

San José, miércoles 14 de diciembre de
2011

OFICIO N° 14927-2011-DHR -[GA]
AL CONTESTAR POR FAVOR CONSIGNE ESTE NUMERO
DE OFICIO

Para: Sra. Laura Chinchilla Miranda
Presidenta de la República
Notificación Personal

Sr. Hernando París Rodríguez
Ministro de Justicia
Ministerio de Justicia y Paz
Notificación Personal

EXPEDIENTE N° 71543-2010-SI

Sr. Carlos Ricardo Benavides Jiménez
Ministro de la Presidencia
Ministerio de la Presidencia de la
República
Notificación Personal

Sra. Anabel González Campabadal
Ministra de Comercio Exterior
Ministerio de Comercio Exterior
Notificación Personal

Sr. Enrique Castillo Barrantes
Ministro de Relaciones Exteriores y
Culto
Notificación Personal

Sr. Manuel Obregón López
Ministro de Cultura y Juventud
Notificación Personal

Sr. Dennis Solera Mata
Director General AIE Costa Rica
Email: denis.solera@aicostarica.com

De: Ofelia Taitelbaum Yoselewich
Defensora de los Habitantes



Copia: Sr. Luis Enrique Ortiz Vaglio
Presidente
Cámara Nacional de Radio Costa Rica
CANARA

Asunto: INFORME FINAL CON RECOMENDACIONES.-

La Defensoría de los Habitantes de la República recibió de varios miembros de la Asociación de Intérpretes y Ejecutantes Musicales de Costa Rica (AIE Costa Rica) una denuncia en la que en su momento se expuso el siguiente asunto:

Denuncian una serie de acciones ejecutadas por el Poder Ejecutivo (Administración Arias Sánchez) desde agosto de 2009 y cuyas consecuencias -entre otras- son el debilitamiento de los mecanismos por los cuales el Estado tutela los derechos de propiedad intelectual que ostentan los artistas musicales y el despojo efectivo de algunos de esos derechos sin que haya mediado intervención por parte del Gobierno de la República para revertir dicho proceso.

Los derechos que ostentan -derechos de autor y derechos conexos- se encuentran reconocidos en una serie de Tratados Internacionales que el país ha ratificado a lo largo de las últimas décadas, así como en la propia Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, número 6683.

Desde agosto de 2009 han visto cómo el Gobierno de la República ha realizado una serie de acciones que no tienen otra finalidad que la de eliminar la existencia de sus derechos, a raíz de una serie de presiones que ha ejercido un grupo de usuarios de la música como CANARA, CANATUR y CACORE, quienes históricamente han mostrado resistencia a reconocer sus derechos y a realizar el pago que la Ley establece por el uso con ánimo de lucro, de sus obras musicales, ejecuciones, interpretaciones y producciones fonográficas.

Las acciones concretas del Poder Ejecutivo que se denuncian son las siguientes:

a) *Las gestiones que hizo el anterior Gobierno de la República a nivel internacional para que el país no tenga que cumplir con algunas obligaciones en materia de derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores fonográficos, mediante la presentación de dos reservas presentadas por el Ejecutivo en el 2009:*

La primera para que Costa Rica no tenga que cumplir con lo dispuesto en el artículo 15, párrafo 1º, del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretación o Ejecución y Fonogramas -WPPT-

La segunda reserva, para no cumplir con lo establecido en el artículo 12 de la Convención Internacional para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión (Convenio de Roma).

En ambas reservas que fuesen enviadas oportunamente a las instancias internacionales, el Ejecutivo no consultó ni a la ACAM, FONOTICA ni mucho menos a la Asociación que representan, a pesar de ser las entidades legitimadas para participar en procesos como el que les ocupa.

Que ante dichas reservas el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 36014-MP-COMEX-J procedió a realizar varias modificaciones al Reglamento a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, lo cual atenta contra sus derechos y cuyas observaciones fueron hechas a la Ministra de COMEX mediante nota recibida en su despacho el 30 de junio de 2010.

Que sobre el Decreto Ejecutivo 36014-MP-COMEX-J el señor Iván Rodríguez Rodríguez, Viceministro de Cultura y Juventud mediante el oficio DM-0842-2010 fechado el 26 de agosto de 2010 indica lo siguiente: "... El decreto de comentario, transgrede el derecho exclusivo que tiene el autor de autorizar o prohibir la comunicación al público de sus obras directa o indirectamente en el momento y el medio que éstos elijan, toda vez que permite la comunicación pública de obras siempre que no exista una contraprestación o ventaja económica o se ampara al "uso honrado" por parte del usuario o emisor, con lo cual cualquier persona puede hacer pública una obra que no es suya, alegando únicamente un uso honrado y un acto sin fines de lucro ... los derechos de autor con respecto a su obra están plenamente garantizados por normas de la más alta jerarquía, de tal manera que cualquier modificación, adición o ampliación debe hacerse de conformidad con los principios protectores que informa las mismas ... no es factible realizar ningún acto que limite la explotación normal de la obra y cause una disminución de los ingresos económicos que el autor recibiría por la explotación de ésta, situación que podría darse en los casos contemplados por el Derecho Ejecutivo 36014-MP-COMEX-J, donde autoriza el uso gratuito por medio de la radiodifusión de la obra, con lo cual se causa un perjuicio injustificado al autor, tal y como lo indica el artículo 9.2 del Convenio de Berna"

b) *La publicación del Decreto Ejecutivo número 35536-MP del 19 de octubre de 2009, el cual eliminó el artículo 4 del Reglamento del artículo 50 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.*

El artículo 50 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos establece que la autoridad está habilitada para pedir como requisito, para el otorgamiento de permisos de funcionamiento de locales comerciales, la licencia emitida por las entidades en las que han asociado para que se gestionen de manera colectiva nuestros derechos. La licencia es la que autoriza el uso de su repertorio musical, así como el de los artistas extranjeros cuyas obras se utilizan en el país.

Antes de la derogatoria indicada, el requisito de presentar la licencia para el uso de la música no se hacía efectivo por parte de las entidades públicas competentes, sea que no se cobraba esos derechos. En la exposición de motivos base del Decreto Ejecutivo en mención, el ex Presidente Arias indicó que dicho requisito se constituye en una barrera al comercio y es innecesario.

Con la entrada en vigencia del Decreto en mención, ya no disponen del mecanismo que establecía el artículo 4 del Reglamento al artículo 50 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos para garantizar que el derecho a recibir una justa remuneración por el uso de su trabajo en establecimientos comerciales sea efectivamente reconocido.

c) *Presentación de dos proyectos de ley: número 17.574 del 4 de noviembre de 2009 (Ley para Regular la Promoción y la Difusión de Obras y Artistas Nacionales a través de los Organismos de Radiodifusión Tradicional o Convencional) redactado y promovido por CANARA y el número 17.719 del 13 de mayo de 2010, presentado por el Poder Ejecutivo (Reforma de varios artículos de la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ley número 6683 de 14 de octubre de 1982 y sus reformas, en relación con la radiodifusión tradicional o convencional).*

Ambos proyectos buscan ajustar la legislación interna para que en el país, las radioemisoras y las televisoras no tengan que pagarles por uso del producto de su trabajo y que se encuentran en consonancia con las reservas presentadas por el

Ejecutivo, lo cual no es procedente porque aún cuando se hayan presentado las primeras, la legislación interna se mantiene vigente en cuanto a los derechos que le asiste se refiere.

Aunque las emisoras de radio y canales de televisión no cobran directamente a los radioescuchas y televidentes, sí son empresas con fines de lucro obteniendo un beneficio económico para el cual su trabajo resulta vital, pues la música es la principal materia prima de esos medios de difusión, obteniendo un "rating" atractivo y, de esa forma, vender pauta publicitaria.

Algunos medios de difusión llegan a facturar sumas que ascienden a decenas de millones de colones por mes, mientras que el pago que deben hacer por el uso de obras, interpretaciones y ejecuciones musicales y de fonogramas es conforme a la Ley y a la costumbre internacional, cuyos porcentajes en algunos países es de 9%.

Las cámaras que agrupan a los usuarios quieren eliminar las disposiciones legales que fundamentan dicho pago y de esta forma eliminar el derecho que tienen de recibir justa retribución por el uso del producto de su trabajo.

I.- Admitida la queja para su investigación y estudio, la Defensoría de los Habitantes como primera gestión, mediante los oficios N° **00649-2011-DHR**, **00650-2011-DHR**, **00651-2011-DHR** solicitó a la Licda. Anabel González, Ministra de Comercio Exterior, al Lic. Marco Antonio Vargas Díaz, entonces Ministro de la Presidencia y al Lic. Hernando París, Ministro de Justicia, la presentación del informe de ley.

Los informes respectivos fueron rendidos de la siguiente forma:

1.- Mediante el oficio **DM-00070-11** fechado el 3 de febrero de 2011, la Licda. Anabel González, Ministra de Comercio Exterior indica lo siguiente:

(...)

En primer término, es importante recordar que la autoridad encargada de definir la política pública del país en materia de propiedad intelectual es el Ministerio de Justicia. La competencia del Ministerio de Comercio Exterior en esta materia se limita a verificar el debido cumplimiento y observancia de las obligaciones contraídas por el país a nivel internacional en diversas áreas relacionadas con el comercio, incluyendo la tutela y protección de los derechos de propiedad intelectual.

No obstante lo anterior, este Ministerio siempre ha sido consciente de la importancia que reviste el otorgar una adecuada protección a los diferentes derechos de propiedad intelectual, por lo cual ha promovido la suscripción de una serie de acuerdos internacionales sobre esta materia. En particular, cabe destacar la suscripción y ratificación por parte de Costa Rica de acuerdos tales como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC); el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas; la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión; el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor; el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas; y el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos. Todos estos instrumentos internacionales reconocen una serie de derechos, entre otros, a los titulares de derechos de autor y derechos conexos y conllevan además el compromiso de proveer mecanismos eficaces y adecuados para la protección y defensa de dichos derechos.

Adicionalmente, este Ministerio ha promovido, a lo largo de los últimos años, una serie de reformas normativas que han venido a fortalecer considerablemente la protección de los derechos de autor y derechos conexos.

Es necesario aclarar, sin embargo, que ninguno de los acuerdos internacionales antes citados define los mecanismos específicos mediante los cuales se deben ejercer los derechos de autor y derechos conexos, sino que esta definición constituye una decisión soberana de cada Estado que debe implementarse en su respectiva legislación interna. Además, estos acuerdos prevén un marco de flexibilidad que se otorga a los países al implementar internamente sus compromisos.

Dicho lo anterior, procedemos a referirnos a cada uno de los puntos mencionados en la notificación.

Por una parte, la denuncia presentada por AIE hace referencia a las reservas hechas por el Gobierno de Costa Rica al Tratado de la OMPI sobre interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) y a la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convenio de Roma), alegando que las mismas fueron realizadas sin consultar a los grupos de interés correspondientes, en particular ACAM, FONOTICA y AIE. Sobre el particular, es necesario aclarar que tales reservas no fueron realizadas por el Ministerio de Comercio Exterior sino por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, por ser la autoridad competente al efecto. Sin embargo, sí es procedente indicar que la realización de dichas reservas se enmarca dentro de las potestades permitidas al país para establecer ciertas excepciones y limitaciones a los derechos conexos, por lo que las mismas no constituyen una violación a ningún compromiso internacional.

Por otra parte, los denunciantes alegan que el Decreto Ejecutivo 36014-MP-COMEX-J trasgrede el derecho de autor y señalan una serie de objeciones sobre el mismo. Al respecto, quisiera reiterar que la definición de la política pública en materia de propiedad intelectual trasciende las competencias de este Ministerio, por lo que no resulta procedente referirnos a la oportunidad y conveniencia de este Decreto. Sin embargo, cabe indicar que este Decreto no contraviene en sí mismo compromisos internacionales del país.

Adicionalmente, los denunciantes se refieren al Decreto 35536-MP, mediante el cual se derogó el artículo 4 del Reglamento al artículo 50 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Sobre este decreto, igualmente cabe indicar que el mismo no fue emitido por este Ministerio sino por el Ministerio Público (sic). Sin embargo, cabe aclarar que la derogatoria de la norma en cuestión no violenta ningún compromiso internacional, aunque sí vino a alterar una práctica acostumbrada en el país sobre la observancia de los derechos de autor. Si bien podría considerarse que esta alteración en la norma habitual debilita el sistema anteriormente instaurado de recolección de los pagos a los titulares de derechos de autor, ello de ninguna manera puede entenderse como una derogatoria de tales derechos, por lo que los titulares mantienen su derecho de exigir un pago por el uso del repertorio musical en establecimientos comerciales.

La problemática que señalan los denunciantes, derivada de la derogatoria del decreto mencionado, corresponde ser analizada por las autoridades competentes del establecimiento de la política pública en materia de propiedad intelectual, y no por este Ministerio, cuyas competencias en la materia se limitan a verificar el cumplimiento de acuerdos internacionales.

Finalmente, los denunciantes se refieren a la presentación de dos proyectos de Ley, tramitados mediante los expedientes legislativos N° 17.574 y 17.719, respectivamente.

En cuanto al primer proyecto, éste corresponde a una iniciativa promovida por CANARA y apoyado por varios diputados, en la cual este Ministerio no tuvo ninguna participación ni injerencia.

En cuanto al Proyecto N° 17.719, efectivamente este constituye una propuesta presentada por el Poder Ejecutivo que plantea reformas a la Ley de Derechos de Autor, fundamentadas en las reservas realizadas al Convenio de Roma y al WPPT antes mencionadas. Como se mencionó antes, las reservas realizadas por el Gobierno de Costa Rica a dichos tratados se enmarcan dentro de las potestades conferidas al Estado para regular los derechos de autor y derechos conexos, y no constituyen en sí mismos una violación a ningún compromiso internacional.

Como puede apreciarse, el Ministerio de Comercio Exterior no ha constatado violación alguna a los compromisos internacionales del país en materia de propiedad intelectual, que se haya generado con las acciones ejecutadas por el Poder Ejecutivo objeto de la denuncia.

Quisiera terminar reiterando el compromiso de este Ministerio por continuar velando por el cumplimiento de todos los compromisos internacionales asumidos por el país en materia de propiedad intelectual y reiterando nuestra disposición para brindar cualquier aclaración o información adicional que considere pertinente”.

2.- Mediante el oficio **MJP-072-02-11** fechado el 10 de febrero de 2011, el Lic. Hernando París, Ministro de Justicia, de manera breve informó:

a.- La Cancillería realizó las reservas.

b.- Se adjuntó el expediente administrativo que consta en el Ministerio de Justicia, el cual consta de dos tomos, el primero de 94 folios y el segundo de 45 folios.

c.- Según dicha información, ese ministerio no tiene competencia para conocer o retirar las reservas realizadas por la Cancillería.

d.- Que no tuvo participación alguna en la decisión de hacer o no dichas reservas.

3.- Mediante el oficio **DMP-111-11** fechado el 4 de febrero de 2011, el Lic. Marco Antonio Vargas Díaz, entonces Ministro de la Presidencia, contesta la solicitud de derogatoria del Decreto Ejecutivo N° 35536, sin embargo, dicho informe no se refiere a los aspectos consultados en relación con la presentación de las reservas y sobre los efectos jurídicos del Decreto Ejecutivo N° 36014-MP-COMEX-J, situación que le fue señalada al ex –ministro Vargas Díaz con el oficio N° **01643-2011-DHR** fechado el 14 de febrero de 2011 y sobre el cual no se obtuvo respuesta.

II.- En vista de que los informes presentados por los ministerios consultados, carecían de datos precisos y consideraciones de fondo en relación con el tema denunciado, la Defensoría se vio en la obligación de realizar una solicitud de ampliación de información a cada una de las partes.

Mediante los oficios N° **06378-2011-DHR**, **06379-2011-DHR**, **06380-2011-DHR** se solicitó al Lic. Hernando París, Ministro de Justicia y Paz, al Lic. Carlos Ricardo Benavides Jiménez, Ministro de la Presidencia y a la Licda. Anabel González, Ministra de Comercio Exterior, ampliar los informes inicialmente presentados. Asimismo, mediante el oficio N° **06381-2011-DHR** se adicionó a la presente investigación

al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; en ese sentido, se le solicitó el informe correspondiente al Lic. René Castro Salazar, entonces titular de esa cartera ministerial.

La Defensoría solicitó a todos los jefes referirse a los siguientes puntos:

- 1.- ¿Cuál fue la intervención técnica y la posición que tuvo ese Ministerio en relación con la tramitación de las reservas presentadas por Costa Rica y la presentación del Decreto Ejecutivo N° 36014-MP-COMEX-J?
- 2.- Tomando en consideración la afectación señalada por los denunciantes y, más allá de la opción procesal del país por establecer ciertas excepciones y limitaciones a los derechos conexos, ¿Indique por qué a su criterio dicha actuación no lesiona ningún compromiso internacional?
- 3.- Desde la perspectiva de ese Ministerio ¿qué beneficio, ganancia o interés público fue el que medió para que se gestionaran las reservas y se publicara el decreto antes citado?
- 4.- ¿Explique en detalle las valoraciones técnicas de fondo que motivaron la tramitación de las reservas y la publicación del decreto?
- 5.- ¿Qué apreciación le merece lo indicado por el Viceministro de Cultura en el oficio DM-0842-2010, mismo que se cita en el apartado de la denuncia?

III.- Los informes presentados fueron los siguientes:

1.- Mediante el oficio **MJP-420-06-11** fechado el 9 de junio de 2011, el Lic. Hernando París, no responde los aspectos consultados, y se limita a señalar que con el fin de no incurrir en un adelanto de criterio la posición de ese ministerio consta en los documentos y expediente aportado.

Con el oficio N° **07745-2011-DHR**, se le indicó al Ministro de Justicia no haber cumplido con la obligación de responder los aspectos consultados, y se le recordó la obligación establecida en el artículo 24 de la Ley N° 7319, en la cual, se dispone el deber de todo funcionario público de colaborar de manera preferente con la Defensoría en el proceso de investigación y en el desempeño de sus funciones.

En respuesta a dicha gestión se recibió el oficio **MJP-537-07-11** fechado el 19 de julio de 2011, en el cual el señor Ministro únicamente remite al oficio supracitado (MJP-420-06-11), sin dar respuesta puntual a los aspectos consultados.

2.- Mediante el oficio **DM-00394-11** fechado el 14 de junio de 2011, la Ministra de Comercio Exterior, Licda. Anabel González, indicó lo siguiente:

"(...)

En primer término es importante aclarar que la autoridad encargada de definir la política pública del país en materia de propiedad intelectual es el Ministerio de Justicia, mientras que la competencia del Ministerio de Comercio Exterior en esta materia se limita a verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el país a nivel internacional en diversas áreas relacionadas con el comercio, incluyendo la tutela y protección de los derechos de propiedad intelectual. En este sentido, este Ministerio no asumió ninguna posición respecto de la notificación de reservas ni la emisión del Decreto Ejecutivo N° 36014, sino que su intervención se limitó a verificar que estas acciones se realizaran dentro del marco permitido por los compromisos internacionales asumidos por el país en diversos instrumentos.

Los acuerdos internacionales suscritos por Costa Rica en materia de propiedad intelectual no

definen los mecanismos específicos mediante los cuales se deben ejercer los derechos de autor y derechos conexos, y además, prevén un marco de flexibilidad que se otorga a los países al implementar internamente sus compromisos. En este sentido, las reservas hechas por el Gobierno de Costa Rica al Tratado de la OMPI sobre interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) y a la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convenio de Roma), se enmarcan dentro de las potestades permitidas al país para establecer ciertas excepciones y limitaciones a los derechos conexos, por lo que las mismas no constituyen una violación a ningún compromiso internacional.

Estas flexibilidades se encuentran expresamente permitidas dentro de los propios Tratados en cuestión y han sido resguardadas en negociaciones comerciales realizadas por el país. Por ejemplo, el artículo 15.7, párrafo 3 (b) del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos dispone que la aplicación de los derechos exclusivos reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas a la radiodifusión tradicional gratuita por el aire no interactiva y las excepciones o limitaciones a esos derechos para dicha radiodifusión, será materia de legislación interna. Adicionalmente, muchos países (incluido los Estados Unidos) han realizado reservas similares e incluso más amplias a los Tratados citados. Cabe aclarar, no obstante, que estas reservas no implican la eliminación de los derechos conferidos a los artistas, intérpretes o ejecutantes ni de los productores de fonogramas, sino que únicamente establecen limitaciones específicas respecto de ciertos usos particulares de sus interpretaciones o fonogramas.

Dado que la definición de la política pública en materia de propiedad intelectual trasciende las competencias de este Ministerio, no resulta procedente hacer una valoración sobre el beneficio, ganancia o interés público que medió para gestionar las reservas y el decreto citados, acciones que como se indicó no fueron realizadas por instancia de este Ministerio.

Finalmente, en cuanto a los comentarios hechos por el Viceministro de Cultura y Juventud respecto al Decreto Ejecutivo N° 36014-MP-COMEX-J, éstos se refieren al alcance y legalidad del mismo y no a la consistencia del mismo con los compromisos comerciales internacionales del país. Por lo anterior, no corresponde a este Ministerio referirse a dichas apreciaciones”.

3.- Con el oficio **DJO-DM-50-2011** fechado el 16 de junio de 2011, el Lic. René Castro Salazar, entonces Ministro de Relaciones Exteriores, indicó lo siguiente:

(...)

En relación con las preguntas planteadas en su oficio, debo manifestar, que una vez revisado el expediente administrativo abierto al efecto en la Oficina de Tratados Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, se concluye que la participación de este Ministerio en el asunto que nos ocupa, consistió en remitir oficialmente las notificaciones de las reservas presentadas por el Gobierno de Costa Rica, a la Convención Internacional para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma) y al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre la Interpretación o Ejecución de Fonogramas (WPPT).

En este orden de ideas, la participación de este Ministerio se fundamentó tanto en el artículo 140, inciso 12 de la Constitución Política de la República, como en el artículo primero de la Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto que, en lo conducente, establece: El Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, en virtud de las disposiciones constitucionales y legales respectivas, tiene por función colaborar con el Presidente de la República, bajo la dirección del Ministro nombrado al efecto, en la formulación sistematizada

de la política exterior del país, en la orientación de sus relaciones internacionales y en la salvaguardia de la soberanía nacional. Es el medio por el cual el Estado realiza todas sus gestiones ante Gobiernos e Instituciones Extranjeras."

El Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto es el medio institucional por el cual el Estado costarricense realiza todas sus gestiones ante Gobiernos e Instituciones extranjeras. Las notificaciones que realizó el Gobierno de Costa Rica y que se citaron anteriormente fueron presentadas ante la Secretaría General de las Naciones Unidas y ante la Organización Mundial de Propiedad Intelectual.

Concretamente, como respuesta a las preguntas planteadas en el oficio número 06381-2011-DHR, manifiesto lo siguiente:

1- El Decreto Ejecutivo 36014-MP-COMEX-J fue suscrito por El Presidente de la República y los Ministros de la Presidencia, Comercio Exterior y Justicia y Gracia, sin contar con la participación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. En cuanto a la participación técnica, que se dice, tuvo el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en el asunto que nos ocupa, ésta fue inexistente, el contenido de las reservas fue preparado por el Ministerio de Justicia que es el ente rector en materia de Propiedad intelectual. Acompaña a esta respuesta, el decreto ejecutivo citado.

2- La tramitación de reservas a los convenios internacionales que nos ocupa, está prevista en ellos mismos, además de lo que dice al respecto la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados":

"Reservas

Artículo 19 Formulación de reservas

Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, a menos:

- a) que la reserva esté prohibida por el tratado;*
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o*
- c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado."*

Mediante oficio DGPE-OAT/012-10, de fecha 3 de febrero del año 2010, la Directora General a.i. de Política Exterior, señora Linyi Baidal Sequeira, le comunica al Ministro de Justicia, señor Hernando París, lo siguiente: Sobre el particular, esta Dirección desea informar que de conformidad con el oficio DMJ1891-08-2009, se procedió a realizar el depósito de las notificaciones en cuestión, según el artículo 16, párrafo 1 (a) (ii) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma) y el artículo 15 párrafo 3 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (WPPT), respectivamente". Una copia de este oficio acompaña la presente respuesta.

Los artículos de estas convenciones, citados en el oficio, son los que dan fundamento, dentro de las propias convenciones internacionales, para realizar las notificaciones planteadas por el Gobierno de Costa Rica al respecto.

La actuación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, tramitando las notificaciones, se

dio siguiendo la iniciativa del Ministerio de Justicia, órgano rector en la materia, y a solicitud de la Ministra de ese entonces señora Viviana Martín, expuesta en el oficio DMJ-1891-082009 de fecha 4 de agosto de 2009, que le dirige al Canciller de ese entonces, señor Bruno Stagno Ugarte, oficio en el que se dice: "Estas dos declaraciones que realiza Costa Rica son producto de un largo período de reflexión y negociación con los diferentes actores atinentes al tema." Una copia de este oficio acompaña la presente respuesta.

Como se ha manifestado anteriormente, la participación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en este tema, se limitó a tramitar las notificaciones correspondientes, no intervino en la propuesta técnica ni en la negociación con los diferentes actores vinculados a este tema. Tampoco participó en la elaboración del Decreto número 36014-MP-COMEX-J.

3- Las valoraciones a las que se refiere la pregunta 3, son competencia del Ministerio de Justicia, que fue el ente que llevó la iniciativa de la gestión que nos ocupa.

4 El órgano rector en materia de propiedad intelectual y quien realizó el estudio técnico y la negociación correspondiente, fue el Ministerio de Justicia, como queda expuesto en el oficio DMJ-189108-2009.

5- El ente rector en materia de Propiedad Intelectual en nuestro país, es el Ministerio de Justicia y Paz".

4.- Mediante el oficio **DMP-568-2011** fechado el 6 de julio de 2011, el Lic. Carlos Ricardo Benavides, Ministro de la Presidencia, indicó lo siguiente:

"(...)

Dado que las interrogantes de la 1 a la 4 que se plantean están relacionadas con las reservas presentadas por Costa Rica al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, así como a la Convención Internacional sobre la protección de los Artistas intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (sic), la competencia en razón de la materia, no corresponde al Ministerio de la Presidencia. No obstante, por principios que rigen el Derecho Internacional Público, a los países les asiste la potestad soberana para establecer excepciones y limitaciones como las que se realizaron. Es conteste este Despacho, con la posición que ha mantenido el Ministerio de Comercio Exterior, en el sentido de que no constituye una violación a ningún compromiso internacional.

En el punto 5 se me pregunta, sobre mi apreciación a lo indicado por el Viceministro de Cultura. Al respecto le comunico que es una posición respetable, así como cualquier criterio u opinión que emita un jerarca institucional en cualquier tema que se le consulte.

Por último he de manifestarle, que con el propósito de buscar una solución integral a las denuncias presentadas por AIE y ACAM, sobre los decretos 36014-MP-COMEX-J y el 35536-MP, relativos al tema de la industria musical en Costa Rica, se conformó en Consejo de Gobierno, una Comisión integrada por los Ministros de Justicia y Paz, Cultura y Juventud y el de Turismo, coordinada por el Ministro de la Presidencia, con el propósito de que analicen, y/o propongan una solución a la situación presentada.

Al asumir las funciones de Ministro de la Presidencia y en seguimiento a los temas que se han venido tratando en el Despacho, en el período de transición, se están retomando las acciones pertinentes para que en forma conjunta los Ministerios involucrados, presentemos la

propuesta de solución de la materia que regulan los decretos citados. Conocida la propuesta por el Consejo de Gobierno se le estará informando lo que corresponda”.

5.- Con el oficio N° **13900-2011-DHR** fechado el 18 de noviembre de 2011, se le informó al señor Luis Enrique Ortiz Vaglio, Presidente de la Cámara Nacional de Radio, que la Defensoría se encuentra en la etapa final de análisis del caso, por lo que se le instó a presentar los argumentos que considerara relevantes dentro de un plazo de cinco días hábiles.

El señor Ortiz Vaglio formaliza la posición de CANARA en la presente investigación mediante nota fechada el 7 de diciembre de los corrientes, en la cual se adjunta el criterio elaborado por el Lic. Rigoberto Urbina Vargas. El criterio señala en lo que interesa:

- En el Capítulo Quince del Tratado de Libre Comercio suscrito y ratificado por Costa Rica y por las demás naciones de Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de Norteamérica, nuestro país adquirió importantes compromisos en materia de Derechos de Propiedad Intelectual, que impusieron la necesidad de revisar y adecuar nuestra legislación vigente en esa materia a las obligaciones asumidas en el Tratado. Como parte del cumplimiento de aquellos compromisos, se aprobó la Ley N° 8686 de 21 de noviembre de 2008 que reformó, adicionó y derogó una importante cantidad de normas, que hasta ese día regulaban en nuestro país la Propiedad Intelectual.

- Las reformas tuvieron el propósito de equiparar normativa y legalmente, los derechos de los autores y compositores de las obras intelectuales, con los derechos conexos de algunos de los sujetos que en forma derivada intervienen en los procesos de comunicación de esas obras al público (artistas, intérpretes o ejecutantes, y productores de fonogramas), según se indica expresamente en el artículo 15.5. 3 del indicado Tratado de Libre Comercio, suprimiéndose con ello la relación de jerarquía hasta ese momento aceptada entre esos dos tipos de derechos e igualándose la esfera de protección legal para ambos.

- Costa Rica en el TLC se comprometió a establecer en su legislación los alcances, límites y excepciones a aquellos derechos, de conformidad o a través de sus legislaciones internas - artículo 15.7.3 subpárrafo (b)-, a partir del cual cada Estado conservó intactas sus facultades para aplicar los derechos previstos en los artículos 15.5; 15.6 y 15.7 tanto del Tratado Comercial, como de los Convenios y Tratados Internacionales en materia de Propiedad Intelectual, según los alcances, posibilidades y límites de cada uno de aquellos instrumentos legales supranacionales. Lo anterior, conforme con la normativa internacional que rige en esa materia, de conformidad con la cual cada sociedad debe adecuar la normativa a su realidad interna y a los distintos intereses públicos en juego.

- Nuestra legislación interna no observa ningún límite o restricción a los “Derechos de Autor” -morales o patrimoniales-; sin embargo, con respecto a la radiodifusión abierta, sí establece los alcances precisos de los derechos patrimoniales de algunos titulares de “Derechos Conexos” (productores fonográficos, artistas, intérpretes y ejecutantes). El Estado no puede, ni debe, desconocer el derecho de la población a contar con servicios de comunicaciones de acceso libre y gratuito, no sometidos al capricho empresarial sino a la legalidad.

- La radiodifusión tradicional es gratuita para los ciudadanos desde su concepción, y así debe seguir siéndolo en beneficio de todos los habitantes del país. La ley lo declaró como un “servicio privado de interés público”, lo que fue recientemente reiterado en el artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones, puesto que este tipo de radiodifusión es garantía del ejercicio pleno, entre otros, de los derechos fundamentales de expresión y discusión de ideas, así como el libre acceso a la información plural, la cultura, y el esparcimiento.

- La legislación interna no ha introducido ninguna limitación adicional al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual "conexos"; porque desde vieja data mucho antes de la reforma del 2008, nuestra ley contempla como única hipótesis bajo la cual los organismos de radiodifusión tradicionales y gratuitos deben obtener autorización previa y pagar esos Derechos Conexos, sin que esto incluya los "derechos de autor", pues aquellos se deben pagar en cualquier caso.

- Sólo cuando esa radiodifusión o comunicación no interactiva se produce en locales frecuentados por el público, lo que es lo mismo, como parte de un espectáculo público, por el que el organismo de radiodifusión obtiene un aprovechamiento económico directo del contenido de lo que transmite, ya que es producto del evento en que se ejecuta una interpretación artística o de fonogramas, deberá obtener autorización previa y pagar las cantidades que determinen las entidades de gestión de aquellos derechos.

- En nada se afecta los derechos de autor, ni los derechos de los productores, artistas, intérpretes y ejecutantes con respecto a cualquier otro medio de comunicación o telecomunicación que opere bajo suscripción; es decir, que no sea radio o televisión abiertas y gratuitas.

IV.- La Defensoría mediante el oficio N° **10522-2011-DHR** fechado el 6 de setiembre de 2011, le solicitó al Lic. Carlos Ricardo Benavides Jiménez, Ministro de la Presidencia, indicar las acciones ejecutadas por la Comisión para analizar el tema denunciado, si existe un criterio definitivo de la Comisión respecto a la situación denunciada; o bien, el plazo en que esa Comisión estaría brindando un informe final sobre los hechos expuestos por los representantes de AIE Costa Rica.

En respuesta a dicha gestión, se recibió el oficio **DMP-703-2011** fechado el 3 de octubre de 2011, con el cual el Ministro Benavides Jiménez indica que en relación con el Decreto Ejecutivo 36014-MP-COMEX-J, dicho tema se ha judicializado debido a que la Asociación de Compositores y Autores Musicales (ACAM) planteó un proceso de conocimiento contra el Estado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que tanto su Despacho en forma conjunta con otros Ministerios involucrados en la materia, se encuentran en la búsqueda de una solución como punto de equilibrio para consensuar intereses que puedan ser abordados y satisfechos oportunamente en la etapa procesal que corresponda.

V.- Como parte del proceso de investigación de la queja mediante el oficio **DH-508-11** fechado el 22 de setiembre de 2011, la Defensoría convocó a una audiencia el día 11 de octubre de 2011 a los Ministros de la Presidencia, Justicia y Paz, Cultura y Juventud, y Turismo, los cuales integran la Comisión conformada por acuerdo de Consejo de Gobierno, a fin de conocer los avances logrados por ese órgano en la atención del tema.

En dicha audiencia participaron el señor Manuel Obregón López, Ministro de Cultura y Juventud, la señora Ana Cecilia Ureña, en representación del Ministerio de la Presidencia, la señora Mariel Arce Ureña, en representación del Viceministro de Justicia, la señora Gabriela Murillo, representante del Registro Público en lo que refiere a Derechos de Autor y el señor Jorge Retana Navarro, en representación del ICT. Por parte de la Defensoría de los Habitantes participaron la señora Ofelia Taitelbaum Yoselewich, Defensora de los Habitantes y los funcionarios Patricia Villalobos Osés y Luis Alejandro Richmond Solís.

Como conclusión general de dicha reunión se pudo constatar que la Comisión no ha emitido un criterio respecto a lo solicitado por el Consejo de Gobierno, que existe falta de coordinación a lo interno de la Comisión, lo anterior pese a que el Ministerio de la Presidencia es quien la preside, que no existe un avance por parte de la Comisión y que a la fecha no se tiene una posición técnica sobre la situación que le fue encomendada.

VI.- De importancia para el presente caso se han considerado los siguientes documentos que constan en el expediente de la Defensoría de los Habitantes:

1.- Copia de correo electrónico fechado el 26 de junio de 2009, mediante el cual el señor Randall Salazar Solórzano, en ese momento Procurador destacado en el Ministerio de Justicia quien realizaba labores de asesor, le solicita al Lic. Rigoberto Urbina Vargas, Asesor Legal de CANARA aclarar algunos temas sobre la presentación de las reservas al Convenio de Roma y Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Folio 267.

2.- Copia de correo electrónico fechado el 26 de junio de 2009, con el cual el Lic. Rigoberto Urbina Vargas, le remite al señor Randall Salazar Solórzano y, con copia a la entonces Ministra de Justicia, Viviana Martín, comentarios y modificaciones a los textos relacionados con el Convenio de Roma y Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Folio 275.

3.- Copia de correo electrónico fechado el 21 de julio de 2009, con el cual el Lic. Rigoberto Urbina Vargas, a solicitud de la Junta Directiva de CANARA, le solicita información a la entonces Ministra de Justicia, señora Viviana Martín, respecto a la presentación de las reservas ante la ONU y la OMPI. Folio 292.

4.- Copia de correo electrónico fechado el 16 de julio de 2009, mediante el cual el señor Salazar Solórzano le remite al Lic. Urbina Vargas, Asesor Legal de CANARA, para su comentario o aprobación los documentos referentes a las reservas. Folio 291.

5.- Copia de correo electrónico fechado el 16 de julio de 2009, mediante el cual el Lic. Urbina Vargas, le remite al señor Salazar Solórzano varias modificaciones a los documentos que le fueran enviados para su revisión. Folio 291.

6.- Copia de correo electrónico fechado el 16 de julio de 2009, mediante el cual la señora Amparo Pacheco, en ese entonces Ministra a.i. de COMEX, le solicita a la señora Viviana Martín, entonces Ministra de Justicia, la presentación de las reservas a la OMPI y la modificación al Reglamento a la Ley de Derechos de Autor. Folio 301.

7.- Correo electrónico fechado el 17 de julio de 2009, con el cual el señor Randall Salazar Solórzano, le remite a las señoras Amparo Pacheco y Vivian Martín los documentos borradores relacionados con la presentación de las reservas al Convenio de Roma y Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Agrega el señor Salazar que dichos documentos cuentan con la aprobación preliminar del Lic. Rigoberto Urbina. Folio 301.

8.- Correo electrónico fechado el 20 de julio de 2009, mediante el cual la señora Amparo Pacheco hace varias observaciones respecto al contenido y propuesta realizada por el señor Randall Salazar Solórzano, en relación a la presentación de las reservas. Folio 306.

9.- Correo electrónico fechado el 22 de julio de 2009, con el cual el señor Randall Salazar Solórzano, le informa a la señora Viviana Martín, que difiere de las apreciaciones realizadas por la señora Amparo Pacheco; no obstante, indica que procederá a trabajar en una propuesta que satisfaga tanto a COMEX como a CANARA. Folio 306.

10.- Correo electrónico fechado el 3 de agosto de 2009, con el cual el señor Randall Salazar Solórzano, le remite a la señora Viviana Martín los textos finales de las declaraciones y el borrador de nota dirigida al Canciller Bruno Stagno, con el fin de remitirlas oficialmente ante la Secretaría de Naciones Unidas y ante el Director General de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Folio 309.

11.- Oficio DMJ-1891-08-2009 fechado el 4 de agosto de 2009, suscrito por la entonces Ministra de Justicia señora Viviana Martín, mediante el cual se le solicita al entonces Canciller de la República, señor Bruno Stagno, remitir de manera oficial las dos reservas que el Gobierno de Costa Rica plantea a la Convención Internacional para la Protección de los Artistas o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma) y al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre la Interpretación o Ejecución de Fonogramas (WPPT).

Que la señora Viviana Martín indica en su oficio lo siguiente: ***"Estas dos declaraciones que realiza Costa Rica son producto de un largo período de reflexión y negociación con los diferentes actores atinentes al tema"***. Folio 217.

12.- Nota fechada el 27 de octubre de 2009, suscrita por el señor Denis Solera Mata, Director General de AIE Costa Rica, en la cual le hacen ver al Ministro de Justicia, señor Hernando París Rodríguez la necesidad de realizar una reunión debido a la situación presentada con la presentación de las reservas al Convenio de Roma y Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Folio 331.

13.- Nota dirigida al entonces Presidente de la República, señor Oscar Arias Sánchez, suscrita por representante de la Sociedad Mexicana de Productores de Fonogramas de fecha 28 de octubre de 2009, en la cual manifiestan su malestar por la presentación de las reservas realizadas por Costa Rica al Convenio de Roma y Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Folios 165-166.

14.- Nota dirigida al entonces Presidente de la República, señor Oscar Arias Sánchez, suscrita por representante de la Sociedad de Gestión de Productores Fonográficos de Paraguay de fecha 29 de octubre de 2009, en donde manifiestan su preocupación por la presentación de las reservas realizadas por Costa Rica al Convenio de Roma y Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Folios 163-164.

15.- Nota dirigida al entonces Presidente de la República, señor Oscar Arias Sánchez, suscrita por representantes de ACAM Costa Rica, AIE Costa Rica y Fonotica de fecha 4 de noviembre de 2009, en donde manifiestan su malestar por la presentación de las reservas realizadas por Costa Rica al Convenio de Roma y Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Folios 151-153.

16.- Nota dirigida al entonces Presidente de la República, señor Oscar Arias Sánchez, suscrita por el Presidente de la Organización que gestiona los Derechos de los Artistas de Portugal de fecha 17 de noviembre de 2009, en donde manifiestan su preocupación por la presentación de las reservas realizadas por Costa Rica al Convenio de Roma y Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Folios 335-336.

17.- Nota dirigida al entonces Presidente de la República, señor Oscar Arias Sánchez, suscrita por representantes de la Sociedad Uruguaya de Artistas Intérpretes de fecha 17 de noviembre de 2009, en donde manifiestan su preocupación por la presentación de las reservas realizadas por Costa Rica al Convenio de Roma y Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Folios 141-142.

18.- Nota dirigida al entonces Presidente de la República, señor Oscar Arias Sánchez, suscrita por representante de la Sociedad Colectiva de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes y los productores de fonogramas de Colombia de fecha 17 de noviembre de 2009, en donde manifiestan su preocupación por la presentación de las reservas realizadas por Costa Rica al Convenio de Roma y Tratado de la OMPI. Folios 145-147.

19.- Nota dirigida al entonces Presidente de la República, señor Oscar Arias Sánchez, suscrita por representante de AIE Paraguay de fecha 17 de noviembre de 2009, en donde manifiestan su preocupación por la presentación de las reservas realizadas por Costa Rica al Convenio de Roma y Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Folios 149-150.

20.- Nota dirigida al entonces Presidente de la República, señor Oscar Arias Sánchez, suscrita por la Presidenta de la Asociación Nacional de Intérpretes S.G.C. del I.P de fecha 18 de noviembre, en donde manifiestan su preocupación por la presentación de las reservas realizadas por Costa Rica al Convenio de Roma y Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Folios 339-341.

21.- Nota dirigida al entonces Presidente de la República, señor Oscar Arias Sánchez, suscrita por representantes de ACAM Costa Rica de fecha 16 de diciembre de 2009, en la cual se reitera la preocupación por las reservas realizadas por Costa Rica al Convenio de Roma y Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas y se solicita el retiro de las mismas. Folios 343-345.

22.- Nota dirigida al Ministro de Justicia, señor Hernando París, de fecha 8 de enero de 2010 suscrita por el señor Hugo Rodríguez Coronado, representante de la Asociación Costarricense de la Industria Fonográfica y Afines, en la cual manifiesta su inconformidad por las reservas y solicita el retiro de las mismas. Folio 105-111

23.- Nota dirigida al entonces Presidente de la República, señor Oscar Arias Sánchez, suscrita por el Director Regional América Latina y el Caribe de la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI) de fecha 4 de marzo de 2010, en donde se indica que ningún sector vinculado con los derechos de autor y derechos conexos apoya las reservas formuladas por el Gobierno de Costa Rica, que no existe documento técnico que justifique la presentación de tales reservas y que las mismas constituyen una limitación a los derechos humanos y van en contra de las garantías constitucionales. Folio 87-88.

24.- Nota dirigida a la señora Anabel González, Ministra de Comercio Exterior, al señor Marcos Vargas, Ministro de la Presidencia, al señor Hernando París, Ministro de Justicia y al señor Manuel Obregón Ministro de Cultura, de fecha 22 de junio de 2010 suscrita por el Director General de ACAM Costa Rica Mario Campos Sandoval, en el cual solicitan la derogatoria del Decreto Ejecutivo N° 36014-MP-COMEX-J. Folio 388-389.

25.- Solicitud de derogatoria del Decreto 36014-MP-COMEX-J remitida a la Ministra de Comercio Exterior, señora Anabel González de fecha 28 de junio de 2010, gestionada por los representantes de ACAM, AIE-Costa Rica y FONOTICA. Folio 394-402.

26.- Nota fechada el 1 de noviembre suscrita por los miembros de la Federación Iberoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes¹, en la cual le solicitan a la señora Laura Chinchilla Miranda, Presidenta de la República, su intervención inmediata en el presente caso y la concreción de soluciones al problema planteado. Folio 766-767.

27.- Oficio DM-568-2011 fechado el 7 de abril de 2011, suscrito por el Ministro de Cultura y Juventud, señor Manuel Obregón López, en el cual se rinde el informe solicitado por el Consejo de Gobierno, se recomienda la anulación del Decreto Ejecutivo N° 36014-MP-COMEX-J y se hace referencia a las implicaciones negativas para el país en lo que refiere a la presentación de las reservas al Convenio de Roma y Tratado de la OMPI. Folio 739-740.

28.- Certificación 147-11 fechada el 4 de julio de 2011, emitida por la Secretaría del Consejo de Gobierno, en la cual se consigna que en Acta de sesión ordinaria N° 42 realizada el 22 de febrero de 2011, se dispuso crear una Comisión integrada por los Ministros de la Presidencia, Justicia y Paz, Cultura

¹ Suscriben la nota los miembros de España, Brasil, México, Chile, Ecuador, Portugal, Perú y Uruguay.

y Juventud y Turismo con el propósito de analizar la problemática relacionada con los derechos de autor, la aplicación de los Decretos Ejecutivos N° 35536-MP y N° 36014-MP-COMEX-J, siendo que para ello se les otorgó un plazo de 5 semanas. Folio 738.

29.- Oficio MJP-459-06-11 fechado el 21 de junio de 2011, suscrito por el Ministro de Justicia, señor Hernando París, mediante el cual se le informa al señor Denis Solera Mata, Director General de AIE, que la Comisión se encuentra vigente y que la misma estaría retomando el tema con la integración del nuevo Ministro de la Presidencia, señor Carlos Ricardo Benavides. Folio 744.

VII.- Que se demostraron los siguientes hechos:

1.- Que mediante la Ley N° 4727 del 5 de marzo de 1971, la Asamblea Legislativa aprueba la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convenio de Roma).

2.- Que mediante la Ley N° 7967 del 22 de diciembre de 1999, la Asamblea Legislativa aprueba el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

3.- La Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, también conocida como "Convención de Roma" establece en el artículo 12 lo siguiente:

Quando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración. El subrayado no es del original.

4.- La Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, conocida como "Convención de Roma" establece en el artículo 16, párrafo 1 (a) (ii) lo siguiente:

"Una vez que un Estado llegue a ser Parte en la presente Convención, aceptará todas las obligaciones y disfrutará de todas las ventajas previstas en la misma. Sin embargo, un Estado podrá indicar en cualquier momento, depositando en poder del Secretario General de las Naciones Unidas una notificación a este efecto:

a) En relación con el artículo 12:

(...)

(ii) Que no aplicará las disposiciones de dicho artículo con respecto a determinadas utilidades ...".

5.- El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) establece en el artículo 15 párrafo 1 lo siguiente:

"Derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público:

1.- Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales ...". El subrayado no es del original.

6.- El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) establece en el artículo 15 párrafo 3 lo siguiente:

"(...)

Toda Parte Contratante podrá, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI, declarar que aplicará las disposiciones del párrafo 1) únicamente respecto de ciertas utilidades o que limitará su aplicación de alguna otra manera o que no aplicará ninguna de estas disposiciones...".

7.- La señora Viviana Martín, entonces Ministra de Justicia, con el oficio DMJ-1891-08-2099, solicitó al entonces Ministro de Relaciones Exteriores, señor Bruno Stagno, la presentación respectiva de las reservas a la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión y al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

8.- En lo referente a la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, la declaración realizada por Costa Rica indica que el país **no aplicará las disposiciones del artículo 12 de la Convención a la radiodifusión tradicional gratuita por el aire no interactiva, ni a los actos de radiodifusión y comunicación al público sin fines comerciales, de conformidad con la legislación costarricense.**

9.- En lo referente al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), la declaración indica que Costa Rica **sólo aplicará las disposiciones del artículo 15 párrafo 1 del Tratado, en relación con los actos de radiodifusión y comunicación al público con fines comerciales, de conformidad con lo establecido en la legislación costarricense, y que no se aplicará dichas disposiciones a la radiodifusión tradicional gratuita por el aire no interactiva.**

10.- La señora Viviana Martín, ex-ministra de Justicia, considera que ambas reservas son producto de un largo período de reflexión y negociación con los diferentes actores atinentes en el tema.

11.- La elaboración, discusión, análisis y resultado final de ambas reservas **no fue consultado con todos los sectores interesados, particularmente no se logró determinar que el tema hubiese sido consultado a los grupos interesados de artistas, intérpretes, ejecutores y productores fonográficos.**

12.- La discusión sobre la presentación de las reservas se dio únicamente por parte del Ministerio de Justicia, el Ministerio de la Presidencia, el Ministerio de Comercio Exterior, ello en consulta con la Cámara Nacional de Radio (CANARA).

13.- Mediante el Decreto Ejecutivo N° 36014-MP-COMEX-J de fecha 17 de junio de 2010, el Poder Ejecutivo realizó algunas reformas al Reglamento a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

14.- La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ley N° 6683 no ha sido modificada y que existe actualmente en la Asamblea Legislativa el proyecto N° 17719 que pretende dicho objetivo.

15.- FONOTICA y AIE Costa Rica interpusieron una demanda contencioso administrativa en contra de la decisión de la entonces Ministra de Justicia, señora Viviana Martín, en la que solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores, la presentación de las reservas a la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de

Radiodifusión y al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT); dicha acción judicial se tramita en el expediente 10-000961-1027-CA.

16.- La Sala Constitucional tiene en estudio una acción de inconstitucionalidad interpuesta por FONOTICA y AIE Costa Rica en contra de los artículos 16.1 Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión y el 15.3 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), dicha acción se tramita en el expediente 10-004488-0007-CO.

17.- ACAM interpuso una demanda contencioso administrativa en la que solicita la declaratoria de nulidad del Decreto Ejecutivo N° 36014-MP-COMEX-J, dicha demanda se tramita en el expediente 11-001689-1027-CA.

18.- Desde el 22 de febrero de 2011 el Consejo de Gobierno conformó una Comisión integrada por los Ministros de la Presidencia, Justicia y Paz, Cultura y Juventud y de Turismo, con el propósito de analizar el tema de los derechos de autor y derechos conexos, y proponer una solución al conflicto generado.

19.- Mediante el oficio DM-568-11, suscrito por el señor Manuel Obregón López, Ministro de Cultura y Juventud, se remite un criterio individual a la Secretaría del Consejo de Gobierno, en el cual dicho Ministro considera como negativos la promulgación del Decreto Ejecutivo N° 36014-MP-COMEX-J así como la presentación de las reservas a la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión y al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

20.- La Comisión de Ministros integrada por el Consejo de Gobierno con el fin de analizar el problema generado con la presentación de las reservas y el dictado del Decreto Ejecutivo N° 36014-MP-COMEX-J, a la fecha no ha emitido el criterio solicitado y no se observan avances importantes en su gestión tendente a resolver la problemática generada.

Con fundamento en lo expuesto la Defensoría de los Habitantes realiza las siguientes consideraciones:

I.- Sobre la Legitimación de la Defensoría de los Habitantes

Conviene hacer una breve referencia a las competencias y facultades de intervención que ostenta la Defensoría de los Habitantes según la Ley N° 7319. Dentro del marco de control de legalidad que ejerce la Institución, debe destacarse que su función se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de los habitantes, así como velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.

Para cumplir con dicho cometido la Ley le facultó para realizar investigaciones, a petición de parte o de oficio, que conduzcan "*... al esclarecimiento de las actuaciones materiales, de los actos u omisiones de la actividad administrativa del sector público*" (artículo 12.1 de la Ley N° 7319), con la única limitación de intervenir en relación con la materia electoral –resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones-.

La función que realiza la Defensoría es de control; es decir, estrictamente tutelar, la cual se inserta dentro de las funciones de tutela administrativa respecto de todo el aparato estatal, estas potestades de control no sólo se deben entender a las que se realizan directamente a la Administración Pública, sino que también la acción fiscalizadora de la Defensoría abarca a aquellos sujetos o empresas que de algún modo participen en la explotación de concesiones, la prestación de servicios públicos o en el ejercicio de alguna función pública.

Sin embargo, ese control "*no sustituye los actos, las actuaciones materiales ni las omisiones de la actividad administrativa del sector público* (artículo 14.1 de la Ley de su creación), con lo cual, la doctrina y jurisprudencia nacional, la han calificado como una "*magistratura de influencia*", esto es, reservada al ámbito moral y ético, en tanto no ejerce funciones administrativas, al no poder sustituir a la Administración Activa ni tampoco puede ejercer las funciones disciplinarias ni la función judicial, ésta última reservada de manera exclusiva y excluyente al Poder Judicial al tenor del artículo 153 de la Carta Fundamental.

La capacidad de intervención se circunscribe a la emisión de pronunciamientos y recomendaciones dirigidos a las Instituciones y empresas públicas y gestores de servicios públicos en sus diferentes modalidades de prestación de servicios, a fin de que la actuación administrativa se ajuste a la legalidad en el tanto se puedan evidenciar posibles irregularidades en la actuación administrativa acusada e investigada, sea, por apartarse del bloque de legalidad, sea por la acción o la omisión administrativa en quebranto al bloque de legalidad que deriva de los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública o por la lesión a los Derechos Fundamentales de los habitantes.

El artículo 19 inciso 2 de la Ley Nº 7319, dispone que la Defensoría no podrá conocer las quejas sobre las que se encuentre pendiente una resolución judicial, y que en tales casos deberá suspender su actuación si el interesado interpone ante los Tribunales de Justicia una demanda o un recurso respecto del mismo objeto de la queja. Sin embargo, la norma advierte que ello no impedirá que la Institución pueda realizar la investigación respectiva sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas.

En el presente caso, existen dos procesos contenciosos administrativos y una acción de inconstitucionalidad que aún se encuentran pendientes de ser resueltos por dichas instancias, en ese sentido, a partir de lo señalado por la normativa citada, la Defensoría debería suspender su actuación y esperar el resultado de las gestiones judiciales.

Empero, por la importancia que reviste el tema denunciado y por el hecho de que la misma ley faculta a la Defensoría a emitir su criterio sobre los aspectos generales del tema que se ha puesto en conocimiento, es que se ha tomado la determinación de realizar las consideraciones respectivas sobre el tema, actividad que no entra en conflicto con lo que resolverán los Tribunales de Justicia y que según la naturaleza de su pronunciamiento ello producirá cosa juzgada.

Con el fin de tener una mayor claridad sobre la delimitación de competencias entre el ámbito jurisdiccional y el pronunciamiento que realiza la Defensoría de los Habitantes, conviene indicar que en la demanda contencioso administrativa que se tramita en el expediente 10-000961-1027-CA, si bien los demandantes solicitan la nulidad de lo actuado por la entonces Ministra de Justicia, señora Viviana Martín en el oficio DMJ-1891-08-2009, el juez tomó la determinación de acoger la demanda únicamente sobre los daños y perjuicios ocasionados, más no sobre el fondo de las nulidades alegadas, ello por considerar el accionar del ministerio como un acto político. Dicha información la brindó el señor Denis Solera Mata.

En lo que refiere a la demanda contencioso administrativa en la que solicita la declaratoria de nulidad del Decreto Ejecutivo Nº 36014-MP-COMEX-J y que se tramita en el expediente 11-001689-1027-CA, el fondo del reclamo presentado se basa en el quebranto del principio de jerarquía de las normas, los límites a la potestad reglamentaria y de reserva de ley; si bien dichas argumentaciones son de

importancia para el análisis del caso, la Defensoría no desarrollará los mismos por considerarse que éstos son la base fundamental de la demanda que se encuentra en curso.

Sobre la acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 16.1 Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión y el 15.3 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) que se conoce en el expediente 10-004488-0007-CO; los vicios de inconstitucionalidad alegados por las partes no serán de conocimiento y análisis en el presente informe.

Por otra parte, el presente informe no hará referencia a los puntos de la queja que refieren al Decreto Ejecutivo N° 35536-MP ni a la presentación de los proyectos de ley N° 17574 y N° 17719; ello en el tanto, sobre el primer tema la Defensoría en el Informe Final oficio **N° 12411-2010-DHR** de fecha 4 de noviembre de 2010, recomendó a la Presidencia de la República valorar la nulidad del Decreto Ejecutivo 35536-MP del 4 de setiembre del 2009, mediante el cual se derogó el artículo 4 del Decreto N° 23485-MP del 26 de julio de 1994, dicho asunto se encuentra en seguimiento. En lo que atañe a los proyectos de ley y, en particular sobre el que refiere al Expediente N° 17719, la Defensoría emitirá su criterio en el momento en que la Comisión Legislativa formalice la consulta respectiva.

II.- Sobre la protección de los Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Previo a analizar el accionar del Poder Ejecutivo respecto a las posibles violaciones ocasionadas a los Derechos Conexos alegados por varios miembros de la Asociación de Intérpretes y Ejecutantes Musicales de Costa Rica (AIE), conviene hacer referencia a los instrumentos jurídicos de carácter nacional e internacional ratificados por Costa Rica en los que el país se ha comprometido a proteger tales derechos.

Como punto inicial al desarrollo considerativo de este apartado, resulta oportuno destacar que la tutela de los derechos de autor encuentra su origen en el ámbito constitucional, particularmente en el numeral 47 que señala que: *"Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley."* De forma complementaria a dicha norma el artículo 121, inciso 18) de la Constitución Política establece que le corresponde a la Asamblea Legislativa *"Promover el progreso de las ciencias y las artes y asegurar por tiempo limitado, a los autores e inventores, la propiedad de sus respectivas obras e invenciones"*.

Además el artículo 89 de la Constitución Política destaca que *"Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico"*.

Lo anterior debe relacionarse con lo que indica el artículo 45 constitucional, mismo que establece que *"La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social"*.

Asimismo, se debe indicar que la protección de los derechos de autor y derechos conexos, de igual forma, se encuentra regulada en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos; tal es el caso del artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual indica: *"Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente"*; asimismo, ese cuerpo normativo establece en el numeral 27 inciso 2) que *"Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses"*

morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas que sea autora”.

El artículo 15 inciso c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de igual forma brinda tutela a los derechos de autor y derechos conexos al establecer lo siguiente: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de (...) Beneficiarse de la producción de los intereses morales y materiales que le corresponda por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.*

En igual sentido el artículo 14 inciso c) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, establece que los Estados partes de dicho instrumento reconocen el derecho de toda persona a *“beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.*

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 13 indica que *“Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo, derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor”.*

En lo que refiere a la protección que el país históricamente le ha brindado a los derechos de autor y derechos conexos, se han ratificado varios instrumentos específicos de protección dentro de los cuales destacan los siguientes:

- La Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, firmada en Roma el 26 de octubre de 1961 y aprobada mediante Ley Nº 4727 de 5 de marzo de 1971.

- La Convención Universal sobre Derechos de Autor, revisada en París, el 24 de julio de 1971, aprobada mediante Ley Nº 5682 de 5 de mayo de 1975.

- El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, aprobado por Ley Nº 6083 de 29 de agosto de 1977.

- El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (1996)

- El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) (1996).

A nivel del marco normativo interno, Costa Rica cuenta con la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Nº 6683, reformada por la ley Nº 7979 de 22 de diciembre de 1999 y la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, Nº 8039 de 12 de octubre del 2000, en la cual se establecen reglas generales y principios de protección de los derechos de autor y derechos conexos.

Como resultado de la aplicación de las normas constitucionales y del reconocimiento expreso de instrumentos internacionales de protección de los derechos de autor y derechos conexos, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido contundente al reconocer el derecho de los autores, intérpretes y ejecutantes a percibir una remuneración económica por la ejecución de sus obras. Al respecto, en el voto Nº 2006-08095, de las diez horas y doce minutos del ocho de junio del dos mil seis, se indicó lo siguiente:

"(...)

contrario a lo que afirma el recurrente el cobro por comunicación pública de obras musicales protegidas no es un tributo, sino que surge como consecuencia del ejercicio de los derechos patrimoniales, que sobre sus obras literarias y artísticas tienen los autores. Esta tutela de los derechos de autor deriva de lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución Política, según el cual: "Todo autor, inventor, productor, o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley."; en relación con lo dispuesto en el artículo 121 inciso 18) constitucional, según el cual es atribución de la Asamblea Legislativa "Promover el progreso de las ciencias y las artes y asegurar por tiempo limitado, a los autores e inventores, la propiedad de sus respectivas obras e invenciones."

(...)

De la amplia normativa en materia de derechos de autor y derechos conexos se concluye que los tales son derechos que forman parte de la denominada "propiedad intelectual" cuyo objeto es la protección de las creaciones del ingenio humano, lo que incluye las obras musicales; a través entre otros del ejercicio del derecho patrimonial para cobrar las utilidades por el uso de sus obras en público, lo que no tiene nexo alguna con la materia impositiva, y se descarta la naturaleza tributaria a que hace referencia el recurrente. En consecuencia se procede a declarar sin lugar el recurso en cuanto a tal extremo". El subrayado no es del original. En igual sentido se puede consultar la sentencia Nº 2007-07309 de las once horas y veintiuno minutos del veinticinco de mayo del dos mil siete.

Por otra parte, la Sala Constitucional en el voto Nº 2009-00826 de las doce horas y doce minutos del veintitrés de enero del dos mil nueve, reconoce la protección que brinda el marco constitucional en lo que refiere a los derechos de autor y, en particular, hace una referencia expresa al ámbito de tutela que la Constitución Política y el ordenamiento ordinario le otorgan a los derechos conexos; en ese sentido, la sentencia destaca lo siguiente:

"(...)

En la resolución 2000-09993 de las 14:52 horas del 8 de noviembre de 2000, este Tribunal realiza un breve análisis del contenido del derecho de propiedad intelectual en el que explica como la disposición del artículo 47 de la Constitución, que reconoce a todo autor, inventor, productor o comerciante el goce temporal de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con acuerdo a la ley, se desarrolla en la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, número 6683, de 25 de noviembre de 1982. En ella se tutela "cualquier tipo de expresión personal perceptible en cualquiera de sus manifestaciones (literatura, música, artes plásticas, danza, invenciones científicas o tecnológicas, marcas y nombres comerciales), cuando se trate de una obra resultado de la actividad espiritual, que tenga individualidad, sea completa y unitaria, y por último que sea original o novedosa." "La configuración jurídica de este derecho comprende tanto la vertiente moral "el autor, inventor, productor o comerciante tiene el derecho de presentarse "erga omnes" como el autor intelectual de la obra, invención, marca o nombre comercial, y a la tutela y defensa de la obra como entidad propia; con lo cual se constituye en un derecho de carácter personalismo, lo que hace que sea inalienable (lo excluye del comercio de los hombres), irrenunciable, intransmisible, perpetuo y absoluto"; como la patrimonial, que se refiere a la explotación, disposición y disfrute económico de obra a que tiene derecho el titular. "La publicación, reproducción, transformación, adaptación, refundición, traducción y grabación constituyen actos que tienden a materializar este derecho, y por el cual el autor tiene derecho a percibir un beneficio económico."

Derivados de los derechos de autor, se encuentran los derechos conexos, que son los que ejercen los productores de fonogramas y a los artistas, intérpretes y ejecutantes. En otras palabras, el derecho de autor lo constituyen los derechos de los creadores intelectuales y los derechos conexos son derechos derivados a partir de esas creaciones de los autores, en este caso, musicales. El subrayado no es del original.

III.- Sobre la presentación de reservas a la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión y al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

Tal y como ha quedado demostrado en la presente investigación, el país desde hace varios años integró a su ordenamiento jurídico las regulaciones de protección establecidas en la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión "Convención de Roma" mediante la Ley Nº 4727 y en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, mediante la Ley Nº 7967.

En lo que interesa para el presente caso, se debe destacar que ambos instrumentos internacionales de protección de los derechos de autor y derechos conexos incorporan normas de carácter similar en lo que refiere al reconocimiento de una remuneración económica equitativa en favor de los artistas, intérpretes, ejecutantes o productores de fonogramas.

Al respecto, la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, conocida como "Convención de Roma" establece en el artículo 12 lo siguiente:

"Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración. El subrayado no es del original.

De igual forma el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) establece en el artículo 15 párrafo 1 lo siguiente:

"Derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público:

1.- Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales ...". El subrayado no es del original.

En ambos instrumentos internacionales quedó establecida la posibilidad para que los Estados suscriptores, pudieran realizar declaraciones o reservas respecto a ciertas regulaciones, dicha posibilidad quedó plasmada en el artículo 16, párrafo 1 (a) (ii) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión y en el artículo 15 párrafo 3 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

La situación denunciada ante la Defensoría de los Habitantes por parte de los miembros de la Asociación de Intérpretes y Ejecutantes Musicales de Costa Rica (AIE Costa Rica), se origina con ocasión de la gestión realizada por la entonces Ministra de Justicia, señora Viviana Martín en el oficio DMJ-1891-08-2009 de fecha 4 de agosto de 2009, en el cual le solicita al entonces Ministro de Relaciones Exteriores, señor Bruno Stagno la presentación oficial de las reservas a ambos instrumentos internacionales, ello bajo el argumento de que las mismas son **"producto de un largo período de reflexión y negociación con los diferentes actores atinentes al tema"**.

En cuanto al señalamiento realizado por la ex-ministra de Justicia en el oficio DMJ-1891-08-2009, esta Defensoría luego de revisar en detalle los documentos que constan en el expediente aportado por dicho ministerio, considera que tal afirmación carece de fundamento y no se apega a la realidad que demuestran los documentos probatorios.

De acuerdo con la información aportada, se ha podido constatar que la discusión, el análisis y el acuerdo final respecto a la presentación de las reservas, no fue debatido por los sectores interesados y que serían afectados por dicho accionar. En el proceso de elaboración de las reservas únicamente participaron funcionarios del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Comercio Exterior, con una participación activa por parte del señor Rigoberto Urbina Vargas, quien se desempeña como Asesor Legal de la Cámara Nacional de Radio.

Sin embargo, de la información que consta en el expediente no se logró constatar que en representación del Gobierno de la República, el Ministerio de Justicia o de Comercio Exterior, consultaran a los intérpretes, ejecutantes o productores de fonogramas en lo que refiere a la presentación de las reservas a los instrumentos internacionales; tómesese en consideración que estos sectores fueron los directamente lesionados con el actuar estatal, con lo cual, la consulta a los mismos debió ser obligatoria.

Resulta evidente que esta participación se obvió; por lo que el argumento que utilizó la ex-ministra de Justicia, señora Viviana Martín en el oficio que dirigió a la Cancillería, no podría sustentarse y ante ello el accionar del Poder Ejecutivo a criterio de este órgano defensor, deviene en violatorio de los derechos de los intérpretes, ejecutantes así como de las empresas productoras de fonogramas a quienes los instrumentos internacionales buscan su protección.

La Defensoría considera importante hacer una mención aparte respecto a la participación activa que tuvo en la discusión y elaboración de las reservas la asesoría legal de CANARA, tal y como quedó reseñado en el punto VI del presente informe. Esto tomando en cuenta que se generaron una serie de correos electrónicos entre el señor Randall Salazar Solórzano, en ese momento Procurador destacado en el Ministerio de Justicia y el Lic. Rigoberto Urbina Vargas, en donde además de solicitar la asesoría correspondiente en el tema, en algún momento se le solicitó su aprobación, lo anterior se evidencia en el correo electrónico fechado el 16 de junio de 2009, mediante el cual el señor Salazar Solórzano le remite al Lic. Urbina Vargas para su comentario o aprobación los documentos referentes a las reservas, lo anterior consta a folio 291.

Para la Defensoría de los Habitantes resulta contraproducente la participación que se le dio a la asesoría legal de CANARA en el proceso que se discute; si bien en la etapa de elaboración de toma de decisiones el Ejecutivo puede contar con la intervención de las partes interesadas y dar audiencia a éstas, dicho accionar no puede sustituir las facultades públicas que le competen a los funcionarios públicos encargados de dictaminar y resolver una situación particular.

En el presente caso y, según la documentación que consta en el expediente, la participación del Asesor Legal de CANARA fue más allá de ser un simple consultor o interesado quien podía incorporar elementos técnicos de discusión al proceso. En criterio de la Defensoría su intervención también incluyó aspectos de elaboración de anteproyectos e inclusive, aprobaciones de documentos, ello en lo que refiere

a la redacción definitiva de las reservas; este trato no se le dio de igual manera a las otras partes interesadas, razón por lo que se podría determinar que existió un desequilibrio en el procedimiento.

En cuanto al fondo de las reservas y la motivación del Poder Ejecutivo para su presentación, la Defensoría de los Habitantes le solicitó a los Ministerios involucrados indicar los beneficios, ganancias o interés público que mediaron para que se gestionaran las reservas, en igual sentido, se solicitó explicar las valoraciones técnicas de fondo que motivaron la tramitación de las mismas.

Ninguno de los ministerios consultados respondió tales aspectos, situación que hace dudar a la Defensoría sobre los motivos reales que justificaron la presentación de las reservas así como el criterio técnico que medió en el presente caso para tomar tal decisión. Llama especialmente la atención los informes presentados por el Ministro de Justicia, señor Hernando París, quien se limitó a enviar copia del expediente administrativo y no se refirió al fondo de los temas consultados, ello a pesar de que el ministerio que representa es el que tiene la competencia y el que, en su momento, solicitó la presentación oficial de las reservas ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Por otra parte, el Ministerio de Comercio Exterior se limitó a indicar que es el Ministerio de Justicia la autoridad encargada de definir la política en materia de propiedad intelectual y que la presentación de las reservas se enmarca dentro de la potestad soberana del Estado para establecer ciertas limitaciones o excepciones a los derechos conexos; sin embargo, el informe de COMEX en ningún momento justifica por el fondo la decisión que motivó la presentación de las reservas; lo anterior, a pesar de que en el proceso de elaboración de las mismas, dicho ministerio tuvo una participación activa en su desarrollo, ello queda evidenciado en los correos electrónicos recibidos y enviados por la señora Amparo Pacheco y que se señalan en el punto VI del presente informe.

Si bien es cierto el argumento genérico que formula COMEX, en el sentido de que la presentación de las reservas se enmarca dentro de las potestades de imperio que goza el Estado y que tanto el Convenio de Roma como el Tratado de la OMPI brindan dicha posibilidad; lo cierto es que a lo largo de la investigación no se logró determinar la motivación respecto a los intereses a tutelar por parte del Estado costarricense en el presente caso; el hecho de que los tratados brinden la posibilidad de realizar ciertas reservas, ello no puede justificar que a nivel del marco normativo interno, se originen actuaciones administrativas tendentes a desconocer y lesionar el ámbito de protección constitucional que gozan los derechos conexos, tal y como quedó indicado en el apartado II del presente informe, que refiere a las normas que brindan protección a los derechos conexos, la tutela de estos derechos tiene raigambre constitucional, por lo que su garantía no sólo proviene del ámbito internacional.

Por otra parte, la falta de un proceso de consulta amplia que involucrara a todas las partes interesadas en la toma de decisiones respecto a la presentación de las reservas, evidencia que en el presente caso el accionar estatal no se ajustó al parámetro constitucional incorporado en el artículo 9 de la Constitución Política, el cual refiere a que Costa Rica es una democracia participativa.²

² OJ-111-08, Procuraduría General de la República: *“Tradicionalmente la democracia costarricense había sido considerada como representativa, ya que si bien es cierto la soberanía reside en la Nación por disposición del artículo 2 de la Constitución Política, su voluntad se expresa a través de las leyes elaboradas por sus representantes, en el tanto el pueblo, a través del sufragio, delega en el cuerpo parlamentario el ejercicio de esa potestad legislativa (artículo 105 de la Constitución Política). No obstante lo anterior, el proceso de democratización en Costa Rica ha ido consolidándose a lo largo de los años y recientemente ha estado acompañado de la creación de mecanismos de participación de democracia directa, como una forma de dotar a los ciudadanos de mayores posibilidades de involucrarse en la toma de decisiones políticas, más allá de las que otorga la democracia representativa. Con estos mecanismos se pretende evolucionar de la democracia representativa tradicional hacia sistemas con mayor grado de participación ciudadana en las políticas públicas, a través de medios más abiertos, eficaces y de mayor relevancia para la sociedad. Fue a partir de la reforma constitucional*

Para la Defensoría de los Habitantes el conflicto originario se focaliza en la falta de acuerdo entre las empresas de radiodifusión y los intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas en establecer una suma de dinero que compense los derechos patrimoniales que se derivan de la gestión de los derechos conexos que reconocen los instrumentos internacionales y la normativa interna del país.

La falta de acuerdo respecto al pago de tales derechos entre las partes, en gran medida fue la causa por la que el Poder Ejecutivo intervino en el caso, y que condujo de forma equivocada, según criterio de esta Defensoría, a optar por establecer reservas a instrumentos internacionales de protección de derechos conexos en lo referente al reconocimiento de una remuneración equitativa, haciendo exclusiones al reconocimiento del pago por tales derechos.

En el caso de la Convención de Roma dicha restricción se estableció para la radiodifusión tradicional gratuita³ por el aire no interactiva y a los actos de radiodifusión y comunicación al público sin fines comerciales y, en el caso del Tratado de la OMPI, Costa Rica declaró que sólo aplicaría dicha disposición en relación con los actos de radiodifusión y comunicación al público con fines comerciales y no se aplicaría las disposiciones a la radiodifusión tradicional gratuita por el aire no interactiva; es decir, en dichas declaraciones se excluye el reconocimiento patrimonial de los derechos conexos prácticamente a la totalidad de transmisiones radiales y empresas de radiodifusión⁴ que en la actualidad existen en el país, por lo que en el fondo, dichas reservas conllevan un vaciamiento del derecho y la supresión del contenido esencial de ambos instrumentos internacionales de protección a los derechos conexos.⁵

La Defensoría de los Habitantes es consciente de que en el presente caso existen en juego una diversidad de derechos e intereses que deben ser ponderados al momento de resolver el conflicto, en primer lugar se encuentra el reconocimiento expreso que a nivel de la Constitución Política se hace respecto a la tutela de los derechos de propiedad intelectual del que se derivan los derechos de autor y derechos conexos y de éstos a su vez los derechos morales y derechos patrimoniales, siendo estos últimos los que se encuentran en conflicto.

llevada a cabo mediante Ley N° 8364 de 01 de julio de 2003, que en el artículo 9 de la Constitución Política se pasó a establecer que el Gobierno de la República, además de “representativo”, es “participativo”, porque lo ejercen “el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí”.

³ Definición de Radiodifusión Tradicional, según Decreto Ejecutivo N° 36014-MP-COMEX-J: *“Es la divulgación de sonidos, de imágenes sincronizadas con sonidos, o de la representación de estos a través de programas, mediante transmisiones no interactivas, consideradas por la Ley como un servicio de interés público, que se ofrecen y pueden ser recibidas sin pago de suscripción ni de ninguna otra ventaja económica, de forma que la generalidad de las personas pueda tener libre acceso a esas emisiones en forma gratuita en el momento y en lugar que ellas elijan”.*

⁴ Definición de Organismo de Radiodifusión Tradicional, según Decreto Ejecutivo N° 36014-MP-COMEX-J *“Es el organismo de radiodifusión que brindan servicios de radiodifusión tradicional sonora o televisiva; cuya programación puede ser recibida por el público en general sin pago de derechos de suscripción, y que emiten sus señales en un solo sentido a varios puntos de recepción simultánea. Los organismos de radiodifusión tradicional no pueden obtener lucro mediante suscripción, o ventaja económica por la emisión y recepción del contenido de su programación, sin perjuicio de que por su naturaleza, o por el servicio que brindan, también difundan publicidad”.*

⁵ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados: artículo 19. Formulación de reservas. *“Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva este prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.*

En segundo lugar, la Defensoría reconoce que el problema puede dar pie para que la resolución del diferendo pueda ser visto desde la afectación al desarrollo de las comunicaciones y el rol que desempeñan los medios de comunicación en el fortalecimiento del sistema democrático y, particularmente, en el papel fundamental que juegan los medios de radiodifusión en el ámbito cultural, educativo, social y de promoción de las libertades de expresión y pensamiento que exige todo Estado Democrático de Derecho.

Finalmente, el tema pasa también por el ámbito comercial de las empresas de radiodifusión y el posible impacto económico que podría acarrear el pago desproporcionado correspondiente por los derechos conexos, mismo que en principio no debería comprometer el equilibrio financiero de los organismos de radiodifusión y la eventual afectación en la programación radial y estabilidad de la empresa.

El equilibrio propuesto pudo haberse logrado sin necesidad de realizar medidas extremas que en el fondo decrecen la protección de derechos fundamentales ya reconocidos desde hace varios años por la legislación nacional e internacional, así como por la jurisprudencia constitucional. En búsqueda de dicho equilibrio los instrumentos internacionales proponen una fórmula clara para la determinación del reconocimiento patrimonial de los derechos conexos; en tal sentido, tanto el Convenio de Roma como el Tratado de la OMPI definen que el utilizador, en este caso la radiodifusión, que ejecute un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma, abonará una **remuneración equitativa** y única a los artistas, intérpretes, ejecutantes o a los productores de fonogramas.

Los instrumentos internacionales establecen que no es cualquier remuneración la que se debe reconocer, sino que utiliza como parámetro para definir la justa remuneración, la equidad entre los derechos que se encuentren en discusión; en este sentido, la determinación de dicha remuneración podría considerar aspectos en los que confluyan los intereses de los gestores o propietarios de los derechos conexos, los intereses de los medios de radiodifusión y los intereses públicos, los cuales deben ser tutelados por el Poder Ejecutivo.

Lo anterior se encuentra en el supuesto de que las partes interesadas sean las que se encuentren en un determinado punto que involucre el concepto de la "remuneración equitativa"; no obstante, en caso de que esto no fuera posible la Convención de Roma faculta al Estado a intervenir en dichos conflictos, y para ello el propio artículo 12 establece que "*La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración*"; es decir, la norma faculta que sea el poder público quien intervenga y defina la remuneración equitativa; sin embargo, en el presente caso los Ministerios de Justicia y Comercio Exterior, instancias en las que se gestó la presentación de las reservas, optaron por un modelo de restricción y exclusión de derechos conexos, actuación que desencadenó el conflicto que en la actualidad se encuentra en conocimiento de la Defensoría de los Habitantes y de los propios Tribunales de Justicia en los que el Estado se encuentra demandado.

Ante esta contraposición de intereses y pugna de derechos, lo más conveniente hubiese sido que el Poder Ejecutivo convocara a las partes y sectores intervinientes a un diálogo y negociación a efecto de establecer la equitativa retribución que señalan los instrumentos internacionales, y no tomar la decisión de restringir el reconocimiento patrimonial que supone la gestión de los derechos conexos.

Dentro de la flexibilidad que brindan los instrumentos internacionales ya mencionados, el Estado costarricense contaba con un margen de acción para adoptar, modificar o readecuar su legislación en lo correspondiente a la determinación de la remuneración que dichas normas señalan en lo referente a la protección de los derechos conexos; ello claro está, sin descuidar las otras libertades e intereses públicos inherentes a los servicios de radiodifusión que también encuentran protección en la Constitución Política;

sin embargo, esta competencia no se ejerció, y más bien se dispusieron actos a nivel del derecho internacional y derecho interno que generan un desequilibrio del todo contraproducente.

En punto a la supremacía de los derechos fundamentales cuando éstos pudieran entrar en conflicto, la Sala Constitucional en el voto N° 1993-3173 indicó lo siguiente:

"(...)

Los derechos fundamentales de cada persona, deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa y necesaria para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones...".

La Ministra de COMEX argumenta en su informe, que muchos países han realizado reservas similares e incluso más amplias; dicho criterio pretende minimizar el impacto que han generado las declaraciones realizadas por Costa Rica en el reconocimiento patrimonial de los derechos conexos y a su vez justificar el accionar del Gobierno de la República.

A fin de dimensionar correctamente la valoración que realiza la señora Ministra respecto a la aplicación que otros países le han dado al tema de las reservas, conviene remitirse a la información consignada en la página web⁶ de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en su versión al español, en la cual se verifica que 91 Estados han suscrito la Convención de Roma, de los cuales sólo 12 han realizado declaraciones a dicha Convención con fundamento en el artículo 16, párrafo 1 (a) (ii). En lo correspondiente a los países latinoamericanos⁷ que han reconocido la Convención de Roma, ninguno ha realizado reservas o declaraciones como las formuladas por Costa Rica en lo referente a los derechos conexos.

En el caso del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, dicho instrumento internacional ha sido suscrito por 88 Estados y únicamente 9 han formulado declaraciones o reservas según lo establecido en el artículo 15 párrafo 3. Conviene destacar que a nivel latinoamericano sólo Chile y Costa Rica han presentado reservas respecto a los derechos conexos que regula el Tratado y, en contraposición, el resto de países firmantes no han realizado reservas a dicho Tratado⁸.

En el presente caso, además de haberse evidenciado las irregularidades en el proceso de análisis y presentación de las reservas, la Defensoría es del criterio de que el Poder Ejecutivo no valoró una solución negociada al diferendo entre las partes. Ante esta alternativa el Ejecutivo pudo incursionar como un mediador en el conflicto a efecto de definir mediante parámetros objetivos; o bien, siguiendo la experiencia comparada que pudieran tener otras naciones en el tema, las remuneraciones equitativas que atendieran a los intereses de todos los actores en el proceso, dentro de los que participan los medios de radiodifusión, los intérpretes, ejecutantes y los productores de fonogramas.

Debido a las anteriores consideraciones, la Defensoría estima que en el presente caso se impone que el Gobierno de la República proceda de forma inmediata con el retiro de las reservas ante los

⁶ <http://www.wipo.int/portal/index.html.es>

⁷ Lista de países Latinoamericanos que no han realizado declaraciones o reservas a la Convención de Roma: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁸ Lista de países Latinoamericanos que no han realizado declaraciones o reservas al Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas: Argentina, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. Nota: (Bolivia, Brasil y Venezuela no han suscrito dicho Tratado).

organismos que administran dichos instrumentos, procedimiento que, para el caso específico de la Convención de Roma, se encuentra establecido en el artículo 18, el cual indica: "*Todo Estado que haya hecho una de las declaraciones previstas en los Artículos 5, párrafo 3, 6, párrafo 2, 16, párrafo 1, ó 17 podrá, mediante una nueva notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, limitar su alcance o retirarla*"; igual procedimiento se debería aplicar para el caso del Tratado de la OMPI.

Una vez concretado el retiro de las reservas, conviene que el Poder Ejecutivo convoque a una mesa de diálogo con las partes interesadas o directamente relacionadas con el tema a fin de iniciar una etapa de evaluación y determinación de criterios técnicos que definirán la remuneración equitativa correspondiente a la gestión de los derechos conexos.

IV.- Sobre las reformas introducidas por el Decreto Ejecutivo 36014-MP-COMEX-J al Reglamento a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Mediante el Decreto Ejecutivo Nº 36014-MP-COMEX-J de fecha 17 de junio de 2010, el Poder Ejecutivo realizó algunas reformas al Reglamento a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, fundamentalmente lo que pretenden es excluir a la radiodifusión nacional del pago de los derechos conexos que pudieran gestionar los intérpretes, ejecutantes y productores fonográficos.

En lo que interesa al presente caso, el decreto modifica algunos términos del anterior Decreto Ejecutivo Nº 24611-J, en esencia se modifica el inciso 37 del artículo 3, en el cual se define el término "usos honrados". Al respecto, la norma quedó de la siguiente forma:

*"Usos honrados: Son los que no interfieren, dentro de los límites que la Ley y este Reglamento establecen, con la explotación normal de la obra, ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor. **Se entiende comprendida dentro de estos usos honrados, la radiodifusión tradicional, exclusivamente con respecto a los derechos derivados o conexos, pero no así con respecto a los derechos patrimoniales de autor**".* El destacado no es del original.

Adicionalmente, el decreto agrega una nueva definición en lo que refiere al término "Radiodifusión Tradicional", mismo que impacta directamente en la aplicación de los llamados usos honrados; al respecto, en el artículo 3 se adiciona el inciso 29 bis el cual señala lo siguiente:

"Radiodifusión Tradicional: Es la divulgación de sonidos, de imágenes sincronizadas con sonidos, o de la representación de estos a través de programas, mediante transmisiones no interactivas, consideradas por la Ley como un servicio de interés público, que se ofrecen y pueden ser recibidas sin pago de suscripción ni de ninguna otra ventaja económica, de forma que la generalidad de las personas pueda tener libre acceso a esas emisiones en forma gratuita en el momento y en lugar que ellas elijan".

De acuerdo con lo anterior, se observa cómo el Poder Ejecutivo exonera del pago de derechos conexos a las empresas radiales al establecer una definición de Radiodifusión Tradicional en la que se conceptualiza dicha acción como la posibilidad de divulgar imágenes y sonidos sin el pago de suscripción ni de ninguna otra ventaja económica y en donde se vincula dicha definición a la aplicación de los usos honrados exclusivamente a los derechos conexos.

Tómese en consideración que la aplicación de los usos honrados en el anterior decreto, no se encontraba vinculada al término de "Radiodifusión Tradicional" y tampoco se aplicaba directamente a los derechos conexos; en este sentido, se debe destacar que los usos honrados se constituyen en una

excepción legal para el pago de la autorización de la comunicación o radiodifusión, las obras artísticas o literarias, determinación que sin lugar a dudas afecta y lesiona el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de la gestión de los derechos conexos.

Ahora bien, en la parte considerativa del Decreto Ejecutivo N° 36014-MP-COMEX-J, llama la atención que se justifiquen las reformas debido a que producto de modificaciones introducidas a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ley N° 6683 del 14 de octubre de 1982, mediante la Ley N° 8686 del 21 de noviembre del 2008, se han presentado dudas o confusiones en cuanto a los alcances y límites de la normativa, lo cual según el Poder Ejecutivo ha ocasionado inseguridad entre los sujetos involucrados en actividades reguladas por tales disposiciones, por lo que con el fin de evitar el surgimiento de conflictos entre las partes se modifique la normativa.

En relación con lo anterior, llama la atención la Defensoría que el decreto no explique los aspectos de inseguridad jurídica a que hace referencia, tampoco profundiza ni desarrolla, con algún grado de detalle, los problemas prácticos que en apariencia han surgido de las modificaciones legales. Para este órgano defensor, la motivación parcial o incompleta que se plasma en el decreto, plantea serios cuestionamientos en lo que refiere a la intencionalidad del Ejecutivo de realizar dichas reformas, dejando un margen muy amplio para considerar que las reformas implementadas puedan estar impregnadas de elementos de arbitrariedad administrativa que acarrearían la nulidad de lo actuado, esto por cuanto el Decreto no realiza la motivación correcta al tener que explicar por el fondo los llamados "conflictos" y la "inseguridad jurídica" en la cual se fundamenta; sumado a ello no se brindan los argumentos técnicos sustentables en los que se pueda justificar lo que el Decreto denomina como "dudas fundadas".

Sobre la falta de motivación que observa esta Defensoría en la parte considerativa del Decreto Ejecutivo, conviene indicar que el artículo 136 inciso 2 de la Ley General de la Administración Pública señala que: *"la motivación podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición del administrado, o bien a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto ...". La motivación del acto administrativo resulta fundamental para el administrado a quien le surtirán sus efectos, esto por cuanto el mismo debe garantizar las razones claras y técnicas por las cuales la administración ha determinado dicho accionar.*

El Magistrado Ernesto Jinesta Lobo, en su Libro Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I señala: *"El principio general es la obligación de motivar todos los actos administrativos, dado que, la misma dimana de la observancia y aplicación del principio de legalidad por parte de los entes y órganos públicos. Desde la perspectiva del administrado, la motivación supone una mayor protección de sus derechos, puesto que, del cumplimiento efectivo de la obligación de motivar por parte de la respectiva administración depende que conozca los antecedentes y razones que justificaron el acto administrativo para efectos de impugnación".*⁹

Si bien la potestad reglamentaria se encuentra revestida por un marco de discrecionalidad que ostenta la Administración, lo cierto es que dicho ámbito de acción está regido por criterios de legalidad que deben ser respetados en todo momento y que a falta de ellos se estaría en presencia de arbitrariedades. La Ley General de la Administración Pública en el artículo 15 indica que la discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su

⁹ E. JINESTA, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I; Pág. 389. *"La motivación del acto administrativo debe ser auténtica y satisfactoria, es decir, una explicación de las razones que llevaron a su emisión, por lo que no se trata de un mero escrúpulo formalista que pueda ser cumplido con la fabricación "ad hoc" de los motivos. La motivación debe ser concomitante con el acto administrativo, excepcionalmente, se admite la motivación previa si surge de informes y dictámenes que sean expresamente invocados como sustento y comunicados".*

ejercicio sea eficiente y razonable; adicionalmente, se agrega que el Juez ejercerá control de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional y sobre la observancia de sus límites.

Por otra parte, el decreto se justifica al señalar que la radiodifusión tradicional según la definición contenida en el CAFTA y en el párrafo segundo del artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones, es un "servicio de interés público", y que por tanto el Estado debe garantizar a la totalidad de la población el libre acceso a la información, la cultura y el esparcimiento.

En cuanto a este punto, resulta importante destacar que el artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones en ningún momento establece o regula el concepto de "radiodifusión tradicional", dicho numeral hace referencia únicamente a los servicios de radiodifusión y televisión, pero además, la norma en cuestión indica que el aprovechamiento de la radiodifusión sonora y televisiva, por sus aspectos informativos, culturales y recreativos, constituye una "actividad privada de interés público" y no un "servicio de interés público" tal y como lo considera el decreto.

Al respecto, para que una actividad pueda ser considerada como un servicio de interés público se requiere que el mismo sea declarado por la Asamblea Legislativa, ello debido a la importancia que implica dicha actividad para el desarrollo del país, tal exigencia se encuentra establecida en el artículo 3 inciso a) de la Ley Reguladora de los Servicios Públicos, Ley Nº 7593, situación que en criterio de esta Defensoría no ocurre en el caso de la radiodifusión, ya que como se adelantó la Ley General de Telecomunicaciones define dicha actividad como "privada de interés público", generándose por parte del Estado la obligación de regulación, pero sin considerarlo como un servicio público.

Por otra parte, el decreto en cuestión, en su parte considerativa indica que según el artículo 15.7.3 subpárrafo (b) del Capítulo XV del CAFTA, previó reservar al fuero de la legislación y demás normativa interna de cada Estado la determinación de los alcances, límites, procedimientos y excepciones aplicables a las disposiciones acordadas en materia de derechos conexos, lo anterior con respecto a los organismos dedicados a la radiodifusión tradicional.

La aplicación de dicho numeral surge a partir de lo consignado en el Artículo 15.5.10 subpárrafo (a) del CAFTA, el cual faculta a los Estados parte a establecer las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos a ciertos casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra, interpretación o ejecución, o fonograma, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho, para el caso en concreto se incluye dicha posibilidad para las obligaciones contenidas en materia de derechos conexos contenidos en el artículo 15.7.

Pese a lo anterior, el Poder Ejecutivo no valoró en la parte considerativa del decreto, que el propio CAFTA restringió las posibilidades de que un Estado parte del Tratado pueda incluir limitaciones o exclusiones al reconocimiento de los derechos conexos en lo referente a los medios de radiodifusión tradicional, esto por cuanto el artículo 15.7.3 subpárrafo (c), advierte que cada parte podrá adoptar limitaciones al derecho conexo **siempre y cuando dicha limitación no perjudique el derecho del artista, intérprete o ejecutante o productor de fonogramas de obtener una remuneración equitativa.**

En este sentido, resulta evidente que a partir de la presentación de las reservas a la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión y al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), las cuales restringen el reconocimiento de la remuneración a que hacen referencia dichos instrumentos de protección internacional y con la promulgación del Decreto Ejecutivo Nº 36014-MP-COMEX-J, dicha obligación fue transgredida, lesionándose con ello los derechos patrimoniales de los intérpretes, ejecutantes y productores de

fonogramas al excluirseles la posibilidad de reclamar la remuneración correspondiente ante los medios de radiodifusión.

Finalmente, en cuanto al resto de la motivación que alega el decreto, la misma se basa en las actuaciones previas realizadas por el Gobierno en lo relacionado con la presentación de las reservas al Convenio de Roma y el Tratado de la OMPI; al respecto, sobre esta parte la Defensoría no realizará mayores valoraciones, esto por cuanto las mismas quedaron debidamente señaladas en el punto III de las consideraciones del presente informe.

Únicamente conviene indicar que el decreto señala que ninguna de las reservas hechas por el país a los distintos instrumentos internacionales, afectan, limitan, excluyen o disminuyen la protección que la ley costarricense le reconoce y concede a los autores y compositores, ni afecta la esfera moral o patrimonial de los derechos de autor; si bien esta valoración podría ser en alguna medida correcta, lo cierto es que el decreto es omiso al señalar que en cuanto a los derechos conexos tanto las reservas como el decreto ejecutivo, sí implican una restricción o limitación al reconocimiento patrimonial de tales derechos.

Finalmente, debido a los alcances del decreto comentado, para la entrada en vigencia de dicha normativa el Poder Ejecutivo debió proceder con la audiencia respectiva a las entidades representativas de los Derechos de Autor y Derechos Conexos, dentro de los que se puede mencionar AIE Costa Rica; dicho trámite se encuentra establecido en el artículo 361 inciso 2 de la Ley General de la Administración Pública, el cual otorga dicha posibilidad a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo para aquellos casos o disposiciones de las que se puedan derivar alguna afectación.

Sobre este respecto, la Procuraduría General de la República (C-142-2010) ha destacado que según la propia jurisprudencia de la Sala Primera el requisito de la audiencia no se constituye en un trámite meramente formal, sino que el mismo es un aspecto esencial, cuyo incumplimiento vicia la norma en un grado de nulidad absoluta.

Siempre sobre este mismo tema, la Sala Primera de Corte Suprema de Justicia en sentencia de las catorce horas veinte minutos del 22 de enero de 1992 señaló lo siguiente:

"La Ley General de la Administración Pública ideó un procedimiento especial para la elaboración de disposiciones de carácter general, que son actos administrativos de alcance normativo. En la especialidad que adoptó el legislador, está la respuesta a las interrogantes que plantea el subjúdice, en cuanto al valor que dentro de ese proceso especial tiene el trámite de audiencia. Una simple lectura del articulado que regula ese procedimiento especial descubre que éste se ideó con el objeto, precisamente, de consagrar el trámite de audiencia, en algunos casos, a entidades del propio conglomerado estatal (Artículo 361, párrafo 1), en otros, a entidades -no hace distinción entre públicas y privadas- representativas de intereses de carácter general o corporativo, afectadas por la disposición (Artículo 361, párrafo 2). De ahí resulta indiscutible el valor y trascendencia de la audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, siendo esta una formalidad sustancial, insoslayable, a no ser por la concurrencia de los supuestos de excepción que la misma norma dispone. Esta obligación, en el indicado procedimiento especial, constituye el desarrollo legislativo de normas que, con carácter de principio general, informan el procedimiento administrativo. Los artículos 217, 218 y 220, en relación con el 239 y siguientes, de la Ley General de la Administración Pública disponen sobre la necesaria intervención del administrado en el procedimiento. No existiendo en la adopción de actos reglamentarios, sujetos individualizados a quienes se les pueda considerar interesados directos, el legislador dispuso que en tales casos el traslado, la audiencia, debía hacerse a entidades representativas de intereses corporativos o generales.

(...)

No cabe duda que conferir la audiencia es una formalidad sustancial, porque de tal actuación puede surgir una modificación del acto final. Precisamente, la audiencia tiene por objeto brindar la oportunidad a la entidad de influir en la voluntad de la Administración, antes que ésta actúe conforme con sus potestades reglamentarias. No cumplir con el trámite de audiencia es incurrir en falta de una formalidad sustancial, por ende, determinante de la nulidad de todo lo actuado por la Administración en relación con el dictado de la disposición reglamentaria dicha. En estos casos, la nulidad del procedimiento equivale a la nulidad del acto reglamentario, pues el procedimiento es un presupuesto formal del acto. Por el mismo motivo es posible anular el acto por violaciones que se hayan cometido, no en sus elementos en sentido estricto, pero sí en el procedimiento preparatorio”.

V.- Sobre la Comisión de Ministros.

Como parte de los aspectos revisados en la presente investigación, la Defensoría tuvo conocimiento que desde el 22 de febrero de 2011 y por disposición del Consejo de Gobierno, se conformó una Comisión por los Ministros de la Presidencia, Justicia y Paz, Cultura y Juventud y de Turismo, con el propósito de analizar el tema de los derechos de autor y derechos conexos a fin de proponer una solución al conflicto generado.

Debido a que desde el mes de febrero del año en curso se conformó la Comisión, y que no se habían constatado acciones concretas de los Ministros que la conforman en procura de analizar el tema y proponer soluciones al conflicto, la Defensoría de los Habitantes convocó a los integrantes de dicha Comisión a una audiencia para el día 11 de octubre de 2011, con el fin de conocer los avances tenidos en el tema.

De los Jerarcas invitados, únicamente se presentó el Ministro de Cultura y Juventud, señor Manuel Obregón López y respecto a los demás ministerios se apersonaron representantes de dichas instancias. Como resultado de la reunión, la Defensoría pudo constatar que la Comisión no ha emitido un criterio en pleno y definitivo y que a la fecha existe una descoordinación a lo interno de ese órgano que hace imposible avanzar en la discusión del tema y mucho menos en la propuesta de soluciones, ello a pesar de que la coordinación recae en el propio Ministro de la Presidencia; quien además ha manifestado que pese a que el asunto se ha judicializado, ese Despacho en conjunto con los otros ministerios se encuentran en la búsqueda de una solución para consensuar los intereses en una etapa procesal correspondiente, misma que a juicio de esta Defensoría podría darse según las regulaciones establecidas en el artículo 72 y siguientes del Código Procesal Contencioso Administrativo, en donde se regula el instituto de la conciliación; no obstante, para que ello pueda darse con éxito, se considera necesario que, de previo a llegar a esta etapa procesal, el Poder Ejecutivo tenga claridad técnica sobre el tema y una decisión firme sobre los puntos de fondo cuestionados, ello con el fin de informarle formalmente a la Procuraduría General de la República la conveniencia de llegar a un acuerdo conciliatorio que ponga fin a la disputa judicial y prevenga lo que podría ser una eventual condenatoria para el Estado.

Que sobre el fondo del tema el único documento que consta en el expediente emitido por parte de uno de los integrantes de la Comisión, es el criterio emitido por el Ministro de Cultura y Juventud en el oficio DM-568-11; donde se formula una posición individual a la Secretaría del Consejo de Gobierno; en la cual esa cartera ministerial estima como lesivos a la protección de los derechos conexos la promulgación del Decreto Ejecutivo 36014-MP-COMEX-J y la presentación de las reservas a la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión y al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), por lo que solicita la rectificación correspondiente.

Este órgano defensor considera que la Comisión ha sido incapaz de resolver el asunto que le fuera encargado por el Consejo de Gobierno y, pese a que se le estableció un plazo para realizar un diagnóstico de situación y la presentación de soluciones al tema controvertido, lo cierto es que a la fecha no se han constatado medidas específicas encaminadas a atender el conflicto, por lo que dicha inacción motiva a esta Defensoría a cuestionar la labor de los integrantes de la Comisión y su intervención en el asunto que le fuera delegado.

Si la decisión del Gobierno de la República es mantener la Comisión de Ministros para la atención del presente asunto, la Defensoría considera en primera instancia necesario realizar un cambio en la integración de los miembros de dicho órgano, ello a efecto de agilizar la labor encomendada y que se obtengan los resultados para los cuales se constituyó; o bien, considerar la posibilidad de disolver la Comisión, para que el Ministerio de Justicia, encargado de definir el tema por el fondo y que a la fecha no ha asumido el rol que le compete, en conjunto con el Ministerio de Relaciones Exteriores, realicen el retiro de las reservas y, en una segunda etapa, la cartera de Justicia defina mediante una mesa de negociación con los sectores involucrados, la política pública en lo que corresponde al reconocimiento de los derechos patrimoniales que se derivan de los derechos conexos.

En razón de que a la fecha el Consejo de Gobierno no ha tomado una decisión definitiva sobre el conflicto y que la Comisión de Ministros ha incumplido con el dictamen del pronunciamiento que le fuera encargado, la Defensoría considera que el asunto debe ser de conocimiento directo de la señora Presidenta de la República, señora Laura Chinchilla Miranda, de conformidad con el artículo 140 incisos 3, 8, 10, 12, 18 y 20 de la Constitución Política y 21 de la Ley General de la Administración Pública, con el propósito de que en su condición de autoridad superior del Gobierno de la República, conozca los hallazgos del informe, las recomendaciones que se emiten y ejecute las medidas que correspondan.

Con base en lo anterior y con fundamento en el artículo 14 de la Ley N° 7319 Del 17 de noviembre de 1992 y en el artículo 32 del Decreto Ejecutivo No 22266-J,

LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA

RECOMIENDA A LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA

I.- *Girar las instrucciones correspondientes para el retiro de las reservas presentadas por Costa Rica al artículo 12 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión y al artículo 15 párrafo 1 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).*

II.- *Derogar las modificaciones efectuadas al Reglamento a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos Decreto Ejecutivo N° 24611-J, realizadas mediante el Decreto Ejecutivo N° 36014-MP-COMEX-J.*

III.- *Que una vez concretado el retiro de las reservas y la derogatoria del Decreto Ejecutivo 36014-MP-COMEX-J, el Poder Ejecutivo convoque a una mesa de diálogo con las partes interesadas o directamente relacionadas con el tema, a fin de iniciar una etapa de evaluación y determinación de criterios técnicos que definirán la remuneración equitativa correspondiente a la gestión de los derechos conexos.*

IV.- *En caso de mantener la labor delegada a la Comisión de Ministros, valorar la posibilidad de realizar un cambio en la integración de los miembros de dicho órgano; o bien, considerar la posibilidad de*

disolver la Comisión para que el Ministerio de Justicia, encargado de definir el tema por el fondo y que a la fecha no ha asumido el rol que le compete, en conjunto con el Ministerio de Relaciones Exteriores realicen el retiro de las reservas; así como la derogatoria del decreto respectivo.

La Defensoría de los Habitantes solicita respetuosamente a la Presidencia de la República la interposición de sus buenos oficios, a fin de que la situación expuesta en la presente investigación pueda ser atendida y resuelta a la mayor prontitud. Lo anterior, debido a la importancia de los intereses y derechos en juego. Asimismo, insta a todas las partes del conflicto para que mantenga un proceso de diálogo y negociación permanente, y que al mismo tiempo, se establezcan acciones concretas que procuren una solución satisfactoria para todos los involucrados.

Aunado a lo anterior, se le solicita respetuosamente informar a la Defensoría sobre las acciones y medidas que se adopten al respecto.

En relación con este informe final cabe el recurso de reconsideración que deberá ser interpuesto dentro de los ocho días hábiles posteriores a la notificación.

Este documento fue preparado por el Lic. Luis Alejandro Richmond Solís, bajo la supervisión del Lic. Guillermo Bonilla Almanza, Director de Control de Gestión Administrativa.