y escrúpulos intelectuales que con el trascurso del tiempo pueden evolucionar²⁴; si bien, ella tiene una redacción simple en la ley mexicana, sus alcances son muy amplios, pues permite al autor en todo momento retirar del comercio su obra, al tiempo que plantean ciertos cuestionamientos con relación a su ejercicio:

- i. Cambio de convicciones morales o intelectuales. Sobre éste particular, nos dice De la Parra, que nuestra ley autoral adopta el criterio liberal (en oposición al restringido), al no supeditar el ejercicio de esta facultad a causa alguna en particular, pues basta con que el autor decida sacar su obra del comercio,²⁵ por lo que las razones pueden ser por cambio de convicciones religiosas, políticas, ideológicas, éticas, por considerar que su obra ya no corresponde a su capacidad o calidad artística actuales, cuando por paso del tiempo ha dejado de ser vigente o desmentido el contenido de su obra, por considerar que el destino de su obra se ha desnaturalizado, etc.²⁶
- ii. Resarcimiento de daños y perjuicio. La LFDA no establece la obligación de resarcir los daños y perjuicio por el ejercicio de esta facultad, pues, se

²⁴ González López, Marisela, *op. cit.*, p. 214; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 172.

²⁵ Cfr. De La Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos Humanos...*, *cit.*, p. 223.

²⁶ González López, Marisela, *op. cit.*, pp. 217 y 218.

le concibe como excepción, en la doctrina, a la máxima del *pacta sunt servanda*, incluso a la prohibición de dar por terminado de forma unilateral los contratos.²⁷

Sin embargo, respecto a este último, supongamos que los autores de la obra audiovisual deciden sacar del comercio su obra estrenada en la primera sala de cine o bien antes de que haya sido comunicada, con lo que generarían un daño evidente que tendría que repararse. La solución a esta situación puede encontrarse en la Ley Civil sustantiva como el caso del artículo 1912 del Código Civil Federal por aplicación supletoria del artículo 10° de la LFDA, el cual nos obligaría puntualizar la cuestión del objeto, espíritu y finalidad de la facultad de retracto.

El ejercicio de esta facultad solo puede afectar a los cesionarios del derecho, pero no a terceros adquirentes de ejemplares de la obra,²⁸ pues como se comentó al inicio, al adquirir en modo de donación la película *Media noche en París*, de Woody Allen, sólo estoy adquiriendo el soporte material de la obra y no la obra, además de que sería un ataque a la propiedad privada.

El derecho de retracto, arrepentimiento o retirada del comercio se regula en la LFDA del siguiente modo:

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

[...]

V.- Retirar su obra del comercio, y

2. Facultades de explotación

Las facultades de carácter patrimonial, en específico las de explotación, pretenden posibilitar al creador intelectual la obtención de beneficios económicos a cambio de su obra, lo que deja ver su función alimentaria y de salario para el autor.

²⁷ *Ibidem*, p. 224; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 172.

²⁸ De La Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos Humanos...*, *cit.*, p. 225.

La LFDA dispone que tales facultades son inembargables, no pignorables (sí los frutos civiles y mercantiles), transmisibles *inter vivos* (no en estricto sentido)²⁹ *mortis causa*, temporales³⁰, independientes entre sí (tanto las facultades como sus modalidades), exclusivos³¹, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables.

La exclusividad se destaca como un elemento clave para entender su naturaleza, así, el artículo 11 de la LFDA señala que las facultades de explotación tienen tal carácter, y dado ello, los artículos 24 y 27 de la ley, manifiestan la exclusividad en un doble aspecto: autorizar y prohibir.³²

Por tanto, la naturaleza de los derechos de explotación *prima facie*, es la de un *ius prohibendi*, pues toda persona que no sea el autor de una obra tiene prohibido su uso público, a no ser que haya mediado una autorización a través de una cesión de derechos, o mediante alguna restricción legal.³³

A. Facultad de reproducción

La reproducción es la facultad que permite autorizar o prohibir la realización de ejemplares físicos de la obra, a través de cualquier medio o procedimiento, incluyendo su fijación en un soporte material.

Nuestro legislador define el acto de reproducción en el a. 16, fracción I de la LFDA del siguiente modo:

La realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa.

De la cita anterior, observamos que el acto consiste en la obtención de ejemplares físicos (*copias*) de una obra, incluyendo los almacenamientos

²⁹ Ribera Blanes, Begoña, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, DYKINSON, 2002, pp. 199- 200.

³⁰ *Ibidem*, pp. 202 y 203.

³¹ Véase Artículos 11, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 41 de la LFDA.

³² Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, p. 201.

³³ De La Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos Humanos...*, *cit.*, pp. 230-231.

temporales o permanentes que se hagan por medios electrónicos, de tal suerte que no sólo son analógicos sino digitales, pues una concepción moderna³⁴ de la reproducción incluye la fijación, de obras a soportes materiales, como los almacenamientos por medios electrónicos.³⁵

Así, Ribera Blanes, nos indica que “una definición integral del derecho de reproducción debe abarcar tanto la fijación material como la obtención de copias.”³⁶.

La facultad de reproducción está regulada en la LFDA del siguiente modo:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

I.- La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar.

Por último, hay que señalar que, para reproducción de obras, es irrelevante el procedimiento empleado, pues sobre esta cuestión, nuestra ley parte del principio de neutralidad tecnológica, y menos aún interesa el número de copias³⁷ o si la reproducción es completa o en parte.

B. Facultad de distribución

La distribución pública, es la segunda facultad que sigue en orden a la reproducción, este derecho se refiere a la posibilidad de autorizar o prohibir a la circulación de ejemplares de la obra por cualquier acto traslativo de uso o de dominio.

El acto de distribución está definido en la fracción V del artículo 16 de la LFDA del siguiente modo:

³⁴ Véase Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, p. 101.

³⁵ *Ibidem*, Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 182.

³⁶ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, p. 174.

Sobre el particular, la autora en cita nos refiere que la incorporación de la noción “fijación” al concepto de reproducción, parece atender al resultado del progreso tecnológico que ha tenido la humanidad en las últimas décadas, lo que afecta a todas las legislaciones del mundo, pues con dicho avance se pone a al alcance general muchas obras con la aparición de nuevo instrumentos. *Ibidem*, p 175.

³⁷ *Ibidem*, p. 218.

Distribución al público: Puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma, y

Como podemos observar, del diverso citado se desprenden dos opciones:

- i. Por un lado, basta que sólo se ponga a disposición³⁸ una obra, sin que haya un acto traslativo de dominio o de uso del ejemplar físico.
- ii. Y por el otro, que mediante la “puesta a disposición” se realicen actos diversos que impliquen la traslación del dominio o uso.

Así, nuestra LFDA prevé una noción amplia de la facultad al regularla del siguiente modo:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

[...].

IV.- La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley;

Como se aprecia, el artículo citado es tan amplio que contempla cualquier acto traslativo de dominio o de uso, ya sea de carácter oneroso o gratuito, por lo que caben buena parte de los contratos civiles y mercantiles, como compraventa, arrendamiento, mutuo, donación, permuta, comodato, entre otros; siendo necesario acudir a las regulaciones correspondientes para atender cada una de las modalidades que integran la distribución.

Por último, cabe destacar sobre la distribución la figura del “agotamiento del derecho”, la cual, “consiste en que, una vez verificada la primera venta de un ejemplar concreto de una obra, se agota o se extingue la facultad de distribución (o algunas de sus modalidades) respecto de ese ejemplar, y sin perjuicio de la

³⁸ Lo que implicaría en un determinado momento, la no celebración efectiva de un acto traslativo de dominio o uso, sino que bastaría que un ejemplar de determinada obra se ponga a a disposición del público.

subsistencia del resto de facultades de explotación”³⁹, ya que como lo dijimos arriba solo se adquiere un ejemplar de la obra, más no la obra en sí, además de que el legislador quita todo gravamen sobre ese ejemplar, al constituir un límite al derecho de distribución del autor, el cual estaría justificado en aras del derecho a la cultura, sin embargo, como lo previene el artículo 27 fracción IV *in fine* de la LFDA, la figura del agotamiento encuentra excepciones en el caso de los programas de cómputo y las bases de datos.

C. Facultad de comunicación pública

El derecho de comunicación pública será objeto de análisis en el siguiente apartado, por lo que sólo nos limitaremos a definirlo de modo doctrinal para tener una idea sobre su contenido.

Caballero Leal lo define como aquel (...) mediante el cual una obra se pone al alcance del público en general por cualquier medio o forma que la difunda, pero que no consista en la distribución de ejemplares tangibles de las obras.⁴⁰ De ella, desprendemos una estructura lógica de este derecho, es decir se trata de un acto de emisión que pone en contacto determinada obra con un público por cualquier medio, incluyendo actos secundarios⁴¹, el cual se integra por diversos elementos positivos y negativos como: la pluralidad de personas calificables como público, la accesibilidad de la obra, la no distribución de ejemplares, la disposición por cualquier medio o procedimiento, el ámbito estrictamente doméstico y la conexión a una red de difusión.

Finalmente, la LFDA define el acto de comunicación pública en la fracción III del artículo 16, y en términos de facultad en las fracciones II y III en el a. 27, los cuales serán objeto de comentarios más adelante.

³⁹ De La Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos Humanos...*, *cit.*, p 239.

⁴⁰ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, p. 15.

⁴¹ *Cfr.* Camacho Sepúlveda, Rocío, *Los nuevos retos del derecho de comunicación pública en el marco de las nuevas tecnologías*, Sevilla, Tesis Doctoral, 2013, p. 52. https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/825/rocio_camacho_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y

D. Facultad de transformación

La facultad de transformación es la que menor tratamiento tiene en la LFDA, pues el acto no está definido, sin embargo, podemos entenderla como el acto por el que se crea obra derivada.

Así, tal derecho “permite al titular de los derechos patrimoniales sobre una obra primigenia para autorizar o prohibir la difusión de obra derivada”⁴², la cual está regulada en la fracción IV del artículo 27 de la Ley autoral, en los siguientes términos:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

[...]

VI. La divulgación de obras derivadas, en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones, y

Respecto al diverso observamos que la referencia al término *divulgación* no es el adecuado, pues nos referimos a un derecho de explotación y no moral, por lo que tal expresión debe i en vez de *difusión o explotación*, cuestión que nos queda claro con la lectura del artículo 78 de la Ley, al decir que: “las obras derivadas, (...), sólo podrán ser explotadas cuando hayan sido autorizadas por el titular del derecho patrimonial sobre la obra primigenia, previo consentimiento del titular del derecho moral, en los casos previstos en la fracción III del artículo 21 de la ley”, dando cuenta de que se trata de una facultad de explotación.

Por tanto, el alcance de la facultad de transformación sólo se restringe a autorizar o prohibir todo acto de *difusión o explotación* que busque hacer llegar una creación derivada al público en general, al no existir obligación de solicitar autorización para la creación de obra derivada, ni muchos menos para su registro,⁴³ por consiguiente

⁴² De La Parra Trujillo, Eduardo, *Retransmisiones televisivas, derechos de autor y telecomunicaciones. El debate sobre el must offer y el must carry*”, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017, p 35.

⁴³ De La Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos Humanos...*, *cit.*, p. 246.

la LFDA tiene efectos restringidos, ya que supone un respecto a la libertad de creación.

3. Facultades de simple remuneración

Los últimos derechos de contenido económico que posee el autor con base en la ley son los conocidos “derechos de remuneración”, “derecho a ser remunerado” o “derechos de simple remuneración”. Han sido excepcionales los doctrinarios nacionales que se han ocupado en reconocer valor y existencia a estas facultades como parte del Derecho de autor, aunque también un sector determinado ha pretendido negarlos, sin dar crédito a su regulación en la LFDA, ni reconocimiento a lo sustentado en Jurisprudencia del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y menos aún a la doctrina extranjera.

Estos derechos presentan una dificultad ya apuntada por Salamanca, y es que no existe un concepto legal del “derecho de remuneración”, por el contrario, se ha generado como un fenómeno jurídico, cuya identificación doctrinal ha requerido de (re)-construcción inductiva a partir de textos legales⁴⁴; en el caso de México, la atención se fija en los artículos 26 bis y 92 bis de la LFDA.

A decir de Salamanca, los derechos de simple remuneración guardan las siguientes características: a) Se trata de facultades con contenido patrimonial, pues a través de ellas se legitima al autor a exigir una remuneración cuando se realicen ciertas utilidades tipificadas en la ley,⁴⁵ b) son de origen extracontractual⁴⁶, ya que la fuente de la obligación de pago es la ley⁴⁷, c) “los supuestos de hechos que los generan son siempre utilidades de una obra o prestaciones más o menos

⁴⁴ Martín Salamanca, Sara, Remuneración del autor y Comunicación Pública, Madrid, AISGE/ REUS, 2004, p. 43.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁷ Sobre el particular, la obligación de pago, mientras sólo se disponga de un *derecho a ser remunerado*, no es tal, en la medida en que no nace sobre un deudor determinado. El deudor es variable: habrá tantos deudores como realizadores del supuesto de hecho que la Ley establece. Esto es, el sujeto a quien puede exigírsele un determinado comportamiento (aquí el pago de un crédito) vendrá determinado en función de su relación con el objeto (...) Cualquiera que se coloque en esta posición ganará la calidad de deudor y a él le será exigibles la obligación específica. *Ibidem*, p. 84.

desvinculadas con la capacidad de exclusión del titular,⁴⁸ al ser casos en que la ley deroga (o relaja) el *ius prohebendi* del monopolio económico, pero en la que existe una utilización económica relevante de la obra⁴⁹, d) son derechos transmisibles *mortis causa* de la legitimación abstracta para hacer valer los créditos (aún futuros al momento de fallecer el titular originario)⁵⁰.

Esta última cualidad, señala Salamanca, “conlleva la intrasmisibilidad *inter vivos*, pues constituye una medida de aseguramiento o protección frente al despojo, vía contractual, del derecho a la percepción, abstractamente concebido”⁵¹. Es así como estas facultades aglutinan dos dimensiones diferenciables:

Por un lado, la facultad en abstracto establecido legalmente para obtener una remuneración por determinadas modalidades de utilización de la obra, (*derecho a ser remunerado o Stammrecht o Vergütungsbefugnis*) y por el otro un derecho en concreto e individual frente a un sujeto determinado que ha llevado a cabo la utilización tipificada (*derecho a la y/o sobre la remuneración o Vergütungsanspruch*).⁵²

La importancia de esa distinción, se apunta que, “con base en un mismo derecho a ser remunerado puede generarse tantos derechos a la remuneración, cuantas utilizations de obras puedan realizarse durante la vigencia del derecho abstracto⁵³, por lo que el derecho a la remuneración se extingue una vez es pagada la utilización tipificada en la ley, lo que no sucede con el derecho a ser remunerado el cual seguirá vigente frente al pago de la utilización específica.

A. Regalías por comunicación pública

El derecho de cobrar regalías por comunicación pública es un derecho de simple remuneración, previsto en el artículo 26 *bis* de la Ley, que permite al autor o su causahabiente cobrar regalías siempre que se hagan simples actos de

⁴⁸ *Ibidem*, p. 55.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 64- 65.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 105.

⁵¹ *Ibidem*, p. 106.

⁵² *Ibidem*, pp. 69 y 70.

⁵³ De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos Humanos...*, *cit.*, p. 262.

comunicación pública de su obra. Pero, es necesario tener en cuenta que se trata de un derecho diverso a la facultad de comunicación pública, pues este primero permite realizar cobros por actos de comunicación en tanto que el segundo otorga el derecho de controlar esos actos.

B. *Droit de suite*

El *Droit de suite* también es una facultad de simple remuneración que se contempla en la LFDA, cuyo origen y justificación se encuentra en el Derecho Francés, al ubicarse el hecho histórico en “que los artistas debían soportar en Francia en los albores del siglo pasado, quienes, miserables, se veían obligados a malvender sus obras para luego comprobar que adinerados marchantes obtenías plusvalías obscenas fruto de la reventa de aquellas.”⁵⁴

Actualmente el *Droit de Suite* tiene una justificación jurídica que busca dar un permanente ingreso al autor de modo imperativo, configurándose su naturaleza bajo las normas del derecho de autor.⁵⁵

Tras diversas discusiones en relación con su naturaleza, el *droit de suite*, “se fue configurando como un derecho de autor, pero éste no se podía ejercer de forma plena por su titular, sino que el autor debía limitarse simplemente a reivindicar un derecho de crédito sobre las sucesivas transmisiones, por lo que se había originado lo que doctrinalmente luego sería conocido como derechos de remuneración.”⁵⁶

Esta facultad se puede definir como aquella que tiene el creador de obras visuales y manuscritos originales, de cobrar un porcentaje sobre precio de cada reventa de esta, bajo las reglas del artículo 92 bis de la LFDA.

⁵⁴ Broto Pérez, Daniel, *El droit de suite de los autores de obra de artes plásticas. Análisis jurídico y efectos en el mercado del arte*, Tesis doctoral, Barcelona, 2016, consultables en el repositorio de Universidad de Barcelona, p.19.

⁵⁵ Para definir su naturaleza se elaboraron diversas teorías como: teoría de la naturaleza tributaria, teoría de la contraprestación por peritaje experto, teoría de la compensación por plusvalía generada con las reventas, hasta que la discusión se movió a la órbita de derecho de propiedad intelectual. *Ibidem*, pp. 36-41.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 41.

IV. Las obras audiovisuales

1. Referencia histórica

Los antecedentes más tempranos de la cinematografía dentro del siglo XIX, encuentran lugar con la invención del *taumatropo*, el *praxinoscopio* y el *kinetoscopio*,⁵⁷ inventos que además de permitir la fijación de imágenes de la realidad, daban una sensación de movimiento. Así, en “los primeros, años la cinematografía era concebida como una nueva forma de entretenimiento, más que como arte”⁵⁸, resultado del interés del hombre por los fenómenos ópticos.

El siguiente hito importante se da con la aparición del cinematógrafo, aparato inventado que se basa en el *kinetoscoio* y otros inventos ya existentes, que permiten representar, reproducir y proyectar obras preexistentes como las literarias.⁵⁹

La última fase de la cinematografía se da con su protección, al ser reconocida y protegida al igual que cualquier otra obra del intelecto.

La conferencia de Berlín de 1908 fue clave para este acontecimiento, pues con ella se revisa el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (en lo sucesivo Convenio de Berna o CB), donde por vez primera, se discute la dificultad que presenta la cinematografía frente a la representación o reproducción de obras literarias y artísticas (fenómeno que se concibe como medio de explotación de obras), aunque también, ya se hace referencia a que la cinematografía puede dar lugar a una obra protegible con cierta reticencia en el art 14 del CB, el cual exige su originalidad para su protección. Posteriormente, en la conferencia de Bruselas se reconoce a la cinematografía como obra, por lo que fue agregada al a. 2º del Convenio de Berna, eliminándose la exigencia de su originalidad⁶⁰, al tiempo que se generan dudas respecto de otras creaciones como

⁵⁷ Véase González Gonzalo, Alfonso, *La noción de obra audiovisual en derecho de autor*, pe. i. Revista de Propiedad Intelectual, nº 7, enero-abril de 2001, pp. 2 y 3.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁹ Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, Madrid, AISGE/ REUS, 2001, p. 15.

⁶⁰ González Gonzalo, Alfonso, *op. cit.*, p. 5-6 y Pérez De Castro, Nazareth, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

las televisivas, pues la redacción del citado 2° de Berna, hacía alusión a *las obras cinematográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía*.

Finalmente, la revisión de Estocolmo termina por quitar toda duda sobre creaciones diversas a la cinematográfica, al cambiar la redacción del art. 2° de Berna, pues ahora se refiere a *las obras cinematográficas y las “expresadas”* por un procedimiento análogo a la cinematografía⁶¹, expresión queda pie a las denominadas obras audiovisuales.

2. La obra audiovisual

La expresión “obra audiovisual” es un término cada vez más utilizado para designar a la diversidad de creaciones que presentan elementos comunes. Tal término, explica Gonzalo González⁶², ha sido usado en primeras ocasiones por Comités expertos de la OMPI, al desarrollar la ley tipo sobre derechos de autor para los países en vías de desarrollo (1976 Túnez), y al establecer principios básicos en el campo de las obras audiovisuales y fonogramas, en Francia de 1986, así como en el Tratado de Ginebra de 1989, sobre Registro Internacional de Obras Audiovisuales.

De forma particular, la LFDA, en su artículo 13, fracción X, reconoce a la “obra cinematográfica y demás obras audiovisuales”, precepto que no puede entenderse sin el diverso 94, el cual señala que las obras audiovisuales son, “*las expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que se hacen perceptibles, mediante dispositivos técnicos, produciendo la sensación de movimiento*”.

A partir de lo anterior, podemos decir que el término “obra audiovisual” es el género y la cinematográfica la especie, el diverso 94, define aquella, expresando una serie de elementos comunes que son aplicable esta, por lo que las diferencias pueden recaer en el medio por el que se hacen perceptible, su modalidad de explotación o finalidad.⁶³

⁶¹ *Ibidem*, pp. 15 y González Gonzalo, Alfonso, *op. cit.*, pp. 2-10.

⁶² *Ibidem*, p. 11.

⁶³ *Ibidem*, p. 15.

Por su parte Arturo Ancona opina que: “La alusión expresa a la obra cinematográfica en el capítulo III de nuestra LFDA es un indicador claro de que el legislador pretendió establecer un régimen jurídico concebido más bien para la obra cinematográfica tradicional”⁶⁴, sin embargo, creemos que el art. 94 de la LFDA, deja claro este punto al definir a las obras audiovisuales.

Así, el término “*obras audiovisuales*” puede englobar una serie de creaciones que guardan características del artículo 94 de la LFDA, tales como el videojuego⁶⁵, la obra multimedia⁶⁶, la obra cinematográfica, la obra televisiva, la obra videográfica, el videoclip, los simuladores y las obras virtuales, etc., que en algunos casos presentan cuestionamiento al tratar de circunscribirlos a tal categoría.

Ahora bien, las características más importantes de la obra audiovisual son los relativos a las “*imágenes asociadas*” por un lado y por el otro “*que produzcan la sensación de movimiento*”, este último adoptado en el artículo 94 de la ley y derivado de disyuntivas *doctrinales* y posicionamientos Internacionales, de si las imágenes debían producir o no la sensación de movimiento; con lo que se diferencia este tipo de obra de la fotográfica⁶⁷. Además, de no permitir a través de esta figura la protección una serie de diapositivas, o colección de fotografías.

Dicho lo anterior, la creación audiovisual requiere de dispositivos técnicos que intermedie entre la obra y el público⁶⁸, pues su percepción es indirecta, como en el caso de series y películas, que para su apreciación se requiere del uso de pantallas, televisores, reproductores de DVD (Digital Versatile Disk), sistemas de cable, etc., de lo contrario no resultaría accesible.

Este tipo de obra está protegida como primigenia, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre las obras adaptadas o incluida en ella, según lo dispone el artículo 95 de la LFDA.

⁶⁴ Ancona García-López, Arturo, *El derecho de autor en la obra audiovisual*, México, Porrúa/Universidad Anáhuac, 2012, p. 67.

⁶⁵ Pérez De Castro, Nazareth, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁶ Ovilla Bueno, Rocío, *El laberinto de la multitud. En la búsqueda de una calificación jurídica para la creación multimedia*, en Becerra Ramírez Manuel, Ovilla Bueno Rocío, Coord., *El desarrollo tecnológico y la propiedad intelectual*, México, IIJ/UNAM, 2004, p. 85.

⁶⁷ Pérez De Castro, Nazareth, *op. cit.*, p. 26 y 27.

⁶⁸ González Gonzalo, Alfonso, *op. cit.*, p. 27.

3. La autoría y titularidad en la obra audiovisual

La obra cinematográfica o cualquier obra audiovisual guardan la característica de ser compleja, pues en su creación participan diversas personas como el guionista, el decorador, el de vestuario, los actores, el fotógrafo, el escenógrafo, el maquillista, el compositor músico, el director, montador, director de cámara entre muchos más, cuya contribución difiere en su calificación al momento de identificar a los autores de la obra audiovisual.

Como fue puesto de manifiesto, la LFDA parte de la premisa en su artículo 12 de que, “autor es la persona física que ha creado una obra literaria o artística”, lo que trae consigo la titularidad originaria de todos los derechos de carácter patrimonial y personales inmersos en la creación y la exclusividad de ellos.

De manera particular, el legislador mexicano en su ejercicio soberano estableció en el artículo 97 de la ley, que son autores de la obra audiovisual: a) el director realizador; b) los autores del argumento, adaptación, guion o diálogo; c) los autores de la composición musical; d) el fotógrafo y e) los autores de las caricaturas y de los dibujos animados, es decir, son titulares originarios, por ser los causantes de la creación; precepto redactado bajo un *sistema de números clausus*⁶⁹, pues sólo aquellos adquieren la naturaleza de autor y que en opinión de Pérez de Castro, es porque se busca seguridad jurídica respecto de algunos interesados en tal obra⁷⁰.

Sin embargo, como se manifiesta en la doctrina, es criticable este tipo de fórmulas que no permiten el reconocimiento de la calidad de autor a todas esas personas que han logrado actividad creativa en la elaboración de una obra audiovisual y no solo

⁶⁹ A diferencia de lo que señala Arturo Ancona, cuando dice que el artículo 97 contempla “una lista abierta, de modo que también pueden ser autores de la misma otras personas físicas que intervienen en la producción de la obra cinematográfica mediante una actividad de creación intelectual.” Ancona García-López, Arturo, *op. cit.*, p. 72.

El diverso en cita de la LFDA, es criticable en cuanto a que echa en falta otras personas que intervienen con aportaciones creativas como el coreógrafo, montador, la luz y sonido, directores artísticos, esto quedaría resuelto si la norma fuera abierta.

⁷⁰ Cfr. Pérez de Castro, Nazareth, *op. cit.*, p. 48.

actos técnicos carentes de libertad creativa⁷¹, máxime cuando nuestra ley autoral parte de la premisa de que autor es la persona física que ha creado una obra. Pero al margen de ello, toda persona física que tenga actividad creativa en una obra audiovisual tiene protección como autor en el marco de los artículos 11 y 12 de la LFDA.

Por otro lado, el art. 97, *in fine* de la LFDA, contempla que el productor audiovisual, sea considerado como titular “derivado”⁷² de los derechos patrimoniales de la obra audiovisual en su conjunto, salvo pacto en contrario, es decir que, frente a la ley, este adquiere la titularidad *ex lege* de tales derechos, por lo que tendrá la posibilidad de hacerlos efectivos frente a cualquier uso no autorizado de la obra.

Lo anterior, en virtud de que su intervención, resultar de tal importancia, ya que su actividad se presente en el ejercicio de la producción de una obra audiovisual en términos de los artículos 98 de la LFDA y de modo específico sobre la obra cinematográfica en el 13 de la Ley Federal de Cinematografía (ley de cine):

Artículo 98.- Es productor de la obra audiovisual la persona física o moral que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la realización de una obra, o que la patrocina.

Artículo 13.- Para los efectos de esta Ley se entiende por productor a la persona física o moral que tiene la iniciativa, la coordinación y responsabilidad de la realización de una película cinematográfica, y que asume el patrocinio de la misma. En caso de duda se estará a lo dispuesto por la Ley Federal del Derecho de Autor.

⁷¹ *Ídem*.

⁷² Pérez de Castro, Nazareth, op. cit., p. 57.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FACULTAD DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

El objetivo de este capítulo es analizar la retransmisión y puesta a disposición como modalidades de la facultad de comunicación pública, para ello será necesario partir del acto de comunicación y sus elementos, los cuales serán importantes al problematizar la comunicación que se efectúa en hoteles en relación con obras audiovisuales.

I. El acto de comunicación pública

Comencemos este capítulo citando la fracción III del artículo 16 de la Ley, pues en ella se define el acto de comunicación pública en los siguientes términos:

Acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares.

Del diverso en cita entendemos en modo general que la lógica del acto, parte de una persona llamada emisor, que hace llegar (el acto de poner al alcance) por cualquier medio (principio de neutralidad tecnológica) una obra (objeto de protección o contenido de la comunicación) a una pluralidad de persona calificable como público (receptor). acto que puede tener impacto en lugares públicos o privados, según su desarrollo.

Apuntando lo anterior, desarrollemos los siguientes elementos, a fin de que podamos tener un panorama general sobre el acto, pero antes señalemos, que ellos se explican en función del emisor, pues es quien incita la comunicación o puesta a disposición de obras mediante un acto determinado, y quien no requiere de una calidad específica, porque cualquier persona puede asumir ese rol.

1. Delimitación positiva del acto de comunicación pública

A. Una pluralidad de personas calificable como público

El concepto público para efectos del derecho de autor puede tener dos sentidos, desde el punto de vista espacial o adjetivo, el cual se refiere al lugar en que está

teniendo la comunicación de una obra, o bien, en un sentido material o sustantivo, compuesto por las personas que están en la posibilidad de acceder a una obra.

El público en su aspecto sustantivo lo encontramos en nuestra definición al decirnos “*se pone al alcance general*”, cuestión que no viene a ser más que la pluralidad de personas al cual va dirigida el acto comunicar una obra, y cuya calificación se da en función del tipo de obra y las circunstancias en que se realiza.

Un primer criterio es el *cualitativo*, que permite calificar como público, a todo aquel que sea ajeno al círculo privado o familiar de quien realiza una comunicación, criterio que queda al margen de los círculos estrictamente familiares⁷³. Sobre esta cuestión, es importante recordar que los derechos de autor solo pueden controlar actos de comunicación públicos, por lo que se excluyen los actos de comunicación privada *a priori*, como el ver una película con amigos o familiares, pues se parte de que los integrantes de grupos estrictamente privados guardan un estrecho vínculo personal, donde resultar incontrolables buena parte de esos actos, además por la configuración del espacio en que se desarrollan.

Por otro lado, el criterio *cuantitativo* permite conceptualizar al público en función del número de destinatarios del acto de comunicación (lo que ha llevado a la doctrina más generalizada en manifestar que público son más de una persona), y aunque el criterio *cualitativo* parece tener mayor apuesta, no debe descartarse éste, pues adquiere relevancia si comprendemos (como lo ha hecho un sector doctrinal) que el público es un grupo potencial de personas indeterminadas del acto de comunicación, el cual no requiere necesariamente la concurrencia física de los mismos. Al respecto, Salamanca a señalar que, “[no] existe necesidad de fijar cuántas personas constituyen «público», sino que el ofrecimiento de acceso se proyecta sobre un espectro, más o menos indeterminado o ilimitado de personas, desde un individuo hasta millones de ellos”.⁷⁴ Con ello, el entendimiento de este

⁷³ Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, p. 223.

Sobre este particular, véase también, Erdozain López, José Carlos, *Las retransmisiones por cable y el concepto de Público en el Derecho de Autor*, ARANZADI, Navarra, España, 1997, p. 351.

⁷⁴ Véase, *Ibidem*, p. 352 y Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, p. 223.

criterio no se refiere a la cuantificación del público en sí, sino la accesibilidad potencial o efectiva de una obra.

Además de lo anterior, son de utilidad los criterios de *simultaneidad* y *acumulación sucesiva*, los cuales inciden en la concurrencia espacio/tiempo del público.⁷⁵ Por una parte, la simultaneidad implica que el público se encuentre ubicado en un mismo lugar, como podrían ser las salas de cine, un recinto teatral, un concierto de ópera, etc. Y, la no simultaneidad del público es de utilidad cuando éstos no concurren de modo simultáneo en el espacio, como sería el caso del acceso de programas de televisión vía remota.

Por último, el criterio *cumulativo-sucesivo* se ha ido desarrollado en función de los avances tecnológicos, cuya relevancia ha incidido en el uso de aparatos como receptores radio y televisión, incluso con el uso de internet. Este criterio adquiere importancia cuando el público no se encuentre de modo simultáneo en espacio-tiempo, sino por el contrario se va formando de modo sucesivo y acumulando en el tiempo, fenómeno que se llamado *público por acumulación* o *zeitliche Kumulation*.

Por lo apuntado, podemos concluir que el concepto de público ha tenido una evolución en su entendimiento clásico, pues se han generado criterios que lo califican de modo dinámico y casuístico.

B. La accesibilidad de la obra por el público

Cuando nuestro precepto citado, al inicio del capítulo, se refiere “*poner al alcance general*”, trae implícito que nos cuestionemos sobre la accesibilidad de la obra, y al respecto, vale la pena destacar por lo menos dos criterios que nos permitan avanzar sobre el tema:

El primero de ellos, es el “acceso efectivo”⁷⁶ de la obra, pauta que en principio nos da la certeza, que, mediante cierto acto, un grupo de personas calificables como

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 225-226.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 229.

público está disfrutando de una obra, sin que importe su inteligibilidad, su acceso en todo o parte de esta, pues ello no puede derivarse de nuestra LFDA.

Por otro lado, la *posibilidad de acceso* nos da pie a señalar que no siempre es necesario un acceso efectivo para que exista la comunicación al público, ya que con el avance de las tecnologías, nos dice Ayllon, “lo personal ha dejado de ser un factor decisivo a la hora de determinar si existe o no público”⁷⁷ y por tanto, no resulta necesario, en determinados casos la presencia del público en el mismo lugar en que se realiza el acto para que exista, pues solo basta la mera posibilidad de acceso a una obra,⁷⁸ como lo ha recogido el artículo 8° del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODA/WCT) y art. 16, fracción III de la Ley. Sobre este particular, Erdozain nos comparte la siguiente opinión:

(...) no es necesario que haya un público actual, o que efectivamente esté recibiendo o disfrutando de la comunicación pública, sino que basta con su potencialidad, a juzgar por la intención del que procede a la difusión. Esto significa, desde un punto de vista contractual, que la remuneración que se debe al titular de derechos por una emisión no se calcula de acuerdo con el público que realmente ha tenido acceso a la misma, sino en función del público que ha podido tener acceso a dicha emisión.⁷⁹

Es así que, cuando se habla sobre la accesibilidad de la obra, esta puede ser efectiva, como sucede en una sala de cine, o meramente potencial con la simple puesta a disposición por medio tecnológicos necesarios para hacer accesible determinada obra.

Por último, cabe señalar que normalmente la comunicación al público había sido inmediata, pues, tanto el emisor como el público se ubican en el mismo lugar como sucede en las salas de cine o teatros, sin embargo, no deja de haber comunicación pública por el hecho de que emisor y público no se ubiquen físicamente en el mismo lugar, lo cual ha generado la llamada comunicación pública mediata, ejemplo de ello

⁷⁷ Ayllón Santiago, Héctor S., *El derecho de comunicación pública directa*, Madrid, AISGE-REUS-ASEDA, 2011, p. 160. También, puede consultarse Erdozaín López, José Carlos, *op. cit.*, pp. 358-359.

⁷⁸ Véase, Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, p. 230; también, Ayllón Santiago, Héctor S., *op. cit.*, p. 159.

⁷⁹ Erdozain López, José Carlos, *op. cit.*, p. 352.

es la transmisión o retransmisión de obras por televisión pues el emisor y receptor no se ubican en el mismo lugar.

C. Que no haya distribución de ejemplares

El objetivo de que no haya distribución de ejemplares tiene el propósito de destacar lo incorpóreo del acto de comunicación pública y diferenciarlo de aquellos en los que se precisa la existencia de copias físicas de obras o sus fijaciones en soportes materiales, como los diversos actos de reproducción de obras.

D. Que la obra se ponga al alcance por cualquier medio o procedimiento

Como se aprecia la definición citada, que la obra se ponga al alcance general por cualquier medio o procedimiento, parte de una redacción general que trata de comprender las diversas modalidades posibles de la comunicación pública, no solo las contempladas en el artículo 27, sino todas aquellas que puedan surgir con el avance de la tecnología.

Dicha redacción, es reflejo del principio de la máxima neutralidad tecnológica que aplica a la materia autoral, al no interesar si la representación, recitación o ejecución de una obra es en vivo o difundida mediante su fijación en soportes sonoros y visuales, mecánica o digital.

2. Delimitación negativa del acto de comunicación pública

A. Ámbito estrictamente doméstico

Como se ha podido observar, la comunicación pública no exige un espacio específico, por lo que cualquiera es apto para que se desarrolle.

La fracción hasta ahora en análisis, al no hacer referencia sobre un espacio determinado para que se dé la comunicación al público, lo más lógico es que sean lugares, espacios públicos o para el público, por lo que vendría excluido *a priori* el

ámbito privado o estrictamente doméstico. Sin embargo, la cuestión del espacio “público o privado” adquiere poca o limitada importancia a efectos del derecho de comunicación pública, pues lo que realmente interesa es el acto en sí mismo, quién lo realiza y la relación de este con el público final. Así, resulta irrelevante (en algunos casos) el espacio en donde fue recibida la obra, pues no se puede pasar por alto el principio de que el derecho de autor solo controla actos de difusión al público.⁸⁰

De tal suerte, que la excepción que se ha considerado sobre la privacidad del domicilio, para que no se configure la comunicación pública de obras en determinados espacios, como las habitaciones de hoteles y hospitales, tiene poca relevancia⁸¹, pues como lo hemos apuntado, nos importa el acto, quién lo realiza y la relación entre emisor y receptor, más no quién lo recibe y en dónde.

Así pongamos, por ejemplo, la transmisión de una película cualquiera que se efectúa y desarrolla en nuestros hogares en función de la señal que emite un sistema de cable u organismo de radiodifusión. Ese acto de transmisión de la película, si bien se desarrolla en un espacio privado como son nuestros hogares, el lugar en que se efectúa no es de mucha relevancia, sino lo relevante es quien desarrolla el acto, y su relación con las personas a las que hizo llegar el audiovisual, es por ello que podemos decir que los actos de comunicación privados *a priori* no son objeto de control por el derecho de autor, pero hay caso en los que es posible controlar determinados actos no en función de lugar privado sino de quién genera el acto.

B. Conexión a una red de difusión

El presupuesto de la conexión a una red de difusión ha tomado relevancia frente a los actos de radiodifusión, retransmisión o puesta a disposición, además, confirma que el argumento sobre la exclusión de la comunicación de obras difundidas en

⁸⁰ Cfr. Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, pp. 213-214.

⁸¹ Véase, Amparo Directo en Revisión 4040/2019, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 51.

ámbitos estrictamente domésticos, como habitaciones de hoteles u hospitales, al carecer de toda posibilidad de éxito, máxime si el espacio doméstico está conectado a una red de difusión interna, pues eso nos lleva a pensar que hay un emisor que está haciendo accesible determinadas obras.

Así las cosas, espacios que puedan considerarse familiares o estrictamente domésticos, si están conectados a una red de difusión, por hilo o sin hilo, mediante el cual se hace llegar obras al público desde un mismo punto de distribución, estaremos frente a actos de comunicación al público.⁸²

II. La facultad de comunicación pública

Como ya se señaló, la comunicación pública en esencia es cualquier acto de difusión o puesta a disposición obras al público, sin la necesidad de se adquieran ejemplares de ellas, pues, se reviste de inmaterialidad el acto.

Dicho lo anterior, el derecho patrimonial de comunicación pública es,

[...] la facultad de autorizar o prohibir cualquier acto donde una persona, llamada “comunicador o emisor”, hace llegar una obra, por cualquier medio o técnica, a una pluralidad de personas calificable como público (haya o no una finalidad lucrativa). No se requiere el acceso efectivo a la obra por parte del público, basta la mera puesta a disposición de la producción para que estemos en el ámbito de la facultad de comunicación pública⁸³.

Por otro lado, son actos o modalidades de la comunicación pública: la representación escénica, como la puesta de una obra de teatro, coreografía, baile o mímica; la recitación pública que se materializa lectura o declamación obra literaria en voz alta; la ejecución pública el cual se actualiza mediante la comunicación de obras musicales, ya en vivo o mediante grabaciones sonoras; la exhibición pública, el cual consiste en proyectar obras de naturaleza audiovisual en salas de cines; la exposición pública el cual se hace patente mediante la difusión de obras como la

⁸² Delgado Porras, Antonio, Panorama de la protección civil y penal en materia de Propiedad Intelectual, CIVITAS, España, 1988, pp. 33 y 34.

⁸³ De La Parra Trujillo, Eduardo, *Retransmisiones televisivas.... cit.*, p. 30.

pintura, escultura o fotografías; la transmisión pública o radiodifusión, cual se actualiza mediante la difusión de señales televisión o radio, portadoras de obras; la retransmisión cuya naturaleza es similar a la radiodifusión, pero con la variante de ser un agente secundario el que hace llegar una obra ya transmitida, a un público distintos para el cual fue previsto y la puesta a disposición, modalidad se realiza, por ejemplo, con el hecho de subir obras a internet.

Ahora bien, la facultad de comunicación pública está prevista en las fracciones II y III del a. 27 de la ley, el cual se cita:

Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

[...]

II. La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:

- a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;
- b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y
- c) El acceso público por medio de la telecomunicación;

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.

Estas fracciones son fundamentales, pues en ellas se ubican las modalidades de retransmisión y puesta a disposición los cuales serán objeto de nuestro análisis más adelante, además se tratan derechos de explotación que prohíben a todo aquel que no sea el legítimo titular de una obra a realizar usos públicos de ella, por lo que su naturaleza es de un *ius prohibendi* (arts. 24 y 27 de la LFDA), característica destable a todas las modalidades de la comunicación al público.

III. La retransmisión y puesta a disposición como modalidades de la comunicación pública

1. La modalidad de retransmisión

Este apartado tiene por objeto desarrollar la actividad relacionada con la telecomunicación de obras, en modo específico sobre la retransmisión en sede de derechos de autor, diferente de aquel en sede de derechos conexos.

Para comenzar este epígrafe, es necesario señalar que la telecomunicación de una obra reconoce cuando menos tres tipos de actos jurídicamente relevantes para el derecho de autor, la transmisión o radiodifusión, la retransmisión o redifusión y la puesta a disposición.

Al introducirnos al fenómeno de la retransmisión, aparecen diversos vocablos, tales como: teledistribución, redifusión o retransmisión, al respecto Erdozain López dice que las dos primeras son usuales en la doctrina francesa, mientras que el último es de mayor frecuencia en la alemana.⁸⁴

Nuestra LFDA, parece tener claridad terminológica en lenguaje de telecomunicaciones, pues, la fracción III del artículo 27, recoge el término retransmisión, lo cual nos deja ver su orientación hacia la doctrina alemana, término, que conceptualmente describe mejor el fenómeno a estudiar, el cual es aplicado de modo indistinto para cualquier modo de difusión (alámbrica o inalámbrica) y cuya particularidad es que necesariamente se requiere de un ente difusor distinto del que ha originado la primera comunicación.

Dicho lo anterior, Juana Marco nos dice que: “La “retransmisión” es otra modalidad de comunicación pública, operación que ha de entenderse como la emisión (inalámbrica) o transmisión (por cable, fibra, etc.) de la obra radiodifundida o televisada por entidad emisora o transmisora distinta de la de origen.”⁸⁵

Como podemos apreciar, el elemento que distingue a la retransmisión es, que la “difusión” se lleve a cabo por una entidad emisora distinta a la de origen. Si bien la justificación de estudio no deriva de su aspecto técnico (cuestión que será sólo importante en la medida en que a través del algún medio se emita contenido de

⁸⁴ Cfr. Erdozaín López, José Carlos, *op. cit.*, p. 36.

⁸⁵ Marco Molina, Juana, *La propiedad Intelectual en la legislación española*, MARCIAL PONS, Madrid, 1995, p. 307.

propiedad intelectual), si de una radiodifusión, cuya calificación del acto se da en función del sujeto que realiza tal acto, así la calificación se basa en un criterio subjetivo, cuestión que ha tenido un largo proceso de evolución para llegar a ser entendido en los términos en que ahora se expresa en el artículo 11 *bis* del *Convenio de Berna*.

Pues bien, apuntado lo anterior, la retransmisión forma parte de la facultad de comunicación pública, la cual viene dado como resultado de los avances tecnológicos, que han permitido nuevas formas de comunicar obras al público, mismos que han perdido los caracteres de ser directa, inmediata y fugaz.⁸⁶

La evolución del derecho de comunicación pública y sus respectivas modalidades, han tenido diferentes momentos de regulación en los diversos ordenamientos internacionales, lo cual resulta visible en los textos del *Convenio de Berna* y *Tratado de la OMPI sobre derecho de Autor (TODA)*, mismos que fueron reconociendo diferentes modalidades de manera casuística, en atención de los avances tecnológicos, así transitamos de una comunicación pública directa a una indirecta.

Pasemos ahora a plantear la retransmisión desde su consideración en el *convenio de Berna*. Como se sabe, en 1886 se lleva en Berna (Suiza), una conferencia Diplomática, la cual daría lugar al *Convenio de Berna para la Protección de la Obras Literarias y Artísticas*, *Convenio* que tendría diversas revisiones: París (1896), en Berlín (1908), en Berna (1914), Roma (1928), Bruselas (1948), Estocolmo (1967) y París (1971).

En la Conferencia Diplomática de Roma se introduce al artículo 11 *bis* del CB, la facultad de radiodifusión, derivado de los nuevos modos de difusión (como la radiofonía y la radiodifusión), los cuales en materia de Derecho de autor hacen innecesaria la relación inmediata entre el artista interprete o ejecutante y el receptor, permitiendo que la distancia no fuera determinante en la calificación del acto de

⁸⁶ Ayllón Santiago, Héctor S., *op. cit.*, pp. 213-214.

comunicación.⁸⁷ De este modo es como nace el derecho del autor de controlar la radiodifusión de sus obras.

Durante la revisión de Roma se pusieron sobre la mesa las diversas propuestas de las Delegaciones participantes, que “en cualquier caso, nos dice Erdozaín, reinó la unanimidad a la hora de mostrar la necesidad de defender a los autores antes las «*empresas de radiodifusión*» y por tanto de reconocerles un derecho de explotación distinto del que ya estaba prevista en el artículo 11 CB”⁸⁸, a pesar de las constantes y fuertes presiones de organismos de radiodifusión para que ello no se efectuara.

Sin embargo, tal revisión dejó limitado el alcance del artículo 11 bis de Berna frente a los retos que presentaban los avances tecnológicos (pues sólo se contempló el derecho de radiodifusión), si bien, había consenso sobre la necesidad de reconocer el derecho de retransmisión, lo cierto es que habían discrepancias en torno a su regulación, sobre todo motivado por el peligro de abuso de la posición monopolística de las Sociedades de Gestión, la posición pública de muchas cadenas de radio que tenían como fin la educación o fines informativos y la llamada “Teoría de la zona de cobertura”⁸⁹.

No es, sino hasta 20 años después durante la revisión de Bruselas de 1948, cuando se zanja el tema relativo a la retransmisión. La cuestión de fondo era el problema de las utilidades secundarias de obras (retransmisión) o actos de intermediación, situación que destaca Erdozaín al decir que,

“Las entidades radiodifusoras se servían de repetidores y otros mecanismos cuya función consistía en ampliar y potenciar el alcance de la señal de origen. Ya no se trataba solamente de determinar si el acto por virtud del cual una entidad emisora

⁸⁷ Erdozain López, José Carlos, *op. cit.*, p. 147.

También véase, Fernández-Shaw, Félix, “La difusión internacional de los programas audiovisuales. Cinematografía- Fonograma- videogramas- radio- televisión”, Madrid, TECNOS, 1980, p. 237.

⁸⁸ Erdozain López, José Carlos, *op. cit.*, p. 149.

⁸⁹ Sánchez Aristi, Rafael, en Rodríguez-Cano Bercovitz., Coord., *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de la Obras Literarias y Artísticas*, Madrid, TECNOS, 2013, p. 977.

Sobre el particular, la Teoría del espacio único”, o Teoría del mismo público o círculos de oyentes, pretendía excluir toda retransmisión por cable que tuviera como lugar dentro de la zona de cobertura del emisor primigenio, posición que respondía al binomio emisión-recepción, pues como se sabe lo que buscaba en la Conferencia de Bruselas era distinguir tales actos, y en ningún caso se pretendía una regulación en términos organizativos de la entidad emisora. Erdozain López, José Carlos, *op. cit.*, p. 172.

procedía a la radiodifusión de una obra constituía un derecho de explotación independiente, distinto del de representación teatral; ni tampoco de saber si el derecho exclusivo del autor de autorizar la emisión radiofónica de su obra podía ser limitado mediante la imposición de licencias obligatorias. La verdadera cuestión radicaba en las denominadas «*utilizaciones posteriores*» de la emisión primitiva como explotación independiente de la radiodifusión. En realidad, lo que bullía en el fondo era la necesidad de encontrar un criterio *jurídico* que sirviera para distinguir adecuadamente emisión de *recepción*.⁹⁰

Durante los debates de Bruselas, quedó claro que el problema de fondo era resolver los usos posteriores de la emisión de origen, sin embargo, a la par se desarrollaron dos posturas que se vieron enfrentadas:

Por un lado, la postura francesa buscaba que la calificación de la retransmisión dependiera de que la obra fuese difundida a un *nuevo círculo de oyentes*, que no hubiese sido considerada previamente por la emisión para ser un acto independiente (escuela territorialista), lo cual trajo consigo la gran dificultad de saber cuándo se estaba ante un nuevo círculo de oyentes. En otras palabras, no habría retransmisión cuando la difusión secundaria no excediese la dimensión territorial o el público inicialmente prevista en la difusión de origen. Sin embargo, esta postura también dejaba abierta la posibilidad de que competidores de empresas de cable retomaran su señal dentro del ámbito geográfico en que se lanzó, y se vieran beneficiados al no estar contemplada ese alcance.⁹¹

La otra postura solo consideraba el acto en sí y no el público alcanzado (posición secundada por la delegación belga), es decir, sólo las reemisiones realizadas por un organismo no titular del derecho de radiodifusión deben estar especialmente autorizadas (escuela formalista).⁹²

Finalmente, se zanjó la disputa con la propuesta de Bélgica bajo la “Teoría del Organismo distinto al de Origen”, la cual rápidamente fue secundada por las Delegaciones de Mónaco, Bélgica, Checoslovaquia, Holanda, Luxemburgo,

⁹⁰ *Ibidem*, p. 154.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 163, 164 y 167.

⁹² *Ídem*.

Esta postura se vio reflejada en las partes 2 y 3 del inciso 1), del artículo 11 *bis* del Convenio de Berna.

Polonia, concluyendo con la aprobación de modificación al artículo 11 bis CB, y la incorporación del derecho de retransmisión.⁹³

Explicado de modo sucinto la incorporación del derecho de retransmisión, pasemos al análisis de la segunda parte del apartado 1) y el apartado 2) del a. 11 *bis* del Convenio de Berna, que son de interés para este trabajo:

Artículo 11 bis

- 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar
 - 1° 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.
 - 2° Toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta se haga por distintos organismos que el de origen.
 - 3° 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.
- [...]

Apartado 1). El diverso en cita, está integrado por tres partes. La primera parte 1°, reconoce el derecho de radiodifusión de obras, el cual es base para la existencia del acto de radiodifusión como uso secundario de obras o acto de intermediación, es decir de la retransmisión, cuyo matiz se encuentra en el sujeto que realiza el acto.

La parte 2°, prevé la facultad de retransmisión, derecho que permite al autor, autorizar o prohibir toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, siempre que se cubran dos presupuestos:

- a. Que se trate de una obra ya radiodifundida, lo que implica que el acto de retransmisión tiene como previo un acto de radiodifusión primigenio, y el posterior

⁹³ Erdozain López, José Carlos, *op. cit.*, p. 164.

resulta ser un acto secundario formal (lo que se conoce como uso secundario de obra), aunque desde el punto de vista técnico puede no haber diferencias.

- b. Que la comunicación se haga por un organismo distinto al de origen. Como ya fue comentado, en la redacción del artículo 11 bis de Berna, prevaleció la “Teoría del organismo distinto al de origen”, la cual descansa sobre la consideración de que “lo decisivo es que un organismo funja como intermediario en la cadena de emisión, despojando al precepto de cualquier ambigüedad.”⁹⁴

Esta teoría al referirse a un organismo distinto al de origen, y aplicada de modo literal, trae consigo, que no importa que tal ente sea o no un organismo de radiodifusión, sino que de modo formal aparezca como un intermediario entre el emisor de origen y el receptor final.

Sobre este particular, Masouyé opina lo siguiente:

En un segundo lugar, el texto del Convenio se refiere a las utilizaciones posteriores de la emisión primitiva: el autor tiene derecho a autorizar la comunicación pública de la emisión, tanto alámbrica (sistema de transmisión por cable) como inalámbrica, pero a condición de que esta comunicación emane de un organismo distinto del de origen⁹⁵

Por otro lado, calificar el acto de comunicación en función de un “organismo distinto al de origen”, resulta adecuado, pues como dijimos no se trata necesariamente de un organismo de radiodifusión *stricto sensu*⁹⁶, sino por el contrario de alguna entidad (persona física o jurídica) cualquiera que resulte ser un intermediario entre el difusor de origen y el público final, lo cual, genera como consecuencia la realización de un nuevo acto de comunicación pública.

Dicho lo anterior, es necesario destacar la relación entre el nuevo acto de comunicación pública y el organismos distinto al de origen, y en este sentido, Erdozain no señala que es la *responsabilidad en la accesibilidad de la obra*, ya que, de no haber sido por esas utilizaciones secundarias, el público no habrías estado en la posibilidad de acceder a la obra. Por tanto, quien asuma la decisión de hacer

⁹⁴ Erdozaín López, José Carlos, *op. cit.*, p. 168.

⁹⁵ Masouyé, Claude, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de Paris, 1971)*, Ginebra, OMPI, 1978, pp. 78-79.

⁹⁶ Sánchez Aristi, *op. cit.*, p. 989.

posible el acceso a una obra al público (*rompe la unidad de decisión originaria*), será responsables de la comunicación pública y por tanto quien deberá de satisfacer la respectiva remuneración al titular del derecho de autor.⁹⁷

Expuesto sucintamente lo relativo a la retransmisión en el convenio de Berna, definamos el derecho retransmisión en términos de un *ius prohebendi*:

La facultad que tiene el autor (o titular derivado de los derechos patrimoniales) para autorizar o prohibir cualquier acto de retransmisión de su obra, con o sin hilo por cualquier medio; entendiéndose por “retransmisión” cualquier acto de utilización secundaria o redifusión de la obra, realizado en forma simultánea e inalterada, por un organismo distinto al que emitió la transmisión primitiva.⁹⁸

La tercera parte 3°, reconoce otro supuesto de la comunicación pública incorporado en la conferencia de Bruselas, que tiene presencia mediante el uso de altavoz o cualquier otro aparato análogo de transmisiones de signos, sonidos o imágenes. Para el nacimiento de este apartado, se enfrentó por un lado la tesis, según la cual todo acto de ejecución por altavoz debía estar sometido al derecho de autor sin que importara el fin de lucro o no, y por el otro, la que tenía como objeto excluir de comunicación pública por altavoz, aquella realizada sin fines de lucro. La posición que adoptó la conferencia de Bruselas fue la primera, en la que el criterio de lucro no se revela como decisivo para saber si estamos ante un acto de comunicación pública o no.⁹⁹

Por tanto, estamos ante una comunicación de segundo grado, al apoyarse en un acto de radiodifusión primario. Este precepto está pensado, refiere Sánchez Arísti, en alguien que se sirve de un aparato receptor, pero no se limita a disfrutar para sí la audición o visionado de la obra radiodifundida, sino que amplifica el alcance de la recepción de tal forma que propicia una comunicación a un público adicional.¹⁰⁰

⁹⁷ Erdozain López, José Carlos, *op. cit.*, pp. 212- 215.

⁹⁸ De La Parra Trujillo, Eduardo, *Retransmisiones...*, *cit.*, p. 71.

⁹⁹ Erdozain López, José Carlos, *op. cit.*, pp. 166-167.

Sobre el nacimiento de la parte 3°, del apartado 1) del art. 11 bis de Berna, véase, Sánchez Arísti, Rafael, *op. cit.*, p. 992.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 991.

Así, no resulta difícil entender que, dentro del supuesto en cita, entran restaurantes, hospitales, antros, centrales de autobús, clubes deportivos, cárceles, centros comerciales, medios de transporte, etc., incluso el caso de los hoteles, pues, se pone al alcance medios necesarios que hacen accesibles obras del ingenio, poniéndolas a disposición.

El Segundo apartado faculta a los Estados miembros de la Unión de Berna, establecer las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos de radiodifusión y retransmisión, por lo que estos derechos de comunicación pública pueden estar sometidos a un régimen de licencia legal-obligatoria, la configuración de la gestión colectiva¹⁰¹(opción más común) o bien bajo un control directo del titular, anteponiendo dos limitantes a la regulación local, que son respeto de los derechos morales y de no gratuidad de la radiodifusión y retransmisión.

Derivado del sentido que adoptó el convenio de Berna en relación con el derecho de retransmisión y de la obligatoriedad que representa para México, nuestro legislador ha reconocido el “derecho de retransmisión” bajo el alcance de un control directo este tipo de actos, pero también mediante la gestión colectiva como se aprecia, en el a. 27 fracciones II y III y 195 de la LFDA.

2. La puesta a disposición

El desarrollo tecnológico y los diversos empleos de internet, han generado la aparición de nuevas formas de uso de obras, lo que ha implicado actuales retos para el derecho de autor, sobre todo por la disponibilidad a voluntad de tales creaciones, lo cual condujo a preocupaciones a nivel internacional, que llevarían a pensar en la necesidad de reformar el Convenio de Berna, cuestión que no fue posible. Es por ello, que se optó por un *Arreglo particular* bajo el amparo del artículo 20 del Convenio de Berna¹⁰², naciendo así los Tratado de la OMPI sobre el Derecho

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 993; p. 7.

¹⁰² Rogel Vide, Carlos, Estudios completos de propiedad intelectual, Madrid, AISGE-REUS, 2003, p. 476.

de autor y sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas (WCT/TODA, WPPT/TOIEF) de los cuales sólo será de nuestro interés el TODA.

Primeramente, el TODA fue concebido como un protocolo adicional al Convenio de Berna, el cual estaba encargado al Comité de Expertos para un posible Protocolo al Convenio de Berna (en adelante CEPCB o comité de Derecho de Autor), mismo que se limitó al análisis exclusivo de temas de derechos de autor, restringiendo el examen de ciertos temas, a diferencia del CEIAIEF¹⁰³, lo cual derivó en insatisfacciones en el CEPCB, pues temía que el hecho de ser más amplio el mandato del CEIAIEF, pudiese ir en detrimento del derecho de autor, lo que se hizo imprescindible el equilibrio en entre ambos comités, generando que los temas de los comités se aproximaran, de tal suerte que las sesiones se realizaron en conjunto.

Pues bien, la puesta a disposición tuvo cabida en las propuestas básicas para la consideración por la Conferencia Diplomática de los dos Tratados (eventual TODA y TOIEF).

En el caso de la puesta disposición en sede de derecho de autor, hubo pocos cambios al numeral 10^o¹⁰⁴ de la Propuesta Básica que lo contenía, al haber acuerdo entre los participantes de la Conferencia, pues se le consideró como mera modalidad de la comunicación pública, cosa contraria en sede de derechos conexos.

Si bien, las delegaciones estaban de acuerdo con la redacción del artículo 10^o, lo cierto, es que Estados Unidos realizó una declaración al respecto, en el sentido de

¹⁰³ Comité de expertos sobre un eventual instrumento para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonograma (CEIAIEF).

¹⁰⁴ “Art. 10: Sin perjuicio de los derechos previsto en los artículos 11.1)ii), 11 bis.1)i), 11 ter.1)ii), 14.1)i) y 14 bis.1) de Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo a autorizar toda la comunicación al público de sus obras, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras por medio alámbricos o inalámbricos, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija” Braga De Siqueira, María Rita, 2010, *El Derecho de Puesta a Disposición del Público: Antecedentes Normativos y primera jurisprudencia*, pe.i. revista de propiedad intelectual, núm. 34, enero-abril, p. 55, citando a Liedes Jukka, propuesta básica de las disposiciones sustantivas del Tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de las obras literarias y artísticas para consideración de la conferencia Diplomática, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1996, p 45.

que ese derecho debía ser implementado por las legislaciones nacionales a través de un derecho exclusivo específico.¹⁰⁵

Sobre tal declaración, Ficsor señala:

The statement made by the US delegation seems to be valid not only because it was not opposed by any delegation, but also because it is in harmony with an age-old practice followed by countries of the Berne Convention, namely that the legal characterization of a right- the choice of the applicable right- is frequently not the same under national laws as under the Convention.¹⁰⁶

Así, durante los debates en la redacción de este diverso, se discutió la calificación jurídica de las transmisiones digitales interactivas, bajo el entendimiento contrapuesto de Estados Unidos y la Unión Europea, pues con ello se permite evidenciar la naturaleza compleja del acto de transmisión digital, ya que tiene implícitos actos de reproducción, distribución, y comunicación pública.¹⁰⁷

El resultado de esa confrontación terminó en que la mayoría de los Estados miembros comprendió que el acto de transmisión digital tendría mejor inclusión dentro del derecho de comunicación pública clásico, adaptándola a la necesidad digital. Es decir, ante las divergencias del CEPCB, en la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1996, se optó por una tercera vía, conocida como “solución paraguas” o *umbrella solution*, el cual busca una definición amplia de puesta a disposición al público, sin determinar la facultad de explotación que debía dar cobertura a las transmisiones digitales, dejando a las legislaciones locales la libertad de elegir la facultad que mejor se adapte a su ordenamiento.¹⁰⁸

Sin embargo, para garantizar una efectiva protección en el contexto digital (incluso la analógica) y la interoperabilidad de los distintos sistemas jurídicos, ciertas

¹⁰⁵ Mihály, Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet, The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford, United States, 2002, p. 497.

¹⁰⁶ *Ídem*.

¹⁰⁷ Véase Garrote Fernández-Diez, Ignacio, *El Derecho de Autor en Internet. La Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información*, COMARES, Granada, 2001, PP. 177- 180, y la Guía Sobre las Disposiciones Sustantivas del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT, 1996), en *Guía sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*, OMPI, Ginebra, 2003, p. 213.

¹⁰⁸ Garrote Fernández-Diez, Ignacio, *op. cit.*, pp. 181-183, También, puede consultarse sobre este particular, Braga De Siqueira, María Rita, *El Derecho de puesta a disposición*, *cit.*, p. 64.

características, nos dice María Rita Braga, deberían ser observado de modo homogéneo para todas las partes contratantes, por lo tanto,

el acto relevante debería ser descrito como una puesta a disposición (de obras o prestaciones protegidas) al público; dicho acto debería extenderse a la puesta a disposición por procedimiento alámbricos o inalámbricos o por la combinación de los dos medios; el acto debería aplicarse a todos los casos de puesta a disposición independientemente del propósito del mismo; la obra o prestación protegida será puesta a disposición independientemente del hecho de ser accedida en el mismo sitio y en el mismo tiempo, y dicho acceso sería controlado por los que no tendrías una postura pasiva como en la tradicional comunicación al público (carácter interactivo de la transmisión); los derechos emanados del acto de puesta a disposición deberían ser considerados derechos exclusivos.¹⁰⁹

Así, la *umbrella solution* se adoptó como técnica para afrontar las divergentes posiciones de Estado Unidos y la Unión Europea, configurándose bajo un criterio neutral que permitiera a los Estados contratantes adoptar de modo soberano la puesta disposición de acuerdo su legislación vigente, y acogimiento por el artículo 8° del TODA, fue hecho, bajo la rúbrica Derecho de Comunicación Pública, cuyo texto es el siguiente¹¹⁰:

Artículo 8

Derecho de comunicación al público

Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter,1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

El primer elemento que se destaca del precepto 8° del Tratado, es una salvaguarda a los artículos 11.1) ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter,1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, pues ellos siguen siendo aplicables, pues, se amplía el derecho de comunicación pública en función del diverso.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 65.

¹¹⁰ Tal hecho ha sido llamado "*the half-openend umbrella*". Al ser recogido la puesta a disposición en el precepto del TODA que dispone sobre la Comunicación Pública, a diferencia del TOIEF que reconoce derechos independientes, sin embargo sí estamos ante un *paraguas* abierto, pues la cuestión básica del *umbrella solution* es la calificación neutral de la transmisión interactiva, que independistamente de que tal acto esté insertos en la comunicación pública los estados están obligados a establecer un derecho exclusivo que regule tales transmisiones la cual puede ser cumplida mediante un derecho diferente al de comunicación pública. *Cfr.* Braga De Siqueira, María Rita, El Derecho de puesta a disposición, *cit.*, p. 64.

La segunda cuestión, es la inclusión de la puesta disposición dentro del derecho general de comunicación público, con independencia de si el acto se realiza por medios alámbricos, inalámbricos o por la combinación ambos, incluso si no de da la accesibilidad efectiva la obra. Pero, se destaca que la redacción del art. 8° del TODA fue hecho en términos de un derecho prohibitivo, que coloca a cualquiera persona frente a la obligación de solicitar autorización.

El artículo 8° TODA, viene a aclarar lo que ya se entendía en diversas legislaciones y criterios jurisprudenciales,¹¹¹ pues como fue expuesto, los derechos de explotación parten de no estar sujetos a números clausus y del principio de neutralidad tecnológica. Cabe destacar que este artículo abona a la eficacia del derecho de comunicación pública, frente los actos como los de intermediación o usos secundarios, donde no es tan sencillo demostrar la comunicación pública efectiva, dada la restricción del acceso público.

Ahora bien, la puesta a disposición resulta ser una modalidad del derecho de explotación de comunicación, que se caracteriza porque los miembros del público pueden acceder a la obra desde el momento y lugar en que ellos elijan¹¹².

En el contexto mexicano, Ley autoral fue publicada Diario Oficial de la Federación (en adelante DOF) el 24 de diciembre de 1996, cuya iniciativa fue presentada en 13 de diciembre y aprobada el 5 de diciembre del mismo año, la cual pudo haber tenido influencia por el proceso de discusión del TODA, en las conferencias Diplomáticas de Ginebra, realizada del 2 al 20 de diciembre de 1996, y cuya entrada en vigor fue el 6 de marzo de 2002. Aunque, nuestra LFDA no regula un acto y derecho de puesta disposición de modo claro y técnico, sí, puede ser derivarlo por la integración de diversas normas actuales. Por ejemplo, el art. 16, fracciones III y IV de la LFDA, señalan: “Acto mediante el cual *la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento* que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares;” y “Presentación de una obra, por cualquier medio, a oyentes o

¹¹¹ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, p. 105.

¹¹² Sánchez Arísti, Rafael, *op. cit.*, pp. 1003 y 1004.

espectadores sin restringirla a un grupo privado o círculo familiar.” Por su parte del art. 27 fracciones II, c), III Y VII, podemos desprender: i. que se confirma su inclusión, al referirse al acceso de obras mediante las telecomunicaciones por las cuales se puede poner a disposición obras, ii. y que se trata de una utilización pública de creaciones, iii. Y que guarda la característica de un derecho prohibitivo frente a terceros. Así, la implementación de la puesta a disposición viene derivado de esos preceptos.

Una cuestión adicional que resalta de la lectura del TODA, son las diferentes declaraciones concertadas al articulado, y en el caso de la facultad de comunicación pública se propuso el siguiente texto:

Declaración concertada respecto del Artículo 8: Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna. También queda entendido que nada de lo dispuesto en el Artículo 8 impide que una Parte Contratante aplique el Artículo 11bis.2

Como se ha señalado en la doctrina, esto fue acordado en negociaciones informales, por lo que su valor jurídico es cuestionado, dado que la misma no fue votada ni aceptada por todas las partes contratantes. Por el contrario, señala la guía sobre los tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI, que la declaración anexa al artículo 8° del TODA fue insertada bajo presión¹¹³, se cita:

Teniendo en cuenta lo que sucedió durante las negociaciones informales de la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1996, está bastante claro que esta primera frase de la declaración concertada se incluyó como consecuencia de una intensa campaña de presión por parte de organizaciones no gubernamentales de proveedores de servicios de Internet y de empresas de telecomunicaciones. Querían incluir en el texto de los dos Tratados, o al menos en algunas declaraciones

¹¹³ Cfr. Garrote Fernández-Diez, Ignacio, *op. cit.*, p. 184; Véase también, Palacio Puerta, Marcela, *Derechos de Autor, Tecnología, y educación para el Siglo XXI: El tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, pp. 73, 139- 140 y De La Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos Humanos, cit.*, p. 643.

concertadas, ciertas garantías relacionadas con la limitación de su responsabilidad por las infracciones cometidas por los usuarios de sus servicios.¹¹⁴

Si bien es cierto, esta fórmula genera algunas complicaciones de interpretación, no podemos entenderla en el sentido de despojar al autor del control sobre su obra, pues para ello hay reglas muy específicas que deben observarse, por lo que el valor de una declaración concertada no puede ser asimilables a la de una disposición del Tratado¹¹⁵. Y en el marco jurídico mexicano, no puede pasarse por alto la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratado, para la interpretación de la declaración que recae al artículo 8°, pues no se cumple con la regla general de interpretación, del art. 31 de Viena¹¹⁶. Además, las declaraciones del TODA no fueron publicadas en el DOF, de fecha 15 de marzo de 2002, por lo que podríamos decir que México no aceptó tales declaraciones, y por tanto no forma parte del Derecho positivo mexicano en sentido del artículo 3° del Código Civil Federal, y menos aún vinculante.

¹¹⁴ Guía Sobre las Disposiciones Sustantivas del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT, 1996), *op. cit.*, p. 216.

¹¹⁵ El relación al alcance que pueden tener las declaraciones concertadas en un Tratado como es el TODA, y en extrapolación, véase, Martín Villarejo, Abel, El Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales –Perspectiva de los Actores, en la Reunión Regional de la OMPI para los Países de América Latina sobre los Tratados de Beijing y Marrakech, en Santo Domingo, 8 a 10 de Julio de 2014, p. 6
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/ompi_da_sdo_14/ompi_da_sdo_14_ref_t8_a.pdf

¹¹⁶ Artículo 31 sobre la regla general de interpretación del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

CAPÍTULO III

LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS AUDIOVISUALES EN HOTELES Y SU INFRACCIÓN EN MATERIA DE COMERCIO

I. Problemática

En los capítulos anteriores se analizaron los aspectos básicos del derecho de autor, y se hizo énfasis en la retransmisión y puesta a disposición como modalidades del derecho de comunicación al público. Corresponde ahora, analizar la problemática que presenta la comunicación pública de obras audiovisuales en hoteles y su infracción administrativa en materia de comercio.

Seguramente, más de una vez hemos tenido la oportunidad de hospedarnos en alguna habitación de hotel, ya sea por cuestión vacacional, de trabajo, evento de gala, etc., sin reparar en todos los servicios que están a nuestra disposición (ya principales, periféricos o de valor agregado), los cuales aumentan calidad del servicio de hospedaje, generan la posibilidad de obtener una certificación, acreditación o clasificación¹¹⁷ hotelera, aumentan el coste del servicio y genera una ventaja competitiva en el mercado hotelero.

Uno de los servicios de valor agregado en un hotel, son los de televisión y su programación¹¹⁸, pues como su nombre lo indica, agregan un valor al servicio principal que es el hospedaje, pues, pienses, que no es lo mismo un hotel con televisión, que sin ella. Y, aunque, en principio nos pudiera parece irrelevante la existencia o no, de estas, es decir, desde el punto de vista del usuario; lo cierto es, que, desde la óptica del derecho de autor, sí, tiene trascendencia, pues, es a través de una serie de mecanismos como los televisores conectados a una antena

¹¹⁷ Morfín Herrera, María del Carmen, Clasificación Hotelera, México, Trillas, 2017, pp. 31 y 36.

¹¹⁸ Dentro de las variables que se consideran en el sistema de clasificación hotelera en México, se contempla el servicio y aparato de TV. (tipo de TV, tamaño y canales adicionales –programación de paga-), también forma parte de los aspectos comunes de la calidad según lo sistemas de clasificación... aspecto arquitectónico, habitación: TV y radio: televisión ubicada en un armario, CD, DVD, cable y radio. *Ibidem*, p. 108 y 118.

colectiva o individual o sistemas de cables, que se retransmiten o ponen a disposición diversas creaciones intelectuales como serie o películas. Estos mecanismos, sin duda son pensados, seleccionados y pagados por el hotelero que ofrece el servicio de habitación, de lo contrario no estarían ofrecidos si no le aportaran algún beneficio a su establecimiento.

Por tal circunstancia, la comunicación pública de obras audiovisuales en hoteles ha sido un tema del que se han ocupado los medios de comunicación, la doctrina, tribunales en diversos países, y sin duda, los titulares de derechos de autor y el sector hotelero, sobre todo por las consecuencias jurídicas y económicas que implica la imputación de un acto de comunicación pública.

A partir de este planteamiento, debemos determinar, si el hecho de que un hotel permita a sus huéspedes el acceso a obras audiovisuales a través de aparatos de televisión y sistemas de cable, puede ser considerado, un acto de comunicación pública a efectos de la fracción III del artículo 16 de la LFDA, y por tanto caer bajo el amparo de las modalidades de retransmisión y puesta disposición de obras contempladas en el diversos 16 y 27 de la LFDA, 11 bis de Berna y 8° del TODA, al ser necesario una autorización para utilizations públicas, y por tanto constituir una infracción en materia de comercio, en los términos del artículo 321, fracción I de la ley.

II. La comunicación de obras audiovisuales en hoteles

Para efectos de lo aquí interesa, la fracción III del a. 16 de la LFDA, define el acto de comunicación pública como:

Acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares;

Citado el diverso, identifiquemos los elementos de la comunicación pública, pero aplicado a los actos que generar un hotel:

- A. La primera cuestión por desarrollar del acto previsto es, la “pluralidad de personas calificables como público” derivado de la expresión “se pone al

alcance general”. Cuestión que nos lleva a considerar como público al conjunto de personas al cual va dirigida la comunicación de una obra, elemento cualificado a partir de las personas que están excluidas del círculo personal y privado de quien hace la comunicación, y que forman un a potencialidad de sujetos al que va dirigida la comunicación, pues la ley LFDA no exige una cifra mínima para que la difusión de una obra se considere pública, por tanto, se cumple este elemento con la presencia de un sujeto o bien con la mera potencialidad de ellos.

Dicho lo anterior, el elemento “público al que se dirige la comunicación” se hará patente, si las habitaciones están ocupadas o no por huéspedes del hotelero¹¹⁹; pues como dijimos, basta con que haya un solo o simplemente se trate una mera potencialidad de sujetos, ya que, por la naturaleza del espacio, el público no se ubica en espacio y tiempo simultaneo, por el contrario, se va formando de modo sucesivo en función de su acumulación. Así, el disfrute de las obras dispuestas a ser comunicadas se da de manera sucesiva, es decir, primero uno, enseguida otros, y así sucesivamente.

- B. El siguiente elemento identificable, es, lo referente al *acceso de la obra* por el público, el cual puede ser en modo efectivo o bien, con la mera posibilidad de acceder a las creaciones intelectuales que se disponen para comunicar. En este sentido, los huéspedes de un hotel pueden disfrutar de obras audiovisuales (objeto de la difusión pública), al momento de encender la televisión y seleccionar el programa de su gusto, lo cual actualiza el acceso efectivo de las obras o programación que se distribuyen. Pero no es

¹¹⁹ Fernández Carballo-Calero, Pablo, Entorno al concepto de comunicación pública en el ámbito de los establecimientos hoteleros, en García Pérez, Rafael, López-Suárez, Marcos A (Coord.), Nuevos Retos para la propiedad Intelectual. II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a: (A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2007), España, Universidade da Coruña, 2008. https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12880/CC-97_art_11.pdf;jsessionid=8AFF0A5ED9EA5FADEBD110931CFFF42F?sequence=1, p 177.

También Véase Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, p. 223; González Cabrera, Inmaculada, *op. cit.*, 113; Robles Latorre, Pedro, El fluctuante y proceloso tema de la jurisprudencia sobre el derecho de comunicación pública en las habitaciones de los hoteles”, en O’callaghan, Xavier, Coord., Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual, Madrid, Dykinson, 2011, p. 92.

necesario que el público, ponga atención, realmente comprenda la obra o la disfrute en parte o de modo completa.

Por otro lado, el acceso sobre una obra puede implicar que varias habitaciones estén integradas con televisores, sistemas de cable, equipos de reproducción, antenas de distribución y que no estén ocupadas por huésped alguno o bien estando ocupadas no se utilicen tales mecanismos, aún así, se configurará un acceso no efectivo, por la mera potencialidad de acceder a determinadas obras, lo cual está cubierto por el derecho de puesta a disposición al público (huéspedes)¹²⁰, regulado en el art. 8 del TODA.

C. La característica de que el acto de comunicación al público no incluya la distribución de ejemplares, es una cualidad del acto, que busca dejar claro la inmaterialidad de este¹²¹. Y por lo que hace a la actividad de los Hoteles, encontramos de manera clara tal cualidad, pues, en estos establecimientos, normalmente se pone obras al alcance general, mediante aparatos de televisión conectados a antenas colectivas, individuales o sistema de cable, sin que haya mediado la entrega de ejemplares físicos de obras audiovisuales a sus huéspedes.

D. Finalmente, el aspecto no menos importante, *“el medio o procedimiento por que se difunda una obra”*, nos lleva mencionar el principio de neutralidad tecnológica, contemplado en el articulado de la LFDA, pues la tecnología no es de todo un reto, al momento de hacer usos públicos de obras, como las audiovisuales. Como sabemos, los televisores son instrumentos que se generaron en función del avance tecnológico y ello no quita, como hemos desarrollado, que mediante estos aparatos se genere comunicación pública de obras, por el contrario, permiten el acceso efectivo o la puesta a disposición de obras.

III. El ámbito doméstico y la conexión a una red de difusión

¹²⁰ Cfr. Fernández Carballo-Calero, Pablo, *op. cit.*, p. 176.

Véase también, González Cabrera, Inmaculada, *op. cit.*, p. 111.

¹²¹ Fernández Carballo-Calero, Pablo, *op. cit.*, p. 177.

Como fue puesto de manifestó, la comunicación pública de obras no exige un espacio específico, por lo que cualquiera sería apto para desarrollarse. Sin embargo, un argumento central, que se ha puesto como defensa en los espacios hoteleros, es, “el ámbito doméstico”, el cual busca excluir a la difusión efectuada en estos establecimientos, de la esfera de la comunicación pública, en razón de que el uso de televisiones se realizar en espacios privados y que el uso de los aparatos depende única y exclusivamente de los huéspedes, generando así, una comunicación de carácter privada.

Este argumento se ha construido bajo la tesis de la “*extensión del domicilio y su inviolabilidad*”, es decir, que las habitaciones hoteleras son una prolongación del domicilio del huésped, y por tanto constituye un ámbito estrictamente doméstico en el que se desarrolla la vida íntima de quien la utiliza, cuya garantía de inviolabilidad la protege.

Sobre esta cuestión, el artículo 16 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos (CPEUM), prevé la inviolabilidad del domicilio en sus párrafos octavo, undécimo y decimotercero. Los bienes jurídicos que protege la CPEUM son, el disfrute de la vivienda (estipulado en el a. 4 constitucional) y el derecho a la vida privada.¹²² El concepto constitucional de domicilio es muy amplio, por lo que su proyección es diversa, de carácter flexible y alcances específicos, fundamentado en el derecho a la vida privada que comprende cualquier espacio “cerrado” donde una persona desarrolla su vida íntima con independencia de su carácter habitual, permanente o transitorio, ocasional o accidental.¹²³

Bajo esta perspectiva, no cabe duda de que, la habitación de un hotel reúne la condición de ser un ámbito estrictamente doméstico, donde se desarrolla la vida privada del huésped de modo temporal, y que por tanto se encuentra protegida por mandato constitucional. Sin embargo, tal tesis de la inviolabilidad de domicilio no es del todo aplicable. Si bien el acto de comunicación de una película se efectúa al

¹²² Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, 6ª Ed., México, UNAM-PORRÚA-CNDH, 2004, p. 714.

¹²³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte General, Personas, negocio jurídico e invalidez*, 12ª Ed., México, Porrúa, 2012, pp. 238-239.

interior de la habitación del hotel (*espacio privado inviolable*¹²⁴), este no es de mucha relevancia, como ha sido explicado, pues debe diferenciarse por lo menos dos efectos de la habitación hotelera, por un lado, como domicilio privado de los huéspedes y por el otros como el espacio en donde el hotelero realizar actos de difusión pública. Así, lo realmente relevante es, el sujeto que realiza el acto de comunicación, su responsabilidad en la accesibilidad y su relación con las personas a las que se hizo llegar el contenido. En palabras de Martín Salamanca, se señala lo siguiente:

...poco importa que la percepción de la obra audiovisual... se verifique en un lugar privado. Esa circunstancia sólo podrá implicar que el huésped no sea deudor de una remuneración debida. Lo que verdaderamente interesa aquí como explotación es la organización y oferta de la posibilidad de recibir esa transmisión, y, por tanto, da igual si esta transmisión es finalmente «recibida» por los destinatarios, o si lo es dentro o fuera del ámbito doméstico.¹²⁵

En igual sentido, Antequera Parilli reconoce que,

una cosa es que a los efectos del huésped y de su privacidad la habitación pueda calificarse como “*domicilio privado*” y otra que el acto del hotelero mediante el cual pone a disposición de los pasajeros los dispositivos necesarios para que puede captar emisiones contentivas de obras protegidas, puede calificarse de una excepción al derecho de explotación¹²⁶.

Ahora bien, otro argumentos que se adición frente a la inviolabilidad del domicilio en las habitación hoteleras, como argumento para excluir la naturaleza del acto, es, la presencia de una red difusión, la cual toma particular importancia cuando se difunden obras en espacios privados o estrictamente domésticos, como las habitaciones de hoteles, en donde se provee a los huéspedes de aparatos de televisión, los cuales, más a menudo, están conectadas a una red interna de difusión que distribuye señales y contenidos recibidos ya distribuidos por organismos de radiodifusión o televisoras.

Sobre este particular, Delgado Porra nos dice que una red de difusión es,

cualquier conexión –por hilo o son hilo- de varios domicilios a un mismo centro de producción o de distribución de programas, concibiendo al programa como aquella

¹²⁴ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, p. 109.

¹²⁵ Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, pp. 213-214.

¹²⁶ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, p. 108.

secuencia de sonidos e imágenes, propuestos al público por el radio difusor o el distribuidor, en el marco de una emisión, retransmisión o transmisión y destinados a ser oídos o vistos por el público o una parte de él.¹²⁷

Así, la conexión a una red de difusión pretende, que, en el marco de la radiodifusión, retransmisión y puesta a disposición, haya claridad de que tratan de actos de comunicación pública, y que los avances tecnológicos han generado nuevos retos, más de carácter técnico que jurídicos.¹²⁸ Es por dicho concepto que, si los televisores de habitaciones hoteleras, están conectados a una red de difusión interna, sea cual sea (por hilo o sin hilo), estamos frente actos de comunicación pública, pues mediante esos mecanismos se destinan obras audiovisuales al público huésped.

Analizados todos los elementos anteriores, llegamos a la conclusión de que su presencia integran el acto de comunicación pública contemplado en el artículo 16, fracción III de la LFDA, así como que el usos de televisiones en espacios hoteleros permite desarrollar actos de difusión pública de obras audiovisuales, opinión que se comparte en la doctrina mexicana:

En el caso de un restaurante u hotel, la transmisión obtenida por un televisor o aparato de radio instalado en el mismo genera un nuevo acto de comunicación pública simultáneo al de la emisión o retransmisión que demanda una autorización, así como el pago de regalías; además, por tal situación se obtiene un lucro indirecto debido a la ventaja adicional al servicio obtenido por dicha transmisión¹²⁹.

Dicho lo anterior, definamos el derecho de comunicación pública como aquel derecho por virtud del cual se puede autorizar o prohibir la realización de cualquier acto de difusión pública que implique que una pluralidad de personas pueda tener acceso efectivo o no de obras, con independencia del medio o procedimiento por el

¹²⁷ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

¹²⁸ Ayllón Santiago, Héctor S., *op. cit.*, p. 170.

¹²⁹ Cárdeno Shaadi, José Ramón, *Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor, Revista Mexicana del Derecho de Autor*, Instituto Nacional del Derecho de Autor, núm. 3, segundo semestre 2013, México, p. 119.

que se difunda, del espacio, y que no consista en la entrega de ejemplares físicos. Su regulación se encuentra en el art. 27, fracciones II y III de la LFDA.

Por su parte la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el Amparo Directo 11/2010, destaca los elementos ya expuestos:

El derecho de comunicación pública comprende todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a todo o parte de la obra, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares. La comunicación se considera pública cuando tiene lugar en un ámbito que no sea familiar o doméstico, e incluso en ese ámbito si está conectado a una red de difusión de cualquier tipo. Comprende la ejecución pública directa o “en vivo”, o indirecta mediante su fijación en algún soporte material, como discos fonográficos, bandas magnéticas, exhibición pública de obras cinematográficas o audiovisuales, radiodifusión, comunicación pública por satélite y distribución por cable¹³⁰.

Por otro lado, el Pleno de la SCJN, en la contradicción de tesis 25/2005, explicó también el derecho de comunicación pública, destacando algunas de sus modalidades, como radiodifusión de obras:

El derecho de comunicación pública, mediante el cual una obra se pone al alcance del público en general por cualquier medio o forma que la difunda, pero que no consista en la distribución de ejemplares tangibles de las obras. Como parte integrante del derecho de comunicación pública, existen las siguientes modalidades:

- 1) El derecho de representación, que se materializa a través de las obras aptas para ser representadas públicamente, como es el caso de las dramáticas, las dramático-musicales, las representaciones coreográficas y pantomímicas, entre otras.
- 2) El derecho de ejecución pública, el cual se actualiza ejecutando en vivo, o mediante grabaciones sonoras, obras de naturaleza musical, ya sea en salas de concierto, restaurantes o en lugares tales como discotecas, videobares, etcétera.
- 3) El derecho de exhibición pública, cuyo objeto consiste en hacer accesibles las obras audiovisuales a través de su proyección en salas o complejos cinematográficos.
- 4) El derecho de exposición pública de obras de arte tales como pintura, escultura y fotografía, o las reproducciones de éstas en museos y otros lugares aptos para tales fines.

El derecho de radiodifusión, a través del cual señales portadoras de obras protegidas por el derecho de autor se hacen accesibles al público en general a través de diversos medios, tales como la televisión satelital, los servicios *direct-to-home* y demás tecnologías aplicables a este medio de comunicación masiva¹³¹.

¹³⁰ Sentencia de 1° de diciembre de 2010, p. 64.

¹³¹ Sentencia de 16 de abril de 2007, pp. 30 y 31.

1. La retransmisión y la puesta a disposición al público

Ahora examinemos la retransmisión bajo la actividad de difusión de obras audiovisuales realizadas por un Hotelero. Como fue comentado *supra*, la nota que distingue a modalidad de derecho de comunicación pública es que la difusión de una obra se realice por una entidad emisora distinta a la de origen, lo que supone la existencia de una obra ya radiodifundida (acto de difusión primaria).

Veamos, como puede manifestarse lo dicho: Un organismo de radiodifusión como Televisa o Cablemas, transmite de modo directo su señal, la cual contiene diversos contenidos audiovisuales como películas o series de televisión, a un final público determinado, que en nuestro caso es el Hotel, ya por haber contratado el sistema de cable o por haber colocado antenas de recepción. Después, el hotel como público final receptor, reenviar esa señal y contenidos audiovisuales a todas y cada una de las habitaciones de su establecimiento, rompiendo la cadena originaria de difusión, por lo que este hecho de reenviar la señal origina un segundo acto de comunicación de obras, pues se hace llegar los contenidos a un público nuevo y diferente del contemplado en la difusión primaria.

De este modo, los hoteles realizan actos intermediarios, pues las obras no llegan directamente al público final, a través de la difusión primaria, sino que se requiere de actos secundarios generados por el hotel, esto actualiza la modalidad de retransmisión.

Sobre lo particular de esta modalidad, Delia Lipszyc no que señala que,

Esta transmisión es un acto de intermediación entre la programación que se recibe mediante la radiodifusión tradicional –o a través de un satélite de radiodifusión o de distribución–, pues el público no recibe el programa directamente sino a través de una retransmisión en el sentido del art. 11 bis, §1 del Convenio de Berna que dispone que “Los de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar. (...) 2º, toda comunicación pública, por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por organismo distinto que el de origen; 3º la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonido o de imágenes de la obra radiodifundida” (...).

Las habitaciones de hotel son lugares para el público, aunque no sean lugares públicos. Tampoco son lugares públicos las casas de familia a las cuales está destinada la distribución de programas por redes de cable. La comunicación es pública no sólo cuando es recibida en un lugar público sino siempre que –como en el caso de los huéspedes de un hotel– la transmisión es distribuida por un intermediario

–el hotelero– en un lugar al que el público tiene acceso y entre personas que no forman parte del círculo familiar o de los amigos más íntimos de aquel¹³².

Recapitulando, los elementos identificables en la retransmisión son:

- a) Que una entidad cualquiera funja como intermediario en la cadena de comunicación primaria, entre el organismo de origen y el público final.
- b) Y la responsabilidad en la accesibilidad de una obra.

No queda duda que, un hotel puede ser considerado a ojos del derecho de autor como entidad intermediadora o retransmisora en términos la LFDA y del artículo 11 bis del Convenio de Berna.

Respecto a la puesta disposición como modalidad de la comunicación pública, la cual se encuentra regulada de modo explícito en el artículo 8 del TODA, aunque también se puede desprender del a. 16, fracciones III y IV de la LFDA, podemos decir que, su consideración parte de la mera posibilidad de acceso a obras mediante cualquier medio o procedimiento que las haga accesible en el momento en que se desee.

La puesta a disposición se hace presenta en los hoteles cuando éste provee en sus instalaciones de todos los mecanismos o medios necesarios, como pantallas, sistemas de cables, antenas, decodificadores, etc., para que la obras puedan estar dispuestas a los huéspedes que concurren el establecimiento.

Por lo manifestado, el hotel es el interesado en que determinados contenidos, estén dispuestos a sus huéspedes, por lo que se allega que todos los medios o mecanismos necesarios para ello, dejando a la vista los siguientes elementos característicos:

- a) La responsabilidad en la puesta a disposición y posterior acceso efectivo
- b) EL sujeto interesado en que obras están disponibles para sus usuarios

IV. Análisis del problema a la luz del Art. 231, fracción I de la LFDA

¹³² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, pp. 208 y 209.

Para efectos de analizar se constituye una infracción la comunicación de obras audiovisuales en hoteles, nos vemos de la fracción I del artículo 231 de la LFDA, la cual dispone lo siguiente:

Artículo 231.- Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:

I.- Comunicar o utilizar públicamente una obra protegida por cualquier medio, y de cualquier forma sin la autorización previa y expresa del autor, de sus legítimos herederos o del titular del derecho patrimonial de autor;

Pasemos a analizar las partes del diverso citado:

1. El precepto exige la existencia de un sujeto pasivo, víctima u ofendido del ilícito, por lo que tal calidad la adquiere el autor, los legítimos herederos o titular del derecho patrimonial, como se desprende del mismo.

En el caso de obras audiovisuales, los titulares legítimos serán (respectivamente) los herederos, que dependerán de la sucesión mortis causa; los coautores de la obra audiovisual o el licenciatario (*titular ex lege*) según lo dispone el artículo 97 de la LFDA. Así, para que un hotel no actualice este elemento de la infracción administrativa, y esté en posibilidad de hacer usos de obras audiovisuales al interior de sus habitaciones y áreas comunes, es necesario solicitar autorización a los legítimos titulares o causahabientes a través una cesión de derechos.

2. También se exige la existencia de un sujeto activo del ilícito.

Este es el sujeto que trasgrede la norma que tutela el derecho de explotación que se reclama. Al respecto, nuestra LFDA no exige calidad alguna, por lo que es dable considerar a los hoteles como sujeto activo, al atentar contra la norma que tutela los derechos de los titulares de obras audiovisuales.

De manera particular, un hotel puede violar derechos de titulares de obras audiovisuales, mediante la retransmisión no autorizada, al realizar un segundo acto de comunicación pública, no autorizado, y dirigirlo a un público nuevo, distinto al pensado en difusión original, por lo que se rompe la cadena de autorización primaria. O bien, mediante puesta a disposición no autorizada, que se genera a partir del usos de televisores, antenas de recepción, decodificadores, cableados

necesarios, etc, por lo cuales se busca tener dispuesto materiales para los huéspedes que visiten el establecimiento.

Por tratarse de derechos de explotación, vale resaltar que “las infracciones en materia de comercio, nos dice Serrano Magallón, responden a la necesidad de reprimir actos que atentan contra la normal explotación de derechos patrimoniales de autor y que se actualizan mediante actos mercantiles e industriales de mediana y gran escala.”¹³³ Esto es así, al encontrarnos frente una norma prohibitiva, que exige el deber general (incluso a los hoteles) de respeto, en nuestro caso particular, de obras audiovisuales. Es decir, para poder utilizar las obras públicamente, se requiere solicitar permiso al legítimo titular de los derechos patrimoniales, como lo dispone el artículo 27 de la Ley.

3. Una obra protegida por la ley.

En nuestro caso particular las obras audiovisuales que se transmiten o se ponen a disposición en las habitaciones de hoteles son objeto de protección desde el momento de su creación y sin necesidad de registro.

Por otro lado, la LFDA, en su artículo 94, señala que las obras audiovisuales son las expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que se hacen perceptibles, mediante dispositivos técnicos, produciendo la sensación de movimiento.

En relación al diverso, debemos recordar que las obras audiovisuales, sea cual sea, están protegidas por la LFDA, como se aprecia en su artículo 13, que en su lista no taxativa, señala en modo particular la rama cinematográfica y demás obras audiovisuales, los programas de radio y televisión. Además de encontrarnos en México con una Ley federal de Cinematografías que coadyuva en la protección

4. La comunicación pública de la obra por cualquier medio o procedimiento.

¹³³ Serrano Migallón, Fernando, Nueva Ley Federal del Derecho de Autor, México, UNAM-PORRÚA, 1998, p.189.

La conducta sancionable por la norma es el acto de comunicación pública, mediante las modalidades de retransmisión y puesta a disposición, que forman parte de la facultad de comunicación pública y que guardan la naturaleza de ser derecho de carácter económicos exclusivos, es decir se requiere pedir autorización para poder realizar retransmisiones o puesta disposición de obras, en nuestro caso específico, en hoteles.

5. La necesidad de autorización previa y expresa¹³⁴.

Este es un elemento de vital importancia en la infracción, pues determina el carácter lícito o ilícito de la comunicación pública de una obra, y por tanto de la actualización de la infracción en materia de comercio. Así que, para que un hotel que pueda comunicar públicamente obras audiovisuales en sus habitaciones es indispensable que solicite autorización a los legítimos herederos o titular de los derechos de explotación de modo previo al acto de comunicación, bajo las reglas generales de cesión, previstas en el artículo 30 y siguientes de la ley autoral.

6. El fin de lucro directo o indirecto.

La integración del acto prohibido por la LFDA, en el art. 231, fracción I, no tendría mucho caso, si tal acto no se realiza con fines de lucro, por lo que es un elemento indispensable para la constitución de una infracción en materia de comercio.

Y sobre el particular, el artículo 11 del Reglamento de la LFDA prevé la figura señalada bajo dos modalidades:

Artículo 11.- Se entiende realizada con fines de lucro directo, la actividad que tenga por objeto la obtención de un beneficio económico como consecuencia inmediata del uso o explotación de los derechos de autor, derechos conexos o reservas de derechos, la utilización de la imagen de una persona o la realización de cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de cómputo.

¹³⁴ Amparo Directo en Revisión 4040/2019, op. cit., p. 53.

Se reputará realizada con fines de lucro indirecto su utilización cuando resulte en una ventaja o atractivo adicional a la actividad preponderante desarrollada por el agente en el establecimiento industrial, comercial o de servicios de que se trate.

No será condición para la calificación de una conducta o actividad el hecho de que se obtenga o no el lucro esperado.

Estaremos ante un lucro directo cuando el acto de comunicación pública sea consecuencia inmediata de la explotación de un derecho de autor, y ante el lucro indirecto cuando la comunicación pública se lleve con el propósito de obtener una ventaja o atractivo económico adicional al objeto principal de quien lo realiza.¹³⁵ Es decir, el acto prohibitivo debe impactar en lo comercial, para constituirse una infracción en material de comercio.

En el caso de los hoteles, la comunicación pública en estos establecimiento, puede reputarse con el carácter de lucro indirecto, ya que el servicio de televisión y programación por los cuales se retransmiten o ponen a disposición obras audiovisuales a sus huéspedes, no constituyen el objeto principal del hotel como lo es el servicio de hospedaje, sin embargo, al constituir un servicio adicional al hospedaje, impacta en lo comercial en modo de ventaja competitiva en el mercado hotelero, elevando la calidad del servicio y posicionamiento del hotel dentro de categorías como, las estrellas, coronas, diamante u otras.¹³⁶

Sobre este particular, la literatura especializada en hotelería es de la siguiente opinión: “El mejoramiento del servicio significa una ventaja competitiva porque la calidad puede llevar a incrementar la lealtad o confianza de los consumidores y traducirse en mayores ganancias”.¹³⁷

Además, nos dice Erdozain que, “el ánimo de lucro no necesariamente ha de vestirse con el ropaje siempre inconfundible de la ganancia obtenida (aspecto positivo), sino que también puede aparecer envuelto por formas menos llamativas

¹³⁵ Parets Gómez, Jesús, El proceso Administrativo del Infracción Intelectual, México, SISTA, 2007, p. 113.

¹³⁶ Cfr. Morfín Herrera, María del Carmen, *op. cit.*, p. 37.

¹³⁷ Ídem.

como la del gasto no producido (aspecto negativo)¹³⁸, este último puede verse en la comunicación de señales de televisión abierta, pues no se produce un gasto sobre los contenidos.

Por su parte, el Juez Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, afirmando en el amparo indirecto 341/97 (caso “Hotel Melanie”), ha llegado a la conclusión de la existencia del lucro en los hoteles por la oferta de aparatos de televisión o radio, asunto en el que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reservó jurisdicción a aquel, en el Amparo en Revisión 359/98:

se deriva del tipo de servicios que presta la impetrante de garantías, dentro de los cuales, también se encuentra la posibilidad para los huéspedes de hacer uso de aparatos de radio y de televisión y, en ese sentido, si la quejosa ofrece un servicio en el que está incluido esto último y, además, cobra por ello, es claro que se cumple con el requisito a que ella misma hace referencia, respecto a que debe existir un lucro en la utilización que se lleva a cabo de las obras protegidas por los derechos autorales.

V. Jurisprudencia comparada

Uno de los temas que ha atraído la atención de los medios¹³⁹ y del que se ha ocupado la Jurisprudencia de diversos países (muchas veces con criterios divergentes), es el relativo a la comunicación pública de obras audiovisuales (o musicales) en hoteles, ya por la retransmisión o bien por la instalación de aparatos que permiten la disposición de contenidos a los huéspedes. Esto ha generado enfrentamientos del sector hotelero con los titulares de derechos de autor, por lo que los litigios no se hacen esperar, dada la trascendencia económica que puede envolver un acto de comunicación pública al interior de un hotel.

¹³⁸ Erdozaín López, José Carlos, *op. cit.*, p. 187.

¹³⁹ Sobre el particular, se agregan las siguientes ligas como ejemplos de algunas diversas noticias que han transitado en los medios de comunicación. CHILE. “Corte de Santiago confirma fallo que condenó a empresa hotelera por infringir derechos de autor.” <http://www.diarioconstitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2017/08/30/corte-de-santiago-confirma-fallo-que-condeno-a-empresa-hotelera-por-infringir-derechos-de-autor/> “Derechos de autor abren pugna entre industria hotelera y productores audiovisuales” <https://purochilemusical.blogspot.com/2017/03/derechos-de-autor-abren-pugna-entre.html> ARGENTINA. “Gerente de hotel céntrico posadeno dijo que la multa a Sadaic “es una buena noticia”” <http://misionesonline.net/2018/07/17/gerente-hotel-centrico-posadeno-dijo-la-multa-sadaic-una-buena-noticia/> Las anteriores ligas fueron consultas el día 09/09/2018.

A. Argumentos con la privacidad de las habitaciones hotelera frente a la comunicación de obras

El argumento más recurrente en los litigios que cuestiona la tesis de la comunicación pública es, que las habitaciones hoteleras constituyen un espacio estrictamente doméstico o una extensión del domicilio, por lo que se vuelve inviolable. Sin embargo, como ya tuvimos oportunidad de examinar, una cosa es que, a efectos del huésped, la habitación de un hotel se califique como domicilio privado mediante el cual se tutela su derecho a la privacidad y otra muy distinta que el acto del hotel puede ser considerado una excepción a los derechos de explotación,¹⁴⁰ máxime cuando la relación del hotelero con los huéspedes excede más allá de lo que puede considerarse como vínculo estrictamente familiar.

Además, la calificación de ámbito público o privado de un determinado espacio es insuficiente para determinar la existencia o no, de un acto de comunicación pública. En relación con este argumento, la Primera Sala de Tribunal Constitucional del Perú, determinó en el caso de un establecimiento que colocaba altoparlantes para difundir obras musicales captadas de la radio y administradas por una sociedad de gestión colectiva, que:

[...] el demandante ha recepcionado las obras musicales emitidas por la radio y ha efectuado una comunicación pública haciendo uso de cuatro parlantes ubicados en el techo del local, evidenciándose que el uso de las obras musicales no ha tenido fines estrictamente domésticos; por ende, al no configurarse este supuesto, y no encontrándose dentro de las excepciones que la norma prescribe, el recurrente requería de autorización por parte de la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDA YC).¹⁴¹

En el mismo sentido, la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil, de la Capital Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al analizar si la comunicación de grabaciones fonográficas que difunde el hotelero está comprendida dentro de la excepción de lo exclusivamente familiar, manifestó:

¹⁴⁰ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, p. 108.

¹⁴¹ Cfr. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional del Perú, de 21 de abril de 2005, <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01492-2005-AA.pdf>.

[...] “la difusión de música dentro del ámbito de la habitación de un hotel debe ser considerada un acto de comunicación pública. Es que, conforme la finalidad perseguida por las normas sobre derechos de autor y derechos conexos el cuarto de un hotel no puede comprenderse dentro de la noción de "domicilio exclusivamente familiar" a efectos de que el hotelero se exima del pago de los aranceles previstos por la ley para tales actos.- La mera designación del ámbito como público o privado es insuficiente, es decir que, un lugar privado como es la habitación donde se aloja el huésped de un hotel no determina por sí que la comunicación de música que se efectúa en él no sea "comunicación pública".- Cuando una palabra (Apúblico) [sic] es susceptible de tener diversos significados en el ámbito del derecho a la intimidad y en el de los derecho intelectuales, debe estarse a la significación que tiene para este último, por ser la normativa específica que regula las cuestiones atinentes a tales derechos. Lo privado para el derecho a la intimidad puede ser público para los derechos intelectuales como lugar de recepción de obras protegidas.”

[...]

Desde otro ángulo también cabe agregar que la comunicación de música a los huéspedes dentro de las habitaciones del hotel en las cuales se encuentran alojados, cualquiera sea la modalidad de su difusión, es pública aunque el lugar no sea público porque su transmisión la realiza un intermediario -el hotelero- para personas que no forman parte de su círculo familiar o el de sus amigos íntimos. En consecuencia, la propagación de música en estas circunstancias no puede quedar circunscripta dentro de la excepción - domicilio exclusivamente familiar-...¹⁴²

Por su parte, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Chile, en el fallo 86-2006, relativo a la difusión pública de obras musicales del repertorio de Sociedad de Gestión Chilena, definió que:

[...] “el establecimiento de hotel constituye una unidad a la que accede el público en general, no pudiendo dividirse sus dependencias en públicas o privadas, pues todas se encuentran al servicio de los usuarios que accedan a ellas, con prescindencia de las formas en que se utilicen, atendido el fin específico que les es propio.”

En el caso de Colombia, la sala plena de la Corte Constitucional de la república, en la sentencia C-282/97 señaló con claridad que,

para la Corte es evidente que la ejecución de una obra artística dentro de una habitación de hotel u hospedaje no es pública o privada según la calificación que se haya hecho del lugar en cuanto tal, sino del sujeto que la lleve a cabo y del ánimo - lucrativo o de particular y privado esparcimiento- que la presida.

¹⁴² Fallo plenario del 15 de septiembre de 2005, de la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil, de la Capital Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en AADI CAPIF ACR c/ Catalinas Suites S.A. s/ COBRO DE SUMAS DE DINERO. <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-aadi-capif-acr-catalinas-suites-sa-cobro-sumas-dinero-fa05020044-2005-09-15/123456789-440-0205-0ots-eupmocsollaf>

Desde el punto de vista del establecimiento, no podría éste ampararse en la norma demandada para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, correlativas a los derechos de los autores de las obras que ejecuta públicamente, entendiéndose por ejecución pública inclusive la difusión de sonidos o videos mediante redes internas destinadas a las habitaciones.

...

Es evidente, por otra parte, que con la expresa asimilación legal de las habitaciones de hotel al domicilio privado pero consagrada con el fin concreto y exclusivo de asignarles un determinado régimen en materia de derechos de autor, se perdió de vista el objeto primordial del domicilio, que es materia de protección jurídica en consideración a la persona humana y a su dignidad, como resulta de los mandatos constitucionales al respecto, y no como instrumento apenas útil para exonerar a entidades con ánimo de lucro de unas determinadas obligaciones inherentes a su actividad. Se desvirtúa así la finalidad del domicilio como elemento integrante de la privacidad del huésped -que pasa a segundo plano- y se hace énfasis en el efecto por cuya virtud se enerva el concepto jurídico de "ejecución pública" de obras artísticas, en detrimento de los derechos que el sistema reconoce a sus autores."¹⁴³

Por otro lado, la paradigmática sentencia en la jurisdicción europea, se ha expuesto de modo íntegro en el fenómeno de la comunicación pública en hoteles, emitiendo sentencia en el asunto prejudicial C-306/05, en donde explicó:

“38. En un contexto como el del asunto principal, es necesario, por un lado, seguir un enfoque global que tenga en cuenta no sólo a los clientes alojados en las habitaciones del establecimiento hotelero, que son los únicos a los que se refieren expresamente las cuestiones prejudiciales, sino también a los clientes que se encuentren presentes en cualquier otra zona del establecimiento y puedan acceder allí a un aparato de televisión. Por otro lado, hay que tomar en consideración la circunstancia de que normalmente la clientela de un establecimiento de este tipo se renueva con rapidez. Por lo general, se trata de un número considerable de personas, por lo que debe estimarse que forman un público a los efectos del objetivo principal de la Directiva 2001/29, mencionado en el apartado 36 de la presente sentencia.

39. Además, si se tienen en cuenta los efectos acumulativos que provoca, la posibilidad que se concede a tales telespectadores potenciales de acceder a la obra puede adquirir en este contexto una importancia significativa. Por lo tanto, poco importa que los únicos destinatarios sean los ocupantes de las habitaciones y que éstos, individualmente considerados, no tengan más que una trascendencia económica limitada para el propio hotel.

40. Asimismo, procede considerar que las comunicaciones que se efectúan en circunstancias como las del asunto principal son comunicaciones realizadas por un organismo de retransmisión distinto al de origen, en el sentido del artículo 11 *bis*, apartado 1, inciso ii), del Convenio de Berna. Por lo tanto, estas transmisiones se dirigen a un público que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la obra, es decir, a un público nuevo.

41. Como se explica en la Guía sobre el Convenio de Berna, documento interpretativo elaborado por la OMPI que, sin tener fuerza vinculante, es un instrumento útil para la exégesis del Convenio, el autor, al autorizar la radiodifusión de su obra, sólo tiene en cuenta a los usuarios directos, es decir, a los poseedores de aparatos receptores que captan los programas individualmente o en un ámbito

¹⁴³ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-282-97.htm>

privado o familiar. De conformidad con dicha Guía, a partir del momento en que se efectúa esta captación para destinarla a un auditorio todavía más vasto, a veces con fines de lucro, es una nueva fracción del público receptor la que puede beneficiarse de la escucha o de la visión de la obra, con lo cual la comunicación de la emisión a través de altavoz o instrumento análogo no constituye ya la simple recepción de la emisión misma, sino un acto independiente mediante el cual la obra emitida es comunicada a un público nuevo. Como se precisa en la misma Guía, esta recepción pública da lugar al derecho exclusivo de autorización, que corresponde al autor.

42. A este respecto, la clientela de un establecimiento hotelero es efectivamente un público nuevo. La distribución de la obra radiodifundida a esta clientela a través de aparatos de televisión no constituye un simple medio técnico para garantizar o mejorar la recepción de la emisión de origen en su zona de cobertura. Por el contrario, el establecimiento hotelero interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus huéspedes la posibilidad de acceder a la obra protegida. Si no tuviera lugar esta intervención, los clientes, aun cuando se encontraran dentro de la mencionada zona, no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida”.

Finamente, es de importancia destacar y aplaudir la reciente sentencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo Directo en Revisión 4040/2019, en el que se desarrolla diversos argumentos respecto a la comunicación pública de obra audiovisuales en Hoteles, por lo que destacamos el siguiente, en relación a la privacidad de las habitaciones de hotel:

49. Cuando las habitaciones de un hotel tienen instalados televisores mediante los cuales se ofrece a sus huéspedes programas a través de un sistema interno propio de cable, controlado por el propio establecimiento hotelero, la doctrina en la materia ha sostenido reiteradamente que, en efecto, se está efectuando un acto de comunicación pública.
50. Esto es así toda vez que las habitaciones de un hotel son lugares *para* el público, aunque *no sean* lugares públicos. Por tanto, la comunicación es pública no solo cuando es recibida en un lugar público sino siempre que —como es el caso de los huéspedes de un hotel— la transmisión es distribuida por una intermediaria hotelera, en un lugar al que el público tiene acceso entre personas que no necesariamente forman parte del círculo familiar o amigos íntimos.
51. Dicho de otra forma, se trata de un *acto de intermediación* entre la programación que se recibe mediante la radiodifusión tradicional —o a través de un satélite de radiodifusión o de distribución—, en la que el público no recibe el programa directamente sino a través de una retransmisión.

52. Ello quiere decir, o implica, que el carácter “privado” de los dormitorios de un establecimiento hotelero no impide que pueda considerarse como pública la comunicación que se hace dentro de sus habitaciones.
53. Se trata de una comunicación pública **indirecta**¹⁴⁴ pues, a través de ella, una obra audiovisual —acto incorporal— se hace del conocimiento del público, se pone a su disposición, con independencia de que su destinatario —el huésped— se encuentre o no presente en el lugar de la producción, esto es, dentro de la habitación del hotel; y que, además, permite que ese huésped puede tener acceso y/o tomar conocimiento de la obra a través de sus sentidos, auditivos y/o visuales.
54. Por esas razones es que se estima que esta clase de comunicación, a través de aparatos que se encuentran instalados en todas las habitaciones de los hoteles, y conectados a una antena colectiva única, está sometida al derecho exclusivo del autor; es decir, es un acto de comunicación pública.
- [...]
88. Si bien las habitaciones de un hotel gozan de la misma protección constitucional que la prevista para el domicilio de las personas, lo cierto es que no existe relación alguna entre esa inviolabilidad del domicilio con la ejecución pública de obras artísticas en el interior de los hoteles; ello toda vez que para que se actualice la comunicación pública basta con que la obra se ponga a disposición del público, de tal forma que las personas que compongan a ese público puedan acceder a ella; así, las retransmisiones en las habitaciones posibilitan a los usuarios tener acceso a las obras retransmitidas.
- [...]
91. En esa tesitura, esta Primera Sala sostiene que la comunicación pública de una obra que se realice mediante la retransmisión de la misma por un hotel hacia las habitaciones de sus huéspedes, es un acto que, además de que les permite a estos últimos tener acceso a la obra protegida, **mantiene intactas tanto su esfera privada como la inviolabilidad de su domicilio** (accidental).
- [...]
101. En segundo lugar, porque si bien es cierto las habitaciones de un hotel gozan de la misma protección constitucional que el “domicilio”, también lo es que no existe relación alguna con la ejecución pública de obras artísticas en el interior de los hoteles pues, para que se actualice un acto de comunicación pública basta con que la obra se ponga a disposición del público; es decir, en virtud de esas

¹⁴⁴ Véase párrafo 43.

retransmisiones, se posibilita a los usuarios/huéspedes el acceso a las obras retransmitidas.

[...]

103. Así, la comunicación pública de obras dentro de las habitaciones de los hoteles no representa un acto de “molestia”, de “intromisión” o “invasión” a la privacidad de sus huéspedes, pues estos se mantienen incólumes frente a tales actos, por tanto, se salvaguarda su privacidad y la inviolabilidad de su domicilio. Y, por el contrario, toda vez que, efectivamente, se trata de un acto de comunicación pública, es indispensable la realización del pago por la retransmisión de las obras protegidas.

B. Argumentos contra la actividad no lucrativa de los hoteles por la comunicación de obras.

Otro argumento que se ha intentado contra la tesis de la comunicación pública es el relativo a que los hoteles no lucran de modo alguno con las utilidades de obras en sus establecimientos, ya que estos no perciben algún beneficio económico por las televisiones u obras audiovisuales más allá del servicio de hospedaje que prestan al público.

Sin embargo, como hemos tenido oportunidad de observar *supra*, el elemento lucrativo no es esencial para determinar la existencia de una comunicación pública¹⁴⁵, más no así para la constitución de una infracción en materia de comercio.

Sobre el particular, la Segunda Sala de la Corte de Apelación de Santiago, caso en el que condenó a un hotel por haber incurrido en actos de comunicación pública de obras en su establecimiento, determinó:

[...] que las utilidades que realicen los establecimientos hoteleros u otros similares, al no encuadrar dentro de las excepciones existentes, requieren disponer de una autorización otorgada por los titulares de derechos, ya sea que esta se obtenga de ellos en forma directa o a través de una entidad de gestión colectiva que la represente; y que la obligación de pago, cuando existe la comunicación pública de una obra, es independiente si se hace con o sin fines de lucro.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Véase Amparo Directo en Revisión 4040/2019, op. cit.

¹⁴⁶ Cfr. Segunda Sala de la Corte de Apelación de Santiago, fallo N° 490-2017, de fecha 21 de agosto de 2016.

En el mismo sentido, la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil de la Capital Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, determinó la existencia del elemento lucrativo en el actuar de un hotel cuando propala obras a sus huéspedes:

El hotelero que propala música dentro del establecimiento lo realiza como un elemento comercial inherente a su negocio, con el ya mencionado objetivo de obtener ganancias o alguna otra ventaja derivada de su utilización, la que puede consistir, por ejemplo, en una mejor imagen del lugar o en hacerlo más atractivo para generar una nueva clientela.- No puede, pues, desconocerse el beneficio directo o indirecto que aquél recibe por tal actividad, derivado de las mayores réditos que le significa contar con este servicio adicional. La existencia de televisores en los cuartos de hotel o el servicio de música a través de otros medios aumenta su categorización y esto permite que se requiera un mayor precio por su alquiler”¹⁴⁷

En términos similares, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea explica sobre la presencia del elemento lucrativo en relación con las transmisiones televisivas que hacen los hoteles, señalando que no es condición para la existencia de la comunicación al público:

“44. Por otro lado, como se deriva de los datos que constan en los autos transmitidos al Tribunal de Justicia, debe considerarse que la intervención del establecimiento hotelero para dar acceso a sus clientes a la obra radiodifundida es una prestación de servicios suplementaria efectuada con el objetivo de obtener algún beneficio. No puede negarse que la inclusión de este servicio influye en la categoría del hotel y, por tanto, en el precio de las habitaciones. En consecuencia, se estime o no que, como alega la Comisión de las Comunidades Europeas, la existencia de un fin lucrativo no es una condición necesaria para que se dé una comunicación al público, ha quedado acreditado en cualquier caso que en circunstancias como las que son objeto del asunto principal la comunicación se orienta por un fin lucrativo”.

Esta circunstancia no ha pasado por alto para nuestras autoridades, es así como el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) en el expediente I.M.C. 1517/2016(I-215) 15492, señaló que:

... a través de las probanzas consistente en la factura..., expedida por el HOTEL ..., de la que se desprende el servicio de Hospedaje, la fe de hechos... de la que se

http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=19550411&CRR_IdDocumento=17545472

¹⁴⁷ Fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil, de la Capital Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en AADI CAPIF ACR c/ Catalinas Suites S.A. s/ COBRO DE SUMAS DE DINERO, de fecha 15 de septiembre de 2005, <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-aadi-capif-acr-catalinas-suites-sa-cobro-sumas-dinero-fa05020044-2005-09-15/123456789-440-0205-0ots-eupmocsollaf>

advierde que se hace constar al [sic] actividad económica del presunto infractor, correspondiente al servicio de hospedaje y la confesión expresa del representante legal del HOTEL ..., se pudo comprobar que el demandado realiza una actividad económica con fines de lucro y que se ve beneficiada por la comunicación pública de obras a través de la puesta a disposición de las mismas.

... se advierte que la sobras audiovisuales base de la acción se encuentran a disposición de los huéspedes que se alojan en las habitaciones del [HOTEL], y con ello se lleva a cabo la comunicación pública de las obras y sin la autorización del solicitante de la infracción, en consecuencia, obteniendo un lucro indirecto de dicha comunicación o utilización pública, puesto que dichas conductas implican un beneficio económico como consecuencia inmediata del usos o explotación de los derechos de autor...

C. Argumentos contra que corroboran la no configuración de los hoteles como organismos de radiofusión

Finalmente, cabe destacar el argumento de que los hoteles no son capaces de realizar un acto de retransmisión al no ser un organismo de radiodifusión, sin embargo, como ya fue apuntado, el tema de este trabajo es la retransmisión y puesta a disposición en sede de derechos de autor, diferente de la retransmisión y puesta a disposición en sede de derechos conexos.

Sobre el particular, el Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual en el expediente I.M.C. 1517/2016(I-215)15492 (con poca claridad sobre la diferencia entre derechos de autor y conexos) determinó:

En conclusión, el presunto infractor manifiesta que no es capaz de realizar la conducta que se le atribuye por no estar facultada para la prestación de un servicio de televisión por cable, sin embargo [sic] es de señalarse, que tal y como consta en autos, HOTEL..., realizó la contratación de un servicio de prestación de servicio de televisión por cable, ya que ante la clara imposibilidad de realizarse esta actividad por no tener la concesión correspondiente ni los medios técnicos, decidió realizar la contratación de un tercero y en su calidad de usuario final HOTEL... poner [sic] al alcance de sus huéspedes el servicio que él había contratado y así realizar la comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición y/o retransmisión de las obras audiovisuales base de la acción, sin que se acredite la autorización correspondiente para tal efecto.

En el caso de la Segunda Sala de la Corte de Apelación de Santiago, tiene claro la diferencia entre derechos de autor y derechos conexos al señalar lo siguiente:

[...] se debe pagar derecho de autor por esos servicios de televisión en las habitaciones de los huéspedes de los hoteles, aún cuando el Hotel tenga contratado un servicio de TV por cable y tenga instalados en las habitaciones reproductoras de TV conectadas a antenas colectivas o parabólicas por un cobro mensual.”¹⁴⁸

¹⁴⁸ *Cfr.* Sentencia de la Segunda Sala de la Corte de Apelación de Santiago, en el fallo N° 490-2017, de fecha 21 de agosto de 2016. http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=19550411&CRR_IdDocumento=17545472

CONCLUSIONES

Primera. El derecho de comunicación pública parte de un acto descrito en la Ley Federal del Derecho de Autor, cuyo análisis pasa por desarrollar los siguientes elementos:

- a) Una pluralidad de personas calificables como público, cuya configuración original ha tenido una evolución, pues se han desarrollado criterios que califican al público de modo dinámico y casuístico, así se puede hablar de un público desde su aspecto cualitativo cuando no pertenecen al círculo privado de comunicador, o público cumulativos-sucesivo cuya integración se va dando en función del tiempo.
- b) La accesibilidad de la obra por el público, es decir, si la obra se accede de modo efectivo o por el contrario se encuentra en la mera posibilidad de ser accedida.
- c) La no distribución de ejemplares, característica que resalta lo incorpóreo del acto, pues en los actos de comunicación pública se prescinde de ejemplares al momento de ponerla al alcance general.
- d) Que la obra se ponga al alcance general por cualquier medio o procedimiento, cuestión que no requiere mayor explicación, pues la LFDA parte del principio de neutralidad tecnológica, lo que implica que una obra como la cinematográfica puede ser comunicada mediante aparatos de televisión o cualquier otra tecnología que puede inventarse en el futuro.
- e) Finalmente, los conceptos “espacio estrictamente doméstico” y la conexión a una red de difusión son destacables en el momento en que un sujeto comunicador de obras quiere justificar un acto ilegal bajo el argumento de que se están comunicando en un espacio no público. Las habitaciones de hoteles son un ejemplo claro de que el lugar en que se comunica es estrictamente doméstico o familiar, pero ese argumento no es conducente, ya que interesa el acto de comunicación, el sujeto que lo realiza y su responsabilidad en la accesibilidad de obras, más no el lugar.

Segunda. La comunicación pública es una facultad que se puede ejercer sobre una infinidad de obras, cuyas modalidades dependerán de la naturaleza de la obras en específico, así en el caso de las obras audiovisuales, como películas o series de televisión, son destacables las modalidades de retransmisión o puesta a disposición, dada su naturaleza, en virtud de los mecanismos que se utilizan para su difusión al público de modo intangible, es decir, sin la entrega de ejemplares físicos.

Tercera. La retransmisión como modalidad de la facultad de comunicación pública parte de dos presupuestos: a) La existencia de una obra radiodifundida por un organismo primigenio y b) un segundo acto de radiodifusión que se haga por un organismo distinto al primigenio. Este acto, es perfectamente identificable como actos de intermediación o usos secundarios obras.

Lo anterior se observa en los hoteles del siguiente modo: El hotelero contrata un sistema de cable "X", e instala en cada una de sus habitaciones el servicio de televisión y todos los medios necesarios para que sus huéspedes puedan disfrutar de los contenidos contratados. Dicho el sistema de cable "X" representa el organismo de origen, cuyo propósito es que su señal sea recibida y disfrutada por un público final determinado.

Sin embargo, esto no sucede así, pues entre el sistema de cable X y el público final al que se dirigió la comunicación primaria, se encuentra el hotelero, quien se encarga de hacer llegar los contenidos contratados, del sistema de cable" X", a sus huéspedes. Aquí podemos que el hotel genera un nuevo acto de comunicación y se forma nuevo público al romperse la unidad de la comunicación originaria.

Cuarta. La puesta a disposición es la facultad que complementa al derecho de retransmisión de obras audiovisuales, frente a la dificultad que puede representar, la demostración de la comunicación efectiva en un determinado espacio, que está restringido en su accesibilidad, como en el caso de las habitaciones hoteleras, ya que con ella se puede presumir que se está haciendo uso de obras, bastando la mera posibilidad de acceso.

Esto se ve más claro cuando un hotelero coloca televisores, aparatos reproductores, contrata un sistema de cable, instala antenas de recepción en todas y cada una de sus habitaciones, pues con estos hechos, el hotel pone todos los medios para que sus huéspedes ya no sólo accedan de modos efectivo a ciertos contenidos, sino que estén dispuesto o disponibles para los huéspedes que vistan el establecimiento.

Quinta. La comunicación de obras audiovisuales que efectúan hoteles en sus instalaciones sin autorización, actualiza de modo contundente la infracción contenida en el artículo 231, fracción I, de la LFDA, sobre todo porque los contenidos dispuesto las habitaciones del hotelero tiene un titular o autor al que necesariamente se le debe de solicitar una autorización para hacer usos posteriores a los ya permitidos en una comunicación primigenia, dado que la facultad de comunicación pública no se agota con el primer uso.

Además, estos actos secundarios son efectuados por sociedad mercantiles que en todo momento buscan algún tipo de lucro e impactan en lo comercial, lo que actualiza el fin lucrativo.

Sexta. El tema en estudio ha sido objeto de diversas resoluciones en varias partes del mundo, y actualmente en México, con la aplaudible sentencia del Amparo Directo en Revisión 4040/2019, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Frente a los diversos pronunciamientos se destacan por lo menos tres argumentos recurrentes en los litigios:

- a) Aquel en que se alega que la habitación de un hotel es una extensión del domicilio, bajo la tesis de la inviolabilidad del domicilio, argumento que carece de razón y viabilidad en virtud de que el derecho de autor está interesado por el acto de comunicación pública, la responsabilidad en la comunicación y del sujeto que realiza el acto; más no por el lugar en que se realiza el acto.
- b) Aquel en el que se alegan que los hoteles no lucran en modo algunos con las utilidades de obras en su establecimiento, pues su objeto principal es el servicio de hospedaje. Sin embargo, esto no es del todo cierto pues incluso

la doctrina en materia hotelera es de la opinión de que este tipo de servicios impactan en lo comercial, al elevar calidad y costo de un hotel.

- c) Y aquel en el que se alega que los hoteles no son capaces de realizar un acto de retransmisión por no ser organismo de radiodifusión, argumento poco defendible, debido a que la comunicación de obras audiovisuales se plantea en sede de derecho de autor y no en sede de derechos conexos.

BIBLIOGRAFÍA

- AERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos, Las retransmisiones por cable y el concepto de Público en el Derecho de Autor, ARANZADI, Navarra, España, 1997.
- ANCONA GARCÍA-LÓPEZ, Arturo, El derecho de autor en la obra audiovisual, México, Porrúa/Universidad Anáhuac, 2012.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, Estudios de derecho de autor y derechos afines, Madrid, AISGAE/ REUS, 2007.
- AYLLÓN SANTIAGO, Héctor S., El derecho de comunicación pública directa, Madrid, AISGE-REUS-ASEDA, 2011.
- BRAGA DE SIQUEIRA NEIVA, María Rita, La “regla de los tres pasos” como norma interpretativa del Derecho de Autor: por una aplicación razonable de los límites a la propiedad intelectual. Tesis Doctoral, Getafe, Madrid, octubre de 2015. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22645/tesis_mrita_bragadesiqueira_neiva_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- BRAGA DE SIQUEIRA, María Rita, 2010, “El Derecho de Puesta a Disposición del Público: Antecedentes Normativos y primera jurisprudencia”, pe.i. revista de propiedad intelectual, núm. 34, enero-abril.
- BROTO PÉREZ, Daniel, El droit de suite de los autores de obra de artes plásticas. Análisis jurídico y efectos en el mercado del arte, Tesis doctoral, Barcelona, 2016, consultables en el repositorio de Universidad de Barcelona.
- CABALLERO LEAL, José Luis, Derecho de autor para autores, México, FCE/CERLALC, 2004.
- CAMACHO SEPÚLVEDA, Rocío, Los nuevos retos del derecho de comunicación pública en el marco de las nuevas tecnologías, Sevilla, Tesis Doctoral, 2013
- CARBONELL, Miguel, Los Derechos Fundamentales en México, 6ª Ed., México, UNAM-PORRÚA-CNDH, 2004.

- CÁRDENO SHAADI, José Ramón, Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor, Revista Mexicana del Derecho de Autor, Instituto Nacional del Derecho de Autor, núm. 3, segundo semestre 2013, México, p. 119.
- DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, Derechos Humanos y Derechos de Autor. Las restricciones al derecho de explotación, 2º ed., México, IJ-UNAM, 2015.
- DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, Retransmisiones televisivas, derechos de autor y telecomunicaciones. El debate sobre el must offer y el must carry”, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017.
- DELGADO PORRAS, Antonio, Panorama de la protección civil y penal en materia de Propiedad Intelectual, CIVITAS, España, 1988.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil. Parte General, Personas, negocio jurídico e invalidez, 12ª Ed., México, Porrúa, 2012.
- ESPÍN ALBA, Isabel, Contrato de Edición Literaria (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación), Granada, COMARES, 1994.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo, Entorno al concepto de comunicación pública en el ámbito de los establecimientos hoteleros, en García Pérez, Rafael, López-Suárez, Marcos A (Coord.), Nuevos Retos para la para la propiedad Intelectual. II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a: (A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2007), España, Universidade da Coruña, 2008. https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12880/CC-97_art_11.pdf;jsessionid=8AFF0A5ED9EA5FADEBD110931CFFF42F?sequence=1
- FERNÁNDEZ-SHAW, Félix, “La difusión internacional de los programas audiovisuales. Cinematografía- Fonograma- videogramas- radio- televisión”, Madrid, TECNOS, 1980.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio, El Derecho de Autor en Internet. La Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información, COMARES, Granada, 2001.

Glosario de términos y expresiones sobre derecho de autor y derechos Conexos de la OMPI, p. 304

GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada, 2004, Apuntes sobre el llamado derecho de puesta a disposición del público y sus incidencia en los establecimientos hoteleros, Cuadernos de derecho y comercio, nº 41.

GONZÁLEZ GONZALO, Alfonso, La noción de obra audiovisual en derecho de autor, pe. i. Revista de Propiedad Intelectual, nº 7, enero-abril de 2001.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, El derecho moral del autor en la Ley Española de propiedad Intelectual, Madrid, MARCIAL PONS, 1993.

Guía Sobre las Disposiciones Sustantivas del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT, 1996), en Guía sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI, OMPI, Ginebra, 2003.

LIPSZYC, Delia, Derecho de autor y derechos conexos, Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, 2001.

MARCO MOLINA, Juana, La propiedad Intelectual en la legislación Española, MARCIAL PONS, Madrid, 1995.

MARTÍN SALAMANCA, Sara, Remuneración del autor y Comunicación Pública, Madrid, AISGE/ REUS, 2004.

MARTÍN VILLAREJO, Abel, El Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales –Perspectiva de los Actores, en la Reunión Regional de la OMPI para los Países de América Latina sobre los Tratados de Beijing y Marrakech, en Santo Domingo, 8 a 10 de Julio de 2014, p. 6 http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/ompi_da_sdo_14/ompi_da_sdo_14_ref_t8_a.pdf

MARTÍN VILLAREJO, ABEL, El Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales –Perspectiva de los Actores, en la Reunión Regional de la OMPI para los Países de América Latina sobre los Tratados de Beijing y Marrakech, en Santo Domingo, 8 a 10 de Julio de 2014, p. 6

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/ompi_da_sdo_14/ompi_da_sdo_14_ref_t8_a.pdf

MASOUYÉ, Claude, Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de Paris, 1971), Ginebra, OMPI, 1978.

MIHÁLY, Ficsor, The Law of Copyright and the Internet, The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation, Oxford, United States, 2002.

MORFIN HERRERA, María del Carmen, Clasificación Hotelera, México, Trillas, 2017.

OVILLA BUENO, Rocío, El laberinto de la multitud. En la búsqueda de una calificación jurídica para la creación multimedia, en Becerra Ramírez Manuel, Ovilla Bueno Rocío, Coord., El desarrollo tecnológico y la propiedad intelectual, México, IIJ/UNAM, 2004.

PALACIO PUERTA, Marcela, Derechos de Autor, Tecnología, y educación para el Siglo XXI: El tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016.

PARETS GÓMEZ, Jesús, El proceso Administrativo del Infracción Intelectual, México, SISTA, 2007.

PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica, Madrid, AISGE/ REUS, 2001.

RIBERA BLANES, Begoña, El derecho de reproducción en la propiedad intelectual, Madrid, DYKINSON, 2002.

ROBLES LATORRE, Pedro, El fluctuante y proceloso tema de la jurisprudencia sobre el derecho de comunicación pública en las habitaciones de los hoteles”, en O’callaghan, Xavier, Coord., Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual, Madrid, Dykinson, 2011.

ROGEL VIDE, Carlos, Estudios completos de propiedad intelectual, Madrid, AISGE-REUS, 2003.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, en Rodríguez-Cano Bercovitz., Coord., Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de la Obras Literarias y Artísticas”, Madrid, TECNOS, 2013.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando, Nueva Ley Federal del Derecho de Autor, México, UNAM-PORRÚA, 1998.