

El Estado
costarricense frente
a las normas y
principios legales
relativos al espectro
radioeléctrico.

Una evaluación crítica de
su papel a la luz de la
nueva legislación.

Red de Medios e
Iniciativas de
Comunicación
Alternativa.
Informe de
consultoría. 2013

Introducción

El presente trabajo responde al interés de la Red de Medios e Iniciativas de Comunicación Alternativa (Red MICA) de contar con una herramienta de análisis para valorar el estado actual de la radiodifusión y su impacto en el derecho a la comunicación en Costa Rica a partir del contexto originado por la introducción, en el año 2008 y siguientes, de diversas normas que vinieron a incidir fuertemente en el uso y manejo del espectro radioeléctrico en nuestro país.

Es necesario contar, para poder orientar acciones y esfuerzos, con una mejor comprensión de un panorama que es además complejo, puesto que el esquema imperante en nuestro país está configurado por la interacción de múltiples cuerpos normativos pero también por la confluencia de dos entidades públicas que deben interactuar, y no lo han hecho hasta ahora de forma muy armoniosa que digamos, para administrar y fiscalizar el uso del espectro radioeléctrico.

Además, la orientación que subyace en la acción del Estado no parece responder a una concepción amplia sobre el fenómeno, sino por el contrario a una perspectiva muy reducida en la que la comunicación se mira como un negocio, no como un derecho, y al espectro radioeléctrico se le conceptúa entonces más como una herramienta para el provecho económico de actores en el sector de las telecomunicaciones que como una riqueza que le pertenece en general a la Nación y podría, y debería, ser usado entonces de una forma que resulte de mayor provecho para ésta.

Por eso, hemos procurado repasar el panorama actual en el ámbito de la regulación del espectro radioeléctrico, evaluar las responsabilidades que los entes públicos que están a su cargo tienen, y proponer (aunque sea de manera primaria) algunas acciones concretas que puedan venir a traducir en resultados prácticos algunos de los hallazgos que hemos podido alcanzar.

En ese sentido, en el desarrollo de los contenidos que vamos a exponer hemos procurado entonces partir de conceptos generales y teóricos que gradualmente nos vayan llevando a aspectos cada vez más concretos del fenómeno en estudio, tanto en lo que es su aspecto teórico normativo como en lo que podemos evidenciar de la realidad con la que éste se expresa.

El primer capítulo se ocupará entonces del tema del régimen jurídico que impera sobre el espectro radioeléctrico, tratando de hacer entender que por su especial naturaleza éste bien se halla sujeto a un régimen diferenciado en cuanto a su uso y administración, un régimen que además es más estricto hasta para la misma Administración Pública, y que la obliga a desarrollar su actuación conforme a una serie de principios y procedimientos específicos.

En el capítulo segundo del trabajo nos ocupamos de ver cuáles son las entidades públicas que concretamente corren con la responsabilidad primaria de la administración y fiscalización del uso del espectro radioeléctrico, tratando de evidenciar que esas responsabilidades están definidas legalmente, de modo que no se trata de encargos que pueden ser ignorados, sino verdaderos imperativos que deben ser acatados, y cuyo incumplimiento podría dar lugar a responsabilidades de diferentes tipos.

En el capítulo tercero procuramos introducir un enfoque distinto sobre el tema de la radiodifusión y el uso del espectro radioeléctrico en nuestro país, en el que intentamos

demostrar que existen valores legales y constitucionales ya vigentes en Costa Rica que permiten sostener que la radiodifusión debe responder a otro modelo, uno que guarde coherencia con la construcción de un Estado Social de Derecho en los términos que nuestra Constitución Política postula.

Y en el cuarto y último capítulo pretendemos evaluar, desde el escrutinio de instituciones públicas mismas como son la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, o desde el aporte de investigaciones llevadas adelante por instituciones de educación o la sociedad civil, cómo los deberes legales de la Administración Pública se han venido cumpliendo (o no) en la práctica, y para ello nos ocuparemos además de echar un vistazo a mandatos concretos que esos entes han recibido y cómo han informado sobre su cumplimiento.

Para la elaboración del último capítulo hemos solicitado a la Contraloría General de la República una gran cantidad de información, y ésta nos ha suministrado muchos documentos, que por su gran cantidad no pueden agregarse como anexos al trabajo. Sin embargo, cuando ha sido necesario citar alguno de esos documentos se hace de tal forma que cualquier interesado en consultarlo tenga la información suficiente para poder localizarlos. En la versión digital de este trabajo sí se podrá ver y consultar los documentos que nos fueron suministrados en ese formato por todos los entes que en su momento fueron consultados.

Lejos de ser el fin de un camino, este trabajo pretende ser el principio. Su objetivo es ser materia prima para lo que venga en el futuro en un entorno que cambia permanentemente bajo la influencia de los más diversos factores (desde los políticos hasta los tecnológicos), y por eso cerramos esta introducción invitando a ver este aporte como una humilde contribución para que el principio constitucional de democracia participativa sea ejercido verdaderamente.

Esperamos por lo menos cumplir dos objetivos para poder darnos por satisfechos con este esfuerzo: en primer lugar ayudar a una mejor comprensión sobre la regulación vigente en el campo de la administración del espectro radioeléctrico y su inherente relación con la radiodifusión sonora y televisiva; y en segundo lugar evidenciar cómo los entes públicos especialmente responsables de esa administración cumplen o incumplen con esas responsabilidades. Si conseguimos generar ese conocimiento, será además un reto tomar acciones para, a través de otras acciones concretas, incidir por diversos medios en la democratización de nuestro sistema de vida.

1. El espectro radioeléctrico y su tratamiento en la legislación costarricense.

- 1.1. El espectro radioeléctrico y su importancia en la radiodifusión.
- 1.2. El marco jurídico que regula el espectro radioeléctrico
 - a) Constitución Política
 - b) Convenios UIT
 - c) Leyes:
 - c.1 La Ley de Radio, No. 1758.
 - c.2 La Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642 del 25 de junio de 2012.
 - c.3 Leyes complementarias.
 - d) Reglamento a la LGT, Decreto Ejecutivo N° 34765-MINAET del 22 de setiembre de 2008.
- 1.3. ¿Qué implica entonces que el espectro radioeléctrico sea un bien de dominio público del Estado?

Capítulo I. El espectro radioeléctrico y su tratamiento en la legislación costarricense.

El espectro radioeléctrico es un bien natural con una extensión limitada, no es visible al ojo humano, pero es un “bien” tanto en sentido ontológico como en el sentido jurídico del término. Comúnmente, el concepto de “bien” se utiliza para aludir a algo que nos puede representar un beneficio, una utilidad. Y jurídicamente, el concepto de “bien” se utiliza para referirse a “cuanto puede constituir objeto de un patrimonio”.¹

Y si damos un paso adicional y hablamos de lo que es un “bien público” de acuerdo con Cabanellas éste es el que “se utiliza para indicar aquellos intereses que, por vitales para la colectividad o pueblo, deben ser respetados por todos.”²

Es interesante ver que en nuestro país, a pesar de que el espectro radioeléctrico ha recibido poca atención por parte de actores no relacionados con las telecomunicaciones, la Sala Constitucional, en el Voto No 3067-95 de las 15:42 hrs. del 13 de junio de 1995, llega a afirmar que se trata de una “riqueza colectiva” sobre la “*que existe una propiedad pública o demanial sobre el uso y explotación de este bien, que se afirma por la necesidad de una explotación pública de la utilidad que puede comportar el bien para la sociedad*”.

En términos técnicos, el concepto de “espectro radioeléctrico” se ha definido como

1Cabanellas De Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, 2006, Voz: “Bien”, pág. 54.

2 Ibid.

el conjunto de ondas hertzianas que se hallan dentro del espectro electromagnético, con un rango de frecuencias va desde los 3 Hz a los 300 GHz.³ Eso significa que el espectro radioeléctrico es solo una parte de un universo mayor de ondas de diferentes tipos, universo que se denomina “espectro electromagnético”.

Reglamentariamente en nuestro país se define a las ondas radioeléctricas como aquellas “cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3000 GHz, que se propagan por el espacio sin guía artificial”.⁴

¿Pero cuál es la importancia de ese bien para lo que en este trabajo nos interesa?, eso es lo que responderemos en la siguiente sección.

1.1 El espectro radioeléctrico y su importancia en la radiodifusión.

Como queda fácil concluir de lo dicho arriba, no podría haber radiodifusión de señales abiertas sin el espectro radioeléctrico. Es por ese “camino” donde circulan las ondas o señales que se emiten al radiodifundir, “camino” que además no es estático, pues a medida que avanza la tecnología se aumentan o disminuyen rangos de frecuencia utilizados en comunicaciones, y su aprovechamiento depende entonces del estado de avance tecnológico y tendencias de uso en cada momento histórico.

Para el campo de las comunicaciones, si el espectro radioeléctrico no existiera entonces no habría radiodifusión abierta de ningún tipo.

Es evidente entonces que la utilización del espectro radioeléctrico tiene múltiples implicaciones para los países. Se trata no solo del espacio en donde circulan señales de comunicación, y dentro de ellas hallamos las que permiten ordenar la vida en sociedad, como por ejemplo las bandas de emergencia y navegación; sino que también en ese ámbito es donde se desenvuelve la radiodifusión y telecomunicaciones en sus diferentes formas.

De modo entonces que el aprovechamiento del espectro radioeléctrico toca tanto el desarrollo mismo de las sociedades como una multiplicidad de actividades de comunicación, que suponen tanto las que se realizan con fines de lucro como las que se realizan sin fines de lucro, y en ellas participan actores diversos también.

Puesto que hablamos además de actividades “con fines de lucro”, es fácil adivinar que si con su uso se puede sacar provecho económico apropiable entonces la demanda sobre el espectro radioeléctrico aumenta, se vuelve un bien “valioso” también en términos económicos, puesto que como todo bien escaso su valor incrementa, y por ello habrá siempre en todos los Estados una fuerte presión para poder utilizar el espectro de acuerdo con las finalidades que a cada actor interesan.

Y, finalmente, ese bien valioso en términos económicos (especialmente en virtud de las actividades con fines de lucro que permite y permitió desarrollar) evolucionó de tal forma que con el paso del tiempo se hizo patente que no solo era el vehículo para

3 García Gago, Santiago (2010). Manual para radialistas analfatécnicos. Quito, Unesco, Recuperado de: <http://www.analfatecnicos.net/imprimir.php?id=14&campo=preguntas> , 11 de noviembre de 2013, pág. 37.

4 Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto Ejecutivo No. 34756-MINAET del 22 de setiembre de 2008, artículo 5.12.

actividades lucrativas, sino que ellas tenían un añadido que probablemente terminó cobrando más importancia.

Nos referimos al “negocio de la comunicación”, es decir la difusión de información que nació como actividad empresarial específicamente orientada a ese fin pero con el ánimo de obtener ganancias para una persona o un grupo de personas (inversionistas), negocio que pronto develó otra faceta que tal vez inicialmente no estaba contemplada: la información da poder. Por ello, con el paso del tiempo resultó que poder difundir información no solo producía ingresos económicos, sino que era al mismo tiempo poder para formar opinión, y con ello la ambición por ocupar el mayor espacio en la utilización del espectro radioeléctrico ya no tenía solamente una motivación económica, sino también política en muchos casos.

Los años recientes nos demuestran cómo día con día el poder de los medios de comunicación va creciendo en múltiples formas, y ese poder no es solo económico. En palabras de Umberto Eco, “...en nuestro tiempo, si dictadura ha de haber, será una dictadura mediática y no política. Hace casi cincuenta años que se viene diciendo que en el mundo contemporáneo, salvo algunos remotos países del Tercer Mundo, para dar un golpe de Estado ha dejado de ser necesario formar los tanques, basta con ocupar las estaciones radiotelevisivas (el último en no haberse enterado es Bush, líder tercermundista que ha llegado por error a gobernar un país con un alto grado de desarrollo). Ahora el teorema ha quedado demostrado.”⁵

Una muestra en el ámbito nacional del peso que puede tener lo que venimos apuntando es la que expresado en números ha publicado el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) cuando se habla sobre los montos que los medios de comunicación de señal abierta, sea la radio y la televisión, captaron de ingresos en la más reciente campaña presidencial, en el ciclo electoral 2006-2010. De acuerdo con el TSE en mensajes político electorales la radio percibió una suma aprobada por ese Tribunal de ₡1.193.566.468,00 (mil ciento noventa y tres millones quinientos sesenta y seis mil cuatrocientos sesenta y ocho colones) y la televisión ₡3.230.066.944 (tres mil doscientos treinta millones sesenta y seis mil novecientos cuarenta y cuatro colones).⁶

Las cifras que arriba se mencionan nos dicen varias cosas que desde ya debemos entonces tener presente: para algunos la radiodifusión no solo es un negocio muy rentable, sino que además para que ese negocio persista es conveniente que determinados partidos políticos (clientes importantísimos, como se ve) sigan con buena salud y gocen de buenas finanzas, por lo cual no está de más no perjudicar la fuerza de esos partidos con información que pueda afectarles. Y correlativamente, desde los partidos políticos lo mejor es tener buena relación (y aprovechar el poder que se tiene para fortalecerla) con los principales medios de radio y televisión, no solo para obtener buenos precios cuando se ocupen sus servicios, sino también para que esos medios tengan una actitud “benevolente” frente a ellos y formen una opinión pública favorable. En suma, tenemos entonces los

5 Eco, Umberto. Los ojos del Duce, Diario El País, España, 24 de enero de 2004, Sección de Opinión.

6 Datos elaborados por el Departamento de Financiamiento de Partidos Políticos del Tribunal Supremo de Elecciones, citados por la Contraloría General de la República en el Informe DFOE-IFR-IF-6-2012, de 30 de julio de 2012, pág. 41.

ingredientes justos para un matrimonio de conveniencia que puede traer funestas consecuencias para el sistema democrático como un todo.

1.2 El marco jurídico que regula el espectro radioeléctrico.

Siendo el espectro radioeléctrico un bien tan importante, su uso ha tenido que venir a regularse por parte del Estado, y también por parte de la comunidad internacional misma, puesto que las comunicaciones en el presente se desarrollan en el contexto de la globalización planetaria, y eso exige que haya también una fijación de “reglas de juego” entre los Estados mismos que componen la comunidad internacional.

La naturaleza de las normas varían, pero es absolutamente común que los Estados declaren al espectro radioeléctrico como un bien que pertenece a la nación, al Estado, o al pueblo, según el caso, y generalmente se verá que esa declaratoria se haya incluso establecida en la propia constitución política de cada país, cosa significativa puesto que la Constitución Política es la norma suprema de cada régimen jurídico nacional.

Pero además se hace necesario regular diferentes aspectos y en diferentes niveles (local o internacional, como antes dijimos) ese bien, y es por ello que será posible hallar normas que a lo interno del Estado desarrollan diferentes disposiciones, pero también normas de rango internacional que vienen a definir el comportamiento que los Estados se comprometen a observar entre sí.

a) La Constitución Política.

La Constitución Política es la norma suprema de todo ordenamiento jurídico nacional, y por ende en ella hallaremos las reglas y principios que fundan el sistema como tal. En la Constitución Política se regula entonces lo esencial, lo que importa más para el Estado y la Nación misma.

Precisamente, la Constitución señala algunos bienes o recursos que serán considerados como pertenecientes a la Nación, bienes que en el lenguaje jurídico se suelen denominar como “bienes de dominio público”, o “bienes demaniales”, y otras denominaciones que tienen un significado similar y más adelante iremos mencionando.

Bástenos por ahora indicar que una definición inicial de lo que son “bienes demaniales” o “bienes de dominio público” podemos establecerla, valiéndonos de lo que al respecto ha señalado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como “...*el conjunto de bienes sujeto a un régimen jurídico especial y distinto al que rige el dominio privado, que además de pertenecer o estar bajo la administración de personas jurídicas públicas, están afectadas o destinados a fines de utilidad pública y que se manifiesta en el uso directo o indirecto que toda persona pueda hacer de ellos...*”.⁷

Los bienes de dominio público pueden ser afectados a ese dominio, a ese uso especial y diferenciado, tanto de forma genérica por disposición de una ley⁸ como por

7 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 3145-96 de las 9:27 hrs. del 28 de junio de 1996.

8 Por ejemplo cuando la Ley General de Caminos en su artículo 2 dice que “son propiedad del Estado todos los terrenos ocupados por carreteras y caminos públicos existentes o que se construyan en el futuro. Las municipalidades tienen la propiedad de las calles de su

afectación específica y concreta de un bien particular⁹. En todos los casos eso sí esa afectación debe estar fundada en una ley emitida por el Poder Legislativo, puesto que así lo ordena la Constitución. Serán además bienes demaniales los que estén destinados de forma permanente a un uso público.

En el caso de nuestro país, la Constitución Política establece en su artículo 121 inciso 14) que es una atribución del Poder Legislativo “decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación” pero de seguido dispone también que no podrán salir “definitivamente” del dominio del Estado “los servicios inalámbricos”, que “*sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.*”

Ciertamente la Constitución Política de nuestro país no habla de forma expresa del “espectro radioeléctrico”, pero debemos recordar que esta Carta Magna fue aprobada en el año de 1949, en un momento muy distinto al que ahora vivimos, y donde los conocimientos científicos y tecnológicos ofrecían una terminología de otra naturaleza. No obstante eso, en Costa Rica no ha habido ningún problema para entender e interpretar que de acuerdo con la norma que venimos comentando el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público.

Tal interpretación es pacíficamente aceptada y nunca hemos visto que alguien la discuta. Al contrario, es recurrente observar que quienes intervienen de cualquier forma en el uso del espectro (y hablamos acá de un abanico de sujetos que van desde la Sala Constitucional y otros tribunales, pasando por entes públicos como la Procuraduría General de la República, la Contraloría General de la República y los otros poderes del Estado, hasta sujetos privados como pueden ser los propios radiodifusores y cámaras que los agrupan) reconocen unánimemente que esa disposición constitucional es el fundamento jurídico que hace del espectro radioeléctrico un bien de la Nación.

De igual forma, como un derivado pero al mismo tiempo un complemento, otras normas de rango inferior decretadas con posterioridad¹⁰ declaran que el espectro radioeléctrico es un bien demanial, y por eso es que afirmamos que actualmente en nuestro país el punto no es objeto de ninguna discusión.

Lo dicho hasta aquí tiene varias consecuencias. La primera de ellas es que es el Estado Costarricense el que tiene entonces el control sobre las ondas radioeléctricas que ocupan su espacio nacional, tanto de las que se originen en este espacio como las que lo tengan como destino. En última instancia, el Estado costarricense controla (o debería controlar) todas las “señales si las ondas radioeléctricas portadoras de esa señal discurren

jurisdicción” con lo cual se establece un principio general que excluye cualquier discusión acerca de si un camino es o no bien de dominio público, tanto así que incluso se dispone que serán incluso de dominio público hasta los que “se construyan en el futuro”.

9 Por ejemplo que se dicte una ley para decretar que un espacio determinado en una localidad se declara como bien de dominio y uso público para determinados fines.

10 Normas que serán vistas a lo largo de este capítulo, pero solo para citar desde ya alguna, podemos señalar que el artículo 7 de la Ley General de Telecomunicaciones de forma expresa declara que “el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público”.

por su espacio”¹¹ y es por eso que, por ejemplo, hasta los servicios de televisión por cable acaban en algunos casos siendo susceptibles de regulación cuando se trata del espectro radioeléctrico, puesto que ellos también, aunque de una forma un tanto más limitada, son usuarios de ese recurso.

Otra consecuencia muy significativa de la disposición constitucional que consagra al espectro radioeléctrico como un bien demanial es que éste no puede ser utilizado si no es por un acto expreso de concesión o alguna otra figura, y en el caso de los particulares ni siquiera otros principios tutelados igualmente a nivel constitucional serían suficientes para justificar una apropiación no autorizada, como sería por ejemplo los de libertad de empresa (art. 46 de la Constitución Política) o el de autonomía de la voluntad (art. 28 de la Constitución Política). Ninguno de ellos, a pesar de ser también constitucionales, pueden imponerse sobre la naturaleza demanial que ostenta el espectro radioeléctrico, y así lo ha declarado reiteradamente la Sala Constitucional en votos como el No. 3067-95 de las 15:42 hrs. de 13 de junio de 1995 y el No. 6053-2002 de 14:38 hrs. de 19 de junio del 2002, solo por citar algunos.

Aún más: a criterio de la Procuraduría General de la República, los bienes demaniales de los que habla el inciso 14) del artículo 121 constitucional son objeto de “*una protección más aguda... en virtud de que se les considera estratégicos para la vida del Estado y las finalidades a que tiende.*”¹²

Claramente, y como de igual forma se irá exponiendo a lo largo de este trabajo, el espectro radioeléctrico es un bien que cobra cada vez más importancia estratégica para el desarrollo del país y la calidad de vida de sus ciudadanos, pero también para la construcción de la democracia que como Nación nos hemos propuesto de acuerdo con los valores de la Constitución Política y las normas básicas de organización de la sociedad.

b) Convenios UIT.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones nace en el año de 1973, cuando mediante la suscripción de lo que se dio en llamar el “Convenio de Torremolinos” fue establecida con el propósito de contar con un ente supranacional que pudiera coadyuvar en la regulación de las telecomunicaciones a nivel global. La UIT es un organismo de las Naciones Unidas que actualmente declara como su principal área de trabajo “las tecnologías de la información y la comunicación”.¹³

En Costa Rica el Convenio de Torremolinos fue aprobado mediante Ley No. 6347 del 3 de setiembre de 1979, de modo que desde ese momento nuestro país entra a formar parte de la UIT.

En ese convenio, con relación al espectro radioeléctrico se dice que debe utilizarse de manera “racional”, y los Estados miembros se comprometen, entre otras cosas, a que “*procurarán limitar de frecuencias y el espectro utilizado al mínimo indispensable*

11 Procuraduría General de la República, Dictamen 226-2001 del 16 de agosto de 2001.

12 Procuraduría General de la República, Dictamen C-207-99, del 15 de octubre de 1999.

13 Así se puede ver en el sitio web oficial de esa entidad,

<http://www.itu.int/es/about/Pages/default.aspx> (fecha de consulta: 22 de noviembre de 2013).

para asegurar el funcionamiento satisfactorio de los servicios necesarios” (art. 33).

Posteriormente, el 22 de diciembre de 1992 se estableció de manera formal la estructura de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), cuya base jurídica está conformada por dos documentos posteriores al Convenio de Torremolinos, a saber: la Constitución, y el Convenio. En el año de 1994, ambos documentos fueron enmendados por un instrumento adicional convenido en la ciudad de Kioto, Japón.

En Costa Rica, desde el 14 de junio de 2002 rige la Ley No. 8100, que aprueba la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (emitido en Ginebra el 22 de diciembre de 1992) y el instrumento de enmienda a la Constitución y al Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Kioto, 1994).

En la Constitución de la UIT se insiste también en que los Estados deben hacer un uso racional del espectro radioeléctrico, y el artículo 44.1 señala que los miembros procurarán *"limitar las frecuencias y el espectro utilizado al mínimo indispensable para obtener el funcionamiento satisfactorio de los servicios necesarios"*.

Desde luego que toda la normativa de la UIT reconoce a los Estados (es decir a cada Estado) como el administrador soberano del espectro radioeléctrico en su territorio¹⁴, encomendándole por ello la misión de hacer una administración responsable y acorde con los objetivos de cooperación internacional que procura la Unión.

En resumen, al formar Costa Rica parte de la Unión Internacional de Telecomunicaciones la administración del espectro radioeléctrico queda también sujeta a los parámetros técnicos que esa entidad emite, y en general a un uso “racional” del recurso, en donde se le utilice mínimamente y de la forma más provechosa que los desarrollos tecnológicos vayan permitiendo conforme a su evolución.

c) Leyes: la Ley de Radio, la Ley General de Telecomunicaciones, y leyes complementarias.

Diversas leyes en nuestro país tienen que ver de un modo u otro con el espectro radioeléctrico, pero en este trabajo, en vista de los fines específicos que nos orientan, nos ocuparemos principalmente de las que asientan los elementos fundamentales de la radiodifusión en el país. Debe decirse que de cualquier manera, también los principios generales de la administración y uso del espectro se encuentran regulados en una de las leyes que hoy son fundamentales en el esquema presente, como es la Ley General de Telecomunicaciones, así que al ocuparnos de ella vamos entonces a hacerlo igualmente de ese aspecto tan importante.

Para esta parte de nuestro trabajo nos vamos a atener primeramente al orden cronológico en que las leyes fueron dictadas, puesto que como se verá son las leyes más recientes las que finalmente cobraron preponderancia en lo que toca a la administración y uso del espectro radioeléctrico, aunque eso no quita que la vetusta Ley de Radio todavía tenga algunas normas que siguen generando un impacto muy importante en la radiodifusión nacional (ya sea por lo que dicen o por lo que no dicen).

¹⁴ Así por ejemplo, en su artículo 1 la Constitución reconoce "en toda su plenitud el derecho soberano de cada Estado a reglamentar sus telecomunicaciones".

c.1) La Ley de Radio, No. 1758.

Esta Ley fue emitida el 19 de junio de 1954, y en ese momento venía a regular el estado de la radiodifusión que en ese entonces presentaba nuestro país: una radiodifusión de radio en frecuencia de amplitud modulada y un país en el que no había televisión. La ley contemplaba eso sí la regulación de transmisiones en onda corta y onda larga, navegación marítima, y otros ámbitos que en esa época eran perfectamente cotidianos, pero como es fácil adivinar, ya para este momento su aplicación se limita a unas cuantas cosas.

De hecho, la Ley de Radio, que nació con 27 artículos, a la fecha solamente tiene 14 vigentes, habiendo sido derogados 13 por diferentes leyes, especialmente la Ley General de Telecomunicaciones, dictada en el año 2008.

Sin embargo, en materia de la regulación del uso del espectro radioeléctrico para radiodifusión todavía quedan vigentes en la Ley de Radio algunas disposiciones que son relevantes.

Así, para empezar debe aludirse al artículo 7 de ese cuerpo normativo, que ordena que toda persona, para poder operar una estación de radiodifusión, deba contar con la respectiva concesión otorgada por el Estado. Esta disposición es importante, porque como luego se verá además de la figura de la concesión existen otras vías por las que el Estado puede conferir permisos o autorizaciones para el uso del espectro radioeléctrico.

En ese sentido, el hecho de que la Ley de Radio señale específicamente que es por vía de concesión que se debe recibir la autorización no solo es lo coherente con lo establecido en el artículo 121 de la Constitución, sino que además vino a significar una limitación expresa al Poder Ejecutivo para que éste no pueda utilizar otras figuras de las que establece por ejemplo la LGT para poder otorgar permisos y autorizaciones cuando se trate del otorgamiento de frecuencias para radiodifusión.

Esto que se viene diciendo parece evidente por sí mismo, pero en algún momento (concretamente el 21 de diciembre de 2010) la Administración Chinchilla Miranda, por medio del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, rector en ese momento del sector de telecomunicaciones, planteó una consulta a la Procuraduría General de la República acerca de varios aspectos relacionados con el espectro radioeléctrico, y en esa consulta se preguntaba qué pasaba con radiodifusores cuya petición de concesión no se había resuelto expresamente (estaban pendientes por muchos muchos años y nadie las resolvió), y además sugería la posibilidad de autorizarlos directamente usando alguna de las nuevas figuras que incorporó la LGT (el permiso, por ejemplo), o (peor aún) que había un consentimiento tácito de la Administración para que particulares usaran frecuencias que tenían desde hace mucho sin ningún permiso, y entonces se preguntaba si eso no configuraba un “derecho” a favor de ellos.

Sin embargo, en respuesta a esa consulta la PGR emitió el Dictamen No. 151 del 05 de julio de 2011 donde de forma expresa y contundente le hizo ver al Poder Ejecutivo que el artículo 7 de la Ley de Radio sigue estando vigente y que la única forma legítima de utilización de frecuencias de radiodifusión es a través de la respectiva concesión, no solo por disposición de ley misma, sino por tratarse del uso de un bien de dominio público.

Como en otra sección de este trabajo se verá, ese Dictamen de la Procuraduría más

bien vino a ordenarle al Poder Ejecutivo que debía sin más dilación recuperar las frecuencias que estuvieran siendo utilizadas sin concesión, y en cierto modo fue entonces el disparador de la participación de la Contraloría General de la República en este campo que luego vendría a darse, pero eso es tema para otro segmento de este trabajo. Por ahora prosigamos analizando la Ley de Radio de 1954.

Muy ligado con el artículo 7 que venimos refiriendo podemos conceptuar al artículo 25 de esa Ley, que establece además que las concesiones se entienden asignadas por plazo definido. El problema es que ese artículo (y la Ley de Radio misma) omite indicar cuál es el plazo. Pero además, esa norma dice que las concesiones “*se prorrogarán automáticamente mediante el pago de los derechos correspondientes, siempre y cuando se ajuste el funcionamiento e instalación de las estaciones a los términos de esta ley.*”

Eso causó que durante muchos años el plazo de las concesiones no solo se extendiera sin límite, sino además que estuviera fijado no por ley -como en buena teoría debería ocurrir conforme a la naturaleza de bien de dominio público que tiene el espectro radioeléctrico- sino por vía de reglamento ejecutivo, con lo cual el Poder Ejecutivo manejaba con toda libertad los plazos de las concesiones, y hasta se dio el lujo de “regalar” extensiones cada vez que lo quisiera sin que nadie objetara nada.

Extrañamente, cuando en el año 2005 un grupo de colectivos de sociedad civil cuestionó tal situación interponiendo un recurso de inconstitucionalidad¹⁵, que de hecho llegó a recibir hasta el dictamen favorable de la propia Procuraduría General de la República, para quien semejante cosa era (como parece evidente) inconstitucional por ser contrario al principio de reserva de ley que impera en este ámbito, la Sala Constitucional lo declaró sin lugar aduciendo que lo que la ley decía era que las concesiones debían tener un plazo, y que eso se estaba cumpliendo porque el Reglamento de Radiocomunicaciones, Decreto Ejecutivo No. 32168 del 22 de octubre del 2004, vigente en ese entonces sí establecía un plazo (¿?).

Y en cuanto a que las concesiones se prorrogaran con cada cambio de decreto la Sala tampoco vio problema alguno, porque (dijo) lo que decía la Ley es que los plazos eran limitados, y entonces igual había un término donde la concesión se acabaría. Claro, parece haber “perdido de vista” la Sala que lo que estaba ocurriendo era precisamente lo contrario: con las prórrogas “de plazo limitado” las concesiones nunca se llegaron a acabar, porque precisamente se le estaba extendiendo el plazo por un nuevo periodo a los radiodifusores cada vez que se reformaba el Decreto por parte del Poder Ejecutivo.

Obviamente semejantes argumentos parecen una broma, pero no lo son. Es tan extraña la resolución judicial que llega incluso a afirmar que “*la administración pública activa debe, casuísticamente, valorar, cuando se hayan producido varias prórrogas, que la suma total de los plazos no exceda uno razonable que contravenga el límite constitucional de la limitación temporal*”. ¿Cómo es eso de que la Administración Pública debe valorar en cada caso (es decir según de quién se trate) que “la suma total de plazos” (¿cuántos “plazos” se pueden dar?) cuando se hayan producido “varias prórrogas” (¿cómo podría haber “varias prórrogas” si prórroga solo podría haber una, si se hicieran “varias” entonces

15 Nos referimos a la acción cursada ante la Sala Constitucional en el expediente No. 04-009916-0007-CO, que produjo el Voto No. 2006-02997 de las 14:48 hrs. del 8 de marzo de 2006.

ya no serían prórrogas del plazo sino “prórrogas de la prórroga” cosa ilegal).

Además, ¿de dónde saca la Sala Constitucional que es la administración la que debe determinar que la “suma total de plazos” no exceda “un límite razonable”? ¿no estamos hablando de un bien de dominio público cuyo plazo de concesión debía estar clara y estrictamente fijado? ¿es que entonces se deja todo librado al criterio prudente del Poder Ejecutivo, que por sí y ante sí decidiría cuándo una cantidad de años era “razonable”?

Pero por extraño que parezca así fue como se resolvió el tema, y de un portazo la Sala Constitucional dejó terminada la discusión.

Con la entrada en vigencia en el 2008 de la Ley General de Telecomunicaciones esa discusión perdió actualidad, puesto que esta ley establece (ahora sí una ley) cuáles son los plazos de las concesiones, y esos plazos son aplicables a la radiodifusión y a otras formas de uso del espectro, como luego se verá.

Regresando a la Ley de Radio, vamos al párrafo primero del artículo 11, que dispone que “*los programas de radio y televisión deben contribuir a elevar el nivel cultural de la nación*”. Ese mismo numeral establece que las radioemisoras y televisoras comerciales están “*obligadas a ceder gratuitamente al Ministerio de Educación Pública un espacio mínimo de media hora por semana para fines de divulgación científica y cultural*”. Ese espacio de media hora debe ponerse a la orden del Tribunal Supremo de Elecciones desde que se convoca a elecciones “para dar instrucciones sobre temas cívico-culturales”.

Esa norma es interesante porque si bien es raquítica en cuanto a “fines” que debe perseguir la radiodifusión sí hay que decir que esos fines, y el hecho de que se obligue incluso (al menos en el texto de la Ley, otro tema es determinar si realmente las estaciones de radio y televisión cumplen con esa orden¹⁶) a que las estaciones deban dar un espacio al

16 De hecho, el mismo artículo dice que las estaciones deben comunicar al Ministerio de Educación y al TSE (según si se está en un periodo de convocatoria a elecciones nacionales) los horarios en que podrán disponer de su espacio, pero no hay evidencia de que eso haya ocurrido en algún momento en lo que respecta el Ministerio de Educación Pública. Con motivo de la presente investigación realizamos una consulta ante el TSE acerca del nivel de cumplimiento de esta disposición en lo que a esa entidad concierne. En comunicación telefónica sostenida el día 22 de noviembre de 2013, la Licda. Paola Porras Orellana, del Área de Planificación Estratégica y Legal del TSE, nos explicó que en términos generales las emisoras cumplen satisfactoriamente con la previsión del artículo 11 de la Ley de Radio en lo que al periodo electoral corresponde. De acuerdo con la Licda. Porras, el TSE supervisa el cumplimiento haciendo un seguimiento aleatorio de las emisoras, determinándose por ejemplo que para el mes de octubre de este año algunas sobrepasaron el límite que estaban obligadas a cumplir. En el caso de las que no cumplen con el límite de 150 minutos por mes, el procedimiento que aplica el TSE es enviarles un apercibimiento, ante el cual en algunos casos se recibe alguna justificación y en otros no necesariamente, pero de acuerdo con lo que se nos indicó en la conversación que venimos reseñando, la experiencia es que regularmente las emisoras que han quedado “debiendo” minutos lo reponen en los meses subsiguientes. Como anexo en este trabajo (Anexo 4) se incorpora el Informe de Monitoreo realizado por el Programa Electoral de Publicidad del TSE (oficio PPUB-020-2013 del 18 de noviembre de 2013) para el mes de octubre de ese año, que es justamente el primer mes del periodo electoral presente. Como se observa allí,

Ministerio de Educación y luego al TSE, reafirma que las frecuencias son bienes que pertenecen al Estado, y que deben estar al servicio de los habitantes del país en diferentes formas.

Claro está que al presente eso no es suficiente, pero como se verá las posteriores evoluciones normativas han venido a añadir importantes elementos que permiten argumentar que en nuestro país debería ya existir un uso distinto del espectro radioeléctrico en lo que se refiere a radiodifusión.

La Ley de Radio contempla también en su artículo 17 las prohibiciones, y declara como “absolutamente prohibido” lo siguiente:

- a) La trasmisión y recepción de correspondencia privada, salvo expresa autorización del autor o la divulgación del contenido o de la existencia de dicha correspondencia, en caso de llegarse a interceptar;
- b) La trasmisión o circulación de noticias falsas, señales o llamadas de alarma sin fundamento;
- c) La retransmisión de programas de radiodifusión provenientes de otras estaciones sin el consentimiento expreso de los interesados;
- ch) El uso de lenguaje vulgar o contrario a las buenas costumbres;
- d) Usar lenguaje injurioso que perjudique el honor e interés personales;
- e) Hacer funcionar una estación sin autorización legal;
- f) Traspasar o enajenar el derecho a una frecuencia sin la previa autorización del Ministerio de Ciencia Tecnología y Telecomunicaciones (*)

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 76 aparte a) de la Ley N° 8642 del 4 de junio de 2008).

() (Modificada la denominación del inciso anterior por el artículo 2° de la Ley “Traslado del Sector Telecomunicaciones del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología”, N° 9046 del 25 de junio de 2012)*

g) Cambiar el sitio de instalación de la estación trasmisora, salvo las inscritas como móviles, sin previa autorización del Ministerio de Ciencia Tecnología y Telecomunicaciones (*) ;
(Así reformado el inciso anterior por el artículo 76 aparte a) de la Ley N° 8642 del 4 de junio de 2008).

() (Modificada la denominación del inciso anterior por el artículo 2° de la Ley “Traslado del Sector Telecomunicaciones del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología”, N° 9046 del 25 de junio de*

en el muestreo realizado se aprecia por ejemplo que para ese mes una radio cumplió con los 150 minutos exactos; 7 radios y 1 canal de TV pautaron más de los 150 minutos que fija el TSE; 8 estaciones de radio y una de TV pautó más de 140 minutos pero menos de 150; 25 estaciones de radio y 6 estaciones de TV pautaron menos de 140 minutos (entre ellos curiosamente el canal estatal Canal 13); y 3 emisoras de radio y 2 canales de TV que del todo no pautaron ni siquiera un minuto.

2012)

- h) Proporcionar informes al enemigo en caso de guerra;
- i) Transmitir mensajes internacionales de carácter comercial cuando se trate de estaciones de radioaficionados;
- j) Obstaculizar por medio de osciladores o cualquier otro dispositivo, la transmisión o comunicación radiotelegráfica o telefonía de otras estaciones;
- k) No dar las letras de llamada en el tiempo y cuando deba hacerse, conforme lo ordene el Reglamento; y
- l) No acatar las disposiciones que emita el Ministerio de Ciencia Tecnología y Telecomunicaciones (*), para la instalación y reparación de las estaciones radiodifusoras.

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 76 aparte a) de la Ley N° 8642 del 4 de junio de 2008).

() (Modificada la denominación del inciso anterior por el artículo 2° de la Ley “Traslado del Sector Telecomunicaciones del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología”, N° 9046 del 25 de junio de 2012)”*

Como se ve, hay todavía muchas prohibiciones de diferente naturaleza para la radiodifusión reguladas por la Ley de Radio, pero por los propósitos que persigue este trabajo a nosotros nos interesan particularmente solo varias de ellas.

En primera instancia, nos interesa resaltar la prohibición establecida en el inciso e) donde se proscribe el uso de frecuencias sin que se cuente con la autorización de rigor (la concesión, de acuerdo con lo que antes explicamos). Pero igualmente nos interesa llamar la atención sobre el inciso f) de ese numeral, donde se prohíbe “*traspasar o enajenar el derecho a una frecuencia sin la previa autorización del Ministerio de Ciencia Tecnología y Telecomunicaciones*”.

Debe insistirse en que la prohibición de traspasar la concesión sin permiso del Estado ha existido desde que la ley se promulgó, y que con el paso del tiempo ha variado el ente que debe otorgar la autorización, eso explica el que en la actualidad el inciso f) en referencia diga que es el Ministerio de Ciencia y Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT) el que debe otorgar ese permiso.

Ahora bien, ¿se cumple realmente con esa disposición? Más adelante veremos que no, y que el hecho de que esta norma sea irrespetada no solo es señalado sin ambages por entes públicos como la Contraloría General de la República, sino también por estudios recientes que organizaciones de la sociedad civil han encarado. De momento, dejemos entonces bien anotado el que es prohibido por ley el traspasar la concesión sin permiso expreso del Estado, que actualmente lo debe otorgar a través del MICITT.

Ahora bien, como toda prohibición debe tener como correlato una sanción, pero además como toda sanción debe ser aplicada en respeto del debido proceso y del principio de legalidad, es este el momento de ver qué ocurre si alguien viola alguna de las prohibiciones anteriores. En ese sentido, vienen entonces a colación los artículos 23 y 24 de la Ley, que citaremos para luego analizarlos en conjunción.

El primero de ellos dispone que

“Cuando el hecho no constituya delito que merezca pena mayor conforme al Código Penal, la violación de cualquiera de

las prohibiciones contenidas en el artículo 16 será sancionada en la forma siguiente: por la primera infracción, con apercibimiento que hará el (*) Ministerio de Ciencia Tecnología y Telecomunicaciones (**); por la segunda y siguientes infracciones, con multa de cien a mil colones, de acuerdo con gravedad de la misma. En los casos de reincidencia, la (*) concesión se cancelará por quince días en la primera oportunidad, por un mes en la segunda y hasta por seis meses en cada una de las sucesivas infracciones; para efectos de tenerla como reincidencia, la falta debe cometerse dentro de un plazo no mayor de un año, después de la primera infracción. Cuando el hecho no constituya delito que merezca pena mayor conforme al Código Penal, la violación de cualquiera de las prohibiciones contenidas en el artículo 17 será sancionada en la forma siguiente: las prohibiciones comprendidas en los incisos a), c), ch), e), g), i), j), k), y l), serán sancionadas igual que las violaciones al artículo 16. En el caso de violación a las prohibiciones contenidas en los incisos b) y f), se impondrá de una vez la pena de multa. En el caso de violación a las prohibiciones contenidas en los incisos d) y h), se impondrá la pena de arresto de cincuenta a quinientos días, o multa de cien a mil colones. Las multas serán destinadas a los fondos escolares del distrito respectivo.

(**) (Modificada su denominación por el artículo 2° de la Ley “Traslado del Sector Telecomunicaciones del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología”, N° 9046 del 25 de junio de 2012)

Los propietarios, empresarios y directores de las empresas de radio y televisión, o quienes los representen, así como quienes usen el tiempo de esas empresas para radiodifusiones, tienen la obligación ineludible de vigilar las radiodifusiones y proceder con previsión y prudencia al hacerlas y al permitir el uso de sus medios informativos a personas ajenas a la empresa, para evitar la comisión de delitos contra el honor de las personas. Ellos serán penalmente responsables de acuerdo con las disposiciones del Código Penal por todas las informaciones y opiniones que se difundan cuando sean injuriosas o calumniosas. Sin embargo, estarán exentos de responsabilidad cuando, de acuerdo con la premura con que se da una información o las circunstancias en que ésta se produce, se revele que el empresario no conoció ni estuvo en condiciones de impedir que se produzca el hecho o expresión injuriosas, o calumniosos.”

Por su parte, el artículo 24 señala que “*serán competentes los Alcaldes de lo Penal para conocer y juzgar la violación de la prohibiciones contenidas en el artículo 17, y de sus sentencias conocerá en apelación el Juez Penal respectivo, todo conforme al Código de Procedimientos Penales.*”

¿Qué pasa con las sanciones a las prohibiciones de la Ley de Radio de acuerdo con lo anterior? Aunque parezca mentira, gracias a la reforma introducida por Ley No. 9046 el 25 de junio de 2012 la respuesta a esa interrogante es: nada.

Cualquier lector un tanto observador habrá notado la razón de esta afirmación al comenzar a leer la versión reformada del artículo 23 que arriba citamos: como es frecuente (y vergonzoso, hay que decirlo) a la hora de hacer la reforma legal los diputados

cometieron un error material, y señalaron un número de artículo equivocado al decir que se sancionaría “la violación de cualquiera de las prohibiciones contenidas en el artículo 16” porque resulta ser que el artículo 16 de la Ley de Radio fue derogado, es decir: en este momento el artículo 16 de la Ley de Radio no existe, no dice nada.

Para que las sanciones puedan ser aplicables deberían relacionarse no con el artículo “16” de la Ley de Radio, sino con el artículo 17 de ésta.

Por respeto al principio de seguridad jurídica, y conforme al principio de legalidad penal, según el cual nadie puede ser sancionado por una falta que no esté debidamente fijada por una regla legal, y aplicando además procedimientos igualmente acordes a la ley y respetuosos del debido proceso. Si las faltas sancionables con las medidas que establece el artículo 23 son las del artículo “16” entonces no hay faltas sancionables de ningún tipo.

Y puede que alguna persona pensara que al tratarse de un simple “error material” pues sencillamente lo que hay que hacer es interpretar que en realidad la ley se refiere al artículo 17, y que entonces simplemente así hay que leerla.

Pero en materia de sanciones y restricciones a los derechos fundamentales de las personas la cuestión no funciona así. Hasta un simple “error material” como ese, del que aparentemente hasta ahora nadie se ha dado cuenta, lleva a que esa parte de la ley (las sanciones) se vuelva inaplicable. Y si se creyera que eso no puede ser real tenemos que recordar lo que pasó hace algún tiempo con la Ley de Tránsito que estuvo vigente antes que la actual No. 9078 (nos referimos pues a la Ley No. 7331), donde por un error de secuencia en la numeración muchas faltas de tránsito quedaron impunes por largo tiempo, puesto que la ley así redactada era inaplicable, por mucho que los jueces supieran que todo se trataba de un error material.

De hecho, todavía ahora en el año 2013 siguen viéndose ejemplos de este tipo de situaciones, y es así como el día 1° de marzo pasado el periódico La Nación publicó una nota titulada “Choferes ebrios y picones no pierden licencia por error en ley”, y al advertir sobre el peligro de que un una reforma legal se cometa un nuevo error “de numeración” explica la situación en los siguientes términos:

“El problema es que la ley de tránsito (artículo 136 inciso a) dice que la licencia le queda suspendida a los conductores condenados en sentencia firme por los delitos tipificados en el artículo 254 bis del Código Penal.

No obstante, el artículo del Código Penal que sanciona a los picones, los borrachos y los que manejan a velocidades excesivas es el 261 bis, y eso no se corrigió en la ley de tránsito.”¹⁷

De modo entonces que el solo hecho de ese error entre señalar el artículo 16 en vez del 17 hace innecesario continuar con el análisis de qué debe hacerse para sancionar las “faltas” que deben sancionarse. Nada puede hacer el MICITT o la SUTEL para aplicar, si quisiera hacerlo, ninguna sanción. Pero del mismo modo resulta inaplicable el artículo 24

17 Periódico La Nación, “Choferes ebrios y picones no pierden licencia por error en ley”, 1° de marzo de 2013, recuperado de:

http://www.nacion.com/nacional/comunidades/Choferes-ebrios-picones-pierden-licencia_0_1326667396.html el 23 de noviembre de 2013.

porque “Alcaldes de lo Penal” a los que se refiere esa norma tampoco existen ya, de forma que igualmente en ese sentido aplican los mismos razonamientos que ya se expusieron.

Pasamos pues la página y vamos a otra norma importante de la Ley de Radio que sigue vigente: el artículo 18. Ese numeral se tornó importante porque, a pesar de sus casi risibles disposiciones, ha dado pie a que el escrutinio sobre la manera en que el espectro radioeléctrico es administrado por el ente rector del sector de telecomunicaciones (primero el MINAET y ahora el MICITT) cobre nuevamente actualidad.

El artículo 18 en referencia dice que

“A partir de la vigencia de la presente ley, deberá pagarse un impuesto anual de radiodifusión en la siguiente forma:

a) Las radiodifusoras de onda larga pagarán ajustándose a la siguiente tarifa proporcional a su potencia:

Hasta 1.000 watts, mil colones (¢ 1,000.00).

De 1.001 a 2.500 watts, mil quinientos colones (¢ 1.500.00).

De 2.501 a 5.000 watts, dos mil colones (¢ 2,000.00).

De 5.001 a 10.000 watts, dos mil quinientos colones (¢ 2,500.00).

De 10.001 watts en adelante, tres mil colones (¢ 3,000.00).

b) Las estaciones radiodifusoras de onda corta para servicio internacional pagarán por año mil quinientos colones (¢ 1,500.00); y

c) Las estaciones de fonía privadas dedicadas a actividades agrícolas o industriales pagarán cien colones (¢ 100.00) al año y las otras que sirvan a actividades comerciales pagarán quinientos colones (¢ 500.00).”

Dejando de lado el hecho de que a este momento los montos que se mencionan en esa norma como sumas a pagar por los radiodifusores nos parecen asombrosos y hasta ridículos, lo más asombroso todavía es que esos montos fueron fijados en 1954 y nunca han sido modificados. No sabemos qué razones habrá tenido el legislador para no cambiar nunca los montos, pero ese tipo de situaciones son difíciles de conciliar con el casi permanente mensaje de los diferentes gobiernos, que todo el tiempo pasan quejándose de falta de recursos y de poca recaudación de tributos.

Pero volviendo al hilo de nuestra exposición, como lo venimos diciendo, este artículo 18 y sus irrisorios montos han sido el motivo de una fuerte llamada de atención de parte de la Contraloría General de la República¹⁸ contra el ente rector del sector de telecomunicaciones (en ese momento el MINAET, porque no se había producido el traspaso de competencias al MICITT).

Uno de los reclamos de la CGR tiene que ver con el hecho de que una fuente que posiblemente podría generar importantes recursos al Estado está siendo totalmente desaprovechada, porque las sumas a pagar son ínfimas y porque además, en virtud del criterio de la Procuraduría General de la República en los dictámenes C-029-2006 del 30 de enero 2006 y C-089-2010 del 30 de abril 2010, la radiodifusión de acceso libre no está sujeta al canon de reserva del espectro radioeléctrico que establece el artículo 63 de la LGT, de modo que lo que pagan esos radiodifusores es menos que simbólico.

18 Nos referimos acá al Informe DFOE-IFR-IF-6-2012, de la CGR, del 30 de julio de 2012, ya antes mencionado también en otra parte de este capítulo.

Pero además los reclamos de la Contraloría contra el MINAET son tan graves que incluso se llega a afirmar que del estudio realizado se concluye que ese ministerio no solo no sabe ni siquiera quiénes pagan el impuesto a la radiodifusión, sino que tampoco sabe cuánto dinero recibe ni adónde se deposita, por lo que lo que se recaude del impuesto parece más bien estar yendo a la Caja Única del Estado sin que nunca el Poder Ejecutivo haya tenido la más elemental diligencia (obligada por ley, dicho sea de paso) para enmendar la situación.

Las palabras de la Contraloría son realmente desoladoras. Por ejemplo, al hablar sobre la desactualización de los montos señala que

“... un canal de televisión requerirá pagar por concepto del impuesto anual de radiodifusión (matriz y enlace) únicamente la suma de ₡620.000 anuales (lo que equivale a ₡2.480.000 por un periodo de 4 años), suma que resulta insignificante si se toma en cuenta que considerando solamente los clientes referidos a partidos políticos del ciclo electoral 2006-2010, los canales de televisión tuvieron ingresos por la suma de ₡4.100.776.960,00 (cuatro mil cien millones, setecientos setenta y seis mil novecientos sesenta colones), suma que evidentemente representa tan solo una parte de los ingresos totales recibidos por las televisoras si se toma en consideración su cartera total de clientes.”¹⁹

Y cuando se refiere al desorden y falta de control sobre la recaudación del impuesto lo hace así:

“... se comprobó que tanto el destino como los montos efectivamente recaudados resultan inciertos para ese Ministerio, debido a que la práctica común ha sido que los fondos no sean manejados directamente por éste, sino que sean depositados por los concesionarios en una cuenta que va a caja única del Estado (en ocasiones directamente en el banco y sin que necesariamente se reporten al Departamento de Control Nacional de Radio del MINAET sino hasta tiempo después), por lo que su destino es dispuesto por el Ministerio de Hacienda.”²⁰

Ante el panorama detectado, además de la llamada de atención, la Contraloría General de la República emitió recomendaciones para el MINAET que actualmente estarían bajo la responsabilidad del MICITT en el tanto falten de ser cumplidas, pero ese tema será visto en otro capítulo de este trabajo.

Hemos dicho y seguiremos diciendo en este trabajo que uno de los problemas más graves que afronta la radiodifusión en Costa Rica es el hecho de que en parte esté regida por la Ley de Radio de 1954, que en la práctica ya casi no regula nada. Y esas palabras no son solo nuestras, sino que el mismo MICITT, al elaborar su proyecto de ley para reformar el artículo 18 de esa Ley y aumentar el Impuesto a la Radiodifusión, lo expresa del siguiente modo:

“Esta ley se encuentra totalmente obsoleta a la luz de las

19 Contraloría General de la República, Informe DFOE-IFR-IF-6-2012 del 30 de julio de 2012, pág. 47.

20 Ibid., pág. 48.

nuevas tecnologías y **encierra una serie de disposiciones que atentan gravemente contra el derecho a la información y el erario público.**

... El problema surge porque dicha norma prácticamente no regula nada. Las "reglas" de juego que impone dicha norma se encuentran desactualizadas o del todo no existen.”²¹

Vale la pena acotar, ya para ir cerrando con el estudio de la Ley de Radio de 1954, que mediante oficio remitido a la Contraloría General de la República por el Viceministro de Telecomunicaciones del MICITT, Rowland Espinoza Howell, No. OF-DVT-2013-098, de fecha 9 de mayo de 2013, ese Ministerio le informa a la Contraloría General de la República que

“... se ha comenzado a trabajar en una reforma integral a la Ley de Radio (Ley N° 1758 de 19 de junio de 1954 y sus reformas), para lo cual, se ha iniciado un proceso gradual para participar a los miembros del sector (Radio y Televisión) en reuniones de trabajo donde se discutirán temas claves y puntuales, con el objeto de retroalimentar el proyecto.

... se tiene presente, los temas de la Ley de Radio que se requieren reformar con mayor urgencia, razón por la que se ha estado trabajando en reformas específicas, como por ejemplo, la referente a los artículos 18, 21 y 22 de dicha ley.”

De acuerdo con ese mismo documento, el MICITT tiene para esa tarea de reformar la Ley de Radio No. 1758 un cronograma, y *“se ha procedido a la recopilación y estudio de la legislación internacional, relativa a la materia de Radiodifusión Sonora y Televisiva de libre acceso, con el propósito de evaluar su aplicabilidad al entorno jurídico nacional y así delimitar un proyecto comprensivo y actualizado que dé respuesta a los retos del sector radiodifusión”*.

Creemos que es imperativo para quienes estamos de alguna u otra manera interesados en el fenómeno de la radiodifusión tomar conocimiento de inmediato sobre ese proyecto de ley que está elaborando el MICITT.

Desde ya no deja de llamar la atención que, siguiendo la tendencia habitual de la Administración Chinchilla Miranda, en apariencia no se haya convocado para las reuniones consultivas personas que no sean empresarios de la radiodifusión, y no se sabe tampoco cuál legislación internacional es la que se ha consultado. Por ello nos causa inquietud leer que el MICITT tiene como fin “dar respuesta a los retos del sector de la radiodifusión”, porque si se le va a dar “respuesta” incrementando el grado de concentración existente y aumentando todavía más la ausencia de pluralismo, por ejemplo, entonces estaríamos a las puertas de un grave retroceso en la construcción de la democracia que se dice buscamos como sociedad y el MICITT estaría actuando en contra de los principios que la LGT marca para la administración y uso del espectro radioeléctrico, como luego se verá.

c.2) La Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642 del 25 de junio de 2012.

21 MICITT, Proyecto de reforma al artículo 18 de la Ley de Radio No. 1758, documento contenido en el oficio DM-060-MICITT-2013, remitido por ese Ministerio a la Contraloría General de la República con fecha de 8 de febrero de 2013.

Como su nombre lo dice, esta ley tiene como objetivo principal regular todo lo relacionado con telecomunicaciones en el país, y en ese sentido cuando se utiliza la palabra “general” en su denominación se apunta realmente a contar con una norma de carácter general para muchos aspectos.

Y si bien la ley señala como su principal objetivo el regular las telecomunicaciones, paralelamente se va formando un marco de regulación sobre el uso del espectro radioeléctrico, marco del cual devienen una serie de principios y hasta responsabilidades para algunos entes particulares, responsabilidades que a su vez serán en varios casos desarrolladas o explicitadas por vía de leyes que vendrán a complementar la LGT posteriormente.

En lo que toca al espectro radioeléctrico, ya desde el artículo 2) de la Ley -en el que se hace una enumeración de objetivos más particulares, la mayoría además relacionados con las telecomunicaciones vistas desde una concepción de actividad mercantil de servicios básicamente-, aparece que uno de ellos es el de “*asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos*” (inciso g).

Ese numeral tiene diez incisos en total, es decir que enuncia diez objetivos, y de esos diez solamente uno se refiere al espectro radioeléctrico en los términos que ya citamos. Todos los demás, como lo anticipamos arriba, tienen que ver más bien con el concepto de telecomunicaciones pero desde una óptica de servicios pagados, y por ello se habla de que otro de los objetivos es la promoción de la competencia efectiva (inciso e), garantizar a los habitantes el acceso a las telecomunicaciones (inciso a), incentivar la inversión en el sector de las telecomunicaciones (inciso h), etc.

Y si devolvemos la mirada al inciso g) antes citado, que habla sobre el espectro radioeléctrico, vemos que lo allí enunciado se parece bastante a la neutra consigna emanada de la UIT en el sentido de que ese bien debe ser utilizado racionalmente. Hasta allí nada que resulte muy llamativo.

Lo dicho acerca de que la LGT maneja una concepción de las telecomunicaciones como una actividad principalmente mercantil se refuerza cuando vemos los “principios rectores” que orientan a la propia ley como un todo (artículo 3): universalidad de acceso a servicios en precio y calidad; solidaridad para que todos puedan acceder a servicios de buen precio y calidad; beneficio al usuario: para que acceda a servicios a buen precio y calidad, y tenga “libertad de elección”; transparencia, entendida como generar condiciones equitativas para los inversores y determinado tipo de información sobre las empresas para el público; publicidad, para cuando haya concursos y además para que los proveedores emitan publicidad no engañosa en el ejercicio de su actividad; competencia efectiva entendida como el “*establecimiento de mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio del Derecho constitucional y la libertad de elección*” (inciso f); no discriminación e igualdad de trato; neutralidad tecnológica.

Y en el inciso i) de ese artículo aparece uno que se relaciona ciertamente con el uso del espectro radioeléctrico, como es el de “optimización de los recursos escasos”, que se define como la “*asignación y utilización de los recursos escasos y de las infraestructuras de telecomunicaciones de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y*

eficiente, con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios". Como se sabe, el espectro radioeléctrico es uno de esos "recursos escasos" (seguramente el primero de ellos), y por eso es importante desde ya tomar nota de que esta ley tiene como uno de sus principios rectores el que de ese recurso haya una asignación y utilización "objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente".

De hecho, en el inciso 18) del artículo 6 de la Ley, que corresponde a "definiciones", al definirse el concepto de "recursos escasos" precisamente el espectro radioeléctrico es el primero de los que se mencionan, y a éste se le suman "*los recursos de numeración, los derechos de vía, las canalizaciones, los ductos, las torres, los postes y las demás instalaciones requeridas para la operación de redes públicas de telecomunicaciones*".

El hecho de que el espectro radioeléctrico sea conceptualizado como escaso y que se disponga que de él deba hacerse una asignación y utilización eficiente, y no discriminatoria, tendrá mucha importancia para el momento en que se hable acerca de la concentración de frecuencias, tema que luego veremos en otra sección de este trabajo. Como lo advertimos, desde ya hay que ir tomando nota de que la LGT sí cuenta con algunos principios que si bien parecen desentonar con el tono general de sus disposiciones (más parecen declaraciones de pura corrección para guardar una buena apariencia) de todos modos, por contar con el rango de disposición legal, deben ser retomados y hacerse valer cuando sea necesario, especialmente porque esa norma recibe el soporte de otras disposiciones que, si bien un tanto aisladas, se encuentran también en otras secciones de la Ley, como vamos a ver de seguido.

Pasada esta parte de principios generales, encontramos que la LGT tiene un capítulo en el que expresamente se ocupa de la regulación del espectro radioeléctrico, siendo éste el Capítulo II, que inicia con el artículo 7 de la Ley.

Pero previo a entrar de lleno en el análisis de las disposiciones de la LGT, conviene hacer además otra llamada de atención para poder tener una percepción más amplia del sistema legal imperante en el país sobre la actividad de la radiodifusión, que es lo que en este trabajo se procura evaluar: en Costa Rica existe un sistema de regulación donde dos leyes interactúan entre sí como los rieles de una línea de ferrocarril (la Ley de Radio y la LGT), pero donde una de ellas, por ser más amplia y obedecer a una concepción que pretende abarcar el ámbito completo de las telecomunicaciones (y no solo el de radiodifusión), termina regulando muchos de los aspectos más importantes del ámbito.

Claramente nos estamos refiriendo a que la LGT es hoy la norma general principal, y a que, como la misma Procuraduría General de la República lo ha reconocido y declarado, viene a ser la norma de aplicación en lo que la Ley de Radio no regule (principios de especialidad y de subsidiariedad de las normas). Es por ello que la PGR habla de que en la radiodifusión en nuestro país existe un "régimen jurídico mixto", para aludir a que es un campo regulado por dos leyes que se complementan²². El problema precisamente es que la Ley de Radio no regula casi nada, y por eso en términos reales es la LGT la que viene a ser la más preponderante.

Lo que venimos diciendo podría percibirse como algo aún más curioso si sumamos

22 Procuraduría General de la República, Dictamen C-089-2010, del 30 de abril del 2010.

a ello el hecho de que la propia LGT, en su artículo 29, excluye de sus regulaciones lo relativo a radiodifusión, y declara que *“el aprovechamiento de la radiodifusión sonora y televisiva, por sus aspectos informativos, culturales y recreativos, constituye una actividad privada de interés público. El otorgamiento de concesiones y la prestación de los servicios de radiodifusión y televisión continuarán rigiéndose por lo dispuesto en la Ley de radio, N.º 1758, de 19 de junio de 1954, sus reformas y su Reglamento.”*

Pero no hay que llamarse a engaño. Como se ha venido diciendo, la Ley de Radio regula en realidad muy poco, y entre lo que **no** regula está el uso, administración y aprovechamiento del espectro radioeléctrico, así como tampoco el otorgamiento de concesiones, temas que están regulado por la LGT. Resulta incluso paradójico que la misma norma que dice que *“no va a regular la radiodifusión”* es la que la declara como *“una actividad privada de interés público”*.

Pero si ampliamos nuestras miras veremos además que el párrafo cuarto del mismo artículo es señal del rumbo que se pretende marcar con la LGT, y dispone que *“cuando los proveedores de servicios de radiodifusión y televisión se encuentren habilitados tecnológicamente para prestar servicios de telecomunicaciones por medio de sus redes, deberán sujetarse a las regulaciones previstas en la presente Ley. Para prestar servicios de telecomunicaciones deberán contar con el respectivo título habilitante y cumplir los requisitos legales y administrativos que para ello se requiera.”*

De modo tal que si los radiodifusores se convierten, gracias a la evolución de las tecnologías o al alcance de una definición fijada en la ley, en *“prestadores de servicios de telecomunicaciones”*, pasarán a regirse completamente por la LGT.

De modo entonces que, en materia de espectro radioeléctrico, esta es *“la”* ley. Es decir: en nuestro país la norma con rango de ley que se ocupa de regular el uso y administración del espectro radioeléctrico es la LGT, y por ello sus estipulaciones deben ser el punto de partida de cualquier análisis que se haga sobre ese recurso público. Es por eso que, hecha la anterior aclaración, pasamos entonces a ver algunas de sus normas en detalle, siendo la primera por mencionar el artículo 7.

Textualmente, ese artículo dispone que

“El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público. Su planificación, administración y control se llevará a cabo según lo establecido en la Constitución Política, los tratados internacionales, la presente Ley, el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, el Plan nacional de atribución de frecuencias y los demás reglamentos que al efecto se emitan.”

Ahora bien, en el artículo 8 de la LGT se definen los objetivos de la administración del espectro radioeléctrico, y se dispone que ellos serán los de optimizar su uso de acuerdo con los recursos tecnológicos existentes (inciso a), asegurar que las frecuencias se exploten sin que haya interferencias (inciso c), y en el inciso b) uno que interesa especialmente en función de los fines de este trabajo: *“garantizar una asignación justa, equitativa, independiente, transparente y no discriminatoria”*.

Claro está que hasta el momento no se ha producido una interpretación para efectos prácticos de qué debemos entender en la Costa Rica del año 2013 una *“asignación justa, equitativa, independiente, transparente y no discriminatoria”*, puesto que hasta ahora no ha

habido ningún esfuerzo en la práctica ya no digamos para “definir” esos conceptos, sino para llevarlos a la práctica, y más adelante en este trabajo se hablará sobre esto, puesto que es uno de los elementos que la Contraloría General de la República ha puesto sobre el tapete la evaluar la labor del ente rector de telecomunicaciones.

Continuando nuestro recorrido, encontramos que el artículo 9 de la LGT clasifica el espectro radioeléctrico según su uso, y lo hace con los siguientes criterios:

- a) Uso comercial. Comprende la utilización de bandas de frecuencias para la operación de redes públicas y la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, a cambio de una contraprestación económica.
- b) Uso no comercial. Consiste en la utilización de bandas de frecuencias para operaciones de carácter temporal, experimental, científico, servicios de radiocomunicación privada, banda ciudadana, de radioaficionados o redes de telemetría de instituciones públicas.
- c) Uso oficial. Corresponde a las bandas de frecuencias necesarias para establecer las comunicaciones de las instituciones del Estado, las cuales implican un uso exclusivo y no comercial.
- d) Uso para seguridad, socorro y emergencia. Corresponde a las bandas de frecuencias atribuidas para radionavegación, seguridad aeronáutica, marítima y otros servicios de ayuda.
- e) Uso libre. Corresponde a las bandas de frecuencias así asignadas en el Plan nacional de atribución de frecuencias. Estas bandas no requerirán concesión, autorización o permiso y estarán sujetas a las características técnicas establecidas reglamentariamente.”

Llama la atención cómo en nuestro país el “uso del espectro” no contempla otra posibilidad en su segmento de “uso no comercial” que no sean “*frecuencias para operaciones de carácter temporal, experimental, científico, servicios de radiocomunicación privada, banda ciudadana, de radioaficionados o redes de telemetría de instituciones públicas*”. Claramente esas otras opciones tienen un carácter temporal, limitado y poco convencional hasta cierto punto.

Es decir, allí el legislador tuvo el cuidado de no abrir de ninguna manera la puerta para que pudiera existir radiodifusión “no comercial”.

O nuestro legislador ignoraba y sigue ignorando que la radiodifusión (tanto sonora como televisiva) puede ser ejercida también sin fines de lucro, y que por eso existen en todos los continentes tanto medios de servicio público como los denominados generalmente como “comunitarios”; o nuestro legislador quiso blindar y asegurarle su espacio a la radiodifusión comercial, poniendo entonces en entredicho la coherencia interna de la ley misma, porque como antes vimos ésta habla de “no discriminación” entre servicios, proveedores y usuarios (¿o será que la “no discriminación” se quiere aplicar solo para un tipo de radiodifusores nada más?).

Lo grave acá es que se está hablando del uso posible del espectro radioeléctrico, que es un bien de dominio público y que puede y debe servir para múltiples finalidades que coadyuven incluso al desarrollo de la sociedad. Pero de entrada pareciera entonces que la “no discriminación” de la que habla la ley no se visualiza en lo absoluto como algo

relacionado con las formas de uso del espectro, y se asume un perfil de lo “no comercial” que no le quite espacio a “lo comercial”.

Pero continuando con el recorrido sobre las principales disposiciones de la LGT en materia de espectro, vemos además que en el artículo 10 se le encomienda al Poder Ejecutivo asignar, reasignar o rescatar *“las frecuencias del espectro radioeléctrico, de acuerdo con lo establecido en el Plan nacional de atribución de frecuencias, de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria, de conformidad con la Constitución Política y lo dispuesto en esta Ley”*.

Como luego se verá cuando entremos a referirnos a las disposiciones de la Contraloría General de la República surgidas de varios informes de fiscalización, justamente este tema del rescate y reasignación de frecuencias es uno de los campos en que el Poder Ejecutivo ha demostrado una inercia pasmosa, tanta que se ha vuelto notoria y ha sido motivo de llamadas de atención.

En materia de títulos habilitantes, como vimos previamente la Ley de Radio dispone que para radiodifusión deba contarse con la concesión, que es una figura o categoría jurídica con un perfil propio, que por sí mismo determina una serie de características e implicaciones. Pero como pudimos notar, la Ley de Radio no abunda en la regulación de muchos elementos, uno de ellos la concesión, y por eso las reglas que definen a esa figura se encuentran en la LGT.

Más adelante nos ocuparemos sobre los elementos concretos que contiene la figura de la concesión, pero a esta altura sí es conveniente saber que el artículo 11 de la LGT dispone que

“Se otorgará concesión para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones. Dicha concesión habilitará a su titular para la operación y explotación de la red. Cuando se trate de redes públicas de telecomunicaciones, la concesión habilitará a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público. La concesión se otorgará para un área de cobertura determinada, regional o nacional, de tal manera que se garantice la utilización eficiente del espectro radioeléctrico.”

De esa norma nos interesa acá destacar un par de elementos. En primer lugar el hecho de que dispone que cuando se trate de “redes públicas de telecomunicaciones” la concesión “habilitará a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público”.

La LGT en su artículo 6 de definiciones, inciso 21), define como red pública la *“que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público”*, de forma tal que acá podríamos estar a las puertas de un nuevo problema. Ya se ha visto, y se verá a lo largo de nuestro trabajo, que una de las principales causas de los problemas de nuestro modelo de radiodifusión es la carencia de normas claras, y también la falta de aplicación de las normas que si bien son claras parece “pasar algo” que hace que no se cumplan.

Tenemos un modelo donde las frecuencias se eternizan, no se sabe quiénes son los concesionarios ni cómo obtuvieron las concesiones, no se sabe cuánto tiempo les falta para

concluir sus plazos, no se sabe quiénes pagan el impuesto a la radiodifusión y quiénes no, y un largo etcétera.

Pues bien, esas “indefiniciones” como quiera que sea han producido un resultado, que es justamente el modelo de radiodifusión que existe en la realidad. Si ahora agregamos una nueva incertidumbre y dejamos que “la realidad” la resuelva es muy fácil adivinar la forma en que será resuelta.

Nos referimos a lo que pueda pasar con la radiodifusión sonora y televisiva ante la llegada de la digitalización si tenemos una disposición como el artículo 11 que ahora nos ocupa.

Si ese artículo dice que la concesión “*habilitará a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público*”, y siendo que en virtud de la definición que la Ley contempla de “red pública de telecomunicaciones” ubica a los radiodifusores como usuarios de éstas, entonces muy seguramente cuando llegue la digitalización y se produzca lo que se ha dado en llamar el “dividendo digital” -que consiste en un aumento de frecuencias o canales que se podría utilizar según el tipo de radiodifusión de que se trate y el estándar tecnológico que se escoja²³- surgirá una situación sumamente delicada: ¿quién disfrutará de ese dividendo y con qué criterios se distribuirá?

¿Por qué decimos eso? Pues porque si basta con “estar ahí” para que la concesión habilite al concesionario para brindar “todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público” una vez que la tecnología lo permita, ¿no estaríamos entonces ante un nacimiento “amarrado” de la digitalización desde ya?

¿Debe interpretarse esa norma en el sentido de que una vez que haya un cambio tecnológico en virtud del cual se cuente con nuevos servicios entonces automáticamente los concesionarios que ya existen (suponiendo que sus concesiones están debida y correctamente otorgadas, que es otro tema por ver) sencillamente verán multiplicado “su negocio”?

Hasta el momento nadie se ha ocupado de responder a esas interrogantes, y como los procesos de digitalización avanzan a paso muy lento y en medio de trabas de todo tipo²⁴, ese tema se encuentra muy lejos de la visibilidad de quienes están interesados en la cuestión. Pero tarde o temprano tendrá que pasar al foco de atención, y entonces nos

23 En televisión digital terrestre ya está seleccionado el estándar japonés/brasileño ISDB-Tb, mientras que en radio el proceso de análisis y selección avanza lentamente y no se prevé en qué momento se escogerá un estándar.

24 Como ejemplo puede citarse diversas publicaciones de diarios nacionales en el mes de julio de este 2013. Así, la Prensa Libre titula el día 12 de julio una nota “Contraloría señala lentitud en proceso de digitalización”, y en ella reseña cómo el ente contralor recrimina al MICITT en el informe tantas veces acá mencionado DFOE-IFR-IF-6-2012, un serio retraso en el cumplimiento de diversas labores específicamente relacionadas con el proceso de la introducción de la televisión digital terrestre. Curiosamente, en la misma nota el Viceministro de Telecomunicaciones, que es el jerarca que tiene bajo su responsabilidad este tema, aduce que de todos modos ese informe “tiene recurso de revocatoria”, sugiriendo así que podrían impugnarlo, más sin embargo, podemos adelantar acá que ese Informe no fue impugnado ante la CGR por ninguno de los entes fiscalizados. De eso hablaremos en otra sección de este trabajo.

veremos envueltos en una discusión bastante compleja.

De momento, y como una argumentación muy preliminar, consideramos que una interpretación como la que parece surgir de lo que venimos comentando resulta contraria a los principios rectores que la propia Ley dice sustentar, tanto el de competencia efectiva como el de asignación no discriminatoria, porque si por inercia se interpreta que los nuevos servicios “ya son” de los actuales concesionarios se estaría cerrando inmediatamente la puerta para nuevos concesionarios, pero además se estaría entregando el uso de un bien de dominio público de forma automática, sin ningún tipo de concurso, a los radiodifusores ya existentes, discriminando a su favor frente a nuevos potenciales prestadores del servicio, replicando en alguna medida lo que en México se conoció como el escándalo de la “Ley Televisa” en los meses de marzo-abril de 2006.²⁵

En cualquier caso, lo concreto es que con el nuevo régimen jurídico mixto, y a pesar de la aparente no regulación de la radiodifusión por parte de la LGT, hay aspectos que sí quedan bajo su cobertura, y uno de ellos es el de cómo se otorgan las concesiones. Ya dijimos que el artículo 29 de la LGT dice que lo relativo a radiodifusión se rige por la Ley de Radio de 1954, pero también dijimos que esa misma norma establece, eso sí, que esas asignaciones deben hacerse por concurso, cuya preparación le corresponde a la SUTEL.

Como es de suponer, el concurso a realizar no está descrito en la Ley de Radio, sino en la LGT, por lo que es ésta la que en última instancia debe ser observada. No obstante, eso lo haremos en otra sección de este trabajo, cuando hablemos específicamente sobre la concesión y sus características.

Otra facultad que tiene el Estado y que surge de las disposiciones de la LGT es la de recuperar y reasignar las frecuencias. Los bienes públicos o demaniales tienen dentro de sus características la de que el Estado los puede recuperar cuando lo estima procedente. Claro está que no es una facultad incondicionada, sino que se halla sujeta en cuanto a motivos y consecuencias.

Precisamente el artículo 21 de la LGT señala las facultades del Estado para recuperar y reasignar uso del espectro radioeléctrico. Esa norma dispone que

“Procede la reasignación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico cuando:

- a) Lo exijan razones de interés público o utilidad pública.
- b) Lo exijan razones de eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico.
- c) Se requiera para poner en práctica nuevas tecnologías.
- d) Sea necesario para resolver problemas de interferencia.
- e) Exista una concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva.
- f) Sea necesario para cumplir tratados internacionales suscritos por el país.

Corresponde al Poder Ejecutivo, previa recomendación del Consejo, acordar la reasignación de bandas de frecuencias del

25 Sobre este evento puede consultarse, entre otros, la obra colectiva denominada “La ley Televisa y la Lucha por el poder en México”, coordinada por Javier Esteinou Madrid y Alma Rosa Alva de la Selva, 2009, disponible en el sitio web: <https://www.academia.edu/Download>.

espectro radioeléctrico, para ello se deberán tomar en cuenta los derechos de los titulares y la continuidad en la operación de redes o la prestación de los servicios.

La reasignación dará lugar a una indemnización únicamente cuando se impida al adjudicatario la operación de las redes o la prestación de los servicios en los términos indicados en la concesión correspondiente, o bien, cuando dicha reasignación sea la única causa que obligue a sustituir o renovar equipos.”

En otro segmento de este trabajo volveremos a esta norma, pero ahora nos interesa ocuparnos de ella con más detenimiento por cuanto esta sección es la apropiada para analizar estas atribuciones legales que la Administración podría (y a criterio de muchos, incluida la Contraloría General de la República) debería ejercer.

Claro está que la mera habilitación legal, en tanto sea legítima, basta para que la Administración pueda ejercer atribuciones como las de recuperar y reasignar frecuencias o segmentos de espectro radioeléctrico, pero además de esa habilitación existen razones derivadas de las condiciones que tienen los bienes de dominio público, y que en otro segmento veremos.

Veamos entonces el inciso a) para comenzar. Con esa regla, el Estado queda habilitado para reasignar frecuencias cuando lo justifiquen “razones de interés público o utilidad pública”.

En el mundo jurídico los conceptos de “interés público” y “utilidad pública” tienen un significado amplio pero definible. Seguramente definirlos hasta su último detalle –o dar un significado acabado- es imposible, porque su naturaleza misma es ser conceptos amplios que sirvan como orientación y guía. No obstante, aún en su amplitud gozan de un significado lo suficientemente distinto como para poder ser aplicables en muchos casos.

El concepto de “interés público” ha sido definido en nuestro país de diferentes formas. Así por ejemplo la Contraloría General de la República ha dicho que éste es un concepto jurídico indeterminado que se “fundamenta en la noción del bien común” y echando mano a los conceptos del autor Héctor Jorge Escola sostiene que

“existe el interés público, cuando en él, una mayoría de individuos y en definitiva cada uno puede reconocer y escindir del mismo su interés individual, personal, directo y actual o potencial. El interés público, así entendido, es no sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo. Esa idea de “interés público” es, pues, la que verdaderamente sustenta y fundamenta todo el derecho administrativo, comenzando por la idea misma del derecho administrativo, el cual podría ser redefinido, a partir de esta visión...”²⁶

Desde el Poder Judicial, la Sala Primera de la Corte ha señalado que “*Corrientemente se define el interés privado como:- 1)- la conveniencia individual de una persona frente a otra, y 2)- el bien de los particulares contrapuesto al de la colectividad, al*

social. Por su parte, el interés público es la utilidad, la conveniencia de la colectividad o sociedad ante los particulares, o de los más ante los menos; también se le entiende como conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material..."²⁷

Para la PGR,

"... más recientemente, se identifica el concepto de interés público con "interés general" que es un concepto propio del Derecho Administrativo, que en principio significa "lo que afecta o interesa a la generalidad, es decir, al común de los ciudadanos que componen un comunidad política. Es el interés de esa comunidad como tal, organizada políticamente" (M. Sánchez Morón, "Enciclopedia Jurídica Civitas")."

*Girando en torno a esta noción, el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública fija principios que orientan la actuación de los servidores públicos a satisfacer, primordialmente, el interés público, "... el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados". Asimismo, "en la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia".*²⁸

En cuanto al concepto de "utilidad pública" debemos decir que en nuestro medio se le utiliza prácticamente como sinónimo del de "interés público", de modo que a partir de ahora nos basaremos en éste para continuar nuestro análisis.

Como se puede deducir de las citas previas, el "interés público" que podría justificar entonces una actuación del Estado tendiente a recuperar y reasignar frecuencias debería ser uno identificable con la conveniencia de la generalidad de los ciudadanos, una conveniencia colectiva. Y en ese sentido, cabe introducir entonces la cuestión de qué conviene más a la colectividad nacional en determinados momentos históricos en cuanto a la radiodifusión nacional.

En el momento presente, el panorama del uso del espectro radioeléctrico en la radiodifusión es muy cuestionable en cuanto a que sea "razonable" o "equitativo". Y es por ello que en primera instancia la Procuraduría General de la República y luego la Contraloría General de la República hayan emitido sendas órdenes al Poder Ejecutivo para que éste proceda como en Derecho corresponde a ejercer las atribuciones de recuperación y reasignación de las frecuencias, cosa que hasta el presente no ocurre a pesar de que la primera entidad se pronunció en ese sentido desde el año 2011 y la segunda (por primera vez) en el 2012, como ya se ha mencionado.

Y esto nos lleva también a mencionar la causal que señala el inciso e) que venimos viendo, que autoriza al Estado a rescatar y reasignar frecuencias cuando "exista una concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva". Como veremos en este trabajo, justamente esa es una de las cuestiones sobre las que la Contraloría General de la

27 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 029-1984 de las 14:30 hrs. del 13 de abril de 1984.

28 Procuraduría General de la República, Dictamen C-190-96 del 27 de noviembre de 1996.

República ha llamado la atención al ente rector del sector de telecomunicaciones, que primero fue el MINAET y ahora es el MICITT.

Así, en el Informe No. DFOE-IFR-IF-6-2012, de 30 de julio de 2012, esa Contraloría, partiendo de la información que recibió la SUTEL y que fue suministrada por los concesionarios que presentaron informes de los requeridos a la entrada en vigencia de la LGT, se concluyó, entre otras cosas que *“existe una evidente concentración de las frecuencias más rentables para la provisión de servicios de telecomunicaciones en unos pocos concesionarios, algunos de los cuales deberán ser motivo de estudios específicos para determinar la congruencia entre el título de servicio privado y el uso real que se le da a las respectivas frecuencias”* (página 13).

Es por eso que en ese Informe la CGR dispuso que tanto el ente rector como la SUTEL deberían iniciar acciones para determinar y erradicar esa concentración, pero como más adelante se verá ninguna de esas acciones ha llegado a término.

En este sentido, es importante señalar además que no solo desde la perspectiva del Derecho Administrativo lo que se viene indicando resulta muy grave, puesto que se pone en evidencia la entrega negligente y nada cuidadosa de un bien de dominio público en manos de particulares sin que se garanticen los intereses públicos en juego, sino también la nula actividad del Estado para ejercer atribuciones que normas debidamente aprobadas le otorgan.

Pero aún hay más: desde la perspectiva de los derechos humanos también podríamos anotar una violación a los principios y normas que forman parte de ellos, puesto que justamente una de las formas en que la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José, declara que se viola indirectamente la libertad de expresión, es por la vía de los monopolios y la concentración sobre las frecuencias radioeléctricas (artículo 13). De forma tal que no solo por una cuestión de legalidad administrativa e interés público (motivos ya de por sí suficientemente valiosos) sino hasta por una cuestión de respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos (y de cumplimiento de un tratado internacional, que es también otro motivo legítimo de acuerdo con el inciso f) de esa misma norma), el Estado debería tomarse en serio su deber de revisar, rescatar y reasignar las frecuencias radioeléctricas que están siendo utilizadas de forma indebida.

Para terminar con este comentario sobre el artículo 21 de la LGT, debemos indicar además que en el evento de que se reasignen frecuencias solamente se deberá indemnizar a los concesionarios *“cuando se impida al adjudicatario la operación de las redes o la prestación de los servicios en los términos indicados en la concesión correspondiente, o bien, cuando dicha reasignación sea la única causa que obligue a sustituir o renovar equipos”*. En otras palabras, no todo concesionario tendría que ser indemnizado por el Estado si éste decide (justificadamente, claro está) reasignar alguna o varias frecuencias y le causa una afectación.

La indemnización solo sería procedente si al concesionario se le impide, por causa de la reasignación, prestar los servicios que tenía bajo su responsabilidad o cuando específicamente por causa de esa reasignación el prestador deba renovar o sustituir equipos. De ello se desprende que una primera condición subyacente debe ser evaluada como criterio fundamental: si alguien pretende ser indemnizado en primer lugar debe demostrarse que se trata de un concesionario legítimo, y que además está cumpliendo con los deberes

que su concesión le impuso.

En el caso de nuestro país se ha usado por parte del ente rector y de otros sectores del Poder Ejecutivo (como lo señalamos en otra parte de este trabajo) que un “temor” para reasignar y rescatar frecuencias es que haya que hacer indemnizaciones millonarias a los radiodifusores, pero como se puede ver, por una parte muchos de ellos no pueden acreditar fehacientemente que están completamente a derecho, y por la otra aun los que están completamente a derecho podrían no tener que ser indemnizados si en su caso no ocurre ninguna de las dos condiciones que venimos mencionando. ¿Entonces tiene el Poder Ejecutivo un “temor” fundado o se trata más bien ese argumento de una forma de evadir sus obligaciones y nunca comenzar un proceso que podría traerle incomodidades de otro orden?

Otro aspecto que regula la LGT en la actualidad, y ya no la Ley de Radio, es ¿qué pasa si alguien utiliza alguna frecuencia del espectro radioeléctrico sin contar con la respectiva concesión?

Cuando hablamos de la Ley de Radio dijimos que las sanciones que allí se establecían eran inaplicables por causa de un error en la referencia a la norma que fijaba las faltas (el artículo señalado fue el 16 cuando el correcto era el 17). Pues bien, resulta que de todas formas la LGT también contempla una serie de faltas de diversa naturaleza, así como procedimientos y sanciones para éstas.

De acuerdo con el artículo 67 de la LGT,

“a) Son infracciones muy graves:

1) Operar y explotar redes o proveer servicios de telecomunicaciones sin contar con la concesión o autorización correspondiente.

2) Usar o explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico sin la correspondiente concesión o permiso.

3) Usar o explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico en violación a lo dispuesto en el Plan nacional de atribución de frecuencias.

4) Incumplir la obligación de contribuir con Fonatel.

5) Incumplir las obligaciones de acceso y servicio universal impuestas de conformidad con esta Ley.

6) Ceder o aceptar la cesión de concesiones sin la aprobación correspondiente.

7) Incumplir las instrucciones adoptadas por la Sutel en el ejercicio de sus competencias.

8) Negarse a entregar la información que de conformidad con la ley requiera la Sutel, así como ocultarla o falsearla.

9) Incumplir la obligación de facilitar el acceso oportuno a las instalaciones esenciales y poner a disposición de los operadores y proveedores información técnica relevante en relación con estas instalaciones.

10) Incumplir la obligación de acceso o interconexión y las demás obligaciones que de ella se deriven.

11) Suspender el acceso o la interconexión sin autorización de la Sutel.

12) Cobrar a los usuarios finales tarifas distintas de las

fijadas por la Sutel, cuando corresponda.

13) Realizar las prácticas monopolísticas establecidas en esta Ley.

14) Realizar una concentración sin la autorización a que se refiere esta Ley.

15) Utilizar la información de los usuarios finales para fines no autorizados en la ley.

16) Violar la privacidad o intimidad de las comunicaciones de los usuarios finales.

17) Incumplir las medidas cautelares adoptadas por la Sutel.

18) Incumplir, de manera reiterada, las infracciones graves establecidas en el inciso b) de este artículo.”²⁹

Para los fines de este trabajo, nos interesan especialmente las faltas descritas en los subincisos 2), 3), 6), 13), 14), y 17), todos los cuales se refieren a uso no autorizado o indebido del espectro radioeléctrico, y en el caso del último al incumplimiento de medidas cautelares dictadas por la SUTEL, algunas de las cuales se verán de seguido y tienen que ver directamente con casos de usos no autorizados de frecuencias.

La sanción ante esas faltas, por ser éstas consideradas como “muy graves”, como regla general el artículo 68 de la LGT señala que consistirá en una multa “de entre cero coma cinco por ciento (0,5%) y hasta un uno por ciento (1%) de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior”.

Esa misma norma prevé el caso de que la sanción deba aplicarse en algún caso en que no se pueda saber cuáles fueron esos ingresos o si no los hubo, se utilizará por parte de la SUTEL como parámetro para imponer la multa “el valor de sus activos”.

Y si no se pudiera calcular la multa sobre las ventas o los activos, se establece que *“la Sutel utilizará como parámetro para la imposición de sanciones los ingresos presuntos del período, tomando en cuenta los ingresos brutos promedio de períodos anteriores y los ingresos promedio del período anterior de otros operadores o proveedores que desarrollen actividades económicas y comerciales similares”* (párrafo 7 del artículo 68).

Como se ve, la facilidad con que la SUTEL podría calcular la multa a imponer por alguna de las faltas señaladas es variable. Podría pensarse que si fuera a aplicarse a un radiodifusor con un nivel de organización empresarial alto sería relativamente sencillo determinarla, pero no puede decirse lo mismo si se trata de un uso no autorizado por parte de alguien que no tenga ninguna organización y que no tenga ni siquiera libros contables por ejemplo. De hecho, en un caso como ese ni siquiera nos parece viable pensar en intentar comparar con “otros operadores o proveedores que desarrollen actividades económicas y comerciales similares”, puesto que claramente ellos deberían ser también operadores no autorizados, y si en vez de ello se recurre a operadores autorizados pues ya no serían sujetos comparables.

No obstante, una sanción que sí tiene efectos prácticos tangible se encuentra establecida en el artículo 69, que dispone que la SUTEL podrá ordenar, en caso de infracciones muy graves, *“el cierre definitivo de un establecimiento y la clausura de sus instalaciones, la remoción de cualquier equipo o instrumento que permita la operación de*

29 La negrita es suplida.

redes o la prestación de servicios de telecomunicaciones en forma ilegítima, o ponga en riesgo la integridad de las instalaciones, redes, equipos y aparatos. Para ejecutar estas medidas se dispondrá del auxilio de la Fuerza Pública.”

En año 2013 actuaciones de ese tipo fueron noticia, y también fue notorio que un sector de medios de comunicación colectiva han estado insistiendo sobre la existencia de lo que ellos llaman “radios piratas”, llevando con ello a que a SUTEL tenga que intervenir activamente en la cuestión.³⁰

Efectivamente, la SUTEL ha venido ejerciendo la atribución que le confiere la LGT tanto en el campo de medidas cautelares (donde se aplica el artículo 66 de la ley que la faculta para “imponer como medida cautelar el cierre de establecimientos, la clausura de instalaciones o la remoción de cualquier equipo o instrumento”) como en procedimientos sancionatorios, según lo ya explicado.

Si bien es fácil adivinarlo, no está de más resaltar que las acciones que hasta ahora ha seguido la SUTEL para aplicar medidas cautelares y/o sanciones se han dirigido contra emisoras que del todo no cuentan con concesión. Que se conozca no hay acciones donde se pudiera sancionar a alguien que esté violando los términos de su concesión, o que habiéndola tenido ya no la tenga, o que incurra en monopolio y concentración indebida, puesto que esos factores no son evaluados ni por el MICITT ni por la SUTEL, como en otra sección de este trabajo se verá.

30 Sobre esto hay múltiples publicaciones en los medios, muchas de ellas reproduciendo además quejas de la Cámara Nacional de Radio (CANARA) que es la que ha figurado como denunciante en casi todos los casos ante la SUTEL. De esto, los medios vienen informando fuertemente desde el mes de junio de este año acerca de “radios piratas”, y así por ejemplo como el Diario Extra del 4 de junio presenta una nota que titula “Radioemisoras piratas usurpan el espectro. Estimaciones preliminares de Canara apuntan a 137 ilegales”; al día siguiente, ese mismo periódico publica que “Canara exige cierre de radioemisoras piratas. Espera que Sutel proceda conforme a la ley”. El 7 de junio siguiente, Diario Extra publica que “Radiodifusores piden al Micitt presionar a Sutel para que cierre radioemisoras piratas”. El 20 de junio pasado La Nación publica que “Proliferación de radios piratas invade frecuencias legales”; y el 25 de ese mismo mes en otra nota denuncia que “Conferencista vino al país a promover las radios piratas” (refiriéndose a una conferencia dictada por el señor José Ignacio López Vigil en el auditorio del Colegio de Periodistas). Por su parte, el Diario Extra regresa a la escena el 27 de junio con una nota titulada “¡Investigarán a emisoras piratas! Dudan de origen de capital para financiamiento”. Y ya el 23 de octubre anterior, ese mismo Diario publica otra nota titulada “Fuera del aire 25 emisoras piratas. Según Presidente de Canara”. La última publicación periodística que podemos reseñar es del diario La Nación, que el día 18 de noviembre de 2013, informó que “Sutel silenció transmisiones de cuatro radios piratas este año”, dando cuenta de que la Sutel cerró 4 emisoras de radio por no contar con concesión y que hay dos más enfrentando un procedimiento administrativo en su contra. Las emisoras cerradas fueron Radio República y Radio Cielos Abiertos, ambas en Cariari de Pococí, la 83.3 en Siquirres, y Radio Pampa en Liberia, Guanacaste. Como se ve, todas las radios cerradas estaban fuera del Valle Central.

c.3) Leyes complementarias.

Ya hemos visto las dos principales leyes que tienen que ver con el espectro radioeléctrico en su relación con la radiodifusión, y hemos visto las características y principios que en virtud de esas leyes asume ese bien en nuestro país. En esta penúltima sección de este capítulo mencionaremos rápidamente algunas otras leyes que también se ocupan de establecer o ratificar rasgos sobre el espectro radioeléctrico.

En el ámbito de complementos a las normas que hemos venido aludiendo, sin duda alguna la ley que salta de inmediato a la vista es la de “Fortalecimiento y modernización de las entidades públicas del sector telecomunicaciones” (LFMEPST), Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008, y cuya entrada en vigencia ocurrió el 13 de ese mes y año.

En esa Ley, artículo primero, se distribuye las responsabilidades del sector de telecomunicaciones entre el MICITT y la SUTEL, siendo que al primero se le designa como rector del sector, y a la segunda se le encarga de “regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones”.

En la misma línea, el artículo 39 inciso d) le otorga al MICITT la atribución de *“aprobar o rechazar el criterio técnico de la Superintendencia de Telecomunicaciones, sobre la adjudicación, prórroga, extinción, resolución, cesión, reasignación y rescate de las concesiones y los permisos de las frecuencias del espectro radioeléctrico. En el caso de que se separe de dicho criterio, el Poder Ejecutivo deberá justificar las razones de orden público o interés nacional que lo sustenten”*.

Esta misma Ley viene a reformar a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) No. 7593 para crear dentro de ésta a la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL). Dentro de las normas que atribuyen funciones de las que nos interesan en este trabajo a la SUTEL podemos hallar las siguientes:

El artículo 60 reformado de la Ley No. 7593 pasa a enumerar las obligaciones fundamentales de la SUTEL, y entre ellas destacamos las de aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, “promover la diversidad de los servicios de telecomunicaciones y la introducción de nuevas tecnologías” (inciso c.), *“asegurar, en forma objetiva, proporcional, oportuna, transparente, eficiente y no discriminatoria, el acceso a los recursos escasos asociados con la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones”* (inciso f.).

Son obligaciones también de la SUTEL

“...g) Controlar y comprobar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales y los recursos de numeración, conforme a los planes respectivos.

...k) Conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones; así como establecer la responsabilidad civil de sus funcionarios.”

d) El Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto Ejecutivo N°

34765-MINAET, del 22 de setiembre de 2008.

El Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones tiene, como su nombre lo dice y es además propio de este tipo de cuerpo normativo, la función de regular la Ley, desarrollar sus conceptos y hacerla operativa. En este caso, ocurre además algo muy particular: este Reglamento funge como tal para dos leyes, no para una, como es lo habitual. Efectivamente, el Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones (RLGT) no solo es el reglamento para esa Ley, sino también para la Ley de Radio No. 1758 de junio de 1954, y esto es así por disposición expresa del artículo 1° del propio Reglamento.

Esto llama la atención por cuanto en el artículo 29 de la LGT expresamente se aparenta “dejar por fuera” de esta Ley la actividad de radiodifusión televisiva y sonora, y hasta se habla que lo concerniente a concesiones y prestación de esos servicios seguirá aplicándose la Ley de Radio “y su reglamento”.

Igualmente, en el artículo 77 de la LGT, sobre “disposiciones finales” se estatuye cuáles reglamentos habrán de dictarse en un plazo que no debía exceder de 9 meses contados desde la vigencia de la Ley, y por ninguna parte se menciona nada de un nuevo reglamento para la Ley de Radio, que para ese momento tenía como su reglamento el Reglamento de Radiocomunicaciones Decreto N° 31608-G, del 24 de junio de 2004.

Pero como se viene diciendo, al emitirse el RLGT en su artículo 180 se derogó expresamente el Decreto N° 31608-G, quedando en consecuencia como Reglamento a la Ley de Radio el RLGT.

El hecho de que un solo reglamento lo sea para dos leyes distintas es bastante inusual, máxime que como se dijo la LGT parecía no querer involucrarse con el campo de la radiodifusión sonora y televisiva de señal abierta, pero además porque desde el punto de vista de técnica regulatoria no parece ser un buena idea regular dos leyes con un mismo reglamento, porque en determinadas circunstancias eso puede llevar a falta de claridad o inclusive confusión.

Pero dejando las cuestiones de técnica regulatoria de lado, pasemos a ver el papel que juega este Reglamento cuando hablamos acerca del marco normativo que impera en la administración del espectro radioeléctrico.

En ese sentido, y a tono con las otras disposiciones que ya se ha venido comentando, este Reglamento prácticamente abre con la declaración de que “el espectro radioeléctrico es un bien demanial propiedad de la nación cuya administración y control corresponden al Estado” (Considerando II) y, entre otros objetivos generales menciona el de “asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos” (artículo 3 inciso a).

En cuanto al espectro radioeléctrico propiamente dicho, el RLGT tiene un capítulo completamente dedicado a él (el Capítulo II), que comienza con la disposición del artículo 6, que dice lo siguiente:

“El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público. Su planificación, administración y control se llevará a cabo según lo establecido en la Constitución Política, los tratados internacionales, la Ley General de Telecomunicaciones, el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, el Plan

Nacional de Atribución de Frecuencias y los demás reglamentos que al efecto se emitan.”

Esa regla es prácticamente una copia textual del artículo 7 de la LGT, cosa que no es para extrañarse si se tiene en cuenta que la función de los reglamentos es desarrollar las disposiciones de la Ley que regulan, pero que en virtud del principio de jerarquía de las normas ningún reglamento podría (o al menos no debería) ir más allá de lo que dice la ley, y si a ello sumamos además que muchas materias (y entre ellas la regulación de los bienes de dominio público, pero también se pueden citar como ejemplo la creación de figuras penales o delitos, y la creación de impuestos) están sujetas al principio de reserva de ley, pues con más razón tenemos que partir de que es la Ley, y no el reglamento a la ley, la que debe establecer las reglas sustanciales sobre una materia determinada, y que si un reglamento pretendiera excederse de lo que señala la Ley entonces eso resultaría contrario a Derecho y por tanto nulo.

En nuestro país, la manifestación explícita más clara del principio de reserva de ley se halla en el artículo 19.1 de la Ley General de la Administración Pública, que dispone que “el régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes”.

Sobre este tema, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha llegado a delinear varias consecuencias del principio de reserva de ley que resultan relevantes, como son:

“...a) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del poder legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso restringir derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y el régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente, su "contenido esencial"; y, c) En tercero, que ni aún en los Reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer...”³¹

De modo pues que la naturaleza misma del reglamento como norma subordinada a la ley le impone límites que no puede sobrepasar. De hacerlo, eso resultaría nulo.

Teniendo en cuenta lo señalado, volvamos a las disposiciones relevantes para los fines de este trabajo que podemos encontrar en el RLG. T.

El artículo 9 del RLG. T. es una copia textual del artículo 9 de la LGT, y en él se clasifica “por su uso” las bandas del espectro radioeléctrico en cinco categorías: comerciales, uso no comercial, uso oficial, para seguridad y socorro, y de uso libre. La descripción que se hace de cada tipo de uso es idéntica a la contenida en la LGT, por lo cual no vamos a reproducirla acá, y nos limitamos a señalar que valen para ella los comentarios que en su

31 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 3550-92 de las 16 horas del 24 de noviembre de 1992.

momento hicimos al referirnos al art. 9 de la LGT.

Del mismo modo, el artículo 8 de una copia textual del artículo 8 de la LGT, donde se fijan los objetivos de la administración, planificación y control del espectro radioeléctrico, siendo éstos:

- “a) Optimizar su uso de acuerdo con las necesidades y las posibilidades que ofrezca la tecnología;
- b) **Garantizar una asignación justa, equitativa, independiente, transparente, y no discriminatoria;**
- c) Asegurar que la explotación de las frecuencias se realice de manera eficiente y sin perturbaciones producidas por interferencias perjudiciales.”³²

Hasta esta altura, y como no podía ser de otra forma en virtud de lo que antes explicábamos, el RLGT repite las disposiciones generales contenidas en la Ley, y vale la pena insistir que se ratifica acá no solo el que el espectro radioeléctrico debe ser administrado de acuerdo con lo que disponen la Constitución Política y los tratados internacionales (en general, no se habla de “los de telecomunicaciones”) y además su administración y control debe servir para garantizar una asignación justa, equitativa y no discriminatoria.

El RLGT desarrolla ampliamente aspectos operativos como el otorgamiento de las concesiones y otros que, cuando convenga a los fines de este trabajo, se verán con más detalle. Pero por ser de nuestro interés especial en esta parte del camino ocuparnos en concreto de las normas que tienen relación directa con la administración del espectro radioeléctrico, por lo pronto vamos a dejar al margen esos temas.

El RLGT contiene en su Título IV la normativa orientada a regular la actividad de radiodifusión sonora y televisiva de señal abierta, conceptuándolas en su artículo 96 (al igual que lo hace el artículo 29 de la LGT) como “una actividad privada de interés público”.

En el artículo 97 del RLGT encontramos que la clasificación “según su naturaleza” de las estaciones de radiodifusión, se dispone de la siguiente manera:

“Artículo 97.— Clasificación según su naturaleza. Las disposiciones de este capítulo son para todos los servicios de radiodifusión en general de conformidad con la siguiente clasificación de estaciones:

a. Estaciones comerciales: Son aquellas que se dedican a la explotación lucrativa permanente de propaganda comercial, por medio de programas musicales, literarios, científicos, deportivos, noticiosos, de entretenimiento o de otro género que revista un interés general para el público.

b. Estaciones culturales: Son aquellas que el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes califique como tales, cuya programación está destinada a difundir únicamente contenidos educativos, religiosos y /o culturales, que sean formativos e informativos de la persona humana, así como tecnológicos, transmitiendo conocimientos y conductas que promuevan los

32 La negrita es suplida.

valores sociales y personales.

c. Estaciones internacionales de onda corta: Son aquellas radioemisoras comerciales o culturales que operan en las bandas internacionales de onda corta, siendo sus programas especialmente para la audición en el extranjero.”

El artículo 98 del mismo Reglamento, por su parte, establece que “según el servicio prestado” las estaciones se categorizan igualmente como: a. Servicios de radiodifusión comercial sonora; b. Servicios de radiodifusión comercial de televisión; c. Servicios de radiodifusión cultural sonora; y d. Servicios de radiodifusión cultural de televisión.

Es muy interesante cómo se insiste en la clasificación de “cultural” para las estaciones, y es hasta un criterio para clasificarlas tanto “según su naturaleza” como por el “servicio prestado”, más sin embargo pareciera que pocas personas se han percatado que en Costa Rica hay desde hace muchos años un serio problema con este asunto. Como se observa en el Reglamento que estamos analizando, las estaciones “culturales” “son aquellas que el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes califique como tales”, pero resulta ser que ese Ministerio NUNCA HA DECLARADO NINGUNA ESTACIÓN COMO “CULTURAL”.

Es más, seguramente, y mientras existan los criterios que se aplican desde hace mucho tiempo en este campo, nunca lo hará, porque el Ministerio de Cultura no declara entidades como “de interés cultural”, sino actividades.

Afirmamos esto en virtud de que mientras quien esto escribe realizaba un estudio en el Programa de la Libertad de Expresión, Derecho a la Información y Opinión Pública de la Universidad de Costa Rica (PROLEDI) se formuló el 31 de mayo de 2012 una consulta en ese sentido al Ministerio, consulta que fue respondida por medio de correo electrónico de fecha 4 de junio de ese mismo año, remitido por la Sra. Lorna Chacón, Directora de Despacho del Ministro, en el que se hacían las siguientes observaciones:

“...el programa de Declaratorias de Interés Cultural solamente admite actividades y eventos concretos, definidos en el tiempo, y en el caso de las Declaratorias de Interés Público, únicamente declara productos específicos (libros, películas, etc.).

Es decir, las Declaratorias que se manejan desde la DC no pueden ser otorgadas de manera permanente, que es justamente lo que plantea el Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.

En el pasado, se han declarado de interés cultural programaciones específicas de ciertos medios de comunicación, como por ejemplo una radionovela que transmitió Radio Malpaís (2010), así como un radioteatro producido por el INA (2012). Las emisoras en sí no pueden ser declaradas de interés cultural (esta es una medida de protección, ya que si se declara un medio como de interés, se pierde el control de su programación, que podría cambiar en cualquier momento).

Lo que suponemos que ha pasado es que desde el 2008 que este Reglamento se publicó, ninguna emisora, ni de radio ni de televisión, ha acudido al MCJ a solicitar este tipo de declaratoria, con lo cual la institución -hasta donde nosotros sabemos- no se ha visto en la necesidad de establecer los mecanismos para

estudiarlas y otorgarlas (incluyendo la definición de qué instancia dentro del MCJ estaría a cargo de este proceso).”

Lo referido en los párrafos precedentes no nos causa ninguna sorpresa, puesto que ya desde el año 2005 igualmente (y en virtud de que el Reglamento a la Ley de Radio de aquella época contenía una disposición como la que ahora nos ocupa, en el sentido de que era el Ministerio de Cultura el que debía declarar a las emisoras como “culturales”), para efectos de la confección del informe sobre El Marco Jurídico de la Radiodifusión en Costa Rica³³, se había hecho una consulta similar ante el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes. Y en su respuesta por oficio DGC-285-05, de fecha 1º de abril del 2005, la Directora General de Cultura de ese Ministerio, Alexandra De Simone Castellón, aclara que, de acuerdo con la normativa que rige ese tipo de declaratorias, “*no se declararán de interés cultural los Grupos, Asociaciones, Fundaciones Culturales, sino eventos, actividades y/o proyectos de las mismas, que por su significado y trascendencia merezcan la declaratoria*”.

De modo entonces que desde siempre (o por lo menos desde hace muchísimos años) el Ministerio de Cultura NO ha declarado ninguna estación como “cultural”, pero pareciera que en el Poder Ejecutivo mismo nadie se ha dado por enterado de tal cosa, de forma que el RLGT “manda” a que los radiodifusores interesados pidan que los declaren como “culturales” al Ministerio de Cultura, pero ese Ministerio no solo no declara ni ha declarado a ninguno como tal, sino que además no cuenta con un protocolo de acción o normativa que le permita ejecutar ese trámite.

Por otra parte, no puede dejar también de mencionarse una vez más cómo la radiodifusión nacional ha sido normativamente encasillada en categorías que no necesariamente corresponden a lo que podría ser la realidad si se permitiera la existencia (reconociéndola, para comenzar) de otro tipo de radiodifusión, como podría ser por ejemplo la de servicio público por prestadores públicos o la de prestadores privados sin fines de lucro, que no es (y no podría ser porque esa categoría está “bloqueada”) la de “estaciones culturales” de las que habla el RLGT.

Desde el 12 de diciembre de 2007, es decir pocos meses antes de que se aprobara la LGT y su Reglamento, los Relatores Especiales de Naciones Unidas para la Libertad de Expresión adoptaron en Ámsterdam, Holanda, la Declaración para la Promoción de la Diversidad en los Medios de Comunicación, también difundida como la “Declaración conjunta sobre diversidad en la radiodifusión”³⁴.

En esa Declaración conjunta encontramos recomendaciones como las siguientes:

“Se debe asignar suficiente ‘espacio’ para la transmisión de las diferentes plataformas de comunicación para asegurar que el

33 Centro de Comunicación Voces Nuestras, Informe sobre El Marco Jurídico de la Radiodifusión en Costa Rica, preparado por Oscar Salas Porras, San José, marzo – mayo 2005, 135 págs., pág. 34. Una sinopsis de ese trabajo se publicó también por parte del programa Centro América en Sintonía, CAESI, con el título de “Informe Regional sobre los Marcos Regulatorios de la Radiodifusión en Centroamérica”, en setiembre de 2005.

34 Documento disponible para consulta y descarga en el sitio web de la Organización de Estados Americanos: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=719&lID=2>

público, como un todo, pueda recibir un espectro variado de servicios de medios de comunicación. En términos de difusión terrestre, ya sea análoga o digital, esto implica una asignación apropiada de las frecuencias para usos de radiodifusión.

‘Los diferentes tipos de medios de comunicación - comerciales, de servicio público y comunitarios - deben ser capaces de operar en, y tener acceso equitativo a todas las plataformas de transmisión disponibles. Las medidas específicas para promover la diversidad pueden incluir el reservar frecuencias adecuadas para diferentes tipos de medios, contar con *must-carry rules* (sobre el deber de transmisión), requerir que tanto las tecnologías de distribución como las de recepción sean complementarias y/o interoperable, inclusive a través de las fronteras nacionales, y proveer acceso no discriminatorio a servicios de ayuda, tales como guías de programación electrónica.’

‘... Se requieren medidas especiales para proteger y preservar los medios públicos en el nuevo espacio radioeléctrico. El mandato de los medios públicos debe estar claramente establecido por ley y debe incluir, entre otros, el contribuir a la diversidad, la cual debe ir más allá de ofrecer diferentes tipos de programación, dar voz a y satisfacer las necesidades de información e intereses de todos los sectores de la sociedad. Se deben explorar mecanismos innovadores para el financiamiento de los medios públicos, de forma tal que éste sea suficiente para permitirles cumplir con su mandato de servicio público, que sea garantizado por adelantado para periodos de varios años y que sea ajustado de acuerdo a la inflación.’

‘La radiodifusión comunitaria debe estar expresamente reconocida en la ley como una forma diferenciada de medios de comunicación, debe beneficiarse de procedimientos equitativos y sencillos para la obtención de licencias, no debe tener que cumplir con requisitos tecnológicos o de otra índole severos para la obtención de licencias, debe beneficiarse de tarifas de concesionaria de licencia y debe tener acceso a publicidad.’

‘...’En reconocimiento de la particular importancia que la diversidad de los medios de comunicación tiene para la democracia, para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben adoptar medidas especiales, incluyendo leyes anti-monopólicas. Tales medidas deben implicar el cumplimiento de estrictos requisitos de transparencia sobre la propiedad de los medios de comunicación a todos los niveles. Además deben involucrar un monitoreo activo, el tomar en cuenta la concentración de la propiedad, en caso que sea aplicable, en el proceso de concesión de licencias, el reporte con antelación sobre grandes combinaciones propuestas, y la concesión de autoridad para evitar que tales combinaciones entren en vigor.’

‘...’ “Se pueden utilizar políticas públicas, para promover la diversidad de contenido entre los tipos de medios de comunicación y dentro de los mismos cuando sea compatible con las garantías internacionales a la libertad de expresión.’

Evidentemente, no apreciamos que en nuestro país, con motivo de la entrada en vigencia de la nueva regulación que propiciaría la LGT y su Reglamento, esas recomendaciones hayan sido atendidas de ningún modo. De hecho todo hace pensar que ni siquiera se conocían, y si eran conocidas simplemente fueron ignoradas.

Pero continuando con las disposiciones relevantes del Reglamento, podemos acotar que éste obliga a los medios de radiodifusión sonora y televisiva de señal abierta a transmitir por lo menos por 12 horas al día (artículo 99), y también que el uso del espectro que hacen esos radiodifusores queda sometido, de conformidad con el artículo 101, a varias condiciones. Así, en el caso de la radiodifusión sonora sus frecuencias “no podrán ser utilizadas como enlaces de ninguna clase” pero *“para cumplir con la cobertura que les corresponda, podrán utilizar uno o más transmisores en la misma frecuencia para cubrir aquellas zonas no abarcadas por la emisora matriz, pero todas las transmisiones se alimentarán necesariamente con la misma programación.”*

Además todas las frecuencias otorgadas son para una zona de cobertura definida, que puede ser regional o todo el territorio nacional. Es interesante que el Reglamento indique que *“las radiodifusoras que operan en la actualidad conforme a derecho, mantendrán la cobertura real de sus transmisiones. La SUTEL realizará mediciones periódicas de intensidad de campo para su comprobación.”*

Debemos recordar que el RLGT entró a regir desde el 26 de setiembre de 2008, pero no hay evidencia que haga ver que la SUTEL ha hecho estudios de cobertura con especial esfuerzo. Así, solo durante el año 2010 (en el mes de octubre), se hizo pública alguna información en la que se decía que esa entidad había hecho un estudio sobre la cobertura de las televisoras y había encontrado que *“las televisoras incumplen con llevar su señal todo el país pese a tener asignadas frecuencias radioeléctricas con cobertura nacional.”*³⁵

Al difundir ese informe, la SUTEL señala que los canales 6 y 7, que son los de mayor cobertura, alcanzan apenas el 50% del territorio nacional, y que *“personas o empresas tienen asignadas frecuencias nacionales o para una determinada región, pero del todo no las usan”*. Ante ese panorama, se informa que la SUTEL recomendó *“limitar la concesión otorgada para optimizar el uso de la frecuencia”*, pero no se conoce que desde ese momento hasta la actualidad se haya limitado la concesión de ninguna televisora, con lo cual sigue apareciendo una vez más una llamativa inacción cuando se trata de afectar a los radiodifusores ya existentes.

De hecho, la misma nota periodística que venimos aludiendo buscó la reacción de la entonces Viceministra de Telecomunicaciones, Hannia Vega, quien señaló que el estudio estaba apenas siendo analizado y que de todos modos *“lo primero que corresponde es un análisis jurídico del informe porque los canales de televisión siguen cobijados por la vieja Ley de Radio”*, sin embargo, parece olvidar la señora Viceministra de entonces que en materia de espectro radioeléctrico la ley reguladora es la LGT, porque la Ley de Radio no tiene ninguna previsión respecto de su administración y control.

De hecho, en una nota paralela a la principal se entrevista al entonces Presidente del Consejo de la SUTEL, el señor George Miley Rojas, y hacia el final del reporte el

35 La Nación, “Sutel cuestiona a televisoras por incumplir con cobertura”, 6 de octubre de 2010. Disponible en: <http://wfnod01.nacion.com/2010-10-06/ElPais/NotaPrincipal/ElPais2545821.aspx?Page=3>

periodista le pregunta si entonces las televisoras están obligadas a dar cobertura conforme lo que le han asignado (a lo que el señor Miley responde “exactamente”) y de seguido le pregunta qué ocurre si eso no fuera así, y el Presidente de la Sutel respondió: *“El Plan de Frecuencias y el uso adecuado del espectro dice que no son recursos ilimitados. Entonces démosle espacio a otra persona para que pueda operar el mismo canal en otra zona geográfica.”*³⁶

No conocemos tampoco que posteriormente la SUTEL haya llevado ninguna acción adelante para sancionar a los prestadores incumplientes ni reducir tampoco la asignación de nadie, y a pesar de que en esa entrevista el entonces Presidente del Consejo de la SUTEL decía que ellos “solo hacen recomendaciones” es nuestro criterio que tal cosa no corresponde a la realidad, porque como veremos en el Capítulo II de este trabajo, entre las atribuciones que tiene la SUTEL *“le corresponderá la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales”* (artículo 10 de la LGT) y también *“conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones; así como establecer la responsabilidad civil de sus funcionarios”* (artículo 60 inciso k. de la Ley para el fortalecimiento y modernización de entidades públicas del sector de telecomunicaciones, que entró a regir el 13 de agosto de 2008).

Similar disposición aparece en el artículo 174 párrafo primero del RLGT que señala que *“a la SUTEL, le corresponde conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores o proveedores y también los que exploten redes de telecomunicaciones o presten servicios de telecomunicaciones de manera ilegítima”*. Pero un lector acucioso podrá notar un detalle: mientras en la Ley se habla de conocer y sancionar las faltas de *“los proveedores de servicios de telecomunicaciones”* en el Reglamento se dice que a la SUTEL le toca conocer y sancionar las acciones de los que *“presten servicios de telecomunicaciones de manera ilegítima”*.

Siendo así, el RLGT pretende de forma improcedente (puesto que es una norma de rango inferior frente a la ley) “cortar” las atribuciones de la SUTEL y reducirlas a los casos de prestadores que en realidad no son tales en el sentido estricto del concepto, porque no tienen concesión, son entonces personas que estén haciendo uso indebido del espectro radioeléctrico, pero como queda claro, eso no es lo que dice la LFMEPST.

Complementariamente hay que decir que parte de las curiosidades de la LGT es que tiene a veces un uso del lenguaje que se presta para confusión, y no se puede determinar a ciencia cierta la razón de ello. Justamente a propósito de las “recomendaciones” de la SUTEL surge un tema interesante, porque la LGT tiene dos definiciones distintas para los servicios de telecomunicaciones, y en el artículo 6, inciso 23), define lo que son los servicios de telecomunicaciones “a secas” para llamarlo de alguna manera:

“Servicios de telecomunicaciones: servicios que consisten, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de telecomunicaciones. Incluyen los servicios de telecomunicaciones que se prestan por las redes utilizadas para la radiodifusión sonora o televisiva.”

36 La Nación, “Solo hacemos recomendaciones”, 6 de octubre de 2010. Disponible en: [http://wfnode01.nacion.com/2010-10-06/ElPais/Relacionados/ElPais2546326.aspx](http://wfnnode01.nacion.com/2010-10-06/ElPais/Relacionados/ElPais2546326.aspx)

De seguido, en el inciso 24) de ese mismo artículo 6, define lo que son los servicios de “telecomunicaciones disponibles al público” así: “servicios que se ofrecen al público en general, a cambio de una contraprestación económica” (recordemos que esta definición del artículo 24 es la que lleva a que la radiodifusión sonora y televisiva abierta no pague canon de reserva de espectro).

En otras palabras, legalmente hablando contamos con dos categorías distintas de “servicios de telecomunicaciones”, una sería la de “servicios de telecomunicaciones” “a secas”, dentro de la cual la misma Ley dispone que se incluyen la radiodifusión sonora y televisiva y la otra sería la de “servicios de telecomunicaciones disponibles a cambio de una contraprestación económica”, dentro de la que NO ESTAN INCLUIDOS los servicios de radiodifusión sonora y televisiva.

¿Qué decía el artículo artículo 60 inciso k. de la Ley para el fortalecimiento y modernización de entidades públicas del sector de telecomunicaciones? Que a la SUTEL le corresponde “*conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones*”. Entonces se habla de “los proveedores de servicios de telecomunicaciones”, y de acuerdo con el inciso 23 del artículo 6 de la LGT los radiodifusores de televisión son “proveedores de servicios de telecomunicaciones”. Pero la SUTEL no parece haber tenido conocimiento de ello y se limitó a “dar recomendaciones”.

Para setiembre de 2010, cuando la SUTEL emitió ese informe, ya la LFMEPST tenía DOS AÑOS de estar vigente, y por lo tanto ya hacía dos años que la SUTEL estaba habilitada para sancionar infracciones de los proveedores de servicios de telecomunicaciones, pero en setiembre de 2010 la SUTEL sale a emitir “recomendaciones” para que el Poder Ejecutivo “tome nota y vea a ver qué hace”.

A esta altura entra uno a cuestionarse si realmente imperará el objetivo de transparencia y de diligencia en la administración del bien de dominio público que es el espectro radioeléctrico. Porque además con este informe en particular hay otro detalle interesante, y es que ese documento denominado “Informe de ocupación de frecuencias de los servicios de radiodifusión televisiva en Costa Rica” es bastante difícil de encontrar, y de hecho no está disponible ni siquiera en el sitio web de la SUTEL, por lo que para obtenerlo debe buscarse con mucho esfuerzo en otras fuentes alternativas.

En nuestro caso, lo pudimos hallar en la dirección web http://www.tecnologiatv.com/web/Informe_de_ocupacion_de_frecuencias_de_los_servicios_de_radiodifusion_televisiva_en_CR_Setiembre_2010.pdf y descargarlo el día 8 de diciembre de 2013.

1.3 ¿Qué implica entonces que el espectro radioeléctrico sea un bien de dominio público del Estado?

El artículo 261 del Código Civil establece:

"Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público.

Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes en el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona".

A partir de esa norma, podemos apreciar que la Administración Pública puede (y de hecho tiene que) tener bienes que si bien son adquiridos con fondos públicos no son para el uso del público, sino para el cumplimiento de sus funciones propias de administración. Esos son los bienes privados de la Administración Pública.

Pero a nosotros nos interesan los bienes de dominio público, porque como ya lo hemos dicho muchas veces acá es dentro de esa categoría en la que se ubica el espectro radioeléctrico, y por ello con relación a los bienes de dominio público conviene hacer las siguientes precisiones

- Son inalienables, están fuera del comercio de los hombres:

Los bienes de dominio público no son bienes que puedan ser apropiados y dispuestos libremente por las personas. Al contrario, desde que son bienes afectados al dominio público entran a verse cobijados por un régimen legal especial y agravado dentro del Derecho Administrativo, donde la titularidad del bien queda atribuida al Estado o la Nación, y bajo el que además el bien está destinado a satisfacer un interés público, a prestar un servicio público esencial.

Ese destino puede ser por un acto de afectación expresamente dictado (una ley) tanto de forma genérica como particular, o por el uso que se le confiere al bien cuando se trata de bienes entregados al uso público (por ejemplo un parque).

Salvo en el caso de los bienes destinados al uso público en general, para poder hacer aprovechamiento de un bien de dominio público que no esté entregado al uso general se requiere entonces una autorización especial, dada por un acto expreso de la Administración Pública conforme a la ley. Esa autorización es unilateral por parte del Estado, y en ningún caso implica la pérdida de la titularidad sobre el bien, por lo que puede ser revocada de acuerdo a condiciones y procedimientos establecidos por la ley, y cuando tal cosa sea justificada por el interés público superior.

Precisamente el espectro radioeléctrico, ya lo sabemos, es uno de los bienes de dominio público que solamente pueden ser aprovechados privativamente como producto de un permiso especial debidamente conferido por el Estado. En el caso del aprovechamiento para radiodifusión ese permiso es la concesión.

- Son imprescriptibles:

La ocupación sin la debida autorización de un bien de dominio público, aún por tiempo inmemorial, no confiere a nadie el derecho de reclamar la prescripción a su favor.

Cuando hablamos de bienes susceptibles de apropiación privada (por ejemplo un terreno privado) la ocupación puede ser el primer paso para (bajo determinadas condiciones fijadas por ley) ganar posteriormente el

derecho de propiedad y hasta inscribir en el Registro Nacional el bien como uno propio.

Pero en el caso de los bienes de dominio público tal cosa no es así, y aún si la Administración Pública es consciente de que un particular se apropió de parte o la totalidad de un bien de dominio público y no hace nada para recuperarlo, esa inacción o el silencio de la Administración tampoco conlleva que el Estado pierda su titularidad sobre el bien.

Así pues, cuando un bien ha sido afectado al dominio público por su destino natural o por disposición de ley, nunca sale de ese dominio público a no ser que haya un acto expreso (otra ley) que lo desafecte.

No importa el tiempo que alguien posea un bien de dominio público, si esa posesión o aprovechamiento no es legítimamente otorgada, esa persona no podrá adquirir entonces ningún derecho sobre ese bien, y el Estado lo podrá recuperar en cualquier momento (ver por ejemplo el Voto No. No.7 de las 15:05 horas del 20 de enero de 1993, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).

- Son inembargables:

En virtud de las características arriba enunciadas, los bienes demaniales no son tampoco gravables (por ejemplo por medio de hipoteca o prenda) por parte de la Administración Pública, y tampoco podrían ser embargables cuando alguien tuviera alguna causa legal para cobrar de la Administración Pública un resarcimiento o pago de cualquier tipo.

Así por ejemplo: si maquinaria del Estado le dañó la propiedad a X, y por sentencia judicial se le reconoce el derecho de ser indemnizado, en el caso de que a X no le pagaran voluntariamente y se viera forzado a cobrarle al Estado no podría pedir que embarguen una plaza o una playa para rematarla si no se produce el pago.

La protección de los bienes de dominio público tiene tal importancia en nuestro país que incluso existe una disposición penal para su tutela, que es el artículo 227 del Código Penal, que dispone que

“Será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años o con quince a cien días multa:

- 1) El que sin título de adquisición o sin derecho de poseer, detentare suelo o espacio correspondiente a calles, caminos, jardines, parques, paseos u otros lugares de dominio público, o terrenos baldíos o cualquier otra propiedad raíz del Estado o de las municipalidades.
- 2) El que, sin autorización legal, explotare un bosque nacional.
- 3) El que, sin título, explotare vetas, yacimientos, mantos y demás depósitos minerales.
- 4) El que haciendo uso de concesiones gratuitas otorgadas por la ley en bien de la agricultura, hubiere entrado en posesión de un terreno baldío, en virtud de denuncia y después

de explotar el bosque respectivo, abandonare dicho denuncia.

Si las usurpaciones previstas en este artículo se hubieren perpetrado en nombre o por instrucciones de una sociedad o compañía, la responsabilidad penal se atribuirá a su gerente o administrador, sin perjuicio de que la indemnización civil recaiga también sobre la sociedad o compañía.”

De modo entonces que la condición de “bien de dominio público” reviste de especial importancia. Y en el caso particular del espectro radioeléctrico, lo que venimos diciendo nos lleva directamente al siguiente elemento que nos interesa contemplar en este trabajo: éste es un bien de dominio público que por ley (artículo 7 de la Ley de Radio) solo puede ser aprovechado privativamente para la radiodifusión en virtud de un acto de concesión debidamente otorgado por el Estado.

El concepto de “concesión” encuentra en el ordenamiento jurídico costarricense una definición normativa, es decir una definición dada en una regla de Derecho, en este caso en el inciso 7 del artículo 5 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones. De acuerdo con ese Reglamento, la concesión es

“El acto jurídico mediante el cual el Poder Ejecutivo otorga a una persona física o jurídica el derecho para usar y explotar las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones.”

Claramente esa definición refleja el propósito práctico que subyace para el concepto de “concesión” en el contexto de ese Reglamento. Y por eso estimamos conveniente agregar una definición construida por la doctrina del Derecho Administrativo en la que podamos captar de una forma más amplia la naturaleza de la concesión, todo sin perjuicio de dejar señalado que ese concepto ha sido ampliamente discutido y no ha estado exento de interpretaciones divergentes, sin embargo, no siendo la finalidad de este trabajo enfrascarse en una disquisición teórica acerca de esto, nos atenemos a un concepto que responde en términos generales a la concepción que en el presente parece recibir la mayor aceptación.

Así, el concepto de “concesión” se define como

“... un acto de la administración pública por el cual ésta encomienda a un tercero la organización y el funcionamiento de un servicio público, en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones a ese fin, asumiendo dicha persona la prestación del servicio a su propio costa y riesgo, percibiendo por ello una retribución, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones o garantías que le fueran reconocidas, o en ambas cosas a la vez, cumpliéndose el servicio público bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa”³⁷

La concesión de espectro radioeléctrico para la radiodifusión sonora y televisiva

37 Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Volumen II, Buenos Aires, Ediciones DePalma, 1984, páginas 722-723, citado por Arce Ureña, Ana Rebeca, El procedimiento administrativo de concesión de frecuencias de radio a la luz de la nueva Ley General de Telecomunicaciones, Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 2010, 195 págs., pág. 113.

presenta las siguientes características dignas de resaltarse.

- El acto de autorización: la concesión. Como ya lo dijimos, por disposición expresa del artículo 7 de la Ley de Radio solo a través de una concesión se puede utilizar espectro radioeléctrico para radiodifusión abierta.
- El plazo: el plazo de las concesiones no está regulado por la Ley de Radio, que en su artículo 25 se limita a indicar nada más que éste debe ser “limitado”. Actualmente el plazo de las concesiones se rige por lo dispuesto en el artículo 24 inciso a) de la LGT así como el 33 del RLGT, señalando éstos que el plazo será de 15 años prorrogable hasta por 10 adicionales, para un máximo total de 25.

Ahora bien, como ya lo hemos expresado en otras parte de este trabajo, sí tenemos la duda de a partir de cuándo habría que contarle el plazo a los actuales concesionarios, porque sobre ellos no hemos hallado una norma expresa donde se indique cómo quedó el plazo de concesión de cada uno al entrar en vigencia la LGT.

En cuanto a ese aspecto, sí hemos podido hallar que en su momento el Viceministerio de Telecomunicaciones comunicó a la Contraloría General de la República que había llegado a la conclusión, en conjunto con la SUTEL, que *“tanto en el ordenamiento jurídico como en el acto administrativo donde se otorga el recurso se define el plazo de la concesión o permiso como tal, por lo que una vez transcurrido dicho plazo de vigencia, el respectivo título habilitante se extingue automáticamente, por lo que no se requiere la emisión de actos adicionales para declararlo como vencido. Por lo anterior, dicho recurso queda de inmediato a disposición del Estado para nuevas asignaciones. En este sentido, el Registro Nacional de Telecomunicaciones deberá mantener actualizado el estado de vigencia de los títulos habilitantes para lo que corresponda.”*³⁸

Ese párrafo nos responde en una parte la duda que hemos planteado: ya sabemos entonces que, contrario a lo que se solía hacer, en esta ocasión con la entrada en vigencia del nuevo reglamento no se modificó por igual los plazos de vigencia de las concesiones. Pero entonces eso nos lleva a otro lugar no menos complejo: ahora cada concesionario verá vencer su concesión de acuerdo con lo que el mismo título diga, de modo que hay que hacer un inventario o estudio de cada caso para saber cuál sería esa fecha. Ese estudio no parece existir, tal y como se verá en el Capítulo IV de este trabajo.

- Principales deberes del concesionario.

En la radiodifusión sonora, el concesionario tiene señaladas por vía del RLGT las siguientes obligaciones (artículos 99 a 101):

- Debe transmitir por lo menos 12 horas al día.

38 Viceministerio de Telecomunicaciones del MINAET, oficio DM-792-2012 del 6 de noviembre de 2012 dirigido a la Contraloría General de la República.

- No puede utilizar las frecuencias asignadas como enlaces de ninguna clase.
- Cumplir con la cobertura que les corresponda, para lo cual podrán utilizar uno o más transmisores en la misma frecuencia y así cubrir zonas no abarcadas por la emisora matriz, pero todas las transmisiones se alimentarán necesariamente con la misma programación.
- Respetar la zona de cobertura que le fue asignada según si su concesión era de alcance regional o nacional, y no causar interferencias indebidas para las frecuencias asignadas a otros.
- Explotar su concesión de acuerdo con la naturaleza de ésta.
- “Queda absolutamente prohibido el uso de una frecuencia de radiodifusión sonora en la misma banda como repetidora de cualquier radioemisora dentro de la misma zona de cobertura, salvo los casos en que se enlacen para transmitir un programa en específico” (art. 101 párrafo final).

En el caso de la radiodifusión televisiva no encontramos en el Reglamento una enumeración de obligaciones que se parezca a la anterior, aunque se desprende de las obligaciones genéricas de todo concesionario la que respetar su área de cobertura, que en el caso de la TV se categoriza en regional, semiregional y local (art. 123)

- Principales atribuciones del Estado.

Según lo que ya hemos venido diciendo, podemos resumir las principales atribuciones que tiene el Estado frente a los concesionarios en las siguientes: recibir solicitud y otorgar o no la concesión (art. 16 LGT, arts. 17 y 22 RLGT), elaborar y suscribir el contrato de concesión (art. 30 RLGT), recuperar y reordenar las frecuencias cuando razones de interés superior lo hagan necesario (arts. 10 y 21 LGT y art. 10 RLGT), controlar el cumplimiento de los deberes de los concesionarios (art. 10 LGT), conocer de las cesiones de las concesiones (art. 20 LGT), conocer y sancionar sus faltas de acuerdo con las disposiciones normativas vigentes (art. 65 LGT y art. 174 RLGT).

- Causales de finalización de las concesiones.

De conformidad con el artículo 22 de la LGT y 36 del RLGT, las causales de extinción, caducidad y revocación de las concesiones son las siguientes:

“... son causales de resolución y extinción del contrato de concesión las siguientes:

1) La resolución del contrato de concesión procede por las siguientes causas:

a) Cuando el concesionario no haya utilizado las frecuencias para el fin solicitado luego de un año de haber sido asignadas o de haberse concedido la prórroga. Este plazo podrá ser prorrogado por el Poder Ejecutivo, previa recomendación del Consejo, a solicitud de parte y por motivos debidamente

justificados.

b) Incumplimiento de las obligaciones y condiciones establecidas en esta Ley, los reglamentos que al efecto se dicten o las impuestas en el contrato de concesión, excepto si se comprueba caso fortuito o fuerza mayor.

c) Incumplimiento en el pago de la contribución al Fondo Nacional de Telecomunicaciones y de las obligaciones impuestas de acceso, servicio universal y solidaridad.

d) El atraso de al menos tres meses en el pago de las tasas y cánones establecidos en la presente Ley.

e) No cooperar con las autoridades públicas en los casos a que se refiere el artículo 5 de esta Ley.

f) La reincidencia de infracciones muy graves, de conformidad con el artículo 67 de esta Ley, durante el plazo de vigencia del título habilitante.

g) El incumplimiento de brindar acceso inmediato de comunicaciones al Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones (CJIC) en los términos y las disposiciones establecidos en la Ley contra la delincuencia organizada. Esta infracción será catalogada como muy grave, según lo establecido en el inciso a) del artículo 68 de esta Ley.

(Así adicionado el inciso anterior por el artículo 58 de la ley Contra la Delincuencia Organizada, N° 8754 del 22 de julio de 2009).

La declaratoria de resolución del contrato estará precedida de un proceso administrativo que respetará las reglas del debido proceso. El titular de la concesión cuya resolución haya sido declarada por incumplimiento grave de sus obligaciones, estará imposibilitado para mantener nuevas concesiones de las previstas en esta Ley, por un plazo mínimo de tres años y máximo de cinco años, contado a partir de firmeza de la resolución.

2) Las concesiones, las autorizaciones y los permisos se extinguen por las siguientes causales:

a) El vencimiento del plazo pactado.

b) La imposibilidad de cumplimiento como consecuencia de medidas adoptadas por los Poderes del Estado.

c) El rescate por causa de interés público.

d) El acuerdo mutuo de la administración concedente y el concesionario. Este acuerdo deberá estar razonado debidamente tomando en consideración el interés público.

e) La disolución de la persona jurídica concesionaria.

Cuando la extinción se produzca por causas ajenas al concesionario, quedará a salvo su derecho de percibir las indemnizaciones que correspondan según esta Ley y el contrato de concesión.”

Como se puede percibir, el artículo 22 acá citado presenta dos supuestos

diferentes por los cuales una concesión puede acabarse, y por eso se habla por una parte de su “resolución” (inciso 1) y por la otra de su “extinción” (inciso 2). Para ponerlo en términos sencillos, la resolución del contrato ocurre cuando alguna de las partes (el concesionario, principalmente en este caso) ha incurrido en alguna violación a sus términos y entonces recibe como sanción la pérdida de su derecho.

Es por esa razón que el propio numeral en comentario dispone que para esos casos deba darse el debido proceso al concesionario que se pretende sancionar, de modo que éste pueda ejercer la defensa de sus intereses de forma apropiada conforme a la ley.

Diferente es el evento de la “extinción” que desarrolla el inciso 2) que venimos comentando, puesto que trata ya no de un incumplimiento a sancionar de parte del concesionario, sino que la ocurrencia de un evento que le impide que pueda seguir ejerciendo sus derechos, aunque como se ve en el caso de los incisos d) y e) sí se trata de supuestos en los que de alguna manera el concesionario juega un papel activo.

Cuando la extinción ocurre por motivos ajenos al concesionario surge entonces el derecho a percibir indemnización.

Ahora bien, hablando nuevamente acerca del primer supuesto, es decir de la resolución del contrato como sanción a alguna falta cometida por el concesionario, tal y como puede verse en el subinciso f) del inciso 1) la resolución puede aplicarse en el caso de “la reincidencia de infracciones muy graves, de conformidad con el artículo 67 de esta Ley”, siendo que estas infracciones consisten en:

- “1) Operar y explotar redes o proveer servicios de telecomunicaciones sin contar con la concesión o autorización correspondiente.
- 2) Usar o explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico sin la correspondiente concesión o permiso.
- 3) Usar o explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico en violación a lo dispuesto en el Plan nacional de atribución de frecuencias.
- 4) Incumplir la obligación de contribuir con Fonatel.
- 5) Incumplir las obligaciones de acceso y servicio universal impuestas de conformidad con esta Ley.
- 6) Ceder o aceptar la cesión de concesiones sin la aprobación correspondiente.
- 7) Incumplir las instrucciones adoptadas por la Sutel en el ejercicio de sus competencias.
- 8) Negarse a entregar la información que de conformidad con la ley requiera la Sutel, así como ocultarla o falsearla.
- 9) Incumplir la obligación de facilitar el acceso oportuno a las instalaciones esenciales y poner a disposición de los operadores y proveedores información técnica relevante en relación con estas instalaciones.

- 10) Incumplir la obligación de acceso o interconexión y las demás obligaciones que de ella se deriven.
- 11) Suspender el acceso o la interconexión sin autorización de la Sutel.
- 12) Cobrar a los usuarios finales tarifas distintas de las fijadas por la Sutel, cuando corresponda.
- 13) Realizar las prácticas monopolísticas establecidas en esta Ley.
- 14) Realizar una concentración sin la autorización a que se refiere esta Ley.
- 15) Utilizar la información de los usuarios finales para fines no autorizados en la ley.
- 16) Violar la privacidad o intimidad de las comunicaciones de los usuarios finales.
- 17) Incumplir las medidas cautelares adoptadas por la Sutel.
- 18) Incumplir, de manera reiterada, las infracciones graves establecidas en el inciso b) de este artículo.”

Puede verse entonces que la cantidad de faltas consideradas como graves es abundante, y que si un concesionario reincide durante el plazo de su concesión en alguna de ellas podría verse privado entonces de su derecho.

Ahora bien, debe decirse también que no ha sido posible determinar (porque no se reseña en la información que para el público ofrece la SUTEL en su sitio oficial de Internet, y porque por vía de correo electrónico hicimos una consulta que no fue respondida) que al momento presente se haya sancionado en algún momento a algún concesionario de radiodifusión sonora o televisiva, o que en este momento exista algún procedimiento administrativo por esas causales contra ninguno de ellos.

Esa ausencia de acciones de fiscalización no podría al parecer interpretarse como que los concesionarios de la radiodifusión sean obedientes de la legalidad hasta el extremo de no cometer ningún tipo de falta, sino más bien, y esto se verá en otra sección de este trabajo, a que la SUTEL sencillamente no ejecuta las actuaciones que legalmente está obligada a llevar adelante para poner en orden a quienes se encuentran aprovechando el espectro radioeléctrico en la radiodifusión sonora y televisiva de nuestro país.

2. La administración del espectro radioeléctrico. Funciones y atribuciones de las instituciones del Estado.

- 2.1. Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT).
- 2.2. Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL).

Capítulo II. La administración del espectro radioeléctrico. Funciones y atribuciones de las instituciones del Estado.

La administración del espectro radioeléctrico en nuestro país está encomendada, por vía de Ley, a dos instituciones que funcionan como cabezas de un sector global de telecomunicaciones. Esto, como se verá, ha traído muchísimas dificultades prácticas y operativas, pero del mismo modo parece obedecer a un designio de orden político para que haya una especie de “administración técnica” por un lado y por el otro una “administración política” que se hallen separadas, y esa división se palpa particularmente en el campo de radiodifusión.

La estructuración de lo que vendría a denominarse legalmente como “sector de las telecomunicaciones” se puede notar claramente no solo por las normas que se dictaron, sino inclusive en el tiempo: en un espacio de tres meses en el segundo semestre de 2008 fue cuando a nivel legal cristaliza ese proceso, con el dictado de dos leyes que son claves en el esquema actual de las telecomunicaciones. En primer lugar, por su significación en la lógica de la reorganización, pero igualmente si respetamos el orden cronológico, puesto que el 4 de junio de 2008 se dicta y entra en vigencia el día 30 de junio de ese mismo año la Ley General de Telecomunicaciones (LGT) No. 8642.

Seguidamente, se dicta el 8 de agosto de 2012, y el 13 de agosto de ese año entra a regir, la Ley para el Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (LFMEPST) No. 8660.

Ambas leyes posteriormente serían reformadas a su vez por la Ley de Traslado del Sector Telecomunicaciones del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología, N° 9046 del 25 de junio de 2012, que entró a regir el 31 de enero de 2013. Con esa reforma, entre otras cosas se trasladó las competencias que inicialmente se le habían asignado al Ministerio de Ambiente y Telecomunicaciones (MINAET) al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT).

En su versión actual, el artículo 1 de la LFMEPST dispone la creación del sector de

telecomunicaciones en los siguientes términos:

“Créase, por medio de la presente ley, el sector telecomunicaciones y se desarrollan las competencias y atribuciones que corresponden al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (Micitt), que por medio de su jerarca ejercerá la rectoría de dicho sector. Además se modernizan y fortalecen el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y sus empresas; también, se modifica la Ley N.º 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, de 9 de agosto de 1996, para crear la Superintendencia de Telecomunicaciones, en adelante denominada Sutel, que será el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.

Quedan sometidos al ámbito de aplicación de esta Ley toda la Administración Pública, tanto la centralizada como la descentralizada incluyendo a aquellas que pertenezcan al régimen municipal, las instituciones autónomas las semiautónomas y las empresas públicas y privadas, que desarrollen funciones o actividades relacionadas con las telecomunicaciones, infocomunicaciones, productos y servicios de información, interconexión y demás servicios en convergencia del Sector Telecomunicaciones.”

Como se ve, se establece allí no solo el “sector de telecomunicaciones”, sino que además con esa Ley se crea dos entes que vienen a ser las cabezas de ese sector: el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (anteriormente era solamente de “Ciencia y Tecnología”) y la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) como una dependencia de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Pero además se dispone en ese mismo momento que el MICITT será el “ente rector” del sector, con lo cual se asegura entonces la preeminencia del Poder Ejecutivo en el campo.

El esquema que vino a crearse desde el primer momento en que se establece el sector de telecomunicaciones, con dos cabezas o entes que tienen competencias exclusivas pero que a su vez deben obligatoriamente trabajar de manera concurrente en muchos sentidos, por ese solo hecho ya resultaba llamativo. No pasó mucho tiempo para que se hiciera patente que a pesar de que la propia ley declara como “ente rector” a un ministerio (primero al MINAET, y luego al MICITT), la verdad es que ha sido muy difícil para los entes que tienen la responsabilidad principal el poder llevar adelante sus objetivos, y más bien en general se ha presentado una relación muy tirante y descoordinada entre el MICITT y la SUTEL.

Así, en el Informe DFOE-IFR-IR-6-2012 de la Contraloría General de la República, de 30 de julio de 2012, sobre la “Gestión del Espectro Radioeléctrico ante la Apertura de Telecomunicaciones”, se afirma de entrada que esa entidad encontró en su análisis

“Falta de liderazgo en la gestión del espectro por parte del Ministro del MINAET como Rector del Sector Telecomunicaciones, ineficaz coordinación y colaboración MINAET-SUTEL, un Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) que requiere ajustes, no se han definido y atendido los cambios requeridos y carencia de un plan para ejecutar dichos ajustes, y de procedimientos y plazos para su debida revisión y actualización.

No se cuenta con información completa y confiable de la asignación y uso de bandas de frecuencia, debido a la deficiente gestión de ese recurso antes del año 2009, debilidades en los expedientes de asignaciones, originadas antes de que fueran trasladados a la SUTEL, incumplimiento de concesionarios de brindar información a la SUTEL, falta de un sistema de monitoreo para comprobar el uso apropiado de las frecuencias, así como la omisión del MINAET de comunicar a la SUTEL información sobre aspectos técnicos, situaciones que contribuyen a que el Registro Nacional de Telecomunicaciones no incluya toda la información requerida ni constituya un instrumento de apoyo a la gestión del espectro. Se incumple la obligación de reglamentar el funcionamiento de ese Registro, así como la administración, gestión y control del espectro.

Permanecen sin resolverse muchas solicitudes que estaban en trámite al entrar en vigencia la Ley General de Telecomunicaciones; la falta de un plan para ordenar este recurso; el incumplimiento del Poder Ejecutivo de adecuar títulos habilitantes, reasignar frecuencias y exigir devoluciones; debilidades en el procedimiento de concesión de frecuencias; así como la desatención del MINAET y la SUTEL a las recomendaciones del “Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica”.

Si bien existe coordinación entre el MINAET y la SUTEL esta no ha sido eficaz lo que ha ocasionado que muchas solicitudes de información, consultas o recomendaciones no hayan sido atendidas. A ello se suma las diferencias entre ambas instituciones sobre interpretaciones jurídicas y conceptos técnicos que, no obstante la importancia que tienen en sus labores, permanecen sin resolver, perjudicando a su vez el cumplimiento de sus funciones.

El MINAET no ha promovido acciones para actualizar las tarifas vigentes desde 1954 del impuesto de radiodifusión y tanto el destino como los montos recaudados resultan inciertos para ese Ministerio.”³⁹

El resumen inicial que plantea la CGR en el informe de cita es lapidario, y lamentablemente podría decirse que a pesar de haber sido emitido hace ya casi dos años sigue siendo válido y vigente, como más adelante se verá. Debemos advertir además desde ya que muchas de las “debilidades” y omisiones de las que habla ese resumen devienen justamente de deberes que por ley se ha encomendado a los entes públicos que allí se mencionan, de modo que ya podemos empezar a sacar conclusiones sobre el estado de cosas que se ha venido generando.

Como quiera que sea, el resultado del esquema dispuesto por las diversas leyes reguladoras del sector de telecomunicaciones es lo que de momento nos interesa, y por ello nos abocaremos entonces a ver en el resto de este apartado cuáles competencias y deberes se atribuyen a cada ente, de modo que podamos tener entonces una delimitación clara de

39Contraloría General de la República, Informe DFOE-IFR-IR-6-2012 sobre la “Gestión del Espectro Radioeléctrico ante la Apertura de Telecomunicaciones”, 30 de julio de 2012, página sin número, Resumen Ejecutivo.

cuáles responsabilidades debe cumplir cada una y poder analizar su grado de cumplimiento en otra sección de este trabajo.

Debemos entonces comenzar por señalar que en el esquema vigente, la administración y control sobre el espectro radioeléctrico está principalmente en manos de dos instituciones: el MICITT como ente rector, y la SUTEL.

2.1 El ente rector del sector de telecomunicaciones: el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT).

Puesto que parte del objeto de este trabajo es analizar las competencias presentes de cada ente público involucrado, no es de nuestro interés hacer una descripción sobre los antecedentes históricos de este Ministerio, por ahora nos bastará indicar que algunas de sus atribuciones fueron definidas inicialmente por la Ley N.º 7169, Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico, de 26 de junio de 1990.

Esa Ley vino a ser reformada por la N.º 9046 del 25 de junio de 2012 de traslado de competencias ya antes mencionada, y es con esta reforma que en el artículo 20 se introducen los incisos que vendrán a atribuir al MICITT competencias en el sector de telecomunicaciones.

El inciso g) del mencionado artículo 20 le confiere a ese Ministerio la atribución de *“ejercer la rectoría del sector telecomunicaciones generando políticas públicas que permitan el cumplimiento de los objetivos enumerados en el artículo 2 de la Ley N.º 8642, Ley General de Telecomunicaciones.”*

Si nos vamos al artículo 2 de la LGT, los objetivos que debe buscar el MICITT en el área de telecomunicaciones son entonces los siguientes:

- a)** Garantizar el derecho de los habitantes a obtener servicios de telecomunicaciones, en los términos establecidos en esta Ley.
- b)** Asegurar la aplicación de los principios de universalidad y solidaridad del servicio de telecomunicaciones.
- c)** Fortalecer los mecanismos de universalidad y solidaridad de las telecomunicaciones, garantizando el acceso a los habitantes que lo requieran.
- d)** Proteger los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, asegurando eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura, mayor y mejor información, más y mejores alternativas en la prestación de los servicios, así como garantizar la privacidad y confidencialidad en las comunicaciones, de acuerdo con nuestra Constitución Política.
- e)** Promover la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, como mecanismo para aumentar la disponibilidad de servicios, mejorar su calidad y asegurar precios asequibles.

f) Promover el desarrollo y uso de los servicios de telecomunicaciones dentro del marco de la sociedad de la información y el conocimiento y como apoyo a sectores como salud, seguridad ciudadana, educación, cultura, comercio y gobierno electrónico.

g) Asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos.

h) Incentivar la inversión en el sector de las telecomunicaciones, mediante un marco jurídico que contenga mecanismos que garanticen los principios de transparencia, no discriminación, equidad, seguridad jurídica y que no fomente el establecimiento de tributos.

i) Procurar que el país obtenga los máximos beneficios del progreso tecnológico y de la convergencia.

j) Lograr índices de desarrollo de telecomunicaciones similares a los países desarrollados.”

Por su parte, conforme al inciso h) del artículo 20 que venimos citando señala que el MICITT “como rector del sector telecomunicaciones deberá observar y cumplir los principios rectores enumerados en el artículo 3 de la Ley N.º 8642, Ley General de Telecomunicaciones”

Esos principios son

a) Universalidad: prestación de un mínimo de servicios de telecomunicaciones a los habitantes de todas las zonas y regiones del país, sin discriminación alguna en condiciones adecuadas de calidad y precio.

b) Solidaridad: establecimiento de mecanismos que permitan el acceso real de las personas de menores ingresos y grupos con necesidades sociales especiales a los servicios de telecomunicaciones, en condiciones adecuadas de calidad y precio, con el fin de contribuir al desarrollo humano de estas poblaciones vulnerables.

c) Beneficio del usuario: establecimiento de garantías y derechos a favor de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, de manera que puedan acceder y disfrutar, oportunamente, de servicios de calidad, a un precio asequible, recibir información detallada y veraz, ejercer su derecho a la libertad de elección y a un trato equitativo y no discriminatorio.

d) Transparencia: establecimiento de condiciones adecuadas para que los operadores, proveedores y demás interesados puedan participar en el proceso de formación de las políticas sectoriales de telecomunicaciones y la adopción de los acuerdos y las resoluciones que las desarrollen y apliquen. También, implica poner a disposición del público en general: i)

información relativa a los procedimientos para obtener los títulos habilitantes, ii) los acuerdos de acceso e interconexión, iii) los términos y las condiciones impuestas en todos los títulos habilitantes, que sean concedidos, iv) las obligaciones y demás procedimientos a los que se encuentran sometidos los operadores y proveedores, v) información general sobre precios y tarifas, y vi) información general sobre los requisitos y trámites para el acceso a los servicios de telecomunicaciones.

e) Publicidad: obligación de publicar un extracto de las condiciones generales y de las especificaciones técnicas necesarias para identificar las bandas de frecuencia que sean objeto de concurso público en el diario oficial La Gaceta y por lo menos en un periódico de circulación nacional. También, conlleva la obligación de los operadores y proveedores de realizar las publicaciones relacionadas con propaganda o información publicitaria de manera veraz y transparente, en tal forma que no resulten ambiguas o engañosas para el usuario.

f) Competencia efectiva: establecimiento de mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio del Derecho constitucional y la libertad de elección.

g) No discriminación: trato no menos favorable al otorgado a cualquier otro operador, proveedor o usuario, público o privado, de un servicio de telecomunicaciones similar o igual.

h) Neutralidad tecnológica: posibilidad que tienen los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones para escoger las tecnologías por utilizar, siempre que estas dispongan de estándares comunes y garantizados, cumplan los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y los objetivos de política sectorial y se garanticen, en forma adecuada, las condiciones de calidad y precio a que se refiere esta Ley.

i) Optimización de los recursos escasos: asignación y utilización de los recursos escasos y de las infraestructuras de telecomunicaciones de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente, con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios.

j) Privacidad de la información: obligación de los operadores y proveedores, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Política, a garantizar el derecho a la intimidad, la libertad y el secreto de las comunicaciones, así como proteger la confidencialidad de la información que obtengan de sus clientes, o de otros operadores, con ocasión de la suscripción de los servicios, salvo que estos autoricen, de manera expresa, la cesión de la información a otros entes, públicos o privados.

k) Sostenibilidad ambiental: armonización del uso y la explotación de las redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones, con la garantía constitucional de contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Los operadores y proveedores deberán cumplir toda la legislación ambiental que les resulte aplicable.”

De forma específica, de conformidad con el artículo 39 de la LGT son atribuciones del MICITT como ente rector del sector de telecomunicaciones las siguientes:

“a) Formular las políticas para el uso y desarrollo de las telecomunicaciones.

b) Coordinar, con fundamento en las políticas del Sector, la elaboración del Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones. El primer Plan que se dicte deberá establecer, como mínimo, el acceso para las personas físicas a opciones o paquetes de tarifas que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial, con objeto de garantizar el acceso al servicio telefónico para las personas con necesidades sociales especiales, los habitantes de las zonas donde el servicio no sea financieramente rentable, o las personas que no cuenten con recursos suficientes

c) Velar por que las políticas del Sector sean ejecutadas por las entidades públicas y privadas que participan en el Sector Telecomunicaciones.

d) Aprobar o rechazar el criterio técnico de la Superintendencia de Telecomunicaciones, sobre la adjudicación, prórroga, extinción, resolución, cesión, reasignación y rescate de las concesiones y los permisos de las frecuencias del espectro radioeléctrico. En el caso de que se separe de dicho criterio, el Poder Ejecutivo deberá justificar las razones de orden público o interés nacional que lo sustenten.

e) Dictar el Plan nacional de telecomunicaciones, así como los reglamentos ejecutivos que correspondan.

f) Realizar la declaratoria de interés público y dictar el decreto para la imposición de servidumbres forzosas o para la expropiación de los bienes necesarios para la operación de las redes públicas de telecomunicaciones.

g) Representar al país ante las organizaciones y los foros internacionales de telecomunicaciones y en los relacionados con la sociedad de la información.

h) Coordinar las políticas de desarrollo de las telecomunicaciones con otras políticas públicas destinadas a promover la sociedad de la información.

i) Velar por el cumplimiento de la normativa ambiental nacional

aplicable y el desarrollo sostenible de las telecomunicaciones en armonía con la naturaleza.

j) Brindar apoyo técnico al rector en materia de gestión integral de residuos en cuanto a la definición, clasificación y diseño de políticas de gestión de los residuos derivados de las actividades de telecomunicaciones.

k) Las demás funciones que le asigne la ley.

El ministerio rector, para cumplir estas funciones y garantizar la calidad e idoneidad de su personal, contará con los profesionales y técnicos que requiera en las materias de su competencia. Dichos funcionarios estarán sujetos al régimen jurídico laboral aplicable a los de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Asimismo, podrá contratar a los asesores y consultores que necesite para el cumplimiento efectivo de sus funciones. La organización, las funciones y demás atribuciones se definirán reglamentariamente.”

El artículo 10 de la LGT añade además una enumeración de funciones que coinciden básicamente con las que antes se mencionan, como son por ejemplo: “dictar el Plan nacional de atribución de frecuencias en el que se designarán los usos específicos que se atribuyen a cada una de las bandas del espectro radioeléctrico, y se definirán los casos en que las frecuencias no requieren asignación exclusiva; modificar el Plan nacional de atribución de frecuencias por razones de conveniencia y oportunidad; asignar, reasignar o rescatar las frecuencias del espectro radioeléctrico, de acuerdo con lo establecido en el Plan nacional de atribución de frecuencias, de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria, “de conformidad con la Constitución Política y lo dispuesto en esta Ley.”

Puede notarse que en virtud de ese artículo 10 de la LGT hay una atribución que reviste especial importancia entre las que tiene el MICITT, como es justamente la que le encarga asignar, reasignar o rescatar las frecuencias del espectro radioeléctrico, labor que debe hacer “de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria”.

En otras normas de la LGT podemos encontrar además otras funciones que le corresponden al Poder Ejecutivo y que ejecuta el MICITT, entre ellas otorgar las concesiones (art. 12); suscribir el contrato de concesión, que deberá ser refrendado por la CGR (art. 18); autorizar o denegar la cesión de las concesiones (art.20); previa recomendación de SUTEL, acordar la reasignación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico (art. 21); emitir en octubre de cada año un Decreto donde se fija el monto de canon de reserva de espectro a pagar por los operadores en el año próximo (art. 63); reglamentar la Ley General de Telecomunicaciones emitiendo los siguientes reglamentos: Reglamento a la Ley general de telecomunicaciones, Reglamento sobre administración, gestión y control del espectro radioeléctrico, Plan nacional de atribución de frecuencias radioeléctricas, Plan nacional de numeración, Reglamento sobre medidas de protección de la privacidad de las comunicaciones (art. 77).⁴⁰

⁴⁰ Como veremos en otra sección de este trabajo, justamente esta labor de emitir varios reglamentos, y otros deberes conferidos en las normas que venimos citando, conforman el conjunto de omisiones que entidades como la Contraloría General de la República le atribuyen al MICITT en diversas áreas.

Vemos entonces que el MICITT no solo está habilitado legalmente para llevar adelante una serie de acciones de diversa naturaleza en lo que toca a la administración eficiente del espectro radioeléctrico, entre ellas cuenta incluso con la posibilidad de rescatar y reasignar su uso cuando razones de interés público así lo demanden.

Justamente en virtud de eso, y a causa de los diagnósticos que sobre el estado de uso del espectro radioeléctrico se han ido elaborando, es que la CGR ha llegado a la conclusión de que el Poder Ejecutivo (primero a través del MINAET y ahora por medio del MICITT) debió iniciar desde hace mucho tiempo diversos procedimientos para recuperar espectro radioeléctrico que está siendo mal utilizado o subutilizado.

La causa eficiente de esa afirmación surge del Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones, que estableció como una obligación de todos los concesionarios de frecuencias, tanto públicos como privados, el rendir dentro de los tres meses siguientes a la conformación del Consejo de la SUTEL⁴¹ “un informe en el que indiquen las bandas de frecuencia que tienen asignadas, así como el uso que estén haciendo de cada una de ellas”. Luego de que se contara con ese informe, ese mismo Transitorio disponía que debía el Poder Ejecutivo resolver lo que correspondiera para que las concesiones queden ajustadas a las disposiciones de la LGT.

Muy interesantemente, el párrafo segundo de ese Transitorio dispuso que “*los concesionarios de bandas de frecuencia, públicos o privados, excepto los concesionarios indicados en el artículo 29 de esta Ley, deberán devolver las bandas de frecuencias que el Poder Ejecutivo determine que deben ser objeto de reasignación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de esta Ley.*”⁴²

41 Debe tenerse en cuenta que el 26 de enero del 2009 quedó integrado el Consejo de la SUTEL, ratificado por la Asamblea Legislativa, mediante el acuerdo No 6378-08-09 publicado en La Gaceta N°. 26 del 6 de febrero del 2009.

42 “ARTÍCULO 21.- Reasignación de frecuencias. Procederá la reasignación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico cuando: a) Lo exijan razones de interés público o utilidad pública. b) Lo exijan razones de eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico. c) Se requiera para poner en práctica nuevas tecnologías. d) Sea necesario para resolver problemas de interferencia.

e) Exista una concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva.

f) Sea necesario para cumplir tratados internacionales suscritos por el país.

Corresponde al Poder Ejecutivo, previa recomendación del Consejo, acordar la reasignación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para ello se deberán tomar en cuenta los derechos de los titulares y la continuidad en la operación de redes o la prestación de los servicios.

La reasignación dará lugar a una indemnización únicamente cuando se impida al adjudicatario la operación de las redes o la prestación de los servicios en los términos indicados en la concesión correspondiente, o bien, cuando dicha reasignación sea la única causa que obligue a sustituir o renovar equipos.”

Precisamente los concesionarios señalados en el artículo 29 de la LGT son los de radiodifusión, para quienes el párrafo tercero siguiente dispone que *“deberán rendir un informe en el que indiquen las bandas de frecuencias que tienen asignadas, así como el uso que estén haciendo de ellas. Mediante resolución fundada y siguiendo las reglas del debido proceso, el Poder Ejecutivo resolverá la devolución de las bandas que no se estén utilizando, de conformidad con la legislación vigente y el respectivo contrato de concesión.”*

De modo pues que de acuerdo con esa disposición legal, a contar desde los tres meses siguientes a la fecha en que se constituyó el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones los radiodifusores de todo tipo tenían que entregar ese informe, y luego de eso, entregada la información o vencido el plazo, el Poder Ejecutivo debía resolver lo correspondiente, llegando incluso a ordenar la devolución de la frecuencia si se acreditaba que su uso era ilegítimo por cualquiera de las razones que podría serlo (por ejemplo el no contar con concesión, el que habiendo contado con ella su plazo estuviera vencido y no hubiere prórroga, etc.).

Más adelante nos ocuparemos también de este tema, pero desde ahora se estima pertinente señalar cómo una de las “razones” que el entonces ente competente para iniciar el proceso de recuperación de frecuencia, el MINAET, argumentaba para “dudar” sobre la manera en que debía proceder era su alegado “temor” a tener que indemnizar a los radiodifusores que se vieran afectados.

En entrevista concedida al Diario Extra el día 10 de agosto de 2012, el Ministro de Ambiente, Energía y (en ese entonces) Telecomunicaciones, René Castro Salazar, expuso esa tesis con argumentos bastante llamativos. De hecho el planteamiento mismo era ya de por sí ya uno bastante curioso: ante presiones que estaba recibiendo el MINAET en virtud de los cuestionamientos provenientes de la CGR⁴³, el Ministro comenzó por indicar que iban a proponerle a esa Contraloría comenzar incluso por “priorizar por orden de importancia” el uso de frecuencias que les tocaba ordenar, y sin explicar bien con qué criterio el señor Ministro determinaba cuál uso era más importante que otro de una vez adelantó que el propósito de su idea era justamente el de darle *“la posibilidad a las empresas de radio y televisión de arreglar su situación cuando tengan que implementar acciones ante una serie de reformas que se vislumbran, por ejemplo el cambio a televisión digital”*.⁴⁴

Pero las palabras del Ministro no se quedaron allí, sino que además justificó la inacción de su Ministerio diciendo *“que si bien es cierto las frecuencias del espectro radioeléctrico son bienes demaniales del Estado, no se pueden ver como otras acciones administrativas o de recuperación debido a que se tocan aspectos como la libertad de empresa y los derechos adquiridos por las compañías”*. Y además agregó que la CGR no

43 Ya antes mencionamos el Informe DFOE-IFR-IR-6-2012 de 30 de julio de 2012.

44 Diario La Extra. Plantearán priorización de ordenamiento del espectro, Sección de Nacionales, 10 de agosto de 2012. En cuanto a esto, hay que mencionar además que para el momento de esa entrevista apenas se tiene definido que en diciembre de 2017 se produciría el apagón analógico de la televisión, mientras que para la radio ni siquiera se ha seleccionado ningún estándar un y el proceso va muy lento; siendo así, la gran pregunta que surge es entonces para cuándo finalmente los radiodifusores tendrían que ajustarse a la normativa imperante para “arreglar su situación”.

estaba tomando en cuenta “el costo-beneficio” de una recuperación porque la radiodifusión daba “un servicio público”.

Y para terminar de complicar el panorama, en esa misma nota periodística se entrevista al señor Carlos Raúl Gutiérrez, en ese momento Presidente del Consejo de la SUTEL, y el señor Gutiérrez manifiesta que la SUTEL también coincide con el planteamiento de “priorizar” los usos que se deben reordenar porque en ese momento la entidad estaba ocupada principalmente de la licitación de espectro para telefonía y de la conformación de la “Dirección General de Calidad”, con lo cual se sugiere que estaban ocupados en otras cosas y no tenían interés o recursos para abocarse a la evaluación del uso de frecuencias de radiodifusión con miras a un posible proceso de recuperación de las que tuvieran irregularidades.

Evidentemente esos argumentos son legalmente inadmisibles. En primer lugar la ley no habla de “priorizar” por usos el espectro radioeléctrico para ir ordenándolo después, y además ni siquiera se sabe qué criterios serían los utilizados para “priorizar”.

Pero además el hecho de que se diga desde el inicio que la idea es darle tiempo a los radiodifusores de radio y televisión a que “arreglen” sus cosas es claramente un favorecimiento de parte del Poder Ejecutivo y del MINAET que, en vez de aplicar las leyes, pretende “dejarlos para luego”, y que ellos sigan utilizando el espectro radioeléctrico como lo vienen haciendo no importa si cumplen con los requisitos de la legislación vigente obliga.

Y en cuanto los presuntos “derechos adquiridos”, “costo-beneficio” y “libertad de empresa” la cuestión es elocuente. Al leer tales argumentos uno creería que quien está hablando es el representante de las cámaras de radiodifusores, y no el “rector del sector de telecomunicaciones”, que debería entender que su obligación legal es proceder a la defensa de los bienes de dominio público sin tener tantas “dudas” para no afectar a los que podrían estar utilizando incluso indebidamente ese bien de dominio público.

Es claro que tales argumentos no caben. Ya antes dijimos que no se puede aceptar como una fuente de derechos el uso no autorizado de un bien de dominio público, y por ende no tiene el Estado que indemnizar a ningún radiodifusor que esté ejerciendo esa actividad sin concesión o sin ajustarse a la normativa vigente. Eso debería saberlo el señor Ministro porque se trata de conocimiento legal básico en la administración pública.

Pero además, si es que el señor Ministro ignora esas razones legales, ya desde el 5 de julio de 2011 (es decir desde hacía más de un año atrás) la Procuraduría General de la República se había pronunciado acerca de este tema mediante el Dictamen C-151-2011, dirigido al entonces Ministro de Ambiente y Energía, Don Teófilo de la Torre (y del que también se le remitió copia a la Licda. Maryleana Méndez Jiménez, Presidente del Consejo de la SUTEL), y en ese pronunciamiento la PGR, con toda la claridad que el idioma castellano permite, le había hecho saber el entonces Ministro (justamente el antecesor en el cargo del Sr. René Castro) que en los casos de uso no autorizado del espectro radioeléctrico no cabe hablar de “derechos adquiridos” ni de “indemnizaciones” para nadie, ni siquiera en el caso de los radiodifusores que hubieran estado pagando el canon de uso del espectro pero que igual tenían alguna irregularidad.

En ese Dictamen, una de las conclusiones que entonces le comunica la PGR al MINAET es que en razón de lo anterior *“la recuperación de las frecuencias ilegalmente*

*utilizadas y el someter al solicitante a los procedimientos de concurso público no violenta el principio de seguridad jurídica ni su corolario, el de intangibilidad de los actos propios declaratorios de derechos para el administrado. Precisamente porque no se les ha otorgado una concesión, los solicitantes no tienen a su haber un acto declaratorio de derechos”.*⁴⁵

En criterio de la PGR, no debe pensarse en indemnizar porque la propia LGT en su artículo 67 más bien conceptúa como una “falta grave” la utilización del espectro radioeléctrico sin autorización. Y además porque

“El legislador estableció la potestad del Ejecutivo de reasignar o rescatar frecuencias pero, en principio, la reasignación no se indemniza. Conforme el artículo 21 de la Ley 8642 la reasignación solo da lugar a la indemnización cuando se impida al adjudicatario (sea a quien tiene un título habilitante) la operación de las redes o la prestación de los servicios en los términos de la concesión o bien, si esa reasignación es la única causa que obligue a sustituir o renovar equipos. Caso contrario no se indemniza. De modo que la devolución de frecuencias para su reasignación no es indemnizable salvo en los términos dispuestos por ese artículo 21 de la Ley General. Por consiguiente, si una persona no es concesionario y además hace una explotación del espectro en forma contraria al ordenamiento, no se ve cómo el rescate de las frecuencias va a generar un amplio derecho de indemnización, si este no ha sido previsto en forma general para quienes son titulares de las frecuencias.”⁴⁶

Y si todo eso no es suficientemente claro, debe citarse para finalizar la conclusión número 21 del documento que venimos aludiendo, donde textualmente se dice que *“establecer como regla que el explotante sin concesión del espectro debe ser indemnizado en caso de retiro de las frecuencias, conduciría a darle un trato más favorable que el dispuesto por el ordenamiento para los concesionarios que deben devolver frecuencias para su reasignación”.*

Lo dicho evidencia dos cosas: por una parte el Ministro Castro Salazar no comprende bien las obligaciones que las normas legales le imponían en ese momento (eso en el mejor de los casos) y por otra ni siquiera se daba por enterado de que sus “dudas” tenían además más de un año de haber sido aclaradas al Ministerio de Ambiente que él encabezaba al momento en que brindó la entrevista.

Pero bueno, estamos cruzando ya la frontera del contenido de esta sección del trabajo. Por lo pronto, lo que debemos tener en mente entonces es no solo que el MICITT tiene importantes competencias legalmente atribuidas, sino que además está obligado a ejercerlas en virtud del principio de legalidad administrativa que anteriormente explicamos, y especialmente por el hecho de que el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público, condición que le imprime una serie de rasgos que implican un tratamiento distinto

⁴⁵ Procuraduría General de la República, Dictamen C-151-2011, del 5 de julio de 2011, Conclusión No. 21.

⁴⁶ Procuraduría General de la República, Dictamen C-151-2011, del 5 de julio de 2011. La negrita no es del original.

al de otro tipo de bienes.

Esas atribuciones están allí, y el plazo para ejercerlas hace mucho que arrancó y expiró. Más adelante se hablará sobre eso. De momento lo que corresponde es pasar a conocer al otro protagonista de la administración del sector de telecomunicaciones en nuestro país: la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL).

2.2 La Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL).

Como ha quedado dicho, la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) fue creada mediante la Ley para el Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (LFMEPST) No. 8660 del 8 de agosto de 2012.

Justamente, en esa Ley se le asignan sus principales atribuciones en lo que concierne al espectro radioeléctrico, siendo la misión de la SUTEL la de “de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones” (artículo 1). Esa misión se encuentra planteada en términos prácticamente idénticos en la LGT, como se puede ver por ejemplo en el artículo 6 inciso 27) de ese cuerpo normativo.

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 10 de la LGT a la SUTEL *“le corresponderá la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales”*. En otras palabras: la SUTEL es el ente público encargado del trabajo práctico, sobre el terreno, de comprobación de emisiones radioeléctricas.

Es competencia legalmente atribuida también de la SUTEL la de realizar los estudios preliminares de necesidad y factibilidad para el otorgamiento de nuevas concesiones y, cuando se determina que se justifica otorgar nuevas concesiones, realizar el procedimiento concursal, cuyos elementos y fases se encuentran señalados en la misma LGT (art. 12). Sobre este aspecto (otorgamiento de las concesiones) nos ocuparemos en otro segmento de este trabajo.

Las atribuciones que le corresponden a la SUTEL son muchas y muy variadas, y se hallan tanto en la LGT como en la LFMEPST. No haremos acá entonces referencia a la totalidad de ellas que hemos podido determinar al analizar esas leyes, y dejamos un cuadro resumen en el Anexo 2 de este trabajo donde el lector interesado podrá ver con detalle esa reseña. Para los fines del presente trabajo, nos ocuparemos solamente de las atribuciones de la SUTEL que más tienen que ver con nuestro objeto.

El artículo 60 inciso c) LFMEPST encarga a la SUTEL *“promover la diversidad de los servicios de telecomunicaciones y la introducción de nuevas tecnologías”* y el inciso f) de esa misma norma le señala como misión también la de *“asegurar, en forma objetiva, proporcional, oportuna, transparente, eficiente y no discriminatoria, el acceso a los recursos escasos asociados con la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones”*.

El inciso k) de ese mismo numeral dispone que la SUTEL debe igualmente *“conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones; así como establecer la responsabilidad civil de sus funcionarios”*.

Complemento de las anteriores, la LGT también señala algunas competencias para la SUTEL que resultan muy relevantes. Entre ellas podemos señalar en primer término las de “promover los principios de competencia en el mercado nacional de telecomunicaciones” (art. 52 inciso a.) y “analizar el grado de competencia efectiva en los mercados” (inciso b. de ese mismo numeral).

De la lectura de los artículos 52, 54 y 55 de la LGT surgen una serie de obligaciones para la SUTEL que ponen en evidencia que esta institución está obligada por ley a tener un papel activo en el control de las prácticas que tiendan hacia la concentración en las telecomunicaciones, cosa muy importante por cuanto como se verá en otra parte de esta investigación (Capítulo IV) justamente uno de los aspectos que se ha denunciado y criticado con más claridad tanto por la Contraloría General de la República como por otros sectores es la concentración de frecuencias en pocas manos, sin que la SUTEL tome ninguna acción en esa línea.

De los artículos 52, 54 y 55, de la Ley General de Telecomunicaciones sin embargo, la SUTEL recibe los siguientes deberes:

- Evitar los abusos y las prácticas monopolísticas absolutas o relativas por parte de operadores o proveedores en el mercado, estos últimos no podrán asignar a un solo operador sus sistemas y tecnologías con fines monopolísticos. Si se llega a determinar que un proveedor ha creado o utilizado otras personas jurídicas con estos fines monopolísticos, la Sutel deberá garantizar que dicha práctica cese inmediatamente, sin detrimento de las responsabilidades que esta conducta derive.
- Competencia exclusiva para conocer de oficio o por denuncia, así como para corregir y sancionar, cuando proceda, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.
- Analizar y pronunciarse sobre los elementos que aporten las partes cuando se investiga posibles prácticas monopolísticas absolutas o relativas.
- Sancionar las prácticas monopolísticas.
- Imponer medidas correctivas a los operadores cuando realicen concentración indebida o prácticas monopolísticas (art. 58).

Ciertamente el tono predominante en el ámbito de “promoción de competencia” es el mercantil, y no pareciera estarse hablando de “competencia” para concitar diversidad o pluralismo, eso parece estar bien claro. Más sin embargo creemos que estas disposiciones igual podrían llevar, aunque no se quisiera, a que la SUTEL tenga que intervenir en el ámbito de la concentración de frecuencias y terminar actuando con relación a la concentración de medios.

Para ejercer cualquier atribución en la línea de sancionar cualquier práctica

monopolística (y es allí donde vemos la orientación de la LGT, que desconoce en materia de radiodifusión sonora y televisiva de señal abierta operadores que no tengan fines de lucro), la SUTEL debe eso sí solicitar *“a la Comisión para Promover la Competencia los criterios técnicos correspondientes. Dichos criterios se rendirán en un plazo de quince días hábiles, contado a partir del recibo de la solicitud de la Sutel”*, aunque, *“los criterios de la Comisión para Promover la Competencia no serán vinculantes para la Sutel. No obstante, para apartarse de ellos, la resolución correspondiente deberá ser debidamente motivada y se requerirá mayoría calificada para su adopción”* (art. 55).

La “Comisión para Promover la Competencia” que menciona la LGT es la del Ministerio de Economía, no es un ente orientado hacia la defensa de valores democráticos en un sistema político, sino hacia la defensa de los valores de “la libre competencia” que sirve como norte discursivo (nada más) a la acción que en el campo económico desarrolla el Estado costarricense.

Más adelante veremos precisamente cómo uno de los aspectos más llamativos en la actualidad del modelo de radiodifusión nacional es la fuerte concentración y la falta de diversidad. Y veremos también cómo las entidades encargadas de administrar y controlar el espectro radioeléctrico (el MICITT y la SUTEL misma) han evadido hacer cualquier estudio (y ya no digamos tomar alguna acción concreta para erradicar la concentración) utilizando débiles argumentos, algunos tan poco creíbles como el que cada uno está esperando a que el otro haga “un estudio” antes de tomar cualquier acción, con lo cual se cae en una inercia en donde en realidad ninguno de los entes hace nada pero pretende estar “sujeto” por el otro, y con ello “justificar” así su interesante inmovilidad en este sentido.

Y es que esa inmovilidad se vuelve todavía más notoria cuando la contrastamos con la actividad que sí ha demostrado la SUTEL ante peticiones de la Cámara Nacional de Radio (CANARA) para atacar lo que ella denomina “radios piratas”, tema este que ya fue comentado en el Capítulo I de este trabajo, y que ahora mencionamos solamente por el hecho de que la siguiente atribución legal que queremos reseñar de la SUTEL es justamente la de *“conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores o proveedores y también los que exploten redes de telecomunicaciones o presten servicios de telecomunicaciones de manera ilegítima”* que se encuentra establecida en el artículo 65 de la LGT.

El artículo 66 de esa misma Ley le confiere además a la SUTEL la atribución de establecer medidas cautelares en esos procedimientos de investigación. Tanto como medida cautelar para mientras se tramita el procedimiento, como sanción final, la SUTEL está autorizada por ley para que, dando el debido proceso, pueda ordenar *“el cierre definitivo de un establecimiento y la clausura de sus instalaciones, la remoción de cualquier equipo o instrumento que permita la operación de redes o la prestación de servicios de telecomunicaciones en forma ilegítima, o ponga en riesgo la integridad de las instalaciones, redes, equipos y aparatos. Para ejecutar estas medidas se dispondrá del auxilio de la Fuerza Pública”* (art. 69 LGT).

Como se ve, la SUTEL tiene entonces importantes competencias atribuidas legalmente para poder, si quisiera, introducirse en un campo que realmente es complicado en nuestro país, como es el tema de la concentración de frecuencias tanto en radiodifusión

sonora como televisiva. En ese sentido, no cabe entonces ninguna excusa.

Es muy interesante acotar, ya para cerrar este segmento que durante esta investigación tratamos que buscar información para saber si la SUTEL ha sancionado en su tiempo de existencia a algún concesionario de radiodifusión sonora o televisiva por alguna infracción a las normas que determinan sus deberes (por ejemplo aquellos que no cumplen el servicio de las zonas que tienen atribuidas, como es el caso de las televisoras Canal 6 y Canal 7, que en octubre del año 2010 fueron objeto de notas periodísticas por ese hecho), sin embargo, nuestra consulta en la sección específica que la SUTEL tiene disponible para que se pueda saber las sanciones que ha aplicado (<https://sites.google.com/a/rnt.sutel.go.cr/rnt/sanciones>) no arrojó la existencia de ninguna.

La consulta a ese link fue realizada por nuestra parte el día 15 de diciembre de 2013, a las 11:12 hrs., y el resultado se muestra en el Anexo 3 de este trabajo. Allí se aprecia que la única información que se refleja corresponde a los años 2009 y 2010. No sabemos si eso corresponde a que la información esté desactualizada o a que durante los años 2011, 2012 y 2013 la SUTEL no haya aplicado ninguna sanción, aunque sabemos que en noviembre de 2013 los medios de comunicación informaron que esa entidad había cerrado al menos cuatro “emisoras piratas” (ver el Capítulo I de este trabajo).

Al revisar la sección de sanciones en el sitio web de la SUTEL vemos que solo se reseñan en total siete sanciones aplicadas. Tres de ellas en el año 2010 y cuatro en el año 2009.

De las “sanciones” del año 2009 solamente dos de los documentos “disponibles” se pueden ver, y ninguno es relacionado con radiodifusores. Hay dos que no se pueden visualizar ni descargar, pero se les denomina “GalizaBusinessApartmentsSA” y “CafeBrittCostaRicaSA”, por lo que no parecieran estar relacionados tampoco con radiodifusores.

En cuanto a las sanciones del año 2010, las tres que aparecen reportadas se refieren a quejas interpuestas contra el ICE por problemas en la prestación de servicios de transmisión de datos, y ninguna de ellas se trata de procedimientos instaurados en contra de ningún concesionario de radiodifusión sonora o televisiva.

Capítulo III. Principios que derivan del marco normativo que respalda y vincula a las entidades responsables.

- 3.1. Los principios de la administración del espectro de acuerdo con la LGT.
- 3.2. Los valores constitucionales complementarios a esos principios.
 - a) El principio democrático.
 - b) El principio de legalidad.

c) El Estado como promotor y garante del bien común.

3.3. Algunos derechos fundamentales (clásicos y nuevos) que entran en juego: el derecho a la información, la libertad de expresión y de opinión, y el derecho a la comunicación en general (en el contexto de la sociedad de la información).

La administración de la cosa pública en términos generales está confiada al Estado, que opera y se manifiesta a través de los entes, lo que se denomina también “la Administración”. Pero esa labor es al mismo tiempo un poder y un deber.

Es un poder en tanto se trata de una atribución conferida por el ordenamiento jurídico donde incluso muchas veces priva un carácter exclusivo y excluyente frente a otros sujetos que conforman la sociedad y el Estado como unidad política. Así por ejemplo, el poder de policía, la red vial de transporte, y otros, son ámbitos en los que la Administración tiene el mandato legal pero al mismo tiempo la competencia exclusiva de ejercerlos, de modo que en algunos casos (por ejemplo la defensa armada del orden público o el territorio nacional) nadie podría arrogarse la autoridad para hacerlo o, en otros (por ejemplo la obra pública y el ejercicio de la radiodifusión de señal abierta) nadie podría actuar sin que medie una concesión en la que el Estado, de manera formal y expresa, le autorice ese ejercicio.

El deber viene dado en tanto administrar la cosa pública se encomienda como tarea que tiene sus fines debidamente establecidos por normas de diferente jerarquía, desde la Constitución Política hasta las de rango inferior, pero además en el tanto que es obligación buscar esos fines y hacerlo por los medios que las mismas normas jurídicas le autorizan a la Administración para que los procure. Es decir: la Administración está compelida también a ejercer sus atribuciones.

En términos generales, se dice entonces que la labor de la Administración y del Estado mismo es satisfacer “el bien común”, o “el interés general” de la Nación. Eso por lo menos en los modelos de Estado que se autodefinen como Estados de Derecho, puesto que no puede obviarse el hecho de que a lo largo de la historia de la humanidad ha habido diferentes formas de organización del Estado en los que un modelo ideológico determinado mueve a que sin ningún problema se privilegie la existencia del Estado mismo como el fin último de la organización de la unidad política, con lo cual la sociedad pasa a un plano secundario y se “justifica” entonces un poder autoritario que puede variar de signo ideológico (baste recordar por ejemplo los regímenes fascistas y estalinistas de los años 40 del Siglo XX, por ejemplo).

En nuestro caso, el modelo que pretendemos vivir como país es el de un Estado de Derecho, y no solo eso, sino un Estado Social de Derecho. El Estado Social de Derecho ha sido definido como “*aquel cuyo ordenamiento incorpora, además de las garantías a los derechos de libertad, también obligaciones que requieren del Estado prestaciones positivas en garantía de derechos sociales, como los derechos a la subsistencia, a la alimentación, al trabajo, a la salud, a un salario justo, a la educación, a la vivienda, a la información, a la autodeterminación, etc.*”⁴⁷

47 Antillón Montealegre, Walter. *El Estado Social de Derecho y su reforma*. Revista de Ciencias Jurídicas. (82): 13.16. Setiembre-Diciembre. 1995, citado en la investigación El Estado Social de Derecho, del Centro de Información Jurídica en Línea, San José, Universidad de Costa Rica – Colegio de Abogados, disponible en

No viene al caso acá desarrollar un trabajo sobre historia del Estado, pero sí es conveniente, para entender mejor qué significa el concepto de Estado Social de Derecho, contraponerlo con su antecesor históricamente inmediato: el Estado Liberal de Derecho. Y siguiendo al Dr. Walter Antillón en su obra que venimos citando, es propicio acotar que

“Con respecto al Estado (liberal) de Derecho, el Estado Social de Derecho representaría un momento posterior en el desarrollo de la Humanidad, y constituiría un 'plus' en relación con aquél, en cuanto lo supone y, a la vez, lo supera. La tradición liberal concibió el Estado de Derecho como limitado solamente por prohibiciones, en garantía de los derechos del individuo a no ser privado de la vida y de las libertades (en la tradición doctrinal de Locke y Rousseau, se trataba del Contrato Social Mínimo). En efecto, las garantías liberales consisten en deberes públicos cuyo contenido son prestaciones negativas o no prestaciones, y cuyo campo más importante se refiere al uso de la fuerza, es decir, al derecho penal ordinario y al derecho administrativo de policía. De manera que estas garantías se concretan en un sistema de prohibiciones inderogables: prohibición de castigar, de privar de libertad, de registrar, de censurar, de irrumpir en el ámbito privado, de interferir en la actividad privada, etc., a menos que se den las condiciones establecidas en la Constitución y en la ley.”⁴⁸

Frente a ese modelo de Estado cuya principal misión es “no interferir”, el Estado Social de Derecho tiene como deber más bien el de participar activamente en la vida de la Nación, pero no para imponerse como un Estado totalitario, sino para ocuparse de la promoción del bien común y del desarrollo equitativo de la sociedad, interviniendo en donde sea necesario para garantizar la armonía y el orden.

En nuestro país, diferentes normas constitucionales enuncian que el modelo de organización del Estado se decanta por el de un Estado Social de Derecho, siendo probablemente una de las más claras en ese sentido el artículo 50 de la Carta Magna, que en su párrafo primero dispone que “*el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza*”. Como más adelante veremos, nos parece que de esa disposición podrían derivarse importantes consecuencias en lo que a la administración del espectro radioeléctrico supone, y es por ello que en este capítulo nos ocuparemos entonces de generar una visión más amplia sobre ello.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado sin ningún tipo de dudas ni ambages que Costa Rica es, o aspira a ser, un Estado Social de Derecho, y reiterados criterios jurisprudenciales así lo enfatizan. Entre ellos nos parece interesante reproducir acá el siguiente criterio:

“La transformación del Estado en la Segunda Postguerra Mundial, ciertamente, ha dado dimensiones nuevas a sus responsabilidades en materia económica, que ha venido a autorizarlo para intervenir en la actividad económica, e inclusive, para ser propietario de medios de producción,

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/>, página 4.

48 Ibid., pág. 6.

mientras no se invadan o menoscaben las libertades derivadas de la misma formulación del modelo económico establecido el cual, por ende, impediría la estatización de la economía y la eliminación o la grave obstaculización de la iniciativa privada (ésta, fundamentada en el principio y sistema de la libertad, en función, entre otros, de los artículos 28, 45 y 46 de la Constitución, tal como fueron declarados por esta Sala, por ejemplo, en sus sentencias # 3495-92 y # 3550-92, de 19 y 24 de noviembre de 1992, Atemperados por principios de justicia social que aseguren a todos los individuos una existencia digna y provechosa en la colectividad). La Constitución vigente, en su artículo 50, consagra un criterio importante en esta materia, dando fundamento constitucional a un cierto grado de intervención del Estado en la economía, en el tanto no resulte incompatible con el espíritu y condiciones del modelo de "economía social de mercado" establecido constitucionalmente, es decir, se postula en esa norma, y en su contexto constitucional, la libertad económica pero con un cierto grado, razonable, proporcionado y no discriminatorio de intervención estatal, permitiéndose al Estado, dentro de tales límites, organizar y estimular la producción, así como asegurar un "adecuado" reparto de la riqueza. Esta Sala en su sentencia #1441-92, de las 15:45 horas del 2 de junio de 1992, dispuso:

‘El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que "el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza" lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 ibídem, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado Social de Derecho’⁴⁹

Lo que queremos con este capítulo es hacer ver que la administración del espectro radioeléctrico, igual que la de los otros bienes de dominio público que están confiados al Estado, no está exenta de reglas para la propia Administración Pública, sino que por el contrario, hay normas y principios de carácter general y hasta de rango constitucional que deberían ser bien tomados en cuenta para la determinación de las acciones y las políticas públicas que se aplican, cosa que no siempre parece ocurrir.

Contrario a lo que la jerarquía de normas nos marca, vamos a comenzar este capítulo presentando no las normas o principios de rango constitucional, sino normas y principios de rango legal. Y eso lo hacemos porque es conveniente enfatizar que los primeros principios que vamos a mencionar son de la mismísima Ley General de Telecomunicaciones, de modo que en todo momento debe tenerse en cuenta que se trata de principios que específicamente están establecidos por la ley especial vigente para ser aplicados en la administración y el control del espectro radioeléctrico.

Posteriormente, veremos varios principios de rango constitucional porque nos interesa mostrar como el marco necesario de referencia, que debe servir para interpretar (en

49 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 550-95, de las 16:33 hrs. del 31 de enero de 1995.

función de los valores del Estado Social de Derecho) el fenómeno de la administración y el control del espectro radioeléctrico en tanto bien de dominio público.

3.1 Los principios de la administración del espectro de acuerdo con la LGT.

Es muy importante comenzar este apartado partiendo del entendimiento que la propia Ley General de Telecomunicaciones en su artículo 7 dispone que el espectro radioeléctrico, además de ser un bien de dominio público, está sujeto a fines definidos normativamente, y que *“su planificación, administración y control se llevará a cabo según lo establecido en la Constitución Política, los tratados internacionales, la presente Ley, el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, el Plan nacional de atribución de frecuencias y los demás reglamentos que al efecto se emitan”*.

No podría ser de otro modo, puesto que si estamos en un Estado de Derecho las actuaciones de la Administración Pública y el ordenamiento jurídico mismo debe ser consecuente con la jerarquía de normas que regulan al Estado, siendo la primera de ellas la Constitución Política.⁵⁰ Pero desde ya conviene además llamar la atención sobre un detalle que puede tornarse muy importante: cuando en el artículo 7 de la LGT se habla de “tratados internacionales” no se reduce ese concepto a “tratados internacionales en materia de telecomunicaciones”, sino que se habla de “tratados internacionales” en general, con lo cual de inmediato debe traerse al primer plano el hecho de que nuestro país tiene tratados internacionales de muchos tipos, y entre ellos destacan los de Derechos Humanos (por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, entre otros).

Siendo así, vemos que como es debido en el marco de un Estado Social de Derecho, la interpretación de las normas debe hacerse desde un enfoque más amplio, donde se debe tomar en cuenta los principios fundamentales mismos del modelo de Estado, y esos principios pueden encontrarse no solo en normas de tipo técnico, sino también en las que establecen los derechos fundamentales, tanto a nivel individual como colectivo, de los habitantes del país.

Pero sigamos nuestra exposición. Como ya lo anticipábamos, aparte de lo enunciado en el artículo 7 que se comentó, la LGT contempla de forma expresa objetivos que deben orientar la administración, planificación y control del espectro radioeléctrico, y en el artículo 8 los encontramos plasmados así:

“Los objetivos de la planificación, la administración y el control del espectro radioeléctrico son los siguientes:

a) Optimizar su uso de acuerdo con las necesidades y las

50 Debe tenerse presente que de conformidad con el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública “La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden: a) La Constitución Política; b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana;

c) Las leyes y los demás actos con valor de ley; d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia; e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y

f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas.”

posibilidades que ofrezca la tecnología.

b) Garantizar una asignación justa, equitativa, independiente, transparente y no discriminatoria.

c) Asegurar que la explotación de las frecuencias se realice de manera eficiente y sin perturbaciones producidas por interferencias perjudiciales.”

Entendiendo que la búsqueda de esos objetivos debe hacerse de una forma balanceada, es decir: sin que ninguno vaya en demérito del otro, vamos a ocuparnos en este trabajo especialmente del objetivo enunciado en el inciso b) precedente, puesto que como se puede percibir los señalados en los incisos a) y c) tienen una connotación mayormente técnica (aunque como se podrá ver también a veces el argumento “técnico” se puede utilizar como excusa para impactar también en los derechos de las personas, pero ese tema será visto en otra sección del trabajo).

Como puede verse, el inciso b) que nos interesa se refiere específicamente a los valores que deben orientar la asignación del espectro radioeléctrico (sus segmentos o frecuencias, para hablar con rigurosidad), y enumera cinco adjetivos que tienen por sí mismos cada uno un significado bastante amplio, pero al mismo tiempo importante, puesto que si bien son conceptos indeterminados en su exacto alcance no por ello se convierten en “vacíos”. Es decir, aún en su indeterminación tienen un significado que guía a la Administración Pública hacia el cumplimiento de valores específicos.

Hablar de una asignación “justa” nos lleva a qué es lo “justo”, cuál es el concepto de “justicia”. De hecho muchas veces nos toparemos además con que se utiliza como sinónimos los conceptos de “justicia” y “equidad”.

Pero por cuestión de brevedad, nos atendremos a la definición de justicia que Cabanellas de Torres nos reseña al decir que es el *“supremo ideal que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo, según el pensamiento y casi las palabras de Justiniano... Recto proceder conforme a derecho y razón... Equidad...”*⁵¹ Y sobre este último concepto, el mismo autor nos dice que es *“... por su etimología, del latín equitas, igualdad, la equidad implica la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza íntima.”*⁵²

De los conceptos “transparencia” y “no discriminación” puede haber menos problema para comprender sus significados en el contexto de la administración de los intereses generales. El primero alude a la necesidad de que las autoridades públicas operen abiertamente frente a la ciudadanía, sin ocultar la información ni las razones que motivan sus actos.

Y la “no discriminación” podemos asociarla con el valor constitucional establecido en el artículo 33 de la Carta Magna, que dispone que “toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. Sobre este principio, la Sala Constitucional ha establecido que

“El artículo 33 de la Constitución Política, reconoce que todas las

51 Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2000, 14ª. edición, pág. 222, Voz: “justicia”.

52 Ibid., pág. 148, Voz: “equidad”.

personas son iguales ante la ley y prohíbe toda práctica de discriminación que resulte contraria a la dignidad humana, precepto al cual, el Constituyente le otorgó el rango de uno de los valores superiores que informan nuestra Constitución. Así las cosas, el Estado debe, a través del Poder Legislativo, emitir las leyes con absoluto respeto al principio de igualdad. Lo anterior, no implica que deba darse un trato igualitario a todos los grupos de personas, pues, por el contrario, se debe procurar que, en iguales condiciones, se apliquen las mismas medidas jurídicas. Lo anterior, toda vez que, existen grupos de personas que, por sus condiciones particulares, se encuentran en una situación distinta a los demás, siendo que, de otorgárseles el mismo trato, se les estaría colocando en una condición de desventaja que resultaría discriminatoria. Ahora bien, en ese sentido, las personas que presentan alguna discapacidad física, sea ésta temporal o permanente, se encuentran, objetivamente, en una situación distinta a la del resto de las personas, por lo que otorgar un trato igualitario en ambos casos, implicaría una vulneración al principio de igualdad.”⁵³

Vale acotar, al hablar del principio de igualdad en nuestro país, que la Sala Constitucional ha sido siempre insistente en agregar a sus criterios lo que al final de la cita se enuncia, en el sentido de que la igualdad no implica entonces tratar a todos por igual, sino tratar de forma igual a quienes están en la misma circunstancia, y que por eso la diferencia de circunstancias amerita un análisis y hasta un tratamiento diferenciado según el caso concreto,

“Igualdad ante la Ley significa solo igual trato en condiciones iguales, pues resultaría contrario a ese principio aplicar una misma medida en condiciones diferentes. Pero debe hacerse hincapié en que no toda diferencia constituye causa legítima para establecer un distinto trato, menos aún sin restricción alguna, pues la diferencia puede referirse a aspectos irrelevantes, que no afectan la medular del caso, además de que el quebranto constitucional también podría producirse por exceso, es decir, cuando se adoptan medidas exorbitadas (sic) en relación a las diferencias que pudieran justificar algún distinto trato.”⁵⁴

De modo entonces que en ese simple inciso b) del artículo 8 de la LGT se encierran criterios axiológicos de amplio alcance. De acuerdo con esa norma, la asignación de frecuencias debe ser pues ejecutada de modo que no se privilegie indebidamente a ninguna persona o sector, y más bien hasta con un criterio de distribuir la riqueza y su aprovechamiento en beneficio de la mayor cantidad de personas, evocando las palabras de Don José Figueres, que su norte sea “es el bienestar del mayor número”.

Queda por verse si esos objetivos, que tienen innegablemente un fuerte contenido axiológico, se ven o se verán alguna vez reflejados en la realidad, pero eso depende de que la Administración Pública cumpla con sus deberes legales y de que la ciudadanía esté atenta

53 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 5694-08, de las 13:10 hrs. del 11 de abril de 2008.

54 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 409-90, de las 16:24 hrs. del 5 de diciembre de 1990.

a que ello sea así.

Y como al inicio de este segmento decíamos que el artículo 7 de la LGT expresamente dispone que la administración del espectro radioeléctrico se debe hacer de acuerdo con la Constitución pasamos precisamente en el acápite siguiente a ver que, aparte de lo ya dicho, nuestra Constitución tiene realmente valores que sirven de marco de referencia necesario para esa administración, planificación y control.

3.2) Los valores y normas constitucionales complementarios a esos principios.

El ordenamiento jurídico aspira a ser un todo coherente y completo, un “bloque” que se sustente, explique y defienda por sí mismo. Por eso las normas y principios de la Constitución deben estar siempre en la base del resto de las otras reglas que lo componen, al tiempo que deben estar como “telón de fondo” y marco de referencia de las actuaciones de los diferentes entes públicos que en conjunto forman la Administración Pública.

Se trata entonces de que el Estado debe tener, tanto al emitir normas como al actuar, legitimidad democrática debidamente fundada en las normas y principios constitucionales.

Cuando hablamos de la administración de un bien de dominio público como es el espectro radioeléctrico, es necesario comprender que la forma en que se le trata obedece a algo, no solo a los principios fijados en la LGT, sino, y especialmente, a principios de rango constitucional. Y esos principios a su vez son los criterios que nos deben ayudar a aplicar e interpretar los objetivos que la LGT dispone en su artículo 8.

Pasemos entonces a ver cómo el Estado mismo está sujeto por normas de la primera jerarquía para la persecución de fines superiores en nuestro sistema político y social, y entendamos pues que estos valores o principios deben orientar las actuaciones de los administradores públicos en la medida que ellos son apenas depositarios del poder que la Nación entera les confía temporalmente conforme a una serie de reglas que también ellos deben acatar.

a) El principio democrático.

Como se ha mencionado ya en otras partes de este trabajo, el sistema político y de organización del Estado costarricense se define como un sistema democrático, un Estado Social de Derecho.

Ese orden tiene como pilares especialmente tres artículos de la Constitución Política. En primer lugar el artículo 1 constitucional declara que Costa Rica es una República “democrática, libre e independiente”. Por su parte, el artículo 9, en su párrafo primero dispone que *“el Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”*. Y finalmente encontramos el artículo 50 ya mencionado, que en su primer párrafo establece que *“el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.”*

Se puede hablar de democracia en un sentido más restringido (y si se quiere hasta un tanto anticuado) para aludir únicamente una forma de gobierno en donde las autoridades cambian cada cierto tiempo como producto del voto de la población, caso en el cual

estaríamos hablando del concepto de “democracia” entendiéndolo como un sistema de gobierno y su alternancia.

Hoy en día esa acepción se ha ido quedando atrás, y se habla de democracia para referirse no a una forma de gobierno, de organización del Estado nada más, sino más bien a una forma de vida, un modo de organización de la sociedad como un todo, y no un modo en el que la sociedad se supedita al Estado, sino uno en donde éste se halla sujeto a reglas y fines superiores para satisfacer las necesidades de la segunda.

Como reflejo de ese cambio de concepciones es que el concepto de “democracia representativa” que antes se resaltaba como un valor deseable para todas las naciones (y que se explicaba en términos sencillos en el que el pueblo “delegaba” su autoridad en los representantes que elegía, pero para prácticamente perder el control sobre esos representantes y marginarse de la conducción de la Nación) progresivamente se ha ido pasando al concepto de “democracia participativa”, que responde más a esa concepción de la democracia como una forma de vida integralmente hablando.

El 11 de setiembre de 2001, fecha sumamente significativa para la historia reciente del mundo por lo que sobrevino luego de los atentados ocurridos en Nueva York y otras ciudades de los Estados Unidos, América suscribió también, bajo el auspicio de la OEA, la Carta Democrática Interamericana, que a pesar de utilizar el concepto de “democracia representativa” como norte, en realidad propugna por lo que modernamente se relaciona con el concepto de “democracia participativa”, y en su primer artículo postula que

“Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.”

Igualmente, el artículo 4 de esa Carta postula que

“Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.”

El artículo 6 por su parte establece que

“Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.”

Y por último tenemos también que el artículo 11 declara que “la democracia y el

desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente”.

Resulta claro entonces que la concepción de democracia participativa tiene un alcance muchísimo mayor que el mero hecho de tener un sistema de elección de los gobernantes. La democracia participativa conlleva la sujeción del Estado a reglas en función de la satisfacción de las necesidades y derechos fundamentales de los habitantes, así como un sistema de gobierno que surja de la voluntad de los electores, pero también un esquema de responsabilidad de los gobernantes frente a éstos, y un sistema en el que los ciudadanos no delegan el poder para irse para la casa y “dejar hacer” a los gobernantes, sino más bien donde la ciudadanía está llamada a mantener un papel activo en el devenir de los asuntos de interés general.

El artículo 9 constitucional antes citado sustenta claramente eso cuando al decir cómo se ejerce el gobierno de la Nación (y no se usa el concepto de “gobierno” solo para aludir al aparato administrativo, sino para referirse a la conducción en general de la sociedad) menciona en primer término al pueblo, y en segundo término a los poderes que conforman al Estado. Y además previo a eso se establece cuáles son los principios de esa conjunción que hacen el pueblo y el Estado, señalando que dos de ellos son el de participación y responsabilidad.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha delineado con bastante precisión lo que actualmente podemos conceptualizar como el principio democrático que sustenta la organización de nuestra sociedad, y si bien partimos además del supuesto de que la democracia está siempre en construcción, puesto que se trata de un conjunto de principios y acciones que deben ir progresivamente mejorando el bienestar de todas las personas, sus rasgos quedan bien resumidos en la siguiente cita jurisprudencial de ese Tribunal:

“(…) Los principios de representación y participación (ciudadana) son propios del principio democrático, y en consecuencia, presuponen la existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho; entendiéndose por tal, al sistema o régimen político de un Estado que es democrático, libre e independiente, lo cual implica, una forma de Estado en particular, en el que las recíprocas relaciones del gobierno, sea, entre las diversas instancias públicas de orden constitucional y legal, entre ellas y los miembros de la sociedad civil, y, entre éstos, se desenvuelven del modo más favorable a la dignidad de la persona, su libertad y el respeto y efectividad de los derechos fundamentales (en este sentido, entre otras, ver sentencias número 96-00676 y 99-06470). En el orden jurídico-constitucional costarricense, la definición del sistema democrático encuentra su fundamento en lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política, que define al Estado costarricense como una “República democrática, libre e independiente”. Al respecto, debe considerarse que el sustento jurídico-constitucional del régimen democrático lo constituye la soberanía popular, en los términos reseñados en el artículo 2 constitucional, toda vez que “la soberanía reside exclusivamente en la Nación”, esto es, el conjunto de ciudadanos –población– que conforman un Estado, y que es uno de los elementos integrantes del mismo (junto con el territorio y la forma de gobierno). De manera, que dada la imposibilidad de que la totalidad de los ciudadanos puedan gobernar –fenómeno

denominado como "democracia directa", y que se desarrolló en la antigua Grecia en la Ciudad-Estado-, es que se ha definido la "democracia representativa", que como su nombre lo indica, implica la elección de representantes para el ejercicio del poder, a fin de hacer efectiva la participación del pueblo (ciudadanía) a través de sus representantes, elegidos mediante métodos de amplia participación popular. Por ello, la Carta Fundamental califica al Gobierno de la República de "representativo" (artículo 9), y en el artículo 105 de la Carta Fundamental, la ciudadanía delega en los diputados su soberanía para legislar.

IX.- En virtud de lo anterior, el principio democrático tiene una triple connotación constitucional: en primer lugar, **como característica esencial de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho**, que implica, una especial forma de elección de nuestros gobernantes, que se traduce en el sistema de democracia representativa, participativa y pluralista, como el ejercicio indirecto del Poder a través de los diversos puestos de elección popular; en segundo lugar, como fuente o parámetro de interpretación, en tanto se constituye en la fuente y norte del régimen jurídico, **al permear todo el ordenamiento y formas jurídicas, de modo que se impone como principio rector en la organización política del Estado y de todas las formas de organización colectiva (como sucede con la integración de los órganos colegiados de los entes corporativos, tanto de las municipalidades, como los colegios profesionales y corporaciones de producción)** y, la representatividad en su instrumento pragmático de realización; y en tercer lugar, **como verdadero derecho**, y en esa condición, justiciable ante instancias administrativas y jurisdiccionales, como sucede respecto del sistema de las cuotas femeninas (ante el Tribunal Supremo de Elecciones) a fin de lograr el cuarenta por ciento de la representación, tanto en las candidaturas de puestos elegibles, como en la organización de los partidos políticos; o en lo que respecta a la participación de los vecinos de la localidad afectada en la celebración de la audiencia oral y pública prevista dentro de los procedimientos de estudio de impacto ambiental (sentencias número 2000-9060, de las diez horas veintisiete minutos del trece de octubre del dos mil y número 2001-05737, de las catorce horas cuarenta y un minutos del veintisiete de junio del dos mil uno). Es así, como el concepto de la "democracia-representativa" se complementa con el de la "democracia-participativa", de activa y plena participación popular, que es donde el principio democrático adquiere su verdadera dimensión, tal y como lo ha señalado con anterioridad esta Sala en sentencia número 2002-10693, de las dieciocho horas veinte minutos del siete de noviembre del dos mil dos:

‘Uno de los elementos más importante de dicho principio, es el de la participación pública, el cual no es más que el reconocimiento de la existencia del derecho de cada uno de los ciudadanos a participar en la construcción y mantenimiento de la sociedad en la que viven, reconocimiento que parte del supuesto fundamental de que en toda democracia, todos y cada

uno de los individuos que la componen se encuentran libres y en condiciones de igualdad, de tal modo, que resulta incongruente con este modelo, la idea de sectores o grupos sociales que, con exclusión de todo el resto de la sociedad, se arroguen para sí mismos el manejo de los asuntos públicos, por el contrario, implica que en la medida de lo posible, cada una de las personas tenga la posibilidad de contribuir en el manejo de la «res publica». Esta idea ha sido de reiterada cita y desarrollo por este Tribunal, quien en ocasiones anteriores, ha indicado que es en la idea de **democracia participativa** -de activa y plena participación popular-, donde precisamente el principio democrático adquiere su verdadera dimensión. De esta forma, y como consecuencia necesaria de la anterior afirmación, se colige que las autoridades públicas, siempre y dentro de la medida de lo posible, deben promover y fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones, pues ello no es más que el reconocimiento del carácter democrático de la sociedad costarricense'. (Sentencia 2003-03475 de las 8:56 hrs. del 2 de mayo de 2003. Lo resaltado no corresponde al original)..."⁵⁵

Así pues, el principio democrático permea, como dice la Sala Constitucional, la vida toda de la sociedad, para decirnos que como organización debemos procurar el respecto a la dignidad y la igualdad de todos los que habitamos en este país, y que es un derecho (y una obligación) de todos el participar en la conducción de la sociedad desde los diferentes ámbitos que cada quien ocupe.

Pero esa participación y disfrute de los bienes sociales no puede consentir exclusiones ni discriminación, sino que debe ser reconocida por igual a todas las personas, y por eso el Estado, siempre dentro de los límites que la misma Constitución marca, debe incluso intervenir para regular los aspectos esenciales de la vida social para que promover el que éstos *“se desenvuelven del modo más favorable a la dignidad de la persona, su libertad y el respeto y efectividad de los derechos fundamentales”* como dice la sentencia reseñada.

Esa intervención se aplica de diferentes formas según cada caso concreto, pero es claro que en el caso del espectro radioeléctrico, por sus características e importancia, el principio democrático impone también al Estado deberes concretos, no solo los que derivan de lo arriba dicho, sino además los que la misma LGT establece de manera expresa en sus artículos 7 y 8 antes comentados.

Es interesante notar que hasta la entidad que, como más adelante veremos, se ha caracterizado por tener una actitud estática en lo que se refiere a la administración del espectro radioeléctrico en materia de radiodifusión, y por considerar esa actividad como algo destinado al lucro “naturalmente” (hasta el punto de que también lo llama “el mercado de espectro”⁵⁶), dice entender que este bien tiene una finalidad distinta a los bienes privados, y ha llegado a señalar (no sabemos si por pura corrección política) que

“... se debe considerar que en el tanto el espectro radioeléctrico constituye un bien demanial, el mismo debe ser destinado al

55 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 9197-2006, de las 14:55 hrs. del 4 de julio de 2006.

56 Viceministerio de Telecomunicaciones del MINAET, oficio DM-792-2012 del 6 de noviembre de 2012 dirigido a la Contraloría General de la República.

cumplimiento de objetivos distintos al de los bienes propiedad de particulares. Es por esta razón que la Ley le otorga al Estado no solo la potestad de administrar este recurso, sino también la de **ejerger potestades de imperio** en los mismos términos que en el caso de otros bienes de estas características.”⁵⁷

Decir entonces que en nuestro país, en virtud de las normas que se ha venido aludiendo, y en aplicación del Principio Democrático de raigambre constitucional, el Estado debe intervenir para administrar el espectro radioeléctrico de forma que no solo se garantice (como hasta ahora ha sido) la libertad de empresa de unos pocos, sino el desarrollo integral de la sociedad a través del recurso que es la comunicación, y la promoción misma de ésta como un derecho humano fundamental, no es ningún atrevimiento ni una llamada a la subversión, sino un replanteamiento necesario del estado de cosas.

Es necesario ya una refundación del modelo de radiodifusión en nuestro país que esté a tono con el Principio Democrático que nuestra organización social pretende construir día a día, y en donde el acceso a la radiodifusión no sea un beneficio para un sector específico en detrimento de otros, sino una fuente de desarrollo y progreso para diferentes sectores que tienen finalidades diversas al lucro económico. La riqueza que produce el espectro radioeléctrico puede ir mucho más allá que solo la riqueza económica, y a esas formas de riqueza (no necesariamente económica) deben tener, en principio, derecho todos los habitantes del país.

Como lo expresó Cándido Grzybowski, Director del Instituto Brasileño de Análisis Social y Económico, en su interesante artículo “Democracia, sociedad civil y política en América Latina”

“Una democracia se mide por el carácter de sus instituciones, por las relaciones y los procesos que ella permite moldear en todas las esferas de la vida de un país. **Un pueblo vive la democracia cuando los valores democráticos y la participación son la base tanto de las relaciones de poder estatal como del acceso a los recursos que son de todos.**

Diferentes aspectos, como las relaciones entre grupos y clases sociales, y entre hombres y mujeres, con ancianos y niños; el territorio y sus riquezas; la producción y la distribución de bienes y servicios; la vida en colectividad; la creación científica y cultural; todo, en fin, lo que da lugar a una diferencia y a un potencial de disputa constituye, al mismo tiempo, el terreno en que opera la democracia. En el centro, las confrontaciones de proyectos, de modos de ver, organizar y hacer, que tienen como límite los derechos de la ciudadanía, son normales y necesarias. La grandiosidad de la aventura democrática es creer en el potencial creador del conflicto en cuanto portador de derechos. En la democracia, en lugar de buscar eliminarse mutuamente, los diferentes sujetos se alistan tras un proceso de búsqueda de soluciones, aun temporarias, de los conflictos que los diferencian, los oponen y los alían, según reglas y principios comunes.”⁵⁸

57 Ibid. El texto subrayado sin resaltar es suplido por nosotros.

58 Grzybowski, Cándido. *Democracia, sociedad civil y política en América Latina: notas*

b) El principio de legalidad.

Directamente relacionado con el principio democrático, y hasta se puede decir que como un derivado de él, aparece el principio de legalidad, según el cual *“los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes”* (artículo 11 de la Constitución Política).

El principio de legalidad es la reafirmación de que la soberanía en el Estado la ejerce el pueblo, y eso trae como consecuencia que los funcionarios públicos son “simples depositarios de la autoridad” que están sometidos a la Constitución y la ley. Eso quiere decir a su vez que los funcionarios públicos no pueden actuar ni tomar decisiones arbitrariamente, como se les ocurra, sino que deben hacer solo aquellos que la ley les autoriza y además para el cumplimiento de los fines que la ley les autoriza.

A nivel legal, el principio en referencia se encuentra establecido en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, que ordena que

“1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.”

El principio de legalidad significa entonces que a la Administración le está prohibida la arbitrariedad, y ella se ve obligada no solo a cumplir con las atribuciones que la ley le señala, sino también con sus fines. Tanto así que de hecho el artículo 11 constitucional hasta señala que *“la Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes”*.

Si relacionamos este principio con el tema que acá nos ocupa, acerca de la administración del espectro radioeléctrico por parte del Estado, llegamos entonces a la conclusión de que la Administración Pública no puede manejar ese bien (y muchos otros) “como quiera”, sino de acuerdo con parámetros fijados en el bloque de legalidad que van desde el genérico mandato de observar la igualdad en dignidad de todas las personas y erradicar la discriminación (artículo 33 constitucional) o el de promover un adecuado reparto de la riqueza (artículo 50) hasta otros más concretos como los que se encuentran en el artículo 8 inciso b) de la Ley General de Telecomunicaciones, que obliga a que el Estado administre y controle el espectro para que su uso sea eficiente y se garantice su asignación de forma “justa, equitativa, independiente, transparente y no discriminatoria”.

De forma que si se determina que ese bien está siendo utilizado de forma indebida o ilegítima, o de forma “no transparente” o discriminatoria, o de forma no equitativa, la Administración Pública TIENE QUE tomar acciones para corregir eso. No se trata de si

para un debate, en La Democracia en América Latina, PNUD, Buenos Aires, 1ª. Edición, Aguilar, Altea, Alfaguara, 2004, págs. 51 a 72, pág. 52, la negrita no es del original.

quiere o puede, sino que tiene que hacerlo. Pero como se verá más adelante en este trabajo, la realidad abunda en ejemplos de claros desacatos a los deberes públicos por parte de diversas entidades, y todas tienen excusas para eso que van desde lo absurdo hasta lo rebuscado. Pero eso lo dejamos para la parte final de nuestro trabajo.

Por ahora, y para acabar con esta sección donde nos interesa demostrar que hay valores superiores de rango constitucional que no solo facultan, sino que hasta obligan al Estado a administrar un bien tan significativo como el espectro radioeléctrico en función de otros criterios, y de hecho a la luz de una perspectiva de respeto a los derechos fundamentales de la personas, pasamos a ocuparnos del último elemento que queremos tratar: el deber del Estado de ser promotor de una justa distribución de la riqueza, y más importante: del bien común.

c) El Estado como promotor y garante del bien común.

Hemos mencionado muchas veces ya a lo largo de este trabajo que el Estado Costarricense esté obligado constitucionalmente a promover el bien común, y que esa obligación deriva directamente del párrafo primero del artículo 50 de la Carta Magna, que establece que “el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”.

Esa norma por sí sola (y con mucho más peso si se le relaciona con los principios que anteriormente se han comentado) es suficiente base normativa para sostener que el Estado costarricense no puede simplemente ser un “Estado mínimo”, el Estado policía de la clásica concepción liberal. Al contrario, y como anteriormente se expuso, si el Estado costarricense es un Estado Social de Derecho, entonces debe ser coherente con ese perfil y cumplir con los fines que el artículo 50 en referencia le marca.

Obviamente no propugnamos acá por un Estado autoritario y totalitario que irrumpa en todos los órdenes de la vida para imponerse sobre la ciudadanía y sus derechos. Al contrario: de lo que hablamos es de un Estado con la iniciativa suficiente para procurar, hasta el máximo de sus posibilidades, que las condiciones de la sociedad sean siempre las que promuevan en mejor forma el desarrollo armónico e integral de las personas.

Valiéndonos de las palabras de Grzybowski que antes reseñamos, creemos que el llamado a la promoción del bien común supone garantizar el “acceso a los recursos que son de todos” en condiciones de equidad y para llenar o solventar los intereses del mayor número de personas posible, de la generalidad.

Ciertamente en cada sociedad se puede diferenciar sectores según un conjunto de criterios que se especifiquen, pero cuando hablamos del bien común nos referimos a la promoción de intereses y derechos que hacen llevadera la vida en una sociedad para todos, donde haya un mínimo de garantías, derechos y condiciones, que hagan la vida de todos digna y capaz de ofrecer oportunidades de prosperidad sin exclusiones. Eso podría justificar que en determinados momentos haya que establecer políticas de apoyo y promoción para determinados sectores de una población, sin que ello signifique una discriminación indebida, sino más bien lo contrario: el combate a una discriminación inadmisibles que las condiciones sociales reales han creado.

“Más democracia y más justicia requieren que el Estado cumpla sus funciones de servicio al ciudadano, que sea garante efectivo del bien común, con una atención particular a los que

actualmente son excluidos, y que los administradores públicos den testimonio de servicio y se guíen en su conducta por los valores humanos, sociales y cristianos. En otras palabras, el Estado moderno tiene la necesidad de mejorar sus capacidades de gestión, orientándose hacia lo público, entendido éste como el bien común.

El Estado verdaderamente democrático no agota su realización en lo meramente electoral, sino que trasciende hacia una cultura de integración y cohesión social, particularmente con los grupos más pobres y excluidos de la sociedad, y a la vez impulsa una cultura de los valores democráticos en las personas, familias y organizaciones sociales. En síntesis, el gran desafío está en buscar un modelo de desarrollo que descansa en el poder constructivo de la política.”⁵⁹

La Sala Constitucional ha reconocido como legítima la imposición de ciertas limitaciones a algunos derechos cuando entran en juego valores superiores que deben ser tutelados también. Es por ello que en el caso particular de actividades relacionadas con la radiodifusión ha llegado a señalar en defensa del derecho a la información, y en salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial de los pueblos, los principios de libertad de empresa deben ceder, y es por ello que, por ejemplo, se ha declarado que no es inconstitucional obligar a las empresas de televisión por cable a que dentro de sus parrillas de canales tengan que colocar los canales nacionales de televisión abierta, por lo cual la intervención del Estado (en este caso lo que se conoce como la “*must carry rule*”) estaría justificada en tanto “persigue fines que aquí son también de interés público y están garantizados en la Constitución Política” (Sala Constitucional, Voto No. 15055 del 8 de setiembre de 2010).

De hecho, en esa misma resolución la Sala llega a concluir que

“La obligación impuesta en la norma impugnada persigue fines legítimos, que se encuentran garantizados en normas de carácter supralegal, como son el derecho al pluralismo informativo y a la diversidad cultural. Es un medio razonable y necesario para alcanzar los fines perseguidos y los efectos negativos son modestos comparados con los beneficios. Se trata de una práctica comúnmente aceptada en mercados más avanzados en materia de telecomunicaciones.”

Hoy en día muchas legislaciones europeas y americanas promueven y dan existencia a un modelo de radiodifusión, tanto sonora como televisiva, muy diferente al que impera en nuestro país, en el que se reconoce, para comenzar, no un solo sector (el comercial), sino tres: el de servicio público, el de gestión privada con fines de lucro, y el de gestión privada sin fines de lucro. En muchos países se aplican mecanismos muy variados que van desde la limitación al alcance sobre mercados o públicos (por ejemplo Estados Unidos y Francia) hasta una reserva de espectro radioeléctrico para cada sector (por ejemplo España, Uruguay, Argentina), y además cada categoría de radiodifusión tiene su propio régimen de

59 Terrazas, Julio. *Avances y límites de la democracia en América Latina, en los últimos veinte años*, en La Democracia en América Latina, PNUD, Buenos Aires, 1ª. Edición, Aguilar, Altea, Alfaguara, 2004, págs. 278 a 281, pág. 281. El autor citado era, para el momento de escribir ese artículo, el Presidente de la Conferencia Episcopal de Bolivia, y Arzobispo de Santa Cruz de la Sierra.

concesiones y servicios.

En general, podemos decir que en esos países existe entonces un manejo más democrático y pluralista de la radiodifusión, y hablamos de “pluralismo” en un sentido que además no creemos extraño a nuestro medio, donde por ejemplo vemos cómo en el ámbito electoral ese término ha sido conceptualizado del siguiente modo:

“... es un concepto que abarca una doble acepción. Por una parte la verificación empírica de la existencia dentro de la sociedad de diversos intereses, organizaciones, estructuras sociales, valores y comportamientos que confluyen en el juego de poder político con distintas capacidades. Por otra parte, pluralismo recoge una visión normativa tolerante de esa realidad social que le otorga un carácter democrático, en la medida en que la vida en comunidad resulta de la confluencia regulada de diversas visiones sobre ella.”⁶⁰

Pero en nuestro país ese no es el caso, y a pesar del mandato constitucional y legal que nos dice que debe haber un aprovechamiento más equitativo y pluralista del bien que es el espectro radioeléctrico tal cosa no ocurre, como más adelante se podrá ver.

Y es que la refundación del modelo de radiodifusión costarricense no solo parece resultar una consecuencia debida del principio que venimos mencionando, en tanto sería una aplicación concreta del principio constitucional de llevar el mayor bienestar posible a las personas (porque la información es un bien), sino también una aplicación concreta de ese principio en el sentido de hacer que una mayor cantidad de sectores pueda participar el aprovechamiento de un bien que es de todos, como es el espectro radioeléctrico, de forma que ese bien no solo produzca riqueza económica para el sector que se ocupa de la radiodifusión que tiene fines de lucro, sino riqueza social para los otros sectores que podrían ejercer la radiodifusión para el servicio público o para fines privados pero sin ánimo de lucro (por ejemplo las estaciones comunitarias de radio y TV).

Lo dicho nos lleva a afirmar que esta forma de ver el fenómeno de la radiodifusión nos habla entonces de una perspectiva distinta: no vemos a la radiodifusión solamente como una forma de “hacer negocio” para algunos radiodifusores o hasta para el Estado mismo (si cobrara efectivamente lo que podría cobrar), sino como una actividad ciertamente “de interés público” como dice el artículo 29 de la LGT pero no necesariamente “privada” como dice (a nuestro criterio sesgadamente) ese mismo artículo.

La radiodifusión no es solo negocio. Hoy la radiodifusión tiene que ver directamente con la posibilidad (o imposibilidad, según se vea) de ejercer otros derechos fundamentales de las personas también, como son el derecho a la comunicación, el derecho a la libertad de expresión y de opinión, el derecho a la información, el derecho a conservar y promover el patrimonio cultural material e inmaterial, el derecho al conocimiento, y en fin el derecho a desarrollarse íntegramente.

Justamente sobre eso es lo que nos vamos a ocupar en el siguiente segmento de este trabajo.

3.4. Algunos derechos fundamentales (clásicos y nuevos) que entran en

60 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Diccionario de Derecho Electoral, Tomo II, San José, IIDH, 2000, sin número de edición, Voz: “pluralismo”, página 998.

juego: el derecho a la información, la libertad de expresión y de opinión, y el derecho a la comunicación en general (en el contexto de la sociedad de la información).

La radiodifusión implica el tránsito de bienes culturales, bienes inmateriales, como son la información y los datos. Con ella se relacionan tanto los derechos clásicos de libertad de expresión, libertad de opinión, libertad de prensa, libertad de empresa, hasta derechos de más reciente reconocimiento, como el derecho a la información, el derecho al conocimiento, y el derecho a la comunicación.

La Constitución Política reconoce y garantiza los derechos clásicos individuales, y por ello los artículos 27 y 30 configuran el derecho a la información, el artículo 29 consagra el derecho a la libertad de expresión sin censura previa, el artículo 33 establece el principio de igualdad de las personas.

Igualmente, la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José, de la que Costa Rica es signataria, regula de manera bastante detallada esas libertades, y en su artículo 13 establece que

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás,
o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Pero en el mundo de hoy las garantías que surgen de esos derechos clásicos ya no

alcanzan para garantizar un desarrollo equitativo entre las naciones y entre los pueblos a lo interno. ¿Por qué? porque la evolución (revolución debería decirse) de las tecnologías de la comunicación ha sido tal, especialmente con la aparición del Internet, que nunca antes la humanidad había conocido un potencial tan enorme para crear y transmitir información, conocimiento.

En el mundo de hoy la información es la principal materia prima para el desarrollo de las naciones y de los individuos, así como en el pasado lo fue la posesión de algunos metales o hidrocarburos.

En palabras de María Paula Saffon,

“... la aparición de las NTIC no puede ser comprendida exclusivamente como un asunto de innovación tecnológica importante, sino también y sobre todo como una redefinición radical del funcionamiento de la sociedad en sus diferentes esferas: social, política, económica y cultural. El impacto fundamental de estas transformaciones es que la información constituye “la principal fuente de riqueza y de organización” y, como tal, el acceso y uso adecuado de las tecnologías que permiten su producción, recepción y difusión, se convierten en aspectos determinantes de la capacidad de los individuos para interrelacionarse, participar en la toma de decisiones, generar riqueza, y acceder al conocimiento.”⁶¹

“... en esta nueva era, la información y su potencialidad de convertirse en conocimiento constituyen valores esenciales. Además, dados los desarrollos propiciados por las NTIC, para obtener beneficios no basta con acceder a o recibir pasivamente información y conocimiento, sino que también es fundamental poder producirlo. Por consiguiente, resulta esencial que tanto el acceso a como la producción de información y conocimiento estén garantizados a todas las personas de manera equitativa. Sólo así podrán éstas tener igualdad de oportunidades en la sociedad de la información. Igualmente, sólo así podrá garantizarse la continuidad de la democracia en una sociedad en la que el acceso a la información y al conocimiento son esenciales para el ejercicio de la ciudadanía.”⁶²

Hablamos entonces de que en la actualidad nos encaminamos a lo que se han denominado “sociedades de la información y el conocimiento” (y se habla, por lo menos por parte de la UNESCO de “sociedades”, en plural, para enfatizar que no se trata de construir un solo tipo de “sociedad” que arrase con la diversidad de los diferentes colectivos humanos que habitamos el planeta).

Pero ese camino hacia las nuevas sociedades del conocimiento, donde la humanidad podría, si quisiera, convertir ese bien en uno público para ser difundido en beneficio de

61 Saffon, María Paula. El Derecho a la Comunicación: un derecho emergente. Fundación Friedrich Eberth y Centro de Competencia en Comunicación para América Latina. Bogotá, 2007, pág. 13.

62 Ibid., pág. 14.

todos, presenta riesgos y problemas muy grandes también. En primer lugar, hay que tener claro que la información es necesaria para el conocimiento, pero que en un primer momento la información es solo un conjunto de datos, y para que se transforme en conocimiento se requiere más que el solo poder percibirla. Se requiere contar con capacidades de interpretación (acceso a educación) y también capacidades o recursos materiales para analizarla y difundir el producto creado también.⁶³ Es decir, se requiere de condiciones equitativas de acceso, y eso guarda relación directa con las condiciones de equidad/inequidad internas de cada sociedad.

Se trata entonces de reconocer que

“El problema con esto es que no vivimos como un grupo de individuos igualmente empoderados. *Vivimos en una sociedad de niveles extremadamente variados de acceso al poder*, una sociedad en la cual la mayoría de las interacciones entre personas están grandemente mediatizadas y filtradas, en la cual los medios de comunicación masiva, los gobiernos, las corporaciones comerciales, los grupos de interés especiales y muchos otros contienden por la atención, buscando influir y controlar el proceso de creación y el contenido y flujo de las comunicaciones.

Una insistencia exclusiva en la libertad de expresión dice muy poco sobre el proceso por el cual son controlados los medios de expresión de la sociedad –como periódicos, televisión, radio, filmes, música, material educativo– y los intereses a los que en último término apoyan.

En este contexto, la libertad de expresión, bajo la forma de leyes que prevengan la interferencia directa del gobierno y que defiendan la libre expresión, poco puede hacer para prevenir la dominación de las voces más sonoras, por ejemplo, las de aquellos que pueden influir de forma más vigorosa en los medios de comunicación dentro de una sociedad, ya sea que estén en el gobierno, sean propietarios de periódicos y corporaciones mediáticas, o poderosos grupos de interés.”⁶⁴

El peligro de que esa “mercancía” o “materia prima” que es la información, y en última instancia su producto: el conocimiento, se convierta entonces en un bien que se compra por un precio lleva entonces a que en la actualidad se hable ya del derecho a la comunicación, en el sentido de que ya no alcanza con las garantías de las libertades clásicas para asegurar el que las personas tengan derecho a acceder y producir conocimiento, sino que debe garantizarse el que éste no se convierta en mercancía sujeta a precio, porque eso significaría excluir desde ya el futuro desarrollo de la humanidad a muchas naciones y sectores completos de población.

63 UNESCO. Hacia las sociedades del conocimiento, Ediciones UNESCO, París, 2005, pág. 19.

64 CRIS. Manual para la evaluación de los derechos a la comunicación. Pág. 25.

Recuperado de:

http://centreforcommunicationrights.org/images/stories/database/tools/cris_manual_para_la_evaluacion.pdf

La UNESCO advierte con claridad que

“Las prometedoras perspectivas económicas y sociales que parecía encerrar la sociedad de la información –ya se trate del pleno empleo, de la “nueva economía” o del “boom” de la competitividad– han dejado paso a toda una serie de dudas acerca de los límites de la “era de la información”. Algunos expertos han señalado que nuestras sociedades no sólo distan mucho de confirmar la hipótesis de una presunta “desmaterialización”, sino que se hallan inmersas en un proceso de “hiperindustrialización” porque el propio conocimiento se ha “mercantilizado” en forma de informaciones intercambiables y codificables. De hecho, no faltan críticas e inquietudes ante una situación en la que el conocimiento podría acabar autodestruyéndose como tal, a fuerza de ser manipulado en las bases de datos y los motores de búsqueda, de ser integrado en la producción como dispositivo de la “tecnociencia” y de ser transformado en condición del desarrollo, elemento de poder o instrumento de vigilancia.

Una apropiación o mercantilización excesiva de los conocimientos en la sociedad mundial de la información representaría un grave peligro para la diversidad de las culturas cognitivas. En efecto, en una economía en la que se da prioridad a los conocimientos científicos y técnicos, ¿cuál sería el lugar de algunos conocimientos prácticos especializados, locales o autóctonos? Por lo que respecta a estos últimos –ya suficientemente desvalorizados con respecto a los conocimientos técnicos y científicos–, cabe preguntarse si no corren el riesgo de desaparecer pura y simplemente, pese a que representan una riqueza patrimonial inestimable y constituyen un instrumento valioso del desarrollo sostenible.”⁶⁵

Es muy interesante además reseñar que a pesar de que en nuestro país se aprecia muy poco desarrollo teórico acerca del reconocimiento de los derechos que las nuevas tecnologías van generando, sí existe ya una posición de la Sala Constitucional en el sentido de que el acceso a esas nuevas tecnologías es un derecho fundamental, por ser la forma en que actualmente se ejerce a su vez otros derechos básicos, como son la libertad de pensamiento, el derecho a la información, etc.

De acuerdo con ese tribunal

“... debe decirse que el avance en los últimos veinte años en materia de tecnologías de la información y comunicación (TIC's) ha revolucionado el entorno social del ser humano. Sin temor a equívocos, puede afirmarse que estas tecnologías han impactado el modo en que el ser humano se comunica, facilitando la conexión entre personas e instituciones a nivel mundial y eliminando las barreras de espacio y tiempo. En este momento, el acceso a estas tecnologías se convierte en un instrumento básico para facilitar el ejercicio de derechos fundamentales como la participación democrática (democracia electrónica) y el control ciudadano, la

65 UNESCO, Op. Cit., 2005, págs. 22-23.

educación, la libertad de expresión y pensamiento, el acceso a la información y los servicios públicos en línea, el derecho a relacionarse con los poderes públicos por medios electrónicos y la transparencia administrativa, entre otros. Incluso, se ha afirmado el carácter de derecho fundamental que reviste el acceso a estas tecnologías, concretamente, el derecho de acceso a la Internet o red de redes. En tal sentido, el Consejo Constitucional de la República Francesa, en la sentencia No. 2009-580 DC de 10 de junio de 2009, reputó como un derecho básico el acceso a Internet, al desprenderlo, directamente, del artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Lo anterior, al sostener lo siguiente: *“Considerando que de conformidad con el artículo 11 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre: cualquier ciudadano podrá, por consiguiente, hablar, escribir, imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley»; **que en el estado actual de los medios de comunicación y con respecto al desarrollo generalizado de los servicios de comunicación pública en línea así como a la importancia que tienen estos servicios para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones, este derecho implica la libertad de acceder a estos servicios; (...)**”* (el resaltado no pertenece al original). En este contexto de la sociedad de la información o del conocimiento, se impone a los poderes públicos, en beneficio de los administrados, promover y garantizar, en forma universal, el acceso a estas nuevas tecnologías.”⁶⁶

El derecho a la información es uno de los que legitiman el Estado Democrático porque consagra la garantía para los ciudadanos de acceder a la información que pueda ser de interés público, es un derecho que viene a asegurar una de las condiciones fundamentales de la participación democrática, como lo es el poder informarse para a su vez estar en capacidad de participar en la conducción y decisión de los asuntos de interés público. Pero el derecho a la comunicación ahora va más allá, ya no se trata solo de habilitar al ciudadano para participar en la conducción de su sociedad, sino además de acceder, producir y difundir conocimiento para la construcción de sociedades más prósperas y equitativas.

Se trata entonces de un fin que va más allá de la legitimación democrática del Estado en cada sociedad, se trata de la búsqueda de una humanidad más justa y mejor, en la que realmente todos puedan tener derecho al desarrollo. En esa perspectiva, es nuestra opinión que la labor de los medios de radiodifusión ya no puede verse solo como una “actividad privada de interés público”, como lo conceptúa conspicuamente el artículo 29 de la LGT.

Nos parece que en una perspectiva de mayor coherencia con los postulados de la UNESCO en cuanto a la construcción de las sociedades del conocimiento, más bien la

66 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 12790-2010, de las 8:58 hrs. del 30 de julio de 2010.

radiodifusión debería verse, como lo hace en la República Argentina la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley No. 26.522, sancionada el 10 de octubre de 2009), como una actividad de interés público, al decir en su artículo 2 que *“la actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones.”*

Consideramos que no puede seguirse viendo a la radiodifusión desde una perspectiva interesadamente “clásica” como un negocio al cual llegaron unos primero y otros se quedaron irremediamente por fuera. Eso no es propio de un Estado Social de Derecho como el nuestro, ni de los tiempos presentes donde globalmente nos hallamos encauzados en la construcción de las sociedades del conocimiento basadas en el respeto a la pluralidad y a la dignidad humanas.

Esas nuevas concepciones demandan una reestructuración del uso y aprovechamiento que las sociedades hacen el espectro radioeléctrico, y la nuestra tiene en eso una gran tarea pendiente, como adelante se verá.

Capítulo IV. Del 2009 al presente, el estado de cosas respecto a la administración del espectro radioeléctrico.

El estado de la administración y del uso del espectro radioeléctrico para la radiodifusión abierta en Costa Rica ha sido objeto de diferentes estudios realizados tanto por entes de gestión como por entes de fiscalización. Igualmente, la Universidad de Costa Rica y organizaciones de la sociedad civil se han ocupado de analizar el estado de situación del espectro radioeléctrico en nuestro país.

En aras de poder visualizar el estado de cosas presente en cuanto a ese bien de dominio público, así como evaluar hasta qué punto acciones concretas que han sido dispuestas para ello se han ejecutado o no, este capítulo del trabajo se ocupará justamente de esos diferentes informes. Creemos que podríamos usar diferentes criterios para agrupar o presentar los documentos, entre ellos exponerlos de acuerdo con la entidad que los emite, pero nos parece que podrá resultar más útil e interesante ver los documentos que vamos a estudiar si los presentamos en orden cronológico en que fueron hechos públicos.

4.1 El Oficio N° 225-SUTEL-2009 del 15 de mayo 2009, denominado “Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica”.

El Informe que vamos a repasar de primero fue preparado por la SUTEL a petición del MINAET por cuanto para ese momento ese ministerio era el rector del Sector de Telecomunicaciones, y no se había operado el traspaso de competencias que actualmente impera, donde el rector del sector es el MICITT.

Debe precisarse que a pesar de que el título del informe habla de forma general sobre “el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica” la realidad es que ese documento se ocupó principalmente del segmento de espectro radioeléctrico que podía ser utilizable para telefonía celular, que era lo que en ese momento interesaba más por cuanto se estaba en el proceso de permitir la entrada de otros operadores de telefonía diferentes al ICE.

Sin embargo, eso no impidió que la SUTEL emitiera criterios generales acerca de lo que en ese momento encontró respecto del uso y administración del espectro radioeléctrico, afirmando por ejemplo lo siguiente:

“La Ley de Radio fue además complementada mediante diversa normativa, tal como el Reglamento de Estaciones Inalámbricas, Decreto Ejecutivo número 63 de 11 de diciembre de 1956 y sus reformas, Reglamento al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, Decreto Ejecutivo número 27554-G del 11 de enero de 1999, Reglamento para la Operación de Radiodifusoras de Televisión, Decreto Ejecutivo número 21 del 30 de agosto de 1989.

Sin embargo, la aplicación de esta normativa no logró cumplir con todos sus fines y se dio una administración y uso ineficiente del espectro. Al amparo de estas regulaciones, el control del espectro fue escaso lo que facilitó el otorgamiento de frecuencias demasiado amplias y prácticamente gratuitas para usos tecnológicamente inadecuados, permitió numerosos incumplimientos de los concesionarios en cuanto a los usos y condiciones establecidas en las licencias, traspasos y cesiones de títulos sin contar con las debidas autorizaciones, alquileres de frecuencias, concentraciones de frecuencias, uso ineficiente de las mismas, entre otros.”⁶⁷

“... El análisis y valoración de estos informes ha brindado a la SUTEL una visión clara del escenario actual del espectro en Costa Rica. **La SUTEL ha logrado determinar que en muchos casos, el uso y la explotación de las frecuencias del espectro no se ajustan al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias vigente, y existe una evidente concentración de las frecuencias más rentables para la provisión de servicios de telecomunicaciones en unos pocos concesionarios. Aunado a ello, los plazos de vigencia de muchos contratos de concesión se encuentran expirados sin que el concesionario haya gestionado su renovación, existe gran cantidad de procesos sin completarse lo que implica la inexistencia del contrato de concesión que faculta la explotación legal de las bandas.**

En razón de lo anterior, actualmente una reasignación de las frecuencias es más que necesaria para garantizar el desarrollo y crecimiento de las telecomunicaciones en Costa Rica, asegurar la implementación de tecnologías eficientes y lograr promover la sana competencia en el sector.

Se hace énfasis en que la reasignación de las frecuencias es una facultad y responsabilidad del Poder Ejecutivo. Dado que los servicios inalámbricos no constituyen un bien que el particular tenga el derecho innato a explotar o que ejerza sobre el mismo algún tipo de derechos absolutos, el Estado tiene el deber de velar por la conservación del dominio público.

Ese deber de protección del bien demanial es inexcusable en razón que la Administración Pública debe siempre custodiar el interés público, lo que convierte en imperativo el reasignar aquellas frecuencias que no están siendo explotadas para el beneficio de la sociedad.”⁶⁸

Claramente las situaciones apuntadas en ese documento desde mayo del 2009 son

67 SUTEL, Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica, Oficio N° 225-SUTEL-2009 del 15 de mayo 2009, pág. 8, la negrita es suplida por nosotros.

68 Ibid., pág 9, la negrita es suplida por nosotros.

gravísimas, y sin embargo podemos decir que a esta fecha (escribimos en diciembre de 2013) nada, o casi nada, ha cambiado.

Para poner en perspectiva la significación que tenía lo que se estaba diciendo en ese Informe de la SUTEL lo primero que hay que recordar es que para ese momento tanto la LGT como su Reglamento, y la Ley para el fortalecimiento y modernización de entidades públicas del sector de telecomunicaciones, ya estaban vigentes, de modo entonces que existía clara y contundentemente la OBLIGACION LEGAL de velar diligentemente por la administración del espectro para que ésta se hiciera de acuerdo con los parámetros que allí se fijaron.

Es decir que desde ese momento es obligación, tanto de la SUTEL como del Poder Ejecutivo (primero a través del MINAET y ahora del MICITT) “asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos”, como textualmente lo ordena el inciso g) del artículo 2 de la LGT, solo para mencionar una de las tantas disposiciones que ella y los otros cuerpos normativos que ya vimos contienen.

Prácticamente el diagnóstico que está dando la SUTEL en mayo de 2009 es que en materia de radiodifusión lo que existe es un caos, pero además queda claro que el Estado debió haber tomado medidas con celeridad y claridad, porque como bien se dice era (y sigue siendo) un “deber inexcusable” proteger ese bien de dominio público que es el espectro radioeléctrico, sobre el cual se observa una concentración de frecuencias que era (y sigue siendo) contraria a las disposiciones legales vigentes, y que “no están siendo explotadas para el beneficio de la sociedad.”

Pero al asunto no acaba allí, porque ese Informe, a pesar de que como se dijo tenía como finalidad primordial estudiar el espacio para la apertura del mercado en telefonía celular, hace una acotación adicional con relación al uso del espectro radioeléctrico en la radiodifusión, al señalar que

“Tomando el caso de los servicios privados, hay una gran distorsión en cuanto a la documentación que sustenta las concesiones, pues de las 3171 frecuencias, 2553 se reportaron con documentos vencidos y 775 sin ningún documento oficial de respaldo, por lo tanto únicamente 618 frecuencias están debidamente documentadas...”

La situación en las frecuencias comerciales, correspondientes a la radiodifusión sonora y televisiva presenta una situación similar ya que de las 526 frecuencias, no cuentan con documentos o los presentan vencidos un total de 253, lo que representa más de un 48% del total. Es importante hacer notar que se presentan inconsistencias entre las concesiones otorgadas para las frecuencias principales y los enlaces, la cuales difieren en tipo (para el uso de la misma) y su respectivo plazo.”⁶⁹

Como se puede ver, en mayo de 2009, a unos cuantos meses de la vigencia de las leyes y el reglamento que imperaban marcando “un nuevo régimen” sobre la administración del espectro radioeléctrico, el Estado costarricense ya tenía perfectamente claro (a través además de las dos instituciones que tienen como deber legal correr con la correcta

69 Ibid., pág. 16. La negrita es suplida.

administración de ese bien de dominio público) que la situación de la radiodifusión era, en muchos aspectos, abiertamente contraria a las reglas vigentes que el mismo Estado acababa de instaurar.

Lo que se dijo en ese informe era grave por donde se le mire: se habló de “concesionarios” sin título o con títulos vencidos (entonces no son concesionarios ¿o sí?), concentración de frecuencias (y olvidando la SUTEL que el artículo 52 de la LGT expresamente le conmina a sancionar y erradicar con esas prácticas), de recuperar las frecuencias que estuvieran siendo indebidamente utilizadas (artículo 21 LGT), y en el caso particular de la radiodifusión se habló de lo mismo y además de “inconsistencias entre las concesiones otorgadas para las frecuencias principales y los enlaces” donde se les usa de forma distinta a lo autorizado esas frecuencias y sin plazo.

Entonces uno se pregunta al fin de cuentas ¿quiénes son los piratas en la radiodifusión? y ¿cómo se explica que SUTEL reaccione rápidamente para clausurar cuatro estaciones de fuera del Valle Central que estaban emitiendo sin tener concesión pero no puede poner orden en casi LA MITAD de lo que ella misma señala como “concesionarios” (porque si de verdad adolecen de los defectos que ese Informe señala ya no se podrían ni siquiera llamar así, y no se diferenciarían en nada de las cuatro radios “piratas” que cerraron en octubre de 2013) que “no tienen papeles” o usan las frecuencias para lo que no le asignaron, o que no le asignaron, o que las tienen en la práctica pero con el plazo vencido? ¿No son todas esas faltas graves que deben ser investigadas y corregidas?

Cualquiera pensaría que ante lo aparatoso que resulta el panorama descrito hasta acá el Informe que venimos aludiendo habría levantado no solo un polvorín mediático, sino que además debería haber emitido unas recomendaciones tan graves como urgentes. Más sin embargo tal cosa no fue así, y al final, en las recomendaciones, lo que se plantea es que

“En las bandas de radiodifusión sonora y televisiva se recomienda que el MINAET instruya a la SUTEL que realice un estudio documental detallado de cada sistema que permita un agrupamiento en términos de la concesión del FM, AM y canales de televisión con sus respectivos enlaces. Además, debe ligarse este estudio al cumplimiento del Transitorio IV la Ley General de Telecomunicaciones.”

Es decir, después de haber dicho todo lo que dijo, y después de haber afirmado que *“el análisis y valoración de estos informes ha brindado a la SUTEL una visión clara del escenario actual del espectro en Costa Rica. La SUTEL ha logrado determinar que en muchos casos, el uso y la explotación de las frecuencias del espectro no se ajustan al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias vigente, y existe una evidente concentración de las frecuencias más rentables para la provisión de servicios de telecomunicaciones en unos pocos concesionarios”* (el subrayado es suplido) entonces la recomendación es pedirle al MINAET que instruya a la misma SUTEL para que “haga un estudio documental detallado” (?).

Simplemente pasmoso: la entidad que de oficio debería investigar todas las graves irregularidades que ELLA MISMA dice haber “determinado”, en vez de iniciar de inmediato un procedimiento tendiente a atacar y corregirlas, le pide al MINAET que le “instruya” para hacer ese procedimiento. ¿Dónde quedan entonces todas las obligaciones legales (que ni siquiera son solamente atribuciones facultativas) que le corresponden a la SUTEL y al Poder Ejecutivo?

¿Alguna vez el Poder Ejecutivo (sea a través del MINAET o del MICITT)

“instruyó” a la SUTEL hacer el “estudio detallado” que ella parece estar esperando? No, en ningún momento. De modo entonces que el lenguaje con tono de urgencia que utilizó el Informe pareciera que no impresionó a nadie, y hasta la misma SUTEL se quedó esperando para tomar otras acciones a que “la instruyeran” para ello, como si no fuera su obligación legal tomar la iniciativa para proteger la correcta administración del espectro radioeléctrico.

Interesantemente, en cosa de unos cuantos días el Informe que venimos comentando fue objeto de una adición por medio de Informe de 22 de mayo de 2009 (es decir apenas 7 días después de la emisión del primero). Esa adición fue realizada en virtud de una petición de la Viceministra de Telecomunicaciones del MINAET de fecha 19 de mayo de ese año, pero se relacionaba en todos los puntos objeto de ampliación con temas de telefonía. En ningún momento el MINAET aprovechó para “instruir” a la SUTEL ninguna otra investigación.

Llama la atención que en apenas siete días se hubiera presentado y atendido la adición que formuló el MINAET para temas de la apertura de la telefonía celular, eso contrasta llamativamente con el tiempo (años ya) que ha pasado sin que el Poder Ejecutivo tome ninguna iniciativa, ni la propia SUTEL, para ejecutar las acciones requeridas para corregir los graves defectos que ella misma pudo determinar.

Por ser contemporáneo para esa época, aunque el artículo no tiene fecha (pero de su texto se desprende que es posterior a la entrada en vigencia del Reglamento a la LGT vigente, que es de setiembre de 2008), lo que venimos exponiendo nos hace ver la validez de las afirmaciones del periodista y abogado Enrique Villalobos, quien en un artículo escrito para el Observatorio de la Libertad de Expresión de la Universidad de Costa Rica hizo las siguientes reflexiones

“Actualmente no hay frecuencias disponibles, ni de radio ni de televisión, incluyendo a las televisoras que utilizan la frecuencia UHF (del 14 al 88). Esas frecuencias fueron adjudicadas a un puñado de empresarios, fundamentalmente, por razones de amiguismo o clientelismo político, por parte del Poder Ejecutivo. Nunca medió un proceso licitatorio, como debió ser con un bien del Estado. La excepción la constituyen las emisoras culturales que administra el Instituto Costarricense de Educación Radiofónica (ICER), a las que el Estado les concedió una frecuencia por la beneficiosa labor que ejecutan a favor de la educación y la cultura, al igual que con las que administran las universidades públicas y el SINART, por idénticas razones. Siendo un bien escaso y de tanto valor comercial, uno no se explica cómo el Estado no ha recuperado, por ejemplo, los canales 2 y 9, que actualmente no transmiten sino unas pocas horas y sirven de repetidoras de otros canales. En otras palabras, no se están utilizando como corresponde por parte de los concesionarios. Entiendo que también SUTEL podría recuperar algunas frecuencias de radio que no se están explotando como es debido. **En esta situación, los concesionarios las mantienen para hacer negocios millonarios con la plusvalía, como sucede con la venta de las patentes de licores y los lotes en las playas. Los empresarios ven las frecuencias como un bien patrimonial, no algo que pertenezca al Estado. Recuerdo lo que decía un empresario cartaginés, cuando se discutía, hace una década, el tema de ponerle un plazo a la explotación de las frecuencias de radio, “Entonces,**

¿Qué les voy a dejar de herencia a mis hijos?”.⁷⁰

4.2 Informe del Programa Sociedad de la Información y el Conocimiento de la Universidad de Costa Rica (PROSIC) de 2009.

Como su nombre lo plantea, el Programa Sociedad de la Información y el Conocimiento de la Universidad de Costa Rica (PROSIC) es un esfuerzo de esa universidad pública para contribuir al análisis y fortalecimiento del avance de nuestro país en el campo de la sociedad de la información y el conocimiento. Cada año el PROSIC emite un informe donde evalúa diferentes aspectos relacionados con su campo de estudio, y en el año 2009 dentro de su informe dedicó un capítulo a la radiodifusión en Costa Rica.

El Informe de 2009 se terminó de preparar en enero de 2010, y se denominó “Hacia la Sociedad de la Información y el Conocimiento en Costa Rica”, y se encuentra todavía disponible en su versión digital en el sitio web del PROSIC <http://www.prosic.ucr.ac.cr/materiales/informes/informe-2009>.

El Capítulo 9 al que venimos haciendo referencia se titula específicamente “La Radiodifusión en Costa Rica”. En ese apartado del Informe de PROSIC, se puede ver cómo ese Programa hace un repaso por la normativa principal que ya hemos tenido acá también oportunidad de mencionar.

Resulta interesante acotar que ese Informe señala con respecto a la obligación de las emisoras de darle treinta minutos por semana ya sea al Ministerio de Educación Pública como al Tribunal Supremo de Elecciones (si se está en periodo oficial de campaña electoral), que “*en la práctica, desde hace años las emisoras afiliadas a la Cámara Nacional de Radio (CANARA) acordaron otorgar al Ministerio de Educación un espacio los domingos por la noche, con excepción del periodo 1994 a 1998 en que se acordó conceder un espacio diario dentro del programa Panorama y una pauta adicional para microprogramas educativos en distintos horarios en más de 40 emisoras*” (pág. 272). Ese acuerdo llama la atención en varios sentidos.

En primer lugar, porque CANARA es una cámara privada de radiodifusores, es decir no es un ente público. En segundo lugar si bien esa Cámara agrupa a una gran cantidad de radiodifusores (71 emisoras, según su sitio web oficial www.canara.org, aunque claro está que varias de esas emisoras pertenecen a un mismo dueño) no creemos que los agrupe “a todos”, de manera que la actitud del MEP pareciera no ajustarse a lo que legalmente está previsto en el artículo 11 de la Ley de Radio.

No escapa a este informe del PROSIC tampoco el detalle de que la radiodifusión sea catalogada en el artículo 29 de la LGT como “una actividad privada de interés público”, disposición que se critica al decir que “descarta la posibilidad de que el uso y la explotación del espectro radioeléctrico estén en manos del propio Estado o de sus instituciones”.

Ya en el planteamiento inicial mismo del Informe PROSIC 2009 (pág. 274) se afirma que a pesar de la entrada en vigencia de un conjunto de normas al final del año precedente (es decir el 2008)

70 Villalobos Quirós, Enrique. El insólito regalo de las frecuencias de radio y televisión al sector privado, artículo disponible en versión digital en el sitio web del Observatorio de la Libertad de Expresión de la UCR. http://www.ole.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=6%3Aarticulos&catid=1%3Ainforma&limitstart=1
La negrita no es del original.

“En resumen: el status quo de la radiodifusión costarricense permanece intacto, sin grandes transformaciones y con un significativo favorecimiento a los actuales concesionarios de frecuencias, en vista de que no hay modificaciones ni al monto de los impuestos, cánones y multas, ni al plazo de vigencia de las concesiones.”

Además de comparar la radiodifusión de nuestro país con otras experiencias internacionales (Holanda, Venezuela y Argentina) el Informe PROSIC 2009 hace también referencia a la propiedad de los medios en Costa Rica.

En el caso concreto de la radio, aparte de indicar la poca información que es posible localizar en manos de entes públicos, el informe apunta que a pesar de los cambios normativos

“... prevalece la tendencia hacia la consolidación de grupos empresariales que concentran dos o más frecuencias de radiodifusión, especialmente de Frecuencia Modulada. Según se comprobó durante la investigación, los grupos o cadenas cuentan con una emisora emblema o matriz, consolidada históricamente, lo que contribuye a la aparición o renovación de las otras emisoras que forman parte de los distintos grupos.”⁷¹

En ese orden de ideas, el Informe detalla incluso varias empresas que aglutinan desde trece a cuatro frecuencias, y como muchas de esas frecuencias se utilizan además como meras repetidoras de las emisoras matrices.

En el caso de la Televisión se señala una tendencia similar a la radio: la concentración o acaparamiento de frecuencias en unas cuantas empresas, pero además se pone en evidencia que esas empresas a su vez son propietarias de una gran cantidad de frecuencias en radiodifusión sonora (por ejemplo el caso de Representaciones Televisivas Sociedad Anónima, o REPRETEL, que era dueña en ese momento de 11 estaciones de radio a través de su grupo Central de Radios, y a la vez tenía 8 canales de televisión incluyendo las repetidoras de sus canales 4, 6 y 11).⁷²

“Con la distribución actual de las frecuencias para radiodifusión, el espectro radioeléctrico costarricense está ocupado por completo. Tanto en FM como en AM están asignadas todas las frecuencias, aunque en el transcurso de esta investigación se pudo constatar que en AM existen algunas frecuencias autorizadas para el Valle Central que no están siendo utilizadas por sus concesionarios.

Como se explicó anteriormente, en el marco de la Ley de Telecomunicaciones, es de esperar que con la próxima redistribución del espectro se logre habilitar canales para nuevas emisoras. **No obstante, si persiste la tendencia hacia la concentración de medios audiovisuales, la redistribución no representa ninguna garantía de acceso para medios pequeños o de carácter educativo y cultural, a menos que se efectúe una reserva de frecuencias con este propósito.”**⁷³

71 Página 278.

72 Pág. 283.

73 Ibid. La negrita no es del original.

Es muy interesante que ya desde el 2009 el Programa Sociedad de la Información y el Conocimiento postule la posibilidad (más bien la necesidad) de efectuar una “reserva de frecuencias” para poder dar espacio a radiodifusores de naturaleza diversa a la comercial, porque sobre esto no ha habido absolutamente ningún avance, pero es notorio que esa sugerencia surge de la comparación de lo que otros países han venido haciendo en la regulación del uso del espectro radioeléctrico para radiodifusión. De hecho para el momento actual ya hay todavía más países en nuestro continente americano que han adoptado, además de Argentina (que fue el caso estudiado por el PROSIC), la modalidad de “reserva de espectro”, entre ellos por ejemplo el Uruguay y también Ecuador.

Adicionalmente, el Informe que venimos analizando ofrece un interesante análisis sobre la radiodifusión en el Internet y el paso hacia la digitalización (en ese caso de la televisión, que era el proceso en marcha para ese momento). Respecto de ella, el Informe indica que ciertamente la digitalización ofrece un gran potencial para el desarrollo de la radiodifusión televisiva, pero que igualmente ofrece riesgos por los costos que su introducción podría implicar tanto para operadores como hasta para el mismo público televidente.

El Informe cierra además planteando su análisis desde un enfoque novedoso al valorar sus hallazgos desde la perspectiva del Derecho a la Comunicación, conceptuando que

“La comunicación es un derecho humano fundamental y un patrimonio social, es fundamento de las sociedades democráticas y garantía para el ejercicio de otros derechos fundamentales: el de expresarse en igualdad de condiciones y oportunidades, el derecho a difundir y recibir información, el derecho a la participación política, el derecho de acceder a la información pública y en general para el ejercicio de los derechos sociales, políticos, económicos, culturales.”⁷⁴

Cierra entonces esa investigación propugnando por el reconocimiento de la radiodifusión de servicio público en sentido estricto en Costa Rica, así como el reconocimiento de las “radios comunitarias” o “radiodifusión ciudadana” (lo que nosotros denominaríamos de una manera más genérica “estaciones privadas sin fines de lucro”).

Para el PROSIC, por la importancia que tiene como “*medio fundamental para el acceso y difusión de información y comunicación... es impensable no incluir a la radiodifusión en las estrategias nacionales de Sociedad de la Información.*”

Aunque como pudo verse, el estado de situación que allí se describe era muy alejado de los principios que orientan a las sociedades del conocimiento, y que antes pudimos comentar en el Capítulo III de este trabajo.

4.3 Procuraduría General de la República. Dictamen No. 151 del 05 de julio de 2011.

El 21 de diciembre de 2010, el entonces Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, Ing. Teófilo de la Torre, presentó una consulta ante la Procuraduría General de la República.

Acerca de esa consulta ya hemos hablando en otras partes de este trabajo, pero ahora nos interesa ocuparnos del Dictamen que surgió con motivo de ella. Ese Dictamen es el No. 151 del 5 de julio de 2011.

74 Ibid., pág. 296.

Vale indicar que las consultas planteadas a la PGR por parte del MINAET tenían que ver con el status de radiodifusores que habían presentado su solicitud de concesión bajo la Ley de Radio de 1954 y estaban sin resolver, por lo que el Ministro de la Torre plantea a la PGR una serie de interrogantes que ese Ministerio levanta con motivo de la entrada en vigencia de la LGT en el año 2008.

No viene al caso referirse acá a las preguntas o cuestiones que el MINAET presentaba ante la PGR, sino que nos enfocaremos en ver más bien la respuesta que esta institución elaboró a esas interrogantes, porque en esa respuesta encontramos criterios que tienen una trascendencia que va más allá de los asuntos específicamente consultados por el MINAET en ese momento.

En el Dictamen No. 151 que venimos aludiendo la Procuraduría expone entonces una serie de criterios acerca del espectro radioeléctrico, y en sus conclusiones, como se verá de seguido, llega incluso a señalar la obligación legal del MINAET (rector en ese momento del sector de telecomunicaciones) de recuperar las frecuencias que estuvieran ilegítimamente en manos de particulares. Ese resultado probablemente estaba lejos de ser esperado para el momento en que la consulta fue planteada, pero no nos adelantemos. Veamos en primer lugar los aspectos más destacables del Dictamen en referencia.

Un primer elemento que la PGR señala de forma categórica es que nadie puede explotar el espectro radioeléctrico para radiodifusión si no es en virtud de una concesión debida y expresamente conferida por el Estado costarricense. A *contrario sensu* cualquier explotación del espectro sin la respectiva concesión es por tanto inválida, y no puede generar de ninguna forma ningún derecho para quien así lo haga.

Tampoco cabe entonces aplicar ninguna figura de las contenidas en la LGT (el permiso o la autorización por ejemplo) para permitir el uso de espectro radioeléctrico para radiodifusión que no sea la concesión.

La concesión es un acto formal y expreso que confiere derechos a quien la recibe, y el primero de esos derechos es el de disfrutar del bien en forma privativa, es decir con exclusión de otros. Por tratarse de un permiso que el Estado otorga para el aprovechamiento y explotación de un bien de dominio público del cual el Estado sigue siendo en todo momento titular, ese permiso puede ser revocado cuando se esté ante razones legalmente fijadas y se cumpla con el procedimiento apropiado, pero en ese caso el concesionario despojado o afectado tendrá derecho a recibir una indemnización.

Contrario a eso, el permiso de uso será siempre un acto precario. Tanto así que cuando el Estado otorga un permiso de uso sobre un bien de dominio público podrá revocarlo y recuperar ese bien sin siquiera verse obligado a indemnizar a quien lo venía aprovechando. Mientras que en la concesión hay un acto de la Administración en el que concurre el concesionario, y hasta se suscribe un contrato, en el permiso de uso lo que hay es solamente un acto unilateral de la Administración, y por consiguiente ese acto puede ser revocado en cualquier momento por razones de oportunidad y/o conveniencia.

En segundo término, “la inercia administrativa no concede el uso del dominio”. Cuando el MINAET presentó su consulta sugería la posibilidad de “reconocer derechos” a los radiodifusores que habiendo presentado la solicitud desde hacía tiempo no la habían visto resuelta por razones atribuibles a la propia Administración Pública (es decir que serían radiodifusores que realmente estaban sin concesión, y radiodifundiendo con solo haber presentado la solicitud de frecuencia); pero como se enuncia, ni siquiera esa actitud culpable de la Administración es fuente de ningún derecho para quienes habían presentado la solicitud y estaban (y talvez están todavía) ejerciendo como radiodifusores sin que su

trámite estuviera completo, y por tanto sin concesión estrictamente hablando.

En cuanto a este punto, es muy interesante ver que el MINAET hablaba incluso de un “consentimiento tácito” para el uso de frecuencias por parte del Estado, pero como era de esperar la PGR de forma clara y directa le hizo notar que no cabe ningún “consentimiento tácito” cuando se trata de un bien de dominio público como es el espectro radioeléctrico. La PGR enuncia que frente a los bienes de dominio público no cabe el silencio positivo de la Administración, precisamente por estar ante bienes de esa naturaleza jurídica.

Consecuentemente, como ya se adelantó, no puede surgir ni reconocerse ningún derecho a quienes hayan estado explotando el espectro radioeléctrico en virtud de la inacción del Estado. En ese caso, el interesado lo que tiene derecho a establecer acciones para que su petición sea conocida y resuelta, y podría haber responsabilidad de la Administración por su omisión en resolver en un plazo razonable, pero eso no le da derecho al particular para utilizar el espectro radioeléctrico sin que se le haya otorgado la concesión en la forma debida.

Más bien, apunta la PGR, de conformidad con el artículo 32 del Código Procesal Contencioso Administrativo, los particulares que habían presentado solicitud de concesión y no le fue resuelta debieron haberla considerado como denegada, puesto que conforme a esa norma si luego de presentada la petición transcurren dos meses sin que la Administración resuelva, entonces el interesado puede asumir que le fue rechazada para que proceda a interponer los recursos administrativos o gestiones judiciales que correspondan.

Señala además la PGR que en los casos de uso no concedido del espectro radioeléctrico por parte de esos solicitantes ni siquiera tiene aplicación el “principio de confianza legítima” que ha sido formado y reconocido principalmente por la teoría jurídica europea (sobre todo en Alemania). Ese principio consiste en que un administrado puede legítimamente creer de buena fe que en algunas ocasiones la Administración, a pesar de no admitirlo claramente, ha aceptado una petición que se le ha formulado.

Pero para que ese principio se cumpla debe estarse ante varios requisitos: el primero de ellos es que la actuación de la Administración tenga apariencia de legalidad, es decir que se presente ante el administrado como algo jurídicamente posible. Y en segundo lugar debe también existir una notificación expresa del acto. Es decir que *“la confianza legítima se adquiere ante un acto expreso, que requiere notificación. Ese acto no es negativo, sino que debe ser positivo”* (Dictamen No. 151 en referencia).

Para la PGR, no hay entonces ninguna razón para que el MINAET piense que los radiodifusores que estuvieran explotando el espectro en esas condiciones lo estuvieran haciendo tampoco en virtud del principio de confianza legítima (ni siquiera en el caso de los que pagaron el canon de reserva de espectro), porque en primer lugar nunca hubo ninguna notificación de parte del Poder Ejecutivo en la que se les diera a entender que se les reconocía la posibilidad de hacerlo, y en segundo lugar porque el silencio de la Administración se refería a un bien de dominio público que solo puede ser explotado por el particular en virtud de una concesión, de forma tal que el “consentimiento tácito” del Estado es ilegal y los propios radiodifusores lo saben también.

Ese segundo elemento podría plantearse en otras palabras diciendo que el particular no puede sacar provecho de la conducta ilegal de la Administración, y por consiguiente tampoco puede derivar de ella ningún derecho, porque eso sería esperar que el Estado permanezca ignorando la ley y no cumpla con sus deberes.

Otro aspecto que establece el Dictamen que venimos comentando es que por el hecho de haber sido omisa en su deber de resolver las solicitudes de concesión pendientes (la mayoría aparentemente para servicios de comunicación privada) la Administración no está obligada a otorgarlas, sino que debe siempre verificar que se cumpla con los requisitos de ley para ello. Así, si luego de revisar las solicitudes se determinaba que no se cumplían los requisitos entonces es un deber del Estado no aprobarlas.

El deber de la Administración es concluir los procedimientos en la forma debida, resolver, y de hecho está obligada a verificar si se trata de concesiones que se pueden dar directamente (cuando se trata por ejemplo de servicios privados de comunicación) o si la solicitud se refiere más bien a concesiones que se deban dar solamente por medio de concurso público (radiodifusión) caso en el cual así debía ordenarse.

La PGR puntualiza además como otro de los aspectos importantes de mencionar que en los casos en que alguien esté utilizando espectro radioeléctrico para un uso distinto al que le hubiera sido autorizado por cualquier forma (por ejemplo por vía de concesión o vía de permiso de uso) entonces también allí habría un uso ilegal del espectro, y por consiguiente debe recuperarlo el Estado de inmediato. Es más, para la PGR en esos casos “no hay título habilitante”, porque lo que se recibió era la autorización para otro uso, no para el que efectivamente se le terminó dando. Y por esa misma razón no se podría “readecuar” el título para que cubra la actividad que ahora en la práctica realizaba el explotador de bien (que era otra de las sugerencias del MINAET).

En virtud de las consideraciones que hemos resumido, la Procuraduría General de la República concluye entonces que es un deber del Estado recuperar las frecuencias que estén siendo mal utilizadas, ya sea porque se carece de concesión como porque se ha modificado el uso que fue autorizado. Además, la PGR concluye que en esos casos, por tratarse de un uso ilegítimo del espectro radioeléctrico no cabe de ninguna forma pensar en que deba indemnizarse a quien se vea despojado de las frecuencias, porque más bien ese uso estaría catalogado como una falta grave en los términos del artículo 67 de la vigente LGT.

Para la PGR, ante los hechos planteados por el MINAET más bien la SUTEL debió haber ejercido sus deberes y atribuciones que fija el artículo 69 de la LGT y haber procedido a la clausura de instalaciones y la remoción de los equipos con los que se estuviera utilizando indebidamente el espectro radioeléctrico.

De modo entonces que resulta una obligación para el Estado recuperar y reasignar las frecuencias que estén siendo indebidamente utilizadas y además no existe en esos casos ninguna obligación de indemnizar al aprovechador, quien si mantiene interés en recibir una concesión deberá participar en un concurso según corresponda, y además llenar los requisitos que establece la legislación vigente.

El Dictamen que venimos analizando fue objeto de una ampliación y adición que fue solicitada por el señor René Castro Salazar, para ese momento (25 de agosto de 2011) ya Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. La ampliación se plasmó en el Dictamen 280-2011, del 11 de noviembre de 2011.

Esa ampliación explica de forma adicional algunos de los conceptos que el No. 151 había señalado, pero naturalmente conserva la misma línea en cuanto a sus criterios fundamentales y mantiene las disposiciones que el primero estableció para el MINAET.

La PGR reitera en esa ampliación que

“Hay un aspecto que debe ser recordado. El uso del espectro, tipo de red y los servicios que pueden ser explotados por un administrado no dependen de su voluntad. Por el contrario,

dependen del ordenamiento y del título habilitante que le haya sido otorgado. En ese sentido, bajo la Ley General de Telecomunicaciones el interesado no es libre para decidir el uso que le va a dar al espectro o su forma de explotación. Será el título habilitante que a su vez depende de la regulación legal el que determinará esos aspectos.”

Igualmente, ante la pregunta del MINAET acerca de si quienes quedaron con solicitudes pendientes deben o no presentar nueva solicitud la respuesta de la PGR es ilustrativa. Si una persona tiene interés en una de las autorizaciones de las que se regulan en la LGT (el permiso o la concesión directa, por ejemplo) debe hacer sus trámites conforme a la nueva normativa, pero en el caso de las concesiones de frecuencias para radiodifusión que estuvieran pendientes, deben ser resueltas, y si fueran rechazadas quien tenga interés en pedirla nuevamente no debería pedir una concesión (como se hacía con la Ley de Radio antes de la entrada en vigencia de la LGT) sino que ahora debe atenerse a los nuevos procedimientos y solicitar la apertura de un concurso público.

“La Procuraduría respondió aludiendo a la solicitud a que hacía referencia el Ministerio, sin tomar en cuenta que la solicitud como elemento de inicio del procedimiento para otorgar una concesión por concurso era propia de la Ley de Radio. Pero bajo las reglas de la Ley General de Telecomunicaciones una solicitud del interesado solo está prevista para la concesión directa en los términos del artículo 19, para las autorizaciones de acuerdo con el artículo 23 o de los permisos en los casos del numeral 26. Empero, no procede en tratándose de la concesión por concurso. De modo que si bien es válido afirmar que en caso de que proceda la concesión directa, el administrado tendrá que solicitar una concesión sujetándose a las reglas de la Ley General de Telecomunicaciones y que el ordenamiento jurídico anterior no se aplica a la nueva solicitud, **no es procedente señalar que en los casos en que se requiere el concurso, el administrado deba presentar una solicitud. Sencillamente, esa solicitud no es elemento de un concurso para otorgar la concesión. Por consiguiente, el administrado que tiene interés en explotar y operar redes públicas de telecomunicaciones, tendrá que someterse a una concesión por concurso público. Un concurso cuya decisión de inicio corresponde al Poder Ejecutivo luego de recibir de SUTEL los estudios necesarios y de factibilidad del otorgamiento de concesiones, Superintendencia que también instruye el procedimiento. Por consiguiente, este procedimiento no se inicia por solicitud del interesado. La participación de este en el concurso comienza después que la Administración ha decidido realizar el concurso, se han cumplido los requisitos previos del concurso y SUTEL ha publicado el cartel del concurso.**”⁷⁵

Se sigue de lo anterior que a quien le haya caducado el plazo de su concesión no podría “solicitar de nuevo” la frecuencia, sino que debería iniciarse más bien un concurso

75 Procuraduría General de la República, Dictamen 280-2011, del 11 de noviembre de 2011. La negrita es suplida.

público para adjudicar esa frecuencia a quien reúna los requisitos que se definan según el caso, lo que no impide desde luego que en un supuesto como ese el anterior concesionario pudiera adjudicarse la frecuencia.

Otro elemento que entra a analizarse en esta ampliación y aclaración es el de las frecuencias que se utilizan como principales y repetidoras para radiodifusión sonora y/o televisiva que se encuentran en reserva o en permisos.

Sobre ese aspecto, el MINAET le plantea además a la PGR que en los contratos de concesión el Estado se compromete a garantizarle y permitirle al concesionario el uso de las repetidoras o “frecuencias de enlace” que sean necesarias para que pueda ejercer su derecho de difundir para el área de cobertura asignada, pero se presenta ahora el problema de que algunos concesionarios tenían pendiente de resolver para ese momento (agosto de 2011) la autorización para enlaces, entonces tendrían en sus manos la concesión para la señal principal pero no así la concesión para los enlaces, y ahora tendría que tramitarse esas concesiones conforme a la nueva normativa.

A ese respecto, la PGR considera que efectivamente lo que debe concesionarse por medio de concurso es la frecuencia principal, pero que los enlaces deben otorgarse de forma que el concesionario pueda cumplir con los términos de su concesión. Para ello, el Ministerio podría otorgar directamente los enlaces de conformidad con el artículo 23 del ya derogado Reglamento de Radiocomunicaciones, observando que se cumplan los requisitos que en esa normativa se señalaban.

4.4 Informe No. DFOE-IFR-IF-6-2012, de 30 de julio de 2012, “Informe sobre la gestión del espectro radioeléctrico ante la apertura de las telecomunicaciones”, de la Contraloría General de la República.

El Informe que ahora nos ocupa se preparó por parte de la Contraloría General de la República con el objetivo de “... *determinar si el Viceministerio de Telecomunicaciones del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET) y la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) están cumpliendo apropiadamente con las responsabilidades que les corresponde en la gestión del espectro radioeléctrico, de manera que se garantice un uso eficiente de este bien demanial*” y de acuerdo con el propio documento, abarcó temporalmente entre el 15 de mayo 2009 y el 15 de mayo 2011, aunque se indica igualmente que se espacio de tiempo se amplió cuando se consideró necesario.

Es importante acotar que este Informe parte además desde lo que el “Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica” del 15 de mayo 2009 elaborado por SUTEL había señalado en cuanto a que para ese momento se había dado “*una administración y uso ineficiente del espectro, con un control escaso que facilitó el otorgamiento de bandas de frecuencias demasiado amplias y prácticamente gratuitas para usos tecnológicamente inadecuados, numerosos incumplimientos de los concesionarios en cuanto a los usos y condiciones establecidas en las licencias, traspasos, cesiones de títulos sin contar con las debidas autorizaciones, alquileres de frecuencias, concentraciones de frecuencias, uso ineficiente de éstas, entre otros.*”⁷⁶

76 Contraloría General de la República, Informe No. DFOE-IFR-IF-6-2012, “Informe sobre la gestión del espectro radioeléctrico ante la apertura de las telecomunicaciones”, 30 de julio de 2012, página 11.

Es decir, este Informe de la CGR evaluó los dos años posteriores a la emisión del Informe Técnico de la SUTEL pero, incluso habiendo pasado esos dos años, en julio de 2012 la CGR viene a indicar que no contó con *“información completa y confiable sobre la asignación y uso de todas las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico que establece el PNAF para garantizar la optimización en el uso de un recurso público escaso, de alto valor y esencial para la promoción de la competencia en telecomunicaciones y con ello los objetivos de la apertura en cuanto a desarrollo e inversión en esa materia.”*⁷⁷

De acuerdo con la CGR, la ausencia de esa información se debe, entre otros factores a:

- i) debilidades en los expedientes de concesiones anteriores a la LGT;
- ii) incumplimiento de los concesionarios del transitorio IV de la LGT que les obliga a presentar un informe en el que indicaran las bandas de frecuencia que tenían asignadas y el uso que estaban haciendo de cada una de ellas. Ese informe debía ser rendido en un plazo máximo de 3 meses después de la entrada en vigencia de la Ley, pero como se puede observar para ese momento ya habían pasado dos años sin que se completaran, y sin que las entidades encargadas de exigir su entrega tomaran ninguna acción para asegurar el cumplimiento de esa disposición.
- iii) incumplimiento de concesionarios al Transitorio II del Decreto DE-36754-MINAET sobre presentación de los concesionarios de información técnica para determinar la posibilidad de uso de bandas compartidas. Esa disposición consiste en una reforma que se hizo el 9 de setiembre de 2011 al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, y pretendió evaluar posibilidades en los servicios satelitales de Servicio Fijo por Satélite (SFS) y Radiodifusión por Satélite (SRS); y
- iv) que en algunos casos el MINAET no comunica a la SUTEL toda la información que ésta requiere para dar cumplimiento a sus funciones de administración y control del espectro radioeléctrico.

A pesar de las falencias en la información que le sirvió para elaborar el estudio, la CGR afirma en todo caso que a partir de la información que recibió la SUTEL (de los concesionarios que sí cumplieron y presentaron sus informes) se concluyó, entre otras cosas que ***“existe una evidente concentración de las frecuencias más rentables para la provisión de servicios de telecomunicaciones en unos pocos concesionarios, algunos de los cuales deberán ser motivo de estudios específicos para determinar la congruencia entre el título de servicio privado y el uso real que se le da a las respectivas frecuencias”***.⁷⁸

Además se determinó irregularidades como (pág. 14):

- Los plazos de vigencia de muchos contratos de concesión se encuentran expirados y sin que el concesionario haya gestionado su renovación;
- Existe gran cantidad de procesos sin completarse, ya sea por desinterés del

77 Ibid.

78 Ibid., pág. 13.

concesionario o por falta de ejecución de la Administración, lo que implica la inexistencia del contrato de concesión que faculte la explotación legal de las bandas, y

- Serias deficiencias en cuanto a la documentación que respalda la concesión, observándose gran cantidad de concesiones con documentos vencidos o sin ningún documento oficial de respaldo.

Es decir, que todavía en julio de 2012, y a pesar de las observaciones que la Procuraduría General de la República le había hecho al MINAET en el Dictamen No. 151 de julio de 2011 arriba analizado, en esencia la situación del uso y administración del espectro radioeléctrico seguía siendo la misma, con el agravante además de que el propio ministerio entonces rector del sector de telecomunicaciones no le transmitía a la SUTEL la información que ella requería para poder ejercer sus deberes en forma apropiada.

Puede notarse además que si bien no se precisa en el Informe de la CGR a cuáles explotadores del espectro se refiere cuando afirma que hay graves irregularidades en ese uso, y más bien plantea la necesidad de hacer “estudios específicos”, es factible pensar que el uso indebido del espectro ocurre no solo en frecuencias destinadas a uso privado, sino también a las de radiodifusión. Si a eso le sumamos el hecho de que se habla por parte de la misma CANARA de estaciones que usan el espectro sin permiso, aunque esa Cámara lo hace utilizando términos como “piratas” y otros similares, en realidad la pregunta que se asoma es más bien si no son muchos de los mismos radiodifusores que se supone cuentan con concesión los que estarían siendo los explotadores no autorizados (¿piratas?) del espectro radioeléctrico.

Ante un panorama como el descrito, no sorprende que una vez más (ahora la CGR) vuelva a llamarse la atención del Poder Ejecutivo y recordarle que

“... conforme al artículo 21 de la LGT la reasignación procede cuando: a) lo exijan razones de interés público o utilidad pública, b) lo exijan razones de eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico, c) se requiera para poner en práctica nuevas tecnologías, d) sea necesario para resolver problemas de interferencia, e) exista una concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva y f) sea necesario para cumplir tratados internacionales suscritos por el país. Además, según ese mismo artículo y el procedimiento para la reasignación de frecuencias establecido en el artículo 11 del RLGT, corresponde al Poder Ejecutivo solicitar a la SUTEL su criterio técnico para determinar la procedencia o no de la reasignación y acordar entonces la reasignación, tomando en cuenta para ello los derechos de los titulares y la continuidad en la operación de redes o la prestación de los servicios, situación que daría lugar a una indemnización únicamente cuando se impida al adjudicatario tal operación o prestación de servicios en los términos indicados en la concesión correspondiente, o bien, cuando la reasignación sea la única causa que obligue a sustituir o renovar equipos.”⁷⁹

No puede obviarse el detalle de que una de las causales que habilitaría al Poder

79 Ibid., pág. 16.

Ejecutivo es la “concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva”, elemento que resulta importante a la luz de lo que antes expusimos acerca del marco normativo que regula y debe orientar la administración y uso del espectro radioeléctrico. La CGR entra en este campo considerando en buena medida que el espectro radioeléctrico es un bien económicamente aprovechable, al que el Estado le podría sacar más rentabilidad en términos de recursos financieros. Pero eso no puede servir para legitimar un enfoque se limite solo a eso.

Para empezar, como la misma LGT lo dice, esa administración tiene que ser conforme a la Constitución y los tratados internacionales, y ya vimos que nuestra Constitución perfila a Costa Rica como un Estado Social de Derecho, y que también hay tratados internacionales que desde el punto de vista de los derechos humanos y del derecho al desarrollo establecen la obligación de los estados de promover la equidad y el pluralismo en su aprovechamiento. Por ello no podemos compartir que la concentración solo pueda verse como algo que debe ser combatido “cuando afecte la competencia” si por “competencia” se quiere interpretar solamente la disputa por producir dinero a partir de actividades comerciales.

Creemos que a pesar de no ser el concepto apropiado (puesto que si hablamos de radiodifusión creemos que ese concepto sería más bien el de “diversidad de servicios”) en nuestro país el concepto de “competencia” del que habla la LGT debería en algún momento recibir una significación más amplia y que sobrepase lo meramente comercial que actualmente lleva implícito.

La Contraloría de todos modos percibe claramente que

“En el procedimiento de concesión de frecuencias que lleva a cabo el Viceministerio de Telecomunicaciones del MINAET, mediante el cual se autoriza el uso y explotación de las frecuencias del espectro que son requeridas para la operación y explotación de las redes de telecomunicaciones, no se lleva control de eventuales acaparamientos por parte de los solicitantes, situación que expresamente señaló ese Ministerio al indicar que “Actualmente son muchas las solicitudes de espectro bajo el nombre de distintos concesionarios, por lo que no hay tiempo para realizar investigaciones que profundicen si se está presentando acaparamiento de espectro por parte de grupos de interés económico y no se ha determinado un mecanismo para definirlo como tal.”⁸⁰

Con eso el MINAET apunta además a otro hecho que no deja de llamar la atención, como es su argumento de que el concepto de “acaparamiento” no está “legalmente definido”, y en eso se escuda para sencillamente evadir cualquier incursión suya en el ámbito del análisis de la concentración de frecuencias del espectro radioeléctrico.

Una interesante explicación acerca de este punto la podemos encontrar en uno de los oficios que con motivo de este Informe el Viceministerio de Telecomunicaciones le remitió a la CGR, por lo que nos permitimos en este caso hacer una cita un poco más extensa de lo habitual:

“El término “concentración de espectro” referido como

80 Ibid., pág. 30.

acaparamiento por parte de la CGR alude a lo indicado por el artículo 21 inciso e) de la LGT, como una de los causales para la conocida "*reasignación de frecuencias*", el cual Indica lo siguiente: "*exista un concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva*". Asimismo, se relaciona estrechamente con lo señalado en el artículo 6 inciso i) sobre la optimización de los recursos escasos, **que a su vez refiere al objetivo de asegurar la competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios. Al respecto, es necesario hacer notar que el permitir que gran cantidad de espectro se mantenga en poder de unos pocos se constituye en una barrera infranqueable para la entrada de nuevos operadores, que podrían brindar nuevos y mejores servicios e impulsar la competencia en el mercado a través de un uso eficiente de dicho bien demanial.**

Por otra parte, el término "*concentración de espectro*" no viene definido ni cualitativa ni cuantitativamente en la LGT, dado que el bien que se regula es de naturaleza diversa donde, por ejemplo para bandas de frecuencias bajas, se manejan capacidades y condiciones diferentes que para frecuencias altas, por lo que su aplicación requiere de un análisis técnico, basado en estándares internacionales y mejores prácticas.

En todo caso, para determinar la existencia de una concentración de espectro, debe considerarse de forma complementaria a las condiciones técnicas de explotación y uso eficiente de este recurso, la regulación y el régimen de competencia desde el punto de vista del posible establecimiento de barreras de entrada, cantidad de servicios y clientes asociados con el espectro otorgado y el comportamiento del mercado como tal, entre otros aspectos.

La aplicación y análisis requerido para probar una posible "*concentración de espectro*" debe obedecer a un sólido estudio técnico, siguiendo principios de racionalidad y proporcionalidad, así como apegándose a mejores prácticas y recomendaciones internacionales, en todo caso, considerando que el espectro atribuido para servicios IMT reviste de interés público, por lo que se debe procurar el cumplimiento del compromiso adquirido a través del "*CAFTA*", así como de la normativa relacionada (transitorio IV, objetivos y principios de la LGT, PNAF, Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, entre otros)."⁸¹

No obstante la tesis de que no se cuenta con una definición "legal" de lo que debe considerarse en nuestro país como concentración indebida o acaparamiento, ese documento sí avanza sobre el tema al señalar que

"En este sentido a continuación se presentan condiciones que

81 Viceministerio de Telecomunicaciones del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, oficio OF-DVT-2012-187 del 8 de noviembre de 2012, dirigido a la CGR, páginas 12 a 13. La negrita no es del original.

podrían considerarse como indicios de una concentración de espectro:

- Que un concesionario (o permisionario) cuente, de manera exclusiva, con una proporción elevada de espectro en una determinada banda de frecuencias o grupo de estas, de acuerdo con los estudios técnicos que efectúe la SUTEL.
- Que se determine a través de un estudio técnico de la SUTEL, que el espectro otorgado esté siendo utilizado de forma que afecte la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y/o control de dicho recurso.
- La existencia de barreras absolutas que restrinjan el acceso a este recurso por parte de los demás competidores en el sector.
- Afectación a la competencia efectiva.
- Afectación a objetivos y principios de la LGT y los tratados internacionales suscritos.”⁸²

Claramente, los elementos indicados (que son aludidos como “indicios”) son realmente los criterios que podrían utilizarse como rasgos para determinar la existencia de concentración de frecuencias, pero hasta ese momento no pasaron de ser “indicios”, porque para no se adoptaron como criterios, sino que se persistió en la idea de que además debe haber una “definición legal” de lo que se debe considerar como acaparamiento.

Ahora, si esa definición realmente se va a hacer, y sobre este tema volveremos más adelante, no debería perderse de vista que en el primero de los criterios, que es probablemente el más importante, no sería lo mismo hablar de “un concesionario” según se interprete ese concepto de forma restringida (un solo concesionario) a hablar de “un grupo de interés”, porque sabemos que “el” concesionario es muchas veces una persona diferente (casi siempre una sociedad) pero que hay grandes grupos mediáticos que controlan esas sociedades y con ello un grupo de frecuencias (el ejemplo por excelencia en nuestro país es el grupo Repretel, como más adelante veremos).

Así que si el Poder Ejecutivo va a trabajar de alguna forma en las definiciones mejor será que revise bien que en el primero de los criterios no se vaya a producir una lamentable omisión que finalmente torne las disposiciones que se tomen en inaplicables.

Por otro lado, como puede apreciarse, la visión del Viceministerio de Telecomunicaciones es meramente “comercial” y se preocupa especialmente de los servicios que son del interés en el marco del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA por sus siglas en inglés), todo además en línea con la apertura de las telecomunicaciones que estaba en ese momento por darse en el país. Pero es evidente que condicionar la determinación de si existe o no concentración de frecuencias (cuando hablamos de la radiodifusión abierta) a “un sólido estudio técnico” y “recomendaciones internacionales” lo que se está procurando es posponer hasta el máximo posible cualquier intervención del Estado para aplicar los principios que la propia LGT ya vigente dice que deben observarse.

Aunque si el Poder Ejecutivo está interesado en recibir “recomendaciones internacionales” podría informarse de la experiencia de países como Estados Unidos,

Francia, Inglaterra, Argentina, y Ecuador, por ejemplo, en donde existen normas legales que limitan y combaten la posibilidad de monopolios y oligopolios, al mismo tiempo que regulan lo que se conoce como “propiedad cruzada” de medios (es decir, por ejemplo el que una empresa sea dueña de periódicos y canales de TV o estaciones de radio al mismo tiempo, o de estaciones de TV y de radio).

De modo entonces que si el acaparamiento no existe “oficialmente” porque nadie le ha definido al MINAET (y ahora al MICITT) qué se entiende por tal cosa cuando se habla de frecuencias del espectro radioeléctrico tal situación es así justamente por la inoperancia curiosa del propio Poder Ejecutivo, que en ese tema no pareciera tener ningún interés y ha llevado a que ni el MICITT ni la SUTEL tengan entonces a mano el primer elemento que ellos argumentan necesitar para entrar a analizar este tema, argumento además que suena a mera excusa en realidad, especialmente cuando se lee que por ejemplo el ente rector del sector “no ha tenido tiempo” para investigar si los concesionarios acaparan o no frecuencias.

¿Por qué esa “definición” no se incluyó precisamente en la LGT y las normas que vinieron junto con ella en el momento de la transformación de las telecomunicaciones en el país?, ¿no era esa una ley “general” precisamente para poder regular todos los aspectos que debían ser tomados en cuenta?, ¿será que nuestro legislador olvidó que esa definición podría resultar necesaria y dejó pasar la ocasión de establecerla por accidente? Cada quien puede juzgar.

Ahora, todo eso debe además leerse teniendo como telón de fondo otros problemas que el Informe en análisis plantea cuando se ocupa de lo que podría ser una herramienta para solucionar el acaparamiento de frecuencias, como es la recuperación y reasignación de la que habla el artículo 21 de la LGT. Porque, como es fácil concluir de lo que hasta ahora hemos venido diciendo, en nuestro país el escrutinio sobre el uso de frecuencias en radiodifusión parece ser un tema del que todos dicen estar preocupados pero en el que nadie toma acciones efectivas después de hacer la declaración de rigor.

Por eso, en cuanto a la potestad de recuperar o reasignar frecuencias, la propia Contraloría apunta en su Informe que se constatan las siguientes “debilidades”: falta de procedimientos, reglamentos y lineamientos para hacerla; no se han identificado las frecuencias que requieren reasignación, y las que se han identificado no han sido reasignadas (serían para servicios de Telecomunicaciones Móviles Internacionales, o IMT por sus siglas en inglés). En síntesis, para la CGR no existe ningún plan ni cronograma para ordenar el espectro, y el MINAET arguye que para ello se requiere información técnica que la SUTEL no le entrega (p. 35).

Esas “debilidades” no son pequeñas. Especialmente las dos primeras. La falta de procedimientos, reglamentos y lineamientos para ejecutar una recuperación y reasignación de frecuencias es grave porque como al inicio de este trabajo se explicó la Administración Pública está regida por el principio de legalidad, de forma que sus actuaciones no pueden ser arbitrarias ni improvisadas.

Debe entonces contar el Estado (y él mismo debió haberlo hecho ya) con un conjunto de normas y principios que definan el modo y los procedimientos que deben realizarse para el ejercicio de las disposiciones del artículo 21 de la LGT.

Pero además, aún si ya existieran esas reglas y procedimientos, la segunda de las

“debilidades” que señala la CGR se torna crítica: no se sabe cuáles serían las frecuencias que hay que reasignar y eventualmente recuperar. ¿Por qué? porque nadie ha hecho ningún estudio acerca de eso.

Es verdad que como complemento de las disposiciones del artículo 21 que venimos comentando se encuentra lo señalado en los subincisos c) y d) del inciso 2) del artículo 22 siguiente, que corresponden al “rescate por causa de interés público” y “el acuerdo mutuo de la administración concedente y el concesionario”, respectivamente. Pero en ese caso ya no se trata de una recuperación en la que el Estado no deba indemnizar al concesionario, porque el párrafo final de este artículo así lo establece al decir que cuando la extinción “*se produzca por causas ajenas al concesionario, quedará a salvo su derecho de percibir las indemnizaciones que correspondan según esta Ley y el contrato de concesión*”.

Además, dejando de lado la posibilidad de que el propio concesionario acepte perder la concesión voluntariamente, cosa poco probable, ¿cómo justificaría legalmente hablando el Estado el “rescate por causa de interés público” de una frecuencia si no se ha hecho ningún estudio que diga formalmente qué frecuencias están siendo objeto de acaparamiento, o qué frecuencias deberían reasignarse o hasta recuperarse? Es obvio que a falta de eso cualquier acción que se tome sería atacable legalmente por arbitraria, puesto que en sentido estricto carecería de fundamentación.

Una vez más recordamos que el Informe que venimos comentando se hizo a dos años de vigencia de las leyes que vinieron a reformar sustancialmente el campo de las telecomunicaciones en nuestro país, y a dos años de que los propios operadores de frecuencias debieran entregar por sí mismos la información que le permitiera a la SUTEL sacar conclusiones acerca del uso que se estaba haciendo de las frecuencias.

El Transitorio IV de la LGT obligaba (y sigue obligando, a pesar de que su plazo está claramente superado) que los concesionarios presentaran un informe a la SUTEL sobre las bandas que tienen asignadas y el uso que están haciendo de ellas, y le ordenó al Poder Ejecutivo que resolviera lo que correspondiera (dando el debido proceso para radiodifusión televisiva y radial) para que los concesionarios se ajusten a las condiciones de Ley o recuperar las frecuencias, pero como ya se ha indicado para la fecha del Informe (junio de 2012) en comentario no hay evidencia de ninguna acción en ningún sentido por parte del MINAET.⁸³

Pero el Informe agrega además a lo que se viene acumulando un nuevo factor, como es el tema de determinar si las concesiones que estaban en uso para la fecha de entrada en vigencia de las nuevas reglas (en especial la LGT, su Reglamento, y la LFMESPT) siguen rigiendo o no. Así, se reseña que en cuanto a los plazos de vigencia de las concesiones, el artículo 30 del Reglamento de Radiocomunicaciones las fijaba en 20 años pero ese Reglamento fue derogado por el Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.

Ante esa derogatoria, el Informe indica que la SUTEL sostiene que aun así los títulos están vigentes, y se dice que hay una explicación del criterio en el oficio N° 958-SUTEL-DGC-2012 del 13 de marzo de 2012 que el Director General de Calidad de la SUTEL dirigió al Consejo de esa Superintendencia, criterio que a su vez fue aprobado por ese Consejo y remitido al Gerente de Concesiones y Permisos de la Dirección de Espectro Radioeléctrico del MINAET mediante oficio N° 340-SUTEL-SC- 2012 del 9 de abril de

83 Ibid., pág. 19.

2012, “sin que a la fecha de este estudio se hubiera producido la correspondiente respuesta.”⁸⁴

El criterio de la SUTEL sostiene que las concesiones de radiodifusión que estuvieran otorgadas para el momento de entrada en vigencia de la LGT y su Reglamento estaban vigentes porque el anterior Reglamento las señalaba para 20 años contados a partir de su fecha de entrada en vigor, que fue el 28 de junio de 2004, pero que en virtud de la nueva normativa tienen que cumplir con los requisitos actuales, entre ellos verificar si fueron asignadas mediante concurso público.

La posición de la SUTEL dice estar a su vez fundamentada en el Dictamen C-280-2011 de la Procuraduría General de la República, al que previamente hemos hecho alusión en este trabajo (recordemos que este Dictamen fue la respuesta a la solicitud de ampliación, aclaración y adición, que con respecto al Dictamen C-151-2011 formuló el MINAET en agosto de 2011).

No obstante, en ese Dictamen la PGR no se refiere a la vigencia de los plazos de los concesionarios actuales, sino que se ocupa de diferentes aspectos, entre ellos el de los casos donde resulta necesario el concurso público para el otorgamiento de frecuencias, y acerca de si los plazos para quienes habían recibido el permiso de instalación de equipo por seis meses estaba vigente o no.

De hecho, el Dictamen C-208-2011 de la PGR no entra a dilucidar el punto de si las concesiones existentes en materia de radiodifusión quedan o no vigentes, o si conservan el plazo de 20 años que había fijado el derogado Reglamento de Radiocomunicaciones, como aparentemente lo interpreta la SUTEL y sin cuestionamiento alguno lo acepta la CGR (a nuestro criterio de manera equivocada).

Creemos que más bien el oficio de la SUTEL dirigido al MINAET debería entenderse como un criterio que esa entidad está sometiendo a consideración de la segunda para que ella actúe según lo que llegue por su parte a concluir, pero no pareciera que la CGR lo haya entendido así, dejando como “pacífico” el punto cuando en realidad éste sigue siendo algo todavía difícil de establecer.

Otro de los elementos que evaluó el Informe de la CGR en junio de 2012 fue el incumplimiento para ese momento de la creación por parte de la SUTEL del Registro Nacional de Telecomunicaciones, pero actualmente ese Registro ya fue creado. Su página web es <https://sites.google.com/a/rnt.sutel.go.cr/rnt/home>, sin embargo, y a pesar de lo que dice el Reglamento, no se ve allí el registro de concesionarios de radiodifusión sonora y televisiva, por lo que en nuestro criterio todavía en la actualidad el cumplimiento de esta disposición legal es incompleto.

Igualmente, la CGR llama la atención en su Informe acerca del problema que significa el estado actual del Impuesto anual de radiodifusión, el cual presenta montos completamente desactualizados y que para esa entidad no guardan ninguna relación con el provecho económico que los radiodifusores obtienen en su actividad. Sobre eso, la CGR advierte que ciertamente de acuerdo al Dictamen C-089-2010 del 30 de abril 2010 de la PGR, la radiodifusión de acceso libre no está sujeta al canon de reserva del espectro radioeléctrico que establece el artículo 63 de la LGT, pero entonces se considera que esto es

84 Ibid., pág. 29.

discriminatorio para los que sí pagan canon de reserva de espectro⁸⁵, que además se actualiza cada año.

“...un canal de televisión requerirá pagar por concepto del impuesto anual de radiodifusión (matriz y enlace) únicamente la suma de ¢620.000 anuales (lo que equivale a ¢2.480.000 por un periodo de 4 años), suma que resulta insignificante si se toma en cuenta que considerando solamente los clientes referidos a partidos políticos del ciclo electoral 2006-2010, los canales de televisión tuvieron ingresos por la suma de ¢4.100.776.960,00 (cuatro mil cien millones, setecientos setenta y seis mil novecientos sesenta colones), suma que evidentemente representa tan solo una parte de los ingresos totales recibidos por las televisoras si se toma en consideración su cartera total de clientes.”⁸⁶

Y aparte de lo indicado, la CGR resaltó además en su Informe que el MINAET no tiene control sobre lo recaudado, y no sabe a ciencia cierta el monto y el destino de los dineros.

Para terminar con la reseña del Informe, nos parece oportuno reproducir lo que en su parte final éste expresa, al señalar que

“Dada la importancia que revisten actualmente las telecomunicaciones en el marco de la sociedad de información y conocimiento, así como el uso intensivo que éstas requieren del espectro radioeléctrico, el cual es un recurso escaso que cada vez adquiere un mayor valor comercial, **se impone la necesidad de que el Estado, propietario natural de este bien demanial, se asegure de que su explotación sea lo más eficiente posible, en aras de cubrir y prever oportunamente las necesidades presentes y futuras que los distintos sectores de la sociedad demandan de este recurso.**

No obstante lo anterior, el análisis efectuado revela una muy deficiente gestión de planificación, administración y control de este bien demanial, con el agravante de que no se advierte, por parte del Poder Ejecutivo, un rol de liderazgo comprometido, fuerte, proactivo y de acompañamiento orientado a determinar y asegurar la ejecución de todas las acciones que son requeridas para superar y corregir todas las debilidades observadas en dicha gestión.”⁸⁷

En virtud de todo lo anterior, en este informe se giran una serie de disposiciones que cada entidad debe acatar, y para ello se confirió normalmente un plazo.

Como parte de la investigación que hemos llevado a cabo, se solicitó a la Contraloría General de la República información acerca del cumplimiento de las disposiciones, aspecto que le corresponde verificar a la Gerencia del Área de Seguimiento

85 Ibid., pág. 46.

86 Ibid., pág. 47.

87 Ibid., pág. 48. La negrita no es del original.

de las Disposiciones del órgano contralor.

Para una más ágil lectura y comprensión, presentamos de seguido un cuadro en el que hemos colocado las disposiciones que nos interesan, así como el plazo, y (lo que más nos interesa) el resultado que de ellas reporta la Contraloría para el día 17 de diciembre de 2013, fecha en la que por oficio DFOE-SD-2039 nos hizo llegar los datos que se exponen.

En los casos que hemos considerado oportuno hemos agregado también un espacio para hacer algún comentario u observación respecto del punto particular en análisis.

Antes de entrar a ver el cuadro de disposiciones y resultados, resulta además pertinente apuntar que esas disposiciones se giran de conformidad con el artículos 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, No. 7428, por lo que no se trata de simples recomendaciones, sino que de acuerdo con su párrafo segundo *“las disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte, dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan”*.

Veamos entonces los cuadros de disposiciones para poder evaluar su grado de cumplimiento que le atribuye la CGR.

Como se podrá apreciar en la parte superior de cada cuadro, las disposiciones del Informe van dirigidas a diferentes entidades, de forma que vale la pena tener en cuenta ese detalle para saber qué ente es el llamado a cumplir cada responsabilidad.

AL CONSEJO DE LA SUTEL Y AL MINISTRO DE AMBIENTE Y ENERGIA			
DISPOSICION	ORDEN	PLAZO OTORGADO	GRADO DE CUMPLIMIENTO SEGÚN CGR
5.1.a.i	Definir procedimiento para mantener el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias actualizado.	2 meses	Cumplida razonablemente.
5.1.a.iii	Establecer conjuntamente un plan de acción (con prioridades, plazos y responsables) en el que se calendarice, tanto la ejecución de los ajustes que se identifique en cumplimiento de la disposición anterior, como las acciones necesarias para la reasignación y recuperación de frecuencias que se deriven de tales ajustes.	8 meses	Cumplida razonablemente.
5.1.c.i	Identificar conjuntamente	3 meses	En proceso de

	<p>todos los casos en que resulta requerida una adecuación de los títulos habilitantes (o corrección de las ya efectuadas), así como la reasignación, revocación o extinción de las concesiones, autorizaciones y permisos otorgados, lo mismo que la recuperación y devolución de frecuencias; de acuerdo con el marco jurídico aplicable, los títulos habilitantes respectivos y en razón de uso, servicios, cobertura u otros. En esta identificación deberán considerarse todas las asignaciones otorgadas (incluyendo las de radiodifusión), las necesidades de recuperación prioritarias y tener en cuenta además las recomendaciones contenidas en el “Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica” elaborado por la SUTEL en mayo de 2009 (pág. 51).</p>		<p>cumplimiento.</p>
--	--	--	----------------------

Comentario: De acuerdo con oficio OF-DVT-2012-187 fechado el 8 de noviembre de 2012, del Viceministerio de Telecomunicaciones para la CGR, para esa fecha se había determinado la existencia de 163 concesionarios con títulos habilitantes vigentes, y por eso se espera 163 dictámenes de la SUTEL (es decir uno por cada caso). El Viceministerio estableció como criterio de prioridad de atención de los casos el siguiente orden: 1) adecuación de títulos habilitantes del Grupo ICE; 2) revisión de las adecuaciones ya realizadas con prioridad sobre las de IMT; 3) las concesiones de frecuencias para actividades futuras de IMT; 4) servicios de radiodifusión televisiva; 5) servicios de radiodifusión sonora en FM; 6) servicios de radiodifusión sonora en AM; y 7) otros casos.

Como se ve, claramente la prioridad de los criterios técnicos que se le piden a la SUTEL se refiere a las frecuencias de IMT, quedando en los últimos lugares lo relacionado radiodifusión. El mismo documento señala que para los dictámenes técnicos de SUTEL se estima como fecha probable de finalización el 9 de enero de 2015. Mientras que las adecuaciones a efectuar por el MINAET (ahora el MICITT) se estiman para el 18 de enero de 2017.

No obstante, en el oficio OF-DVT-2013-039 fechado el 22 de enero de 2013, el Viceministro de Telecomunicaciones Rowland Espinoza informa a la CGR que si bien es factible estimar cuándo se atenderán las 163 gestiones que se menciona arriba, aclara que lo que no es posible es saber “las fechas en las que se recuperará espectro” por cuanto para llegar a ese punto no solo debe hacerse el estudio técnico de la SUTEL y su valoración por el Viceministerio, sino que además debe cumplirse con el debido proceso administrativo y contemplarse sus posibles judicializaciones.

Posteriormente, mediante oficio MICITT-DVT-OF-162-2013 fechado el 8 de agosto de 2013, el Viceministro del MICITT remite a la CGR el informe de cumplimiento del segundo semestre de 2013, documento suscrito conjuntamente por el Ministro de Ciencia y Tecnología Alejandro Cruz, y la Sra. Maryleana Méndez, Presidente del Consejo de Sutel, informan a la CGR. En ese informe, los jefes del MICITT y la SUTEL le indican a la CGR que se ha venido trabajando en la recuperación y reasignación de bandas en manos del ICE (servicios IMT).

Es muy importante resaltar que en ese oficio se informa además lo siguiente: **“que mediante oficio confidencial 5173-SUTEL-DGC-2012 la SUTEL remitió al MICITT como anexo a dicho informe y de forma complementaria al análisis realizado, un estudio preliminar para la adecuación de los 38 concesionarios del servicio de radiodifusión televisiva”**. Al ser un “oficio confidencial” no conocemos el contenido de ese documento ni éste figura en la documentación que se recibió por nuestra parte de la CGR para los fines de esta investigación.

Sobre esto último tenemos que manifestar reservas en cuanto a que la SUTEL denomine como “confidencial” un documento que se refiere a la utilización del espectro radioeléctrico por parte de 38 concesionarios, siendo éste como es un bien de dominio público. Por lo demás, el MICITT no indica tampoco qué va a hacer con ese informe de la SUTEL.

Es verdad que una de las atribuciones conferidas a la SUTEL por el artículo 73 de la LFMESPT es la de “rendir los dictámenes técnicos al Poder Ejecutivo”, pero no encontramos por ninguna parte en esa Ley, ni en la LGT, que los criterios o informes de la SUTEL puedan ser declarados como “confidenciales”.

<p>5.1.c.iii</p>	<p>Revisar todas las concesiones otorgadas con el fin de determinar si todas ellas se han producido conforme al ordenamiento vigente que les resulte aplicable y, además, si se ha producido acaparamiento. Conforme a los resultados obtenidos, se dicten a la brevedad posible las acciones correctivas que corresponda y se determinen las</p>	<p>3 meses</p>	<p>En proceso de cumplimiento.</p>
-------------------------	--	----------------	------------------------------------

	eventuales responsabilidades que pudieran caer en los trámites que se determinaran contrarios al ordenamiento legal establecido o que hayan originado acaparamientos.		
5.1.c.iv	Establecer formalmente los procedimientos, reglamentos, lineamientos y demás aspectos requeridos para ejecutar los trámites de reasignación de frecuencias.	3 meses	En proceso de cumplimiento.
5.1.c.v	Exigir la devolución y recuperar las frecuencias en los casos que resulte procedente según los resultados del punto 5.1.c.i.	3 meses	En proceso de cumplimiento.
5.1.c.vii	El Plan deberá considerar de manera prioritaria lo relativo a la recuperación de las bandas de frecuencias para servicios IMT y radiodifusión , recuperación que deberá culminarse en los primeros 18 meses de ejecución del plan, así como lo referido a las adecuaciones de títulos habilitantes.	18 meses a partir del inicio de la ejecución del plan	En proceso de cumplimiento.
5.1.c.viii	Remitir a la Contraloría cada seis meses y hasta que ese órgano contralor indique lo contrario, un informe del avance en su ejecución. Como parte de dicho informe el MINAET deberá informar sobre acciones que haya ejecutado en procura de reducir el plazo de ejecución del plan.	Cada 6 meses	En proceso de cumplimiento.

Comentario: Con relación a todas las disposiciones contenidas en el acápite 5.1.c del Informe, el Viceministerio de Telecomunicaciones remitió a la CGR el oficio OF-DVT-2012-187 fechado el 8 de noviembre de 2012. En ese documento se señala que lo relativo a la adecuación, reasignación, revocación, y extinción de concesiones se está desarrollando en “dos etapas plenamente identificadas”. La primera de ellas consiste en los dictámenes técnicos de la SUTEL, los cuales deberá esa entidad verter en cada caso; y la segunda etapa es la de “análisis y propuesta de acuerdo al Poder Ejecutivo por parte del Viceministerio de Telecomunicaciones”, que sería el momento en el que la recomendación de la SUTEL es analizada para posterior recomendación por parte de ese Viceministerio.

El oficio en referencia aclara además que lo establecido en el art. 21 de la LGT y su Transitorio IV es aplicable solamente a concesionarios que tuvieran si título habilitante vigente para la fecha de entrada en vigencia de la LGT, casos en los que el proceso puede generar cualquiera de los siguientes resultados: el ajuste del título conforme a la normativa vigente; una reasignación de frecuencias según el art. 21 LGT; o una extinción de la concesión conforme al art. 22 de esa Ley.

Señala también que luego de análisis con la SUTEL se ha concluido que es necesario “establecer un plan de recuperación e inicio de los procesos concursales para el otorgamiento de espectro IMT” por lo que sugiere las etapas para un posible cronograma en ese sentido. Acá llama la atención que respecto de este tipo de espectro el Poder Ejecutivo sigue claramente interesado en sacarlo a concurso y toma acciones más específicas, mientras que en materia de concentración y acaparamiento sigue manifestando estar sujeto a “estudios” que no parecen ver la luz del día en ningún momento.

El interés que refleja el Poder Ejecutivo se hace evidente cuando ese oficio elocuentemente indica que “... la recuperación de espectro, es congruente con los objetivos y principios de la LGT, por cuanto la disponibilidad de este recurso, **atraerá competencia al mercado y con esto se promoverá la inversión en el sector**” (el resaltado no es del original). Evidentemente, para el Poder Ejecutivo la administración del espectro radioeléctrico es básicamente un tema de “inversión” y negocios.

5.1.d.iii	Completar, por parte de la SUTEL, toda la información que conforme a los artículos 80 de la LFMEPST y 149, 150 del RLGT, es requerida por el Registro Nacional de Telecomunicaciones.	18 meses	Cumplida razonablemente.
------------------	---	----------	--------------------------

Comentario: Por oficio No. 3837-SUTEL-DGO-2013 dirigido por la SUTEL a la CGR se informa que el 9 de julio de 2013 se hizo una audiencia pública para evaluar el proyecto de Reglamento del Registro Nacional de Telecomunicaciones y que se recibieron algunas observaciones y objeciones que serán analizadas para posterior resolución. En cuanto a la recopilación de información, se indica que se está trabajando en ello diseñando una propuesta de sistema automatizado o su contratación.

5.1.f.i	Con respecto a lo aclarado por la Procuraduría General de la República sobre el concepto de convergencia y su relación con la adecuación de títulos habilitantes emitir conjuntamente un lineamiento para ambas entidades para que se aplique de manera uniforme ese criterio en todo trámite que corresponda, lo cual incluye la adecuación de títulos habilitantes.	1 mes	Cumplida razonablemente
5.1.f.ii	Identificar y revisar, por parte del MINAET todas las adecuaciones de títulos habilitantes tramitadas, con el fin de determinar si las adecuaciones ya efectuadas son contestes con lo estipulado en el PNAF y demás normas del ordenamiento, determinar la validez del acto administrativo o correcciones que eventualmente procedan y, si es del caso, iniciar un proceso de nulidad de dichas adecuaciones. Lo anterior con la debida consideración del criterio técnico de la SUTEL. En el caso de que se separe de dicho criterio, deberá justificar las razones de orden público o interés nacional que lo sustenten.	18 meses	En proceso de cumplimiento.

Comentario: Mediante oficios DM-079-MICITT-2013 del 20 de febrero de 2013 y DM-404-MICITT-2013 de fecha 6 de agosto de 2013, el Ministro Alejandro Cruz Molina informa (en ambos casos) a la CGR que como primer paso para cumplir con esta disposición ya se identificó todas la adecuaciones de títulos tramitadas por el Poder Ejecutivo, y que en ese momento se encontraban en el proceso de revisión de cada una para determinar si son conformes a la normativa actual y al PNAF. En los casos en que no lo sean o haya inconsistencias, dice el documento, se abrirá expediente administrativo requiriendo además el criterio de la SUTEL. De acuerdo con ese oficio, para ese momento la SUTEL estaba revisando además las adecuaciones que ya se habían aplicado al ICE

únicamente.

En el primero de esos oficios se consigna además que el ICE es el operador que tiene en sus manos el 80% “del espectro utilizable” y que por esa razón solo ese operador demanda mucho trabajo para ser analizado en detalle.

5.1.g.i	Aclarar entre ambas entidades sus competencias, conforme al marco jurídico vigente.	3 meses	Cumplida razonablemente.
5.1.g.ii	Identificar todos los casos y situaciones en que corresponde coordinar entre ambas entidades para una gestión más integrada y eficiente del espectro radioeléctrico y ordenar que en todas esas instancias se procure el diálogo, el trabajo en equipo, la transparencia, la integración de esfuerzos orientados a lograr los mismos fines y optimizar el uso de los recursos públicos comprometidos en la gestión de este bien demanial.	3 meses	Cumplida razonablemente.
5.1.g.iii	Dar solución a cada una de las debilidades de coordinación	3 meses	Cumplida razonablemente.
5.1.g.iv	Responder las solicitudes de información, consultas o recomendaciones de informes técnicos que no han sido atendidas entre ambas entidades.	3 meses	Cumplida razonablemente.

AL MINISTRO DEL MINISTERIO DE AMBIENTE, ENERGÍA Y TELECOMUNICACIONES

DISPOSICION	ORDEN	PLAZO OTORGADO	GRADO DE CUMPLIMIENTO SEGÚN CGR
5.2.b	Emitir el Reglamento sobre administración, gestión y	6 meses Luego se	De acuerdo con la página web de

	control del espectro radioeléctrico en cumplimiento de lo establecido en el inciso b) del artículo 77 de la LGT, para lo cual deberá tomar en cuenta los criterios técnicos de la SUTEL.	amplió a julio de 2013.	legislación de la PGR no se ha emitido. Pero la PGR lo reporta como “en proceso de cumplimiento”.
5.2.c.i	Ajustar el procedimiento de concesión de frecuencias utilizado hasta la fecha de este informe, para que, como parte de él, se verifique y asegure que bajo el nombre de distintos concesionarios no ocurra acaparamiento del espectro, por parte de grupos de interés económico.	3 meses	Cumplida razonablemente.
5.2.c.ii	Ordenar que en cada procedimiento de concesión de frecuencias se tenga en cuenta el criterio técnico de la SUTEL y que en caso extremo de separarse de dicho criterio se tengan en consideración los postulados que al respecto establece la LGT y, además, que se documente e informe a esa Superintendencia las razones de orden público o interés nacional que justifiquen dicha separación.	Al día siguiente del recibido de este Informe.	Cumplida razonablemente.

Comentario: En el oficio DM-574-2012, de fecha 17 de agosto de 2012, el Ministro René Castro Salazar le ordenó al Viceministro Rowland Espinoza Howell, para “cumplir con el punto 5.2” del Informe de la CGR, solamente acatar la disposición 5.2.c.ii, pero no las otras de ese mismo acápite 5.2. Es decir: en ese oficio se omite expresamente la disposición 5.2.c.i relacionada con el análisis de todas las solicitudes para determinar si hay acaparamiento del espectro por parte de concesionarios o grupos de interés.

Ahora bien, mediante oficio fechado el 7 de noviembre de 2012, DM-808-2012, el Ministro Castro Salazar le informa a la CGR que en lo relativo a la disposición 5.2.c.i, sobre acaparamiento de frecuencias, su Despacho tomó las siguientes acciones: i) se modificó el formato del oficio que se remite a la SUTEL para requerirle criterio técnico en las solicitudes, y ahora se le pide a esta entidad “su recomendación si puede existir o no una concentración de frecuencias que pueda afectar la eficiente y efectiva asignación, uso,

explotación, administración y control del espectro radioeléctrico, así como la competencia efectiva”; ii) la Dirección de Normas y Procedimientos del MINAET está en la fase final de revisión de un proyecto de reforma al RLGTV para que se agregue que SUTEL, a la hora de hacer sus recomendaciones al Poder Ejecutivo, indique si existe o no concentración de frecuencias; iii) “... tanto la SUTEL como el Poder Ejecutivo revisarán... los casos en los cuales ya exista un título habilitante otorgado en el que pudiese existir acaparamiento del espectro, y se procederá en cada uno de ellos como en Derecho corresponde” (el resaltado no es del original).

Puede verse que ese último compromiso no indica fecha para su ejecución.

5.2.d	Con carácter de prioridad, del proyecto que actualmente elabora ese Ministerio, orientado a actualizar las tarifas vigentes del impuesto anual de radiodifusión; asimismo, asegurar que en dicho proyecto las tarifas que se establezcan guarden la debida proporción con respecto a los montos que pagan los demás usuarios del espectro radioeléctrico y que se incluya la obligación de actualizarlas periódicamente.	3 meses	Cumplida razonablemente.
-------	--	---------	--------------------------

Comentario: Sobre esta disposición, por oficio DM-792-2012 del 6 de noviembre de 2012 el Ministro del MINAET le informó a la CGR que ya estaba tomando pasos para su cumplimiento, entre los que menciona la necesidad de contar con un estudio de tarifas a nivel internacional. Se menciona además que se realizó en setiembre de ese año una reunión “con representantes de las cámaras y algunos concesionarios de radiodifusión sonora y televisiva” con la finalidad de someter a su criterio una reforma al artículo 18 de la Ley de Radio. Según ese documento, allí se acordó que el Ministerio les iba a enviar a los radiodifusores un oficio para que ellos les reportaran sus ingresos o ganancias y se le pidió también a la SUTEL que le reporte al Ministerio una muestra de pagos de algunas empresas por concepto de canon de reserva de espectro. Se indica que el proyecto ya tiene redactada la exposición de motivos, pero que ante la falta de insumos pendientes de recibir se pide un plazo adicional de 6 meses para su cumplimiento.

Posteriormente, mediante oficio DM-060-MICITT del 8 de febrero de 2013, el Ministro del MICITT Alejandro Cruz informa a la CGR que por ser el impuesto a la radiodifusión un impuesto y no un canon inevitablemente se destina a la Caja Única del Estado, y que si bien legalmente su destino está previsto para ser invertido en el MICITT en ese momento “desconocemos su destino final”, todo a pesar de que el entero de pago se confecciona incluso en el Departamento de Control Nacional de Radio de ese Ministerio.

En virtud de eso, el Ministro plantea que van a determinar el monto que se recauda por ese Impuesto y solicitar a la Oficina de Presupuesto Nacional, antes de la fecha límite de 15 de

junio de 2013, que se les gire ese dinero para aplicarlo conforme lo dispuesto por la Ley de Radio. No obstante, en un oficio posterior (de 15 de marzo de 2013) y al que se hace alusión en las observaciones a la disposición 5.2.e siguiente, el Ministerio informa a la CGR que ha resuelto los procedimientos para conseguir que el Impuesto se recaude y asigne conforme está fijado por la Ley de Radio.

Curiosamente, al revisar otros documentos suministrados para esta investigación por la CGR vemos que con fecha de 3 de julio de 2013, por oficio DM-339-MICITT-2013, es que apenas en ese momento el Ministro del MICITT le manifiesta al Ministro de Hacienda, Don Edgar Ayales, que el destino del Impuesto de Radiodifusión le “resulta incierto” al MICITT y le pide que “interponga sus buenos oficios” para que el dinero se contabilice y se gire a favor de esa entidad, de modo que no se entiende por qué previamente (en marzo de 2013) a la CGR se le “informó” que la situación había sido corregida.

En cuanto a los informes pedidos a los radiodifusores desde el año 2102 se indica que no se han recibido todos y que por lo tanto el Ministerio sigue careciendo de ese insumo para abordar lo tocante al aumento en el monto de Impuesto vía reforma legal.

Ahora bien, a pesar de lo que se indicó en los oficios hasta ahora citados, vemos que con fecha de 27 de mayo de 2013 el Ministro del MICITT remite el oficio DM-259-MICITT-2013 a la Contraloría General de la República en el que el MICITT parece haber llegado ya a un criterio definido acerca del impuesto.

En ese documento se indica que el Ministerio está “en la fase final de revisión” de un proyecto de reforma a los artículos 18, 21 y 22 de la Ley de Radio No. 1753 de 1954 estableciendo la figura de un “Canon Anual de Radiodifusión” (se eliminaría el concepto de “impuesto”, seguramente en virtud de las dificultades que esa denominación ha implicado para poder cobrar y percibir los dineros por parte del MICITT). De acuerdo con ese documento, el Canon Anual de Radiodifusión será calculado por el MICITT a partir de parámetros definidos por ese mismo Ministerio que serán fijados vía decreto, y que tendrán relación con los que pagan otros usuarios del espectro radioeléctrico.

El Canon deberá ser pagado por radiodifusores sonoros y televisivos de señal abierta, y se actualizará año con año mediante Decreto. De acuerdo con el oficio en referencia, la fórmula de cálculo tiene fundamento en “los estudios técnico-económicos realizados por el Viceministerio de Telecomunicaciones”, pero no se indica cuáles son esos estudios.

5.2.e	Establecer los procedimientos que corresponda para que ese Ministerio controle los montos recaudados por el impuesto anual de radiodifusión.	6 meses	Cumplida razonablemente.
-------	--	---------	--------------------------

Observaciones: mediante oficio DM-139-MICITT-2013, del 15 de marzo de 2013, el Ministro del MICITT informa a la CGR que “se estableció el procedimiento interno que permite controlar el pago efectivo de quienes tienen la obligación de cancelar el Impuesto Anual de Radiodifusión, así como la inclusión de dichos montos dentro de la partida presupuestaria del periodo 2013-2014 y su utilización conforme a su destino previsto” con

lo cual parecería que para el año 2014 la situación reclamada por la Contraloría en cuanto a ese Impuesto estaría resuelta, sin embargo queda la duda en los términos que comentamos en el acápite anterior.

A LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTRO DEL MINISTERIO DE AMBIENTE Y ENERGÍA, Y EL MINISTRO DE CIENCIA, TECNOLOGIA Y TELECOMUNICACIONES

DISPOSICION	ORDEN	PLAZO OTORGADO	GRADO DE CUMPLIMIENTO SEGÚN CGR
5.3	Se recomienda realizar, a partir del recibo de este informe, las acciones necesarias con el fin de disponer de los recursos requeridos para el debido y oportuno cumplimiento de todas las disposiciones dictadas en este informe y muy particularmente la referida en el aparte 5.1 c) relativo a reasignaciones, readecuaciones, devoluciones, revocaciones, extinciones, y eventual acaparamiento del espectro radioeléctrico; ello con el fin de asegurar los beneficios que se deriven de ellas, poner en orden la gestión de uno de los activos más valiosos del Estado que por décadas ha sido manejado de forma inaceptable, aprovechar oportunamente los beneficios económicos que el mismo Estado puede lograr con una mejora en la administración de ese activo, y evitar futuros conflictos y eventuales responsabilidades.	6 meses	Cumplida razonablemente.

Comentario: Por parte de la Presidencia de la República, con relación a esta recomendación se remitió informe a la CGR por oficio DPS-5244-2012, de fecha 29 de agosto de 2012, en el que se le hizo saber que la Presidencia instruyó por sendos oficios al

MINAET y al MICIT de mantenerla informada acerca de los avances que se hagan por parte de cada uno con relación a este punto.

También respecto de esta recomendación, se remitió a la CGR por parte del MICITT el oficio DM-531-MICIT-2012 de fecha 23 de octubre de 2012 en el que ese Ministerio informa que se está procediendo a organizar el recurso humano y logístico necesario. Igualmente, informa que se ha mantenido reuniones con diferentes sectores en varias ocasiones: Costa Rican - American Business Chamber (AMCHAM), Cámara de Tecnologías de la Información y Comunicación (CAMTIC), Cámara Nacional de Radio y Televisión (CANARTEL), Cámara Nacional de Radio de Costa Rica (CANARA). Se reseña además 10 reuniones con representantes de SUTEL para discutir diferentes aspectos.

Como puede verse dentro del grupo de actores no gubernamentales que han sido tomados en cuenta por el Poder Ejecutivo para evaluar este tema no se cuenta ninguno de la sociedad civil o universidades por ejemplo.

Debe señalarse que contra el Informe de la CGR cualquiera de las entidades que se mencionan puede interponer recursos, tanto de adición y aclaración como de revocatoria y apelación en subsidio, sin embargo este informe no fue objeto de impugnación por ninguno de los entes públicos.

4.5 Contraloría General de la República, Informe No. DFOE-IFR-IF-05-2013 de 3 de julio de 2013. Informe sobre el proyecto de transición hacia la radiodifusión digital.

Como una acción de relativa continuidad a su intervención visibilizada a través del Informe No. DFOE-IFR-IF-6-2012 de 30 de julio de 2012, denominado “Informe sobre la gestión del espectro radioeléctrico ante la apertura de las telecomunicaciones”, pero también ante la necesidad de revisar el estado de avance de la introducción de la digitalización de la radiodifusión en el país partiendo de que con ella el espectro radioeléctrico podría tener un mejor y mayor aprovechamiento, la Contraloría General de la República emite el 3 de julio de 2013 otro informe titulado “Informe sobre el proyecto de transición hacia la radiodifusión digital”.

Debe señalarse de entrada que cuando este informe se dio a conocer públicamente, el Viceministro de Telecomunicaciones Rowland Espinoza dejó ver la posibilidad de que fueran a interponer en su contra recursos de revocatoria y apelación⁸⁸, sin embargo el finalmente el Informe no fue impugnado por ninguna de las entidades interesadas.

Pasemos pues al contenido del Informe. El documento parte desde la concepción de que “considera el espectro radioeléctrico como un bien demanial de alto valor estratégico en el proceso de apertura del mercado de las telecomunicaciones” (pág. 1).

Como lo ha fijado la normativa existente, se establece que la planificación del espectro radioeléctrico le corresponde al MICITT, pero su administración, control y

⁸⁸ Así lo expresó en nota periodística publicada en el diario La Prensa Libre, el día 12 de julio de 2013, titulada “Contraloría señala lentitud en proceso de digitalización”.

verificación de uso eficiente le corresponde a la SUTEL, y se señala expresamente la posibilidad de liberar frecuencias del espectro radioeléctrico y contar entonces con “una mayor cantidad de actores” (pág. 5).

En cuanto al dividendo digital, citando una recomendación de la UIT se dice que

“Sobre este último particular es importante tener presente lo establecido por la UIT, en el sentido de **asegurar que se obtengan plenamente los beneficios del dividendo digital, tanto en el plano económico como en el social, optimizando su valor y justa distribución entre el conjunto de sectores interesados**, para los cuales se recomienda, además, la necesidad de estar claramente informados sobre las estrategias que se elaboren al respecto.”⁸⁹

Esta posición resulta interesante porque pone en evidencia que la propia CGR entiende no solo el valor económico del espectro radioeléctrico, sino que éste tiene impacto también en lo social y por ello requiere de una “justa distribución”, valor que además se encuentra ya contemplado en la propia Ley General de Telecomunicaciones, artículo 8, como ya tuvimos oportunidad de ver antes. De hecho, la CGR llega incluso a señalar que el Estado debe “asegurarse” que la distribución de los beneficios de la digitalización ocurra y que ocurra en esos condiciones de equidad.

Ahora bien, para la CGR, la transición impone dos cuestiones que deben ser resueltas: 1) definir quiénes son y cómo los beneficiarios de esas nuevas tecnologías, y en el caso de la radiodifusión revisar entonces el esquema concesional actual porque las nuevas concesiones tendrán facilidades o recursos que no existen actualmente, como son la multiprogramación y servicios de convergencia, por ejemplo; y 2) debe igualmente establecerse el mecanismo de atribución de frecuencias para que los concesionarios hagan su paso a la radiodifusión digital, mecanismo que para la CGR no puede ser la concesión sino el permiso de uso temporal, conforme el criterio de la PGR en Dictamen C-003- 2013 del 15 de enero de 2013 (página 7).

En este último aspecto, lo que propone la CGR es que durante el periodo de transición los operadores de televisión experimenten las transmisiones con un permiso temporal y la SUTEL realice los estudios técnicos del caso, para que emita un criterio y luego se asigne la concesión definitivamente por parte del Poder Ejecutivo de acuerdo con los resultados de las pruebas, de forma que pueda darse además un periodo de ajuste en el que deberá seguramente producirse un reordenamiento de las frecuencias.

Y a esta altura surge además una prevención por parte de la Contraloría, puesto que en el ordenamiento legal vigente la única figura que habilita a alguien para la actividad de radiodifusión abierta es la concesión, regulada por la Ley de Radio No. 1753 de 1954. Esa Ley es, mal que bien, la que debe disponer las condiciones y formas en que las concesiones se otorgan o deniegan. La CGR sigue la tesis de la PGR en el sentido de que la regulación de la radiodifusión abierta en el país es mixta, y que si bien la norma primaria (pero escasa) es la Ley de Radio, la Ley General de Telecomunicaciones resulta aplicable en lo que aquella no prevea (pág. 10).

89 Contraloría General de la República, Informe No. DFOE-IFR-IF-05-2013, 3 de julio de 2013, “Informe sobre el proyecto de transición hacia la radiodifusión digital”, pág. 6., el resaltado no es del original.

En cuanto a la Ley de Radio, el informe consigna la opinión unánime de todos los consultados (UCR, MICITT, SUTEL y PGR) en cuanto a que es una ley anacrónica y totalmente obsoleta, llena de lagunas que incluso deja sin regular aspectos importantes en la actualidad. La UCR critica que se hable de prórrogas automáticas, que no se aplican los principios que rigen la concesión de bienes de dominio público, que las concesiones de manejan como si fueran patrimonio de los concesionarios, y que no hay categorías de radiodifusores ni se establece los servicios que ellos deben brindar.

El MICITT habla de que es una ley anacrónica, insuficiente para regular los efectos de las concesiones. La SUTEL señala que con la derogatoria de muchos artículos a esa Ley por parte de la LGT la regulación queda poco clara e incluso indefinida, porque algunos aspectos quedan sin legislación específica, y eso hace que deba recurrirse a la LGT para su interpretación; por ejemplo menciona “la clasificación del espectro utilizado para radio y televisión dentro de alguna de las categorías definidas por el artículo 9 de la LGT” (pág. 11).

Hay que recordar que el art. 9 de la LGT habla de la siguiente categorización: **uso comercial; uso no comercial** (que “consiste en la utilización de bandas de frecuencias para operaciones de carácter temporal, experimental, científico, servicios de radiocomunicación privada, banda ciudadana, de radioaficionados o redes de telemetría de instituciones públicas”); **uso oficial, uso de seguridad, socorro y emergencia;** y **uso libre** (esas son las que el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias las declare así, y según la LGT no requerirán de concesión, autorización o permiso). Pero esas categorías no guardan coherencia con lo que establece la Ley de Radio No. 1753 puesto que del todo ella carece de alguna categorización.

Como la PGR, la Contraloría apunta además que la regulación que se haga debe ser vía ley en virtud del principio de reserva de ley que impera sobre el uso y administración de los bienes de dominio público, de modo que debe erradicarse la práctica de someter a reglamentos lo que no es materia propia de ellos.

Al igual que el Informe anteriormente comentado, la CGR insiste en que los montos de Impuesto sobre Radiodifusión están desactualizados porque desde que se estatuyeron en 1954 no se han modificado (pág. 12).

Un aspecto interesante que se menciona también es el de las prórrogas automáticas de las concesiones que contempla el artículo 25 de la Ley de Radio, aspecto que la propia SUTEL ha señalado como anticonstitucional, y que como antes vimos también la Universidad de Costa Rica ha censurado.

Respecto de este punto, la CGR hace una salida que nos parece acomodadiza al decir que de cualquier forma el Estado siempre tiene la opción de recuperar las concesiones dentro del uso de sus facultades legales.

“A pesar de lo establecido en el artículo 121, inciso 14, subinciso c) de la Constitución Política, en el sentido de que los servicios inalámbricos sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa, el artículo 25 de la Ley de Radio, establece que las concesiones se prorrogarán automáticamente mediante el pago

de los derechos correspondientes, prórrogas que conforme al criterio de la SUTEL violentan lo dispuesto en la referida norma constitucional. (El subrayado no consta en el original). Al respecto, esta Contraloría, es del criterio que lo establecido en dicho artículo no limita las potestades y atribuciones que el Estado como garante de ese bien demanial posee para ejercer sus facultades en lo referente al rescate de esas concesiones y la recuperación de frecuencias, por lo que, la disposición contenida en la Ley de radio respecto a la prórroga automática de dichas concesiones no debe ser concebida *per se* como una regla a seguir en todos los casos, pues como se dijo, la aplicación de esa condición está sujeta a las disposiciones que el Estado en uso de sus facultades de administración, pueda ejercer sobre el referido bien demanial.”⁹⁰

Sobre esa posición de la Contraloría nuestro criterio es discrepante. No es lo mismo tener que recuperar una frecuencia aplicando el artículo 21 de la LGT, en el que las causales están expresamente delimitadas, y donde además existe para algunas de ellas la posibilidad de tener que indemnizar al explotador de la concesión, que recuperar una frecuencia porque su plazo se venció, caso en el cual ya no existe ningún interés legítimo ni derecho que deba ser reconocido al anterior concesionario. Pero lo más importante no es eso, sino además de que se trata de fenómenos totalmente distintos que tienen una regulación diversa.

Estamos hablando de que los bienes de dominio público *per se* excluyen la posibilidad de un uso ilimitado en cuanto a plazo, de forma que eso tiene que ver con la manera en que los tiempos de las concesiones se regula y hace efectivo. Otra cosa muy diferente es que en algún momento deba el Estado hacer uso de las atribuciones del artículo 21 de la LGT para reasignar o reordenar frecuencias. En el primer caso hablamos de cómo los bienes demaniales deben tener un plazo definido y limitado de explotación por parte de los particulares, vencido el cual ese bien debe regresar a la disposición del Estado; mientras que en el segundo caso estamos hablando de concesiones que están en curso y por cuestiones distintas a su plazo deben ser intervenidas sustancialmente por el Estado para la consecución de alguna finalidad pública superior.

Cuando se habla de una concesión cuyo plazo expiró se habla de una finalización normal del contrato. Pero cuando se habla de una reasignación o reordenamiento de los contemplados en el artículo 21 de la LGT no estamos hablando de un evento “normal” en la vida del contrato de concesión, y por ello se requiere incluso que en esos casos se haga un procedimiento administrativo (porque esa norma dispone que deben tomarse “en cuenta los derechos de los titulares”), y como ya se dijo podría haber una indemnización cuando el concesionario deba dejar de explotar su derecho o cuando deba cambiar sus equipos para poder seguir haciéndolo.

En este aspecto nos parece que la Contraloría confunde totalmente una situación anormal con una normal dentro de la vida de todo convenio, y que su análisis sobre el punto es muy superficial y poco exhaustivo. Y esa confusión podría dar pie a que se acoja como “normal” un procedimiento mucho más complejo que no es aplicable legalmente en los casos en que el Estado deba recuperar una frecuencia cuya concesión simplemente se ha extinguido por agotamiento de plazo.

90 Ibid., pág. 13.

Pero sigamos avanzando y pasemos a otro de los elementos que se mencionan en el Informe que ahora nos ocupa.

Según informó la SUTEL a la Contraloría, dado que el Viceministerio de Telecomunicaciones no le ha enviado el Plan para Canalización de Frecuencias para la etapa de transición en radiodifusión televisiva (recordemos que este Informe en particular se ocupa específicamente del tema de la transición de la televisión analógica actual a la Televisión Digital Terrestre o TDT) no solo no es posible planificar la posible distribución de frecuencias, sino que *“tampoco es posible determinar alguna previsión de canales que se podrían utilizar para satisfacer intereses nacionales específicos (para fines regionales, locales, comunitarios, educación, salud y gobierno digital, entre otros)”* (pág. 23).

En cuanto a esa apreciación de la SUTEL tenemos que decir que nos parece muy interesante lo que allí se indica, porque esta entidad, posiblemente por primera vez en este tipo de comunicaciones a la CGR, deja planteado un escenario de radiodifusores televisivos de diversa naturaleza, ya no solo en función del criterio de cobertura, que está expresamente contemplado en el artículo 11 de la LGT, sino también según la naturaleza del servicio, cosa que no está expresamente contemplado en la normativa vigente, que como antes explicamos no prevé la existencia de canales privados sin fines de lucro o canales de servicio público.

Nos parece que eso es un buen signo y que debería dar pie para un esfuerzo mucho más significativo en el país en cuanto al reconocimiento legal de esas otras formas de radiodifusión (tanto sonora como televisiva), y nos llama la atención que sea la SUTEL la que haga ese tipo de comentario, por cuanto en el estado presente de cosas más bien esta discusión se halla todavía radicada en el ámbito de lo político (no de lo técnico), pero como decimos igual nos parece algo positivo.

De hecho, cuando hablamos de que por el estado de cosas presente la discusión sobre la necesidad de reconocer otras formas de radiodifusión adicionales a la privada con fines de lucro se ubica en el campo de la política lo hacemos no solo porque es allí donde la sociedad tiene que hacer esas definiciones inicialmente, sino porque además ya en este momento está planteado un posible conflicto que debe ser atendido y evaluado desde esa perspectiva más amplia.

Ahora bien, ese pequeño signo positivo en cuanto a una especie de apertura para considerar la posibilidad de teledifusores de diferente naturaleza se opaca cuando uno pone atención en el resultado final que como quiera que sea se está señalando por parte de la SUTEL al informar que no es posible para ella determinar posibles frecuencias a ser utilizadas porque se carece de información que para ello debería suministrar al Viceministerio de Telecomunicaciones del MICITT. Vemos acá entonces otro ejemplo de cómo funciona el esquema en donde dos instituciones parecieran tener como meta el estorbarse una a la otra.

Como antes se explicó, desde que se iniciaron las reformas legales orientadas a la apertura de las telecomunicaciones uno de los campos que más ha intentado explotar el Gobierno es el de las tecnologías de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT por sus siglas en inglés), y es en el rango de frecuencias utilizables para esos servicios dentro del espectro radioeléctrico donde las empresas de telecomunicaciones “han puesto el ojo”. Además, dentro de la concepción que manejan los funcionarios públicos encargados de este

ámbito del Gobierno, en la que priva la idea de “negocio” o “inversión” por encima de cualquiera otra (así por ejemplo la ex viceministra de Telecomunicaciones Hannia Vega se refiere al espectro como “el oro de las telecomunicaciones” en una nota que publica El Financiero el día 25 de junio de 2012, titulada “Espectro nacional bajo la lupa”) resulta entonces “lo natural” el que todas las otras formas de uso del espectro deban ceder ante “la competencia” y “la inversión” en la que el Estado podría recibir grandes sumas de dinero en licitaciones específicas para nuevos servicios.

Sobre eso, la CGR advierte que desde el ámbito de políticas públicas el Poder Ejecutivo debe estar atento a que la evolución de las tecnologías está llevando a un posible choque entre servicios que requieren frecuencias que actualmente están en uso en el país para radiodifusión:

“... es preciso señalar la problemática que gira en torno a la intrínseca relación que tiene el tema de las frecuencias asignadas a radiodifusión con la creciente demanda de servicios para telecomunicaciones móviles internacionales (IMT), dado que a corto plazo se vislumbra que las bandas de 700 MHz (en que actualmente se encuentran varios canales de televisión) y 900 MHz (donde se localizan gran parte de los radioenlaces de la radiodifusión sonora) serán las más atractivas comercialmente para brindar estos servicios, debido a los desarrollos tecnológicos; situación que obliga a considerar, de manera paralela tanto las acciones que deben seguirse para normalizar y ordenar la situación de las frecuencias de radiodifusión sonora y televisiva, como las requeridas para atender oportunamente la creciente demanda para servicios IMT.”⁹¹

La prioridad que se quiere dar por parte del Poder Ejecutivo a los servicios IMT crea a su vez fuerte presión para que se evalúe la utilización actual de las frecuencias no solo en radiodifusión televisiva, sino también sonora, cosa que no deja de ser un tanto paradójica si por el otro lado se tiene en cuenta que ese mismo Poder Ejecutivo ha sido claramente complaciente con el mal uso y hasta desorden que ha imperado en esta materia. Por una parte el Poder Ejecutivo pretende que “no se moleste” a los radiodifusores (recordemos la posición del entonces Ministro del MINAET René Castro cuando hablaba de “respetar derechos adquiridos” o “dejar de últimos” los estudios sobre las concesiones de los radiodifusores que antes citamos) pero al mismo tiempo cuando hablan del “oro de las telecomunicaciones” (en el caso de la ex viceministra Vega) se quejan de que

“... una de las limitaciones medulares, que a la fecha de la Rectoría de Telecomunicaciones tiene, es la inexistencia de información actualizada del estado real de uso y explotación del espectro radioeléctrico...”

“Esta situación afecta de forma directa la gestión y la ejecución de las competencias de supervisión, tanto en el desarrollo de políticas públicas como en la recomendación que puede elevar el Poder Ejecutivo en materia de ordenamiento, reasignación o rescate de frecuencias”.⁹²

91 Ibid., pág. 24.

92 El Financiero, “Espectro nacional bajo la lupa”, 25 de junio de 2012. Los textos reproducidos se extrajeron para esa publicación del informe final de labores presentado por

En esa misma publicación de hecho se presenta un ejemplo de la falta de orden y coherencia hasta en los datos que las propias entidades oficiales manejan, y se reseña lo siguiente:

“Un ejemplo. El dato más reciente sobre la distribución del espectro de la Rectoría de Telecomunicaciones dice que el ICE y Racsa ocupan un 42% del espectro. Esta información no toma en cuenta los 120 MHz que se restaron a este espacio y en el que hoy operan Movistar y Claro.

En tanto, los datos de la Sutel amplían el porcentaje de participación del Grupo ICE en el espectro a un 60,18% (18,56% de más). Mientras Claro tendría 6,56% y Movistar 7,47%.”⁹³

Y sin embargo (agregamos nosotros), como se recordará, anteriormente mencionamos que en el oficio DM-079-MICITT-2013 del 20 de febrero de 2013, el Ministro del MICITT Alejandro Cruz Molina le menciona a la CGR que el ICE es el operador que tiene en sus manos el “80% del espectro utilizable”, de forma que no alcanzamos a entender realmente los datos que de uno y otro modo los funcionarios públicos utilizan.

Lo que es claro es que resulta muy difícil esperar una administración adecuada de un recurso limitado cuando sus propios encargados no saben a ciencia cierta cómo está repartido su uso y qué utilización le está dando cada explotador.

En otro orden de cosas el Informe de julio de 2013, se refiere también al tema de concentración de frecuencias. La CGR apunta que la SUTEL ha señalado la necesidad de hacer los procedimientos necesarios para determinar en qué grado ella existe, para lo cual ha pedido el análisis correspondiente al Viceministerio de Telecomunicaciones, pero éste argumenta que no se cuenta con los criterios técnicos definidos para establecer qué se entiende por “concentración” (p. 32).

Sobre ese tema, la CGR estima que la SUTEL es la entidad legalmente responsable de definir en el menor plazo posible “*conforme las competencias descritas en los artículos 21, 52 siguientes y concordantes de la LGT, los parámetros técnicos que especifiquen a partir de qué situaciones (cantidad de frecuencias y/o condiciones) existe concentración de espectro que afecte la competencias efectiva y que, a partir de esa definición y con base en el nuevo informe de ocupación de frecuencias de radiodifusión elaborado por ese ente regulador ... se proceda a realizar los mencionados estudios casuísticos y se tomen en consecuencia por parte del Poder Ejecutivo, las medidas correctivas pertinentes*” (pág. 32).

Como más adelante se verá, efectivamente en la parte de “Disposiciones” a la SUTEL se le ordenó realizar el estudio técnico con plazo al 3 de setiembre de 2013. Acerca de eso hablaremos en el cuadro de disposiciones igual que como lo hicimos con el Informe de la CGR que antes analizamos de junio de 2012.

Se menciona sí en el documento que nos ocupa que de acuerdo con la SUTEL, al tener que hacerse un nuevo estudio sobre la ocupación de frecuencias de los servicios de radiodifusión todavía no es posible hacer (o no se ha hecho) previsiones acerca de la

la señora Vega con motivo de su salida del Viceministerio, que se produjo por renuncia presentada el 9 de mayo de ese año y que se hizo efectiva el 16 de junio siguiente.

93 Ibid.

posible entrada de nuevos actores como producto de la digitalización, pero la SUTEL agrega que aparte de eso es necesario hacer un estudio completo de todas las concesiones existentes.

Esto nos habla de que a pesar de ser el ente rector en la regulación del espectro radioeléctrico y en telecomunicaciones, la SUTEL

“... no ha tenido participación en la formulación de las políticas públicas y el marco normativo que han sido emitidos para el desarrollo de la Televisión Digital Terrestre en Costa Rica. Por lo tanto, no existen dictámenes técnicos y jurídicos emitidos por esa Superintendencia sobre los distintos elementos normativos de política pública, ni de los procesos asociados para su implementación, que hayan sido considerados o valorados para efectos de su promulgación.”⁹⁴

Eso nos hace preguntarnos entonces ¿cuál es realmente la finalidad de tener una administración bicéfala del espectro radioeléctrico como la que se diseñó en este país en el año 2008 con las nuevas regulaciones en la materia? Es claro que el resultado de ese “sistema” es una administración donde un pie marea o zancadilla al otro, de modo que en los aspectos “delicados” no se producen cambios sustanciales, pero en los aspectos que tiene que ver con apertura de mercados, como es el caso de las telecomunicaciones y servicios de IMT, las cosas sí van cambiando hacia lo que se ha definido como rumbo por parte del Poder Ejecutivo.

Y cuando hablamos de “aspectos delicados” nos referimos justamente a la radiodifusión: no es fácil enfrentar una lucha política contra medios poderosos en formación de opinión y en capacidad económica. Además son esos mismos medios (o la mayoría) los que difunden la propaganda electoral por un precio cuando llega el momento. En fin: son muchos intereses juntos como para que luzca atractivo entrar en ese campo de batalla.

Resulta obvio hasta para la CGR -que no es un ente técnico en la materia- la necesidad de una profunda transformación de la radiodifusión que empiece por “poner en orden la casa”, pero en ese sistema bicéfalo que ahora se tiene resulta que de una u otra forma nada de eso pasa, y cuando una de las dos instituciones aparenta dar un paso hacia delante de inmediato la otra obstruye y nada más ocurre. En el fondo, seguramente el resultado buscado es el que hay: que nada cambie y que todo siga “cómodo” para el statu quo imperante.

Como quiera que sea, existe al menos ya una orden por parte de la Contraloría General de la República para que el tema de la concentración de frecuencias sea visto en detalle. Veremos cuánto tiempo toma que eso que haga realidad. Y también tendremos que ver qué ocurre si finalmente algún informe se realiza acerca de ese tema por parte de la SUTEL.

Se podrá ver en el cuadro de cumplimiento de disposiciones más adelante que hay algunos pasos ya dados en esa dirección, sin embargo no son los que para este momento deberían haberse dado de acuerdo con las órdenes de la Contraloría.

94 Contraloría General de la República, Informe No. DFOE-IFR-IF-05-2013, 3 de julio de 2013, “Informe sobre el proyecto de transición hacia la radiodifusión digital”, pág. 42.

Continuando nuestro recorrido sobre los contenidos del Informe de julio de 2013, vemos que la CGR también pone mucho énfasis en otro de los aspectos que resultan llamativos con el paso a la digitalización de la radiodifusión televisiva en cuanto al dividendo digital, señala que se espera un importante sobrante, donde

“Este dividendo corresponde, en principio, a los 108 MHz comprendidos en el segmento del espectro radioeléctrico que va de los 698 MHz a los 806 Mhz, segmento que también se conoce como la banda de 700 MHz y que se encuentra ocupado actualmente por servicios de radiodifusión de televisión analógica, con canales de cobertura nacional o regional comprendidos del 52 al 69 y referidos a concesiones para uso de canales matriz o repetidoras. Puede ser aún mayor, considerando los efectos adicionales que se tendrán al recuperar recurso ocioso o parcialmente utilizado, así como los beneficios de la frecuencia única (que podría permitir la liberación de canales repetidores), la multiprogramación (que permite la posibilidad de que las programaciones de varios canales actuales sean transmitidas en el segmento que actualmente utiliza la programación de un único canal), así como el uso de los denominados canales adyacentes (que actualmente no se utilizan en algunas zonas para evitar interferencias pero que no tendrían ese problema con el uso de la tecnología digital).”⁹⁵

Con respecto a la radio digital, la CGR expone que luego de haber estudiado la experiencia internacional es su criterio que este campo no tiene la madurez suficiente como para pensar en que el país pueda o deba seleccionar un estándar, y además que la SUTEL sostiene que la radio no genera dividendo digital, por lo que se aconseja llevar el proceso con más lentitud. Adicionalmente, la CGR ha concluido que no se cuenta con un modelo formalmente definido de radio digital y lo que espera el país de ella.

Justamente, en alguna medida esto último fue lo que planteó de forma vehemente la Universidad de Costa Rica en la Comisión Mixta que para la implementación de la digitalización en la radio que se conformó por parte del Poder Ejecutivo, y que trabajó durante el año 2013. Para la UCR, la selección de un estándar (tanto en TDT como en radio) no es solamente una decisión técnica, y no puede tomarse sin considerar a la radiodifusión como una actividad que tiene relación directa con derechos de las personas, y al espectro radioeléctrico como un bien que no puede estar solo en función del lucro o la producción de riqueza económica para particulares o el Estado mismo.

Esa posición invierte entonces el orden de los razonamientos, colocando en primer lugar la definición de para qué quiere el país la digitalización, y postulando que la respuesta a esa pregunta debe ir en función de la promoción del desarrollo del país y de las personas, por lo que más que un estándar tecnológico lo primero que debe revisarse es el modelo mismo de radiodifusión existente.⁹⁶

En lo que a nuestros fines concierne, el Informe ofrece un par de conclusiones interesantes. En primer lugar, es factible deducir que existen acciones pendientes para

95 Ibid., págs. 46 a 47.

96 Sobre la posición de la UCR puede consultarse el documento que esa casa de estudios presentó en el seno de la Comisión Mixta de Televisión Digital Terrestre

recuperar frecuencias subutilizadas u ociosas, así como la revisión de títulos habilitantes, y que los llamados a ejecutar las acciones relativas a ello son el MICITT con el apoyo técnico de la SUTEL.

Pero más importante todavía por lo que queda sugerido es que

“Todo lo anterior conlleva la necesidad de que el MICITT con el apoyo Técnico de la SUTEL, conforme a sus competencias y tomando en cuenta las debilidades señaladas en este informe, realicen conjuntamente una evaluación que cuestione y muy posiblemente reformule los planteamientos, marco jurídico y demás asuntos relativos a los procesos de transición a la televisión y a la radio digital, lo mismo que de los demás instrumentos de planificación y política pública que, además de incidir en aspectos de radiodifusión, puedan afectar la gestión del espectro radioeléctrico, así como el desarrollo de las telecomunicaciones en general”.⁹⁷

Creemos que lo que viene apuntando la Contraloría es ni más ni menos que un replanteamiento generalizado de la radiodifusión en el país, donde su marco jurídico se rediseñe de acuerdo con las nuevas condiciones tanto técnicas como sociales imperantes, y en el que expresamente se dote a esa actividad de un marco regulatorio coherente en donde el recurso o bien de dominio público que es el espectro radioeléctrico sea administrado de una forma más ordenada, inteligente, e igualmente más justa para la promoción del desarrollo en general de nuestra sociedad.

Al igual que en el caso del Informe de la CGR de junio de 2012, pasamos a ver un cuadro con las disposiciones que para nuestros fines resultan relevantes, así como el grado de cumplimiento que la CGR les atribuye de acuerdo con los informes que las propias entidades le van suministrando periódicamente.

AL CONSEJO DE LA SUTEL			
DISPOSICION	ORDEN	PLAZO OTORGADO	GRADO DE CUMPLIMIENTO SEGÚN CGR
5.3	Definir y comunicar al MICITT, los parámetros técnicos que determinen a partir de qué situaciones (cantidad de frecuencias o condiciones) se puede considerar que exista concentración de espectro que afecte la competencia efectiva en los actuales concesionarios de radiodifusión televisiva y	dos meses (fecha expira el 3 de setiembre de 2013)	En proceso de cumplimiento.

97 Contraloría General de la República, Informe No. DFOE-IFR-IF-05-2013, 3 de julio de 2013, “Informe sobre el proyecto de transición hacia la radiodifusión digital”, pág. 53.

	sonora. (Párrafos del 3.85 al 3.90 del informe).		
5.3	Deberá remitir a la Contraloría General el respectivo acuerdo del Consejo de esa Superintendencia en donde se plasme dicha definición, así como el oficio de la comunicación de dichos parámetros al MICITT.	Cuando se tome el acuerdo o dos meses.	En proceso de cumplimiento.

Comentarios: Mediante oficio 4534-SUTEL-CS, de fecha 10 de setiembre de 2013, la señora Maryleana Méndez Jiménez, Presidente del Consejo de la SUTEL, informó a la CGR que para atender lo que se les ha ordenado, el Dirección General de Calidad de esta Superintendencia preparó el oficio 4349-SUTEL-DGC-2013 del 29 de agosto de 2013, el cual fue acogido a su vez por el Consejo, que acordó remitirlo al MICITT. En ese oficio se adjunta el documento que la SUTEL le pasó al MICITT.

De acuerdo con el adjunto, la Dirección General de Calidad de la SUTEL parte de la base de que en el oficio OF-DVT-2012-187 del 8 de noviembre de 2012 ya el MICITT y la SUTEL habían establecido que no había una definición legal del acaparamiento de frecuencias pero que

“En este sentido a continuación se presentan condiciones que podrían considerarse como indicios de una concentración de espectro:

- Que un concesionario (o permisionario) cuente, de manera exclusiva, con una proporción elevada de espectro en una determinada banda de frecuencias o grupo de estas, de acuerdo con los estudios técnicos que efectúe la SUTEL.
- Que se determine a través de un estudio técnico de la SUTEL, que el espectro otorgado esté siendo utilizado de forma que afecte la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y/o control de dicho recurso.
- La existencia de barreras absolutas que restrinjan el acceso a este recurso por parte de los demás competidores en el sector.
- Afectación a la competencia efectiva.
- Afectación a objetivos y principios de la LGT y los tratados internacionales suscritos.”

No obstante, a diferencia de esa ocasión en que se dejó la cuestión hasta allí, en el oficio de 29 de agosto de 2013 que le fue trasladado al MICITT hay algunos elementos adicionales que son de interés para lo que acá venimos analizando.

En este oficio se da un paso en la dirección requerida por la CGR, y la SUTEL enuncia que en aras de determinar la posibilidad de concentración “en los actuales concesionarios de radiodifusión televisiva y sonora” se puede hablar de varios criterios. El primero de ellos es el llamado “Índices de Concentración”.

Esos Índices se definen por la SUTEL como “medidas estadísticas que cuantifican el estado de la estructura de la población en estudio a través de los cuales se pueden detectar problemas en la distribución de recursos” e igualmente “permiten cuantificar el grado de concentración existente en el fenómeno estudiado” (pág. 2).

Como criterio científico se utilizó el índice Herfindahi-Hirschman (HHI), que es el mismo que utiliza el Departamento de Justicia de los Estados Unidos para la aplicación de normas relativas a concentración de empresas. Ese Índice puede alcanzar valores entre 0 y 1 puntos, donde cuanto más cercano esté un mercado de ser monopolístico la concentración es más alta por lo que el HHI tiende a 1.

Más gráficamente, el índice HHI se puede representar valiéndonos de la siguiente tabla:

Rangos de HHI	Tipos de concentración
$0,1 \geq \text{HHI}$	Baja
$0,1 < \text{HHI} \leq 0,18$	Media
$\text{HHI} > 0,18$	Alta

A partir de eso, se enuncia que en consecuencia debe aspirarse en el caso de nuestro país a valores de HHI inferiores a 0,1, es decir que se debe procurar valores bajos de concentración en la radiodifusión radial y televisiva.

Así, en el caso de la televisión, partiendo de que en el sistema actual se podría concesionar 34 redes (canal matriz y repetidor con un mismo contenido) de cobertura nacional “se estima que el número máximo de redes a partir del cual se podría considerar un indicio de concentración de espectro corresponde a 3 redes (es decir el equivalente a 3 canales matrices y 3 repetidores). Por lo tanto, se estima que un grupo económico que cuente con más de 3 redes tendría un indicio de una posible concentración de espectro” (pág. 4).

Para el caso de la radio en FM, “realizando un ejercicio similar al efectuado para televisión y considerando que la cantidad total de emisoras en FM corresponden a 50 (banda de 88 MHz a 108 MHz: con una separación de canales de 400 kHz según lo dispuesto en el PNAF), además que el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias permitiría eventualmente el uso de la misma frecuencia para todo el territorio nacional (a diferencia del caso de televisión) a partir del análisis del indicador HHI y con el fin de asegurar la igualdad de oportunidades en el mercado, promoviendo un nivel de concentración de espectro bajo (HHI inferior a 0,1) **se estima que el número máximo de emisoras a partir del cual se podría considerar un indicio de concentración de espectro corresponde a 4 emisoras. Por lo tanto, se estima que un grupo económico que cuente con más de 4 emisoras tendría un indicio de una posible concentración de espectro**” (página 5, la negrita no es del original).

Acerca de la radio en AM, “siguiendo el mismo ejercicio y considerando que la cantidad total de emisoras en AM corresponden a 54 (banda de 525 l-Hz a 1605 l-Hz con una

separación de canales de 20 kHz según lo dispuesto en el PNAF), además que el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias permitiría eventualmente el uso de la misma frecuencia para todo el territorio nacional (a diferencia del caso de televisión) a partir del análisis del indicador HHI y con el fin de asegurar la igualdad de oportunidades en el mercado, promoviendo un nivel de concentración de espectro bajo (HHI inferior a 0.1) se estima que el número máximo de emisoras a partir del cual se podría considerar un indicio de concentración de espectro corresponde a 5 emisoras. Por lo tanto, se estima que un grupo económico que cuente con más de 5 emisoras tendría un indicio de una posible concentración de espectro” (página 5, la negrita no es del original).

Una vez presentados esos parámetros, el Oficio de inmediato plantea eso sí que *“las cantidades señaladas corresponden a un indicio y no una condición certera de la existencia de concentración de espectro, por lo que en todos los casos se requerirá un estudio técnico de esta Superintendencia para el análisis de situaciones particulares.”*

Evidentemente ese párrafo procura responder al punto que de inmediato salta cuando se lee lo que hemos venido reseñando: *“¿y por qué la SUTEL no aplicó de una vez el Índice Herfindahi-Hirschman (HHI) al objeto de estudio y arrojó cifras concretas?”* Bueno, seguramente para no adelantar criterio, pero a pesar de que no se cuenta con ese criterio la experiencia de nuestra realidad nos dice que muy seguramente los índices de nuestro país no van a resultar nada halagüeños una vez que se les dé forma concreta.

Igualmente, ese oficio añade otras cuestiones que la SUTEL considera que deben ser tenidas en cuenta, como el hecho de que la concentración puede ser en un sistema (por ejemplo la televisión) o un conjunto de sistemas (por ejemplo una empresa que tenga canales de televisión y emisoras de radio), por lo que no solo eso debe verse, sino que *“es importante señalar que técnicamente la metodología de análisis a través del cálculo de HHI podría ser utilizada para determinar un indicio de concentración de espectro, no obstante, dicha evaluación debe ser considerada en complemento con las "condiciones que podrían considerarse como indicios de una concentración de espectro", condiciones que arriba enumeramos.”*

Debe reconocerse que el planteamiento de la SUTEL es una base importante y muy interesante para abordar el fenómeno de la concentración de frecuencias en nuestro país. Esa posición fue además adoptada por unanimidad en el Consejo de la SUTEL. Lo que está por verse ahora es qué va a pasar con ese planteamiento, y cuánto de éste pueda verse en algún momento aplicado en la práctica.

No hemos podido encontrar en la documentación que tuvimos al alcance para hacer este estudio si el MICITT ya generó algún tipo de reacción sobre este oficio frente a la SUTEL, pero en su oficio DM-550-MICITT-2013 del 8 de octubre de 2013, dirigido a la CGR para informar por su parte acerca de las disposiciones que a ese Ministerio le encomendó la Contraloría, allí se refieren a la posición de la SUTEL como algo *“preliminar”* y se indica también que *“hay otras metodologías que podrían ser aplicadas de manera sustitutiva o complementaria al HHI”*. Igualmente, en ese documento se insiste en que deben tenerse en cuenta las condiciones de mercado y los *“indicios de una concentración de espectro”* que en su momento el MICITT y la SUTEL adelantaron, y que ya hemos aludido acá.

“Así las cosas, de la lectura del Informe de SUTEL -que determina de forma preliminar-(sic) los parámetros técnicos requeridos por el ente contralor, de previo a proceder con la revisión conjunta que se dispuso, este Ministerio considera que se requiere una revisión y

aclaración respecto de esos parámetros, para buscar una posición definitiva. Lo anterior por cuanto, sobre la base de esos parámetros técnicos se procedería con la revisión conjunta aludida, y que para efectos procesales -en el marco de eventuales procedimientos sancionatorios- es de suma importancia tener la claridad y precisión suficiente al respecto.

“En ese sentido, el Viceministerio de Telecomunicaciones ha iniciado un proceso de asesoramiento con la COPROCOM para buscar orientación sobre esta temática y poder realizar un planteamiento aclaratorio ante la SUTEL; lo anterior se estaría realizando en un plazo no mayor de un mes.”

Como dice el refrán popular: “al buen entendedor con miradas y al tonto a palos”; basta leer el tono en que se expresa el MICITT en esa comunicación hacia la CGR para entender que ese Ministerio no está de acuerdo con la posición de la SUTEL, y nosotros nos atreveríamos a decir que lo que no le gusta el Ministerio son los resultados que la metodología propuesta van a arrojar.

El tono de la nota del MICITT pone en cuestión lo que dijo la SUTEL, al llamarlo como “preliminar” y además decir que la aplicación del Índice HHI es “solo” una de las posibles metodologías. Más llamativo aún resulta que para “dentro del plazo de un mes” se planea presentar “una posición aclaratoria” (¿qué es lo que hay que “aclarar”?) con la SUTEL.

Y lo otro que llama la atención es que se va a hacer un “asesoramiento” con la COPROCOM para realizar ese planteamiento. ¿Qué es COPROCOM? El oficio no lo dice, pero es la Comisión para Promover la Competencia, órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Economía, que interesadamente reseña en su página web (<http://www.coprocom.go.cr/>) que “en un mercado con pocos participantes las empresas se ponen de acuerdo y funcionan como un monopolio. Nuestro objetivo es evitar que las empresas realicen conductas que les permitan comportarse como un monopolio por medio del cumplimiento de la [Ley de Promoción de la Competencia](#)”.

Vemos entonces que el Poder Ejecutivo se alista para presentar una posición que probablemente será divergente frente a la de SUTEL.

AL MINISTRO DEL MICITT Y EL CONSEJO DE LA SUTEL

DISPOSICION	ORDEN	PLAZO OTORGADO	GRADO DE CUMPLIMIENTO SEGÚN CGR
5.4	Revisar con base en sus competencias y de acuerdo con los parámetros técnicos que defina la SUTEL, todas las concesiones de radiodifusión televisiva y sonora otorgadas, con el fin de determinar los concesionarios en los que exista concentración de	3 meses a contar desde la fecha del Informe DFOE-IFR-IF-6 del 30 de julio de 2012. (fecha expira el 30 de octubre de 2012)	En proceso de cumplimiento.

	espectro que afecte la competencia efectiva.		
5.4	Conforme a ello, elaborar un plan de acción en el que se incluyan todas las acciones que corresponda, con sus respectivos plazos y responsables, para corregir tales situaciones (párrafos del 3.85 al 3.96 del informe)		En proceso de cumplimiento.

Observaciones: como ya tuvimos oportunidad de ver al analizar la disposición 5.3 anterior, el MICITT tiene una posición reservada sobre este tema y le ha comunicado a la CGR que en el lapso de un mes contado a partir de su oficio DM-550-MICITT-2013 del 8 de octubre de 2013, haría una asesoría con la Comisión para la Promoción de la Competencia del Ministerio de Economía. Al momento de escribir esta parte del presente documento (30 de diciembre de 2013) no tenemos conocimiento de que esa asesoría haya tenido lugar ni parece haberse producido alguna comunicación que parezca ser resultado de eso, ni para la SUTEL ni para la CGR.

Ahora bien, en términos de establecer si se ha cumplido o no se ha cumplido lo dispuesto por la CGR, claramente tal cosa no ha sido así, y más bien el MICITT ni siquiera ha pedido a la CGR que se le amplíe el plazo para cumplir con la disposición, limitándose a notificarle que en el plazo de un mes se iba a recurrir a la asesoría dicha, pero nada más. La Contraloría habla de que esta disposición está “en proceso de cumplimiento”, pero eso no es tan así en lo que al MICITT concierne y lo que resulta obvio es que el plazo se ha vencido ya.

En esa línea, no podríamos determinar hasta dónde la actitud del MICITT es por un lado una forma de dilatar las resoluciones que se deben tomar con respecto a este tema, o por el otro un prepararse para enfrentar a la SUTEL en cuanto a los criterios que esa entidad expuso. De hecho ambas opciones no son excluyentes, como es fácil de notar.

AL MINISTRO DEL MICITT			
DISPOSICION	ORDEN	PLAZO OTORGADO	GRADO DE CUMPLIMIENTO SEGÚN CGR
5.5	Elaborar un proyecto de ley orientado a actualizar y solventar todas las debilidades de la Ley de Radio vigente, entre ellas, las siguientes: anacronismo; falta de claridad; indefinición frente a las situaciones del presente; falta	6 meses (fecha expira el 8 de enero de 2014)	En proceso de cumplimiento.

	de coherencia con las categorías de radiodifusores que reconoce el artículo 9 de la LGT; ausencia de regulación en cuanto a la digitalización de la radiodifusión; la radiodifusión abierta no está sujeta al pago de canon por reserva de espectro; el impuesto anual de radiodifusión no se actualiza y no lo pagan todos los radiodifusores; las prórrogas automáticas que establece el art. 25 son inconstitucionales. (párrafos 3.10 al 3.20 del informe)		
5.5	Presentar el proyecto de ley ante la Asamblea Legislativa.	31 de julio del 2014	En proceso de cumplimiento.

Comentario: Por oficio DM-658-MICITT-2013, de fecha 9 de diciembre de 2013, el Ministro del MICITT Alejandro Cruz le informa a la CGR que el proyecto de ley “para solventar las debilidades de la Ley de Radio”, está en proceso, pero que difícilmente podrá cumplirse con la fecha de 8 de enero de 2014 señalada como límite. Es muy interesante reseñar que textualmente el documento consigna lo siguiente:

“A1 respecto, hemos venido sosteniendo reuniones y conversaciones con diferentes representantes del sector, quienes nos han manifestado su interés de incorporar observaciones y comentarios a la propuesta preparada por el Ejecutivo.

Concretamente, los representantes de CANARA nos indicaron que han preparado un borrador de contrapropuesta normativa el cual desean presentarnos para la discusión y análisis correspondiente. Ello nos implica la respectiva consulta con los demás representantes del sector.

Por otra parte, hemos recibido por parte de otros actores, documentación sobre temas jurídicos que serían objeto de discusión del citado proceso de reforma legal. De manera general se nos ha planteado revisar los alcances del concepto de “comunicaciones audiovisuales” regulado en otros países.

Lo anterior implica un análisis mayor que el considerado en la etapa inicial. La tendencia normativa a nivel de derecho comparado para el tema de radiodifusión conlleva a un nivel de mayor discusión con los actores del sector, incluso con representantes de otros sectores, como sería el caso del sector cultura.”

En virtud de esos motivos, el Ministro solicitó en la comunicación que comentamos que la CGR amplíe el plazo otorgado inicialmente por lo menos por seis meses más “con el fin de lograr proponer un marco normativo que considere y tome en cuenta todas las observaciones.”

Llama a la reflexión las manifestaciones que hace el señor Ministro en este oficio. Por un

lado, es sencillo percibir cómo la relación “natural” del Ministerio se desarrolla con entes privados que aglutinan principalmente a radiodifusores privados con fines de lucro, como la Cámara Nacional de Radio, pero no se menciona ni por asomo que se haya invitado a nadie más a ver el proyecto, y mucho menos que haya una “contrapropuesta” de ningún otro sector interesado, como si no hubiera otros sectores que pudieran estarlo.

Pero igual salta a la vista el hecho de que a pesar de todo el MICITT no ha podido evadir la tendencia internacional que postula a la radiodifusión como un fenómeno que va más allá de lo comercial, y eso ha obligado al propio Ministerio a tener que aceptar que hay “otros sectores” que podrían estar interesados y que además podría haber otras formas de ver la radiodifusión.

El reto que surge para esos “otros sectores” ahora es poder participar en el proceso que el MICITT dice estar llevando adelante. De momento no se conoce que se haya participado a nadie, ni siquiera por ejemplo a la Universidad de Costa Rica, que tiene doble acreditación para poder aportar puesto que no solo ha tenido participación tanto en la Comisión Mixta sobre Televisión Digital y en la Comisión Mixta sobre Radio Digital, sino que además es operadora de un canal de televisión y tres estaciones de radio.

<p>5.9</p>	<p>Iniciar los procedimientos para la revocación, extinción y ajustes de títulos habilitantes de radiodifusión televisiva en los casos de uso no óptimo de estas frecuencias. Para tal efecto, deberá atender las recomendaciones contenidas en los insumos técnicos elaborados por la SUTEL y que han sido remitidos a ese Ministerio, asimismo, deberá valorar lo dispuesto en los artículos 21 (cesiones de las concesiones) y 22 (causales por las que procede la reasignación de frecuencias) de la LGT. (Párrafos 3.82, 3.83, y 3.84 del informe).</p>	<p>Inmediatamente. En un plazo de 10 días hábiles a partir de la recepción del informe deberá remitir un oficio mediante el cual se comunique a la Contraloría General que se iniciaron los procedimientos.</p>	<p>En proceso de cumplimiento.</p>
<p>5.9</p>	<p>Informar semestralmente y hasta que la CGR indique lo contrario (a partir de la fecha de recibido del informe) el estado de los procedimientos iniciados.</p>		<p>En proceso de cumplimiento.</p>

Comentario: Sobre las disposiciones del punto 5.9 del Informe, mediante oficio DM-381-MICITT-2013, de fecha 22 de julio de 2013, el Ministro de ese ramo Alejandro Cruz

Molina, informó a la CGR que en virtud de lo que se les ordenó la SUTEL hizo en diciembre de 2012 un nuevo estudio técnico titulado “*Informe de ocupación de los canales de radiodifusión televisiva, bandas de 54 MHz a 72 MHz, 76 MHz a 88 MHz, 174 MHz a 216 MHz, 470 MHz a 608 MHz, y 614 MHz a 806 MHz*”. Ese documento fue remitido por la SUTEL al MICITT el 22 de mayo de 2013 mediante oficio 2512-SUTEL-2013, y además fue declarado confidencial “mediante la RCS-130-2013 del 17 de abril de 2013” (no se indica quién declaró “confidencial” al informe ni las razones para ello).

Se señala además que de acuerdo con el procedimiento que se ha definido para la revocación y extinción de concesiones, y resolución de contratos, lo primero que debe hacerse es una investigación preliminar que corresponde al oficio 5173-SUTEL-DGC-2012, al cual no hemos tenido acceso en esta investigación y desconocemos si en algún momento fue remitido a la CGR, de ser así ella no nos suministró dentro del material que nos entregó una copia de éste.

Como quiera que sea, continúa diciendo el mismo oficio que luego de la investigación preliminar, que aparentemente ya estaría hecha, sigue la apertura propiamente dicha del procedimiento administrativo, que debe ser “debidamente” (así, subrayado, viene en el documento) motivada, para lo cual “no basta” la investigación preliminar, sino que se requiere “*criterio técnico de la Gerencia de Administración del Espectro Radioeléctrico y del criterio legal de la Gerencia de Concesiones y Permisos, ambos del Viceministerio de Telecomunicaciones, éste último que debe ser avalado a nivel interno por la Dirección de Normas y Procedimientos, para recomendar en cada caso (para cada frecuencia) la procedencia o no del informe rendido por la SUTEL y además, sobre la apertura o no de un procedimiento administrativo*”.

Hasta allí, lo que el Ministro quiere decir entonces es que con la investigación preliminar, antes de que el Poder Ejecutivo abra propiamente el procedimiento administrativo, tienen que emitirse dos criterios por oficinas del Viceministerio de Telecomunicaciones y uno de ellos debe ser a su vez avalado por la Dirección de Normas y Procedimientos del MICITT. Como se ve, se ha preocupado mucho el Ministerio por proceder lenta y cuidadosamente. Además, se trata de un procedimiento por cada frecuencia, por lo que es de suponerse (y esto lo decimos nosotros) que su tramitación en conjunto van a tomar bastante tiempo.

De acuerdo con el Ministro, en ese momento el Ministerio estaba analizando caso por caso si procedía a recomendar la apertura del procedimiento administrativo.

Igualmente señala que a la SUTEL se le remitió con motivo de su informe un oficio, el MICCIT-OF-DVT-140-2013 entregado el 22 de julio de 2013, en donde se le propone dos acciones:

“*Primero. Continuar el trabajo con el equipo conformado en el Viceministerio de Telecomunicaciones para el análisis del informe 5173-SUTEL-DGC-2012, para emitir las recomendaciones técnicas y legales para que el Poder Ejecutivo, instruya la apertura de los procesos administrativos individuales para recuperar el espectro radioeléctrico que no esté siendo utilizado, que según las mediciones detalladas en dicho informe estarían conformadas por:*

- a) *Los canales que no están transmitiendo señales de televisión, según informe 5173-SUTEL-DGC-2012, en su sección 8.1.*
- b) *Los canales de televisión que no están transmitiendo contenido o programación, a*

pesar que fue posible detectar una señal portadora de video, según informe 5173-SUTEL-DGC-2012, en su sección 8.3.

Segundo. Realizar reuniones de trabajo en conjunto (SUTEL - MICITT), para definir el procedimiento a seguir en aquellos canales con concesión de cobertura nacional. Lo anterior por cuanto técnicamente no se puede cubrir todo el país con un solo canal, de manera que la cobertura denominada nivel “nacional”, definida en los títulos habilitantes, no puede ser alcanzada debido a las características técnicas del estándar analógico. Es importante tomar este aspecto en consideración por cuanto en estas condiciones las comparaciones entre las mediciones realizadas v lo dispuesto en los títulos habilitantes tienen que ser consideradas en forma integral incluyendo el porcentaje de cobertura tanto de la matriz como de los respectivos repetidores.”

La comunicación que venimos comentando incluyó además un cronograma como adjunto. De acuerdo con ese cronograma, los informes técnicos y legales para los casos de los canales mencionados en los puntos a) y b) del acápite Primero estarían listos a más tardar el 29 de agosto de 2013.

En cuanto al tema de la cobertura, en el que se evidencia que es imposible tener una cobertura nacional en virtud de las características del estándar analógico todavía en uso, lo que llama la atención es entonces para qué se otorga esa “cobertura” en el título si de todos modos es un hecho incontrovertible que no se puede cumplir con ella.

Sin embargo, hay que decir igualmente que en cronograma remitido a la SUTEL ya viene señalada la “definición de procedimientos de adecuación para concesiones que no estén cumpliendo con la cobertura” (previsto para el 10 de octubre de 2013) y la aplicación de esos procedimientos para modificar efectivamente los títulos habilitantes (suponemos que van a cambiar la condición de los canales a “regional”) para las estaciones que no cumplen, cosa que se señala para ser realizada a más tardar el 13 de febrero de 2014.

En cuanto a este punto nos surge una duda: de acuerdo con lo que indica el señor Ministro, hay un grupo de radiodifusores televisivos que no están cumpliendo con la cobertura que se les asignó en su correspondiente contrato de concesión, pero en vez de aplicar las sanciones que legalmente cabrían (que podrían ser incluso la extinción de la concesión) más bien el Estado va a cambiar los títulos de las concesiones. Nuestra reserva radica en que en ese supuesto, estaríamos entonces viendo al Estado “acomodarse” para que los concesionarios queden como cumplientes, y no a un Estado aplicando al pie de la letra lo que por ley podría exigir (aunque estaría subyacente el alegato de imposibilidad material que podría ser atendible, hay que admitirlo).

De acuerdo con el Ministro, se están tomando entonces acciones dirigidas a cumplir con lo ordenado por la CGR, pero es imposible cumplir dentro del plazo otorgado para ello porque sería hasta irresponsable abrir los procedimientos administrativos sin haber estudiado todo el Informe de la SUTEL, y sin poder tener los criterios legales y técnicos requeridos.

No obstante eso, no se solicita de modo expreso a la CGR que el plazo conferido en la disposición (diez días hábiles) se modifique.

Para cerrar, debemos reiterar que contra este Informe de la CGR ninguna de las entidades aludidas interpuso ningún tipo de recurso. Igualmente, como siempre se suele indicar en ese tipo de documentos, éste llevaba la prevención de que “se advierte que en caso de

incumplir injustificadamente con esas disposiciones se le reiterará por una única vez y se fijará plazo para su cumplimiento, pero de mantenerse la desobediencia, una vez agotado ese plazo, dicha conducta se reputará como falta grave y podrá dar lugar a la imposición de las sanciones previstas en el artículo 69 de la citada Ley No. 7428, con garantía del debido proceso. Lo anterior, sin perjuicio de incurrir en otras causales de responsabilidad” (pág. 57-58).

No obstante, de la información estudiada no se desprende que se haya iniciado ningún procedimiento disciplinario contra ningún funcionario por las disposiciones que se emitieron y que arriba se reseñan.

4.6. Otros estudios de interés sobre el tema: “El mundo de la radiodifusión en Costa Rica: lo que dice la ley y lo que sucede en realidad”.

Queremos finalizar este capítulo y este estudio haciendo una breve referencia a la investigación denominada “El mundo de la radiodifusión en Costa Rica: lo que dice la ley y lo que sucede en realidad”, preparada por Laura Chinchilla Alvarado para la Red de Medios e Iniciativas de Comunicación Alternativos (Red MICA), documento difundido en versión digital en el mes de octubre de este año 2013.⁹⁸

Ese trabajo tiene una doble significación, pues por una parte es uno de los primeros esfuerzos sistemáticos de organizaciones de medios de comunicación alternativos por abordar por sí mismos el estado de la radiodifusión en Costa Rica, y ofrecer información procesada por sus propios medios para el análisis del estado de cosas en el país; y en segundo lugar ese documento es un valioso aporte porque abarca una gran cantidad de información actualizada (información además que no es fácil de localizar), por lo que sus conclusiones acerca del tema de la concentración de medios devienen en importantes elementos para tener en cuenta durante el trabajo que todos los interesados en el campo tendrán en los próximos meses.

Entre los elementos que nos muestra la investigadora Chinchilla Alvarado surgen prácticas que se han vuelto corrientes, conocidas y toleradas incluso por las mismas autoridades que a lo largo de los años han tenido bajo su responsabilidad el control del uso de las frecuencias en radio y televisión.

Así por ejemplo se menciona la venta de frecuencias sin ningún tipo de autorización de parte del Estado, y como si fueran bienes vendibles. Esas ventas hasta se anuncian con bombos y platillos, para además dar a conocer la fortaleza del grupo empresarial que hace “la inversión”. Ese es por ejemplo el caso de la venta de Radio María en el año 2001, de la que dio cuenta el periódico La Nación el 31 de mayo de ese año, informando además que el precio de la operación fue la suma de ciento cincuenta millones de colones, y que incluía no solo el equipo “sino la frecuencia 100.3”⁹⁹

98 Chinchilla Alvarado, Laura. El mundo de la radiodifusión en Costa Rica: lo que dice la ley y lo que sucede en realidad, 1ª. Edición, San José, Red de Medios e Iniciativas de Comunicación Alternativos, 2013. Resumen ejecutivo disponible digitalmente en: <http://www.redmica.org/2013/10/22/el-mundo-de-la-radiodifusion-en-costa-rica-lo-que-dice-la-ley-y-lo-que-sucede-en-realidad/>

99 Ibid., pág. 7.

También es una práctica conocida lo que las mismas autoridades denominan el “efecto sombrilla”, donde una sociedad o grupo absorbe a otra sociedad menor pero que es concesionaria de una frecuencia, de modo que ésta pasa a formar parte del control de un grupo de intereses y se alinea dentro de ese esquema. Por tratarse además de sociedades anónimas muchas veces los personeros no son las mismas personas que las que ocupan los puestos principales en la dirección del grupo, y eso genera una apariencia de que se trata de personas (físicas y jurídicas) distintas, pero la realidad es que los mismos grupos empresariales, como parte de su actividad misma, se encargan de publicitar cuántas y cuáles emisoras de todo tipo controlan.

De nuestra parte podemos recordar y agregar a ese ejemplo cómo el 9 de setiembre de 2006 el periódico La Nación¹⁰⁰ reportaba que “Repretel compra grupo de radio Monumental-Reloj”, indicando que la “compra” si hizo por parte de una “subsidiaria” de Repretel denominada “Central de Radios”. Y ya antes de esa “compra”, el 1° de julio de ese mismo año, el mismo grupo Repretel daba a conocer que había comprado otra frecuencia (la 101.1 de FM) para entrar en el negocio de la radio, frecuencia que desde ese momento y todavía al día de hoy se utiliza con Radio Disney.¹⁰¹

Como lo indica la autora,

“Comparando la información ofrecida por la SUTEL en la Lista de concesionarios de frecuencias AM-FM (2013), que es muy escueta, con la que dan los radiodifusores, es común encontrar que el nombre del concesionario “oficial” no tiene relación alguna con el nombre de la empresa que opera la radioemisora, ni con su nombre comercial. Existen numerosas inconsistencias y un estado de caos en la asignación de las frecuencias del espectro radioeléctrico costarricense. Nos encontramos ante situaciones de traspasos de dudosa legalidad, subutilización de frecuencias (penado en la legislación), “préstamo” de frecuencias (figura ilegal también), arrendamientos ilegales y emisoras “fantasmas” de las que nadie sabe nada y no aparece -al menos no encontramos-, un responsable legal.”¹⁰²

Al efectuar además la cesión de una sociedad, las partes involucradas no están “cediendo la frecuencia” y en teoría el concesionario sigue siendo el mismo (porque la sociedad titular de la concesión no cambia, sino que únicamente cambian los dueños de la sociedad), pero claramente eso es una forma de violar el espíritu de las normas que rigen en materia de concesiones de bienes de dominio público.

En opinión de esa investigadora,

“Para evitar estas transacciones de un bien de dominio público que no es una mercancía podrían aplicarse las normas de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito N° 8422 del 6 de octubre de 2004 (artículos 5 y 6) que prohíben los actos realizados en “fraude de ley”, es decir actuando de forma aparentemente legal pero con el claro objetivo de burlar la finalidad perseguida por una norma legal (la prohibición de

100 La nota puede verse en el archivo digital del medio a través del siguiente link:

http://www.nacion.com/ln_ee/2006/septiembre/09/pais822895.html

101 Al efecto puede verse: <http://www.nacion.com/viva/2006/julio/01/espectaculos23.html>

102 Chinchilla Alvarado. Op. Cir., pág. 15.

vender frecuencias).”¹⁰³

Otro aspecto que se menciona es el ineficiente uso del espacio en el dial, donde en nuestro país se aplica un espacio de separación de 400 KHz, mientras que la UIT recomienda entre 200 y 300 para la banda de FM monofónico, por ejemplo.

Además de eso, el estudio pone en evidencia la clarísima concentración de medios en el Gran Área Metropolitana¹⁰⁴, donde por ejemplo 45 de las 51 emisoras de radio en la banda de FM transmiten desde y para esa zona del país.

En cuanto a acaparamiento de emisoras y frecuencias, el estudio es claro al señalar que

“Hay una importante concentración de frecuencias en manos de conglomerados de la radiodifusión. Cadena de Emisoras Columbia cuenta con 12 frecuencias asignadas, el grupo radiofónico Central de Radios tiene la concesión de 11 frecuencias y la Cadena Radial Costarricense tiene en su haber 10 frecuencias. Igualmente la Iglesia Católica tiene asignadas 10 frecuencias de radio y la Comercializadora Radial S.A., vinculada con el Grupo Extra, maneja las transacciones comerciales de 10 radioemisoras. **Estos cinco grupos radiofónicos acaparan juntos poco más del 50 por ciento del espectro radioeléctrico dedicado a la radiodifusión.**”¹⁰⁵

Existe además “el arrendamiento” de frecuencias, donde el concesionario no ejerce ninguna de ellas sino que “las alquila” a otro para que sea éste quien las explote a cambio de un precio en beneficio del primero (así por ejemplo se menciona en ese trabajo, en la página 16, el caso de las frecuencias concesionadas a la Fundación Ciudadelas de Libertad); y también existe la modalidad de “prestar” la frecuencia, en la que el concesionario no recibe un precio pero al menos no pierde la concesión por no estar apagada la frecuencia.

Ocurre también la subutilización de frecuencias, donde a un concesionario se le han otorgado un número determinado pero éste no usa todas, sino que “guarda” o mantiene apagadas algunas, cosa que ocurre por ejemplo en el caso del Grupo Columbia, según esa investigación.

Ese trabajo menciona también entre los problemas percibidos el de la repetición de contenidos y menciona por ejemplo el caso en que “*la Asociación Costarricense de Información y Cultura, ACIC, tiene Radio Costa Rica 930 AM, que es de cobertura nacional, y la repite en 1360 AM para la Zona Norte, Guanacaste, Pacífico Central, Valle Central y Zona Sur*” (pág. 17).

Aparte de eso, “*hay varias emisoras en AM de las que nadie da cuenta, no se sabe quién las opera o si están en operación o no. Dos ejemplos claros de emisora “fantasma” son la 1220 AM y la 1580 AM. Ambas frecuencias, junto con la 98.3 FM, figuran en la documentación oficial a nombre de Radio Casino S.A. Sin embargo, los personeros de Radio Casino aseguran que ellos solo operan la 98.3 FM y no dan razón de las otras dos frecuencias*” (pág. 18).

103 Chinchilla Alvarado. Op. Cit., págs. 7 a 8.

104 Ibid., págs. 15 a 16.

105 Ibid., pág. 16. El resaltado no es del original.

Todo lo mencionado nos hace entender que la realidad de la radiodifusión en Costa Rica dista mucho de ser ordenada y transparente, y ya no digamos plural y equitativa. Seguramente eso, y la relación que con el ejercicio del poder tiene la radiodifusión, explica la actitud obstruccionista que muchas veces se percibe desde el Poder Ejecutivo para que se empiece a poner orden en ella.

De momento lo que sí es perceptible es que poco a poco esa realidad tan borrosa está perdiendo ese carácter, y lentamente se está pudiendo evidenciar con datos que las cosas andan muy mal y que ya es el momento de corregirlas aplicando además, como casi con pesar lo reconoce el MICITT, nuevos enfoques que van más allá de ver a la radiodifusión como una “actividad privada” como dice nuestra moderna pero al mismo tiempo retrógrada legislación, y redimensionar esa normativa desde la comprensión de que esa actividad se ejerce en primer lugar con un bien que es de toda la Nación, y en segundo lugar que ese ejercicio tiene que ver con el desarrollo del país y de la democracia misma.

Conclusiones y recomendaciones.

El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público que puede ser utilizado para diferentes fines, uno de ellos es la actividad de telecomunicaciones, y dentro de ellas encontramos también a la actividad de la radiodifusión.

Por ser un bien de dominio público, su uso y explotación está sometido a un régimen jurídico diferenciado, en el que impera el interés público y donde debe haber incluso una autorización expresa de parte del Estado para que un particular pueda apropiarse temporalmente de esa explotación.

En nuestro país el régimen jurídico sobre el espectro radioeléctrico está asentado principalmente en tres leyes: la Ley General de Telecomunicaciones, la Ley de Radio y la Ley de Fortalecimiento y modernización de las entidades públicas del sector telecomunicaciones, pero en términos reales la Ley de Radio es una norma anticuada y omisa que no cumple en este momento ningún papel positivo en lo que al uso del espectro radioeléctrico, y en particular de las frecuencias de radiodifusión, concierne. En la actualidad, la Ley que marca la forma y el rumbo en cuanto al uso del espectro radioeléctrico es la LGT, y esa ley tiene como norte la implementación de “negocios” de telecomunicaciones más que de “servicios” en el sentido más comprensivo de ese término. Por eso es totalmente defectuosa en cuanto a las categorías de radiodifusión que reconoce, y de hecho es en esa Ley (artículo 29) en la que de manera llamativa se establece que lo relativo a radiodifusión seguirá siendo regulado por la Ley de Radio, como si esa Ley fuera realmente en este momento un marco normativo adecuado y suficiente.

Pero además de contar con un régimen jurídicamente diferenciado (el de los bienes de dominio público), y justamente en virtud de ese régimen, el uso del espectro radioeléctrico no puede ser arbitrario, sino que debe hacerse bajo una serie de principios en los que debería imperar la satisfacción del interés general, así como otros que devienen como norte para el Estado costarricense en virtud de disposiciones constitucionales, o de derechos reconocidos en tratados internacionales, o de leyes y reglamentos.

En el caso específico del espectro radioeléctrico, la Ley General de Telecomunicaciones así lo reconoce expresamente al someter la administración, planificación, y control de ese recurso a la Constitución, los tratados y las leyes. Es más, la propia LGT fija en ella algunos de los principios que deben observarse cuando se habla del espectro, y entre ellos encontramos el que su uso debe hacerse de forma eficiente y racional, pero también garantizando el acceso a él de forma “justa, equitativa, independiente, transparente y no discriminatoria” (artículo 8 inciso b.).

No puede haber entonces una administración arbitraria del espectro radioeléctrico, y no puede haber una explotación de éste que sea contraria a los fines que nuestro marco normativo contemplan. Como bien o riqueza que es de toda la Nación, eso debería llevar a que la administración y utilización del espectro radioeléctrico fuera más rigurosa pero al mismo tiempo mejor pensada en términos de construcción del sistema democrático, donde no se asuma solo en términos “de negocios” sino también en cómo ese bien puede ser usado

en función de promover el desarrollo integral de la sociedad, especialmente en estos tiempos, donde la principal materia prima para el desarrollo es el conocimiento mismo, que no puede existir sin información.

Pero además la radiodifusión es una actividad que tiene que ver con derechos fundamentales de las personas, desde el derecho a la comunicación hasta derechos “clásicos” como el de información, el de participación democrática, la libertad de expresión y opinión, la libertad de conciencia, etc. Es por ello que hoy la información y el conocimiento no son meras “mercancías” que deben estar disponibles solo para quienes puedan pagar por ellas; al contrario: son derechos fundamentales para habilitar a las personas su desarrollo tanto en el plano individual como social.

La administración del espectro radioeléctrico está encomendada por el esquema legal imperante en el país a dos entidades principalmente: el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT), que es el ente rector y el que se encarga de la dirección política de esa administración, y la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) que es la entidad que corre con la parte técnica y de control de uso en lo que al espectro concierne. Como entidades públicas que son ambas, están sujetas al principio de legalidad administrativa que las obliga a actuar en todo momento conforme a Derecho, y en ese sentido no hablamos solo de cumplir los procedimientos que normativamente están señalados, sino que también nos referimos a que están obligadas a cumplir con los fines que el bloque de legalidad (en el que se incluye la Constitución, los tratados, las leyes, reglamentos, y otras normas de inferior rango) marca como deseables.

Precisamente, dentro de ese bloque de legalidad encontramos además principios que deben funcionar como guía para orientar la aplicación de las atribuciones administrativas de los entes públicos, y como parte de ellos a los dos que hemos mencionado arriba. Pero dentro de esos principios hallamos ya no solo al de legalidad administrativa, sino también el principio democrático y en general los que conforman el Estado Social de Derecho que fundamenta la organización el Estado costarricense.

Por ello la administración el espectro radioeléctrico debe cumplir con varios parámetros de diferente naturaleza, no solo técnicos, sino también políticos en el sentido de que deben conseguirse fines determinados, y promover valores que lleven hacia el desarrollo equitativo de la sociedad y de las personas.

Pero los hechos concretos demuestran que a la par de un marco jurídico omiso en materia de radiodifusión, y de un nuevo ordenamiento enfocado especialmente hacia el desarrollo de las telecomunicaciones en el marco de la globalización y las nuevas tecnologías, la realidad de la radiodifusión en nuestro país es caótica en varios sentidos. Hay un gran acaparamiento de frecuencias contra el que el Estado apenas empieza a tomar medidas muy incipientes y cuyo rumbo es totalmente impredecible; no hay diversidad ni pluralismo en su uso; no hay una regulación apropiada de los elementos fundamentales de la radiodifusión (tipos de prestadores, condiciones de servicio, régimen concesional aplicable, condiciones de operación, etc.); algunos de los actuales explotadores de frecuencias carecen de título habilitante o habiéndolo tenido ya les ha expirado, y el Estado no emprende acciones con premura para atacar y resolver la situación; en buena medida se le considera como un “negocio” y por ende no se le visualiza como una herramienta para el desarrollo de la sociedad en diferentes campos, y un largo etcétera.

Y para colmo de males, las infracciones que contiene la Ley de Radio en su artículo 17 no pueden ser sancionadas por un error cometido por los legisladores al momento de reformar el artículo 23 de esa ley, con lo cual todo se vuelve una maraña de trabas e inoperancia que no conduce a ningún resultado que no sea reforzar el estado de cosas imperante.

Todo eso ha llevado a que en los últimos años, de forma lenta y sin poder realmente poner en cintura al ente rector del sector de telecomunicaciones principalmente (es decir al Poder Ejecutivo a través del MINAET primeramente y ahora a través del MICITT), algunos entes de fiscalización de la labor de la Administración Pública, a pesar de que su enfoque es primariamente el de entes técnicos que vigilan el cumplimiento de la ley o incluso la Hacienda Pública (nos referimos en ese orden a la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República) han terminado interviniendo y haciendo llamados de atención al Poder Ejecutivo y a la SUTEL en diferentes formas.

Y en los años 2012 y 2013 la intervención que destacó mayormente fue la de la Contraloría General de la República, que a través de dos informes señaló una gran cantidad de falencias en este campo, y además emitió también un conjunto de disposiciones para ser acatadas por las entidades públicas que hemos venido mencionando.

Ahora bien, a pesar de una advertencia que formula rutinariamente la Contraloría acerca de que no acatar sus disposiciones puede acarrear responsabilidad para los funcionarios omisos, el análisis de los informes No. DFOE-IFR-IF-6-2012 de 30 de julio de 2012 y No. DFOE-IFR-IF-05-2013 de 3 de julio de 2013 nos permite concluir que la gran mayoría de las disposiciones sobrepasaron sus plazos y no se han cumplido dentro del término que fue inicialmente fijado, lo que nos habla por lo menos de falta de tino por parte de la CGR a la hora de fijar esos términos o de falta de preocupación por parte de los funcionarios públicos conminados a cumplirlas (aunque igualmente puede hablarse de una mezcla de ambas cosas).

La prioridad de las autoridades públicas, especialmente del Poder Ejecutivo a través del MICITT, en materia de recuperación de espectro radioeléctrico no han sido cumplidas en los términos dispuestos por la CGR, que en su momento ordenó que se le diera especial atención tanto al espectro utilizable tanto para IMT como a radiodifusión, siendo que el ente rector se ha ocupado principalmente del primer tema, no así de la recuperación de espectro para radiodifusión.

En materia de concentración de frecuencias se han dado algunos pasos pero de alcance todavía muy limitado por parte de la SUTEL (propuesta de criterios o parámetros para la determinación de un Índice de Concentración) y el MICITT aparenta tener una posición discordante con esos leves avances de la SUTEL. El resultado de ello es que a la fecha no se haya cumplido con lo que ordenó la CGR en el sentido de completar los estudios necesarios e iniciar los procedimientos administrativos requeridos para su erradicación.

Hemos visto también en el último capítulo de este trabajo que existen evidencias importantes de una gran cantidad de vicios en la explotación de las frecuencias que van más allá de su acaparamiento en pocas manos, y que tienen que ver con la apropiación virtualmente privada de éstas: se venden, se prestan, se alquilan, se guardan, se usan para lo que no se concedieron, etc. Y frente a todo eso la reacción de la Administración Pública

llamada a corregir esos problemas es lenta y además poco asertiva, más bien hasta tolerante con el estado de cosas.

De lo visto a lo largo de este trabajo podemos resumir algunos elementos que se revelan como esenciales en el manejo y administración del espectro radioeléctrico, y que por ende nos pueden orientar para una estrategia de fiscalización de ese manejo tanto en lo relacionado con entes públicos como hasta los privados que con él tienen que ver.

Un primer elemento que debemos resaltar es la necesidad de un nuevo orden que se ocupe especialmente de la radiodifusión, y se separe por tanto de la mezcla de normas que debe hacerse ahora para interpretar determinados temas (por ejemplo plazos de concesiones, términos y prórrogas) usando la Ley de Radio y la LGT. En cuanto a ese tema, y siendo que el Poder Ejecutivo argumenta que ya existe un proyecto de ley que está siendo “consultado” con diferentes actores, consideramos que la primera cosa que debe hacerse por parte de los sectores interesados que no han sido tomados en cuenta en ese proceso es entonces involucrarse, y tomar conocimiento del proyecto para hacer sus aportes desde ahora, de manera que no vayan a toparse posteriormente con proyectos o incluso leyes que ya vienen “cocinadas” y sobre los que poco puede hacerse para modificar.

En ese sentido, la participación debe ganarse y podría ir desde hacer sugerencias para un proyecto como apartarse de éste y proponer proyectos alternativos.

Dentro de esa regulación hay a su vez aspectos que nos parecen claves para promover una democratización de la radiodifusión, y por ello deben ser observados con especial cuidado: i) categorización de los radiodifusores en donde se reconozcan por lo menos tres tipos de ellos: los de servicio público, los de gestión privada con fines de lucro, y los de gestión privada sin fines de lucro; ii) reserva de espectro para garantizar espacio para cada una de esas categorías de radiodifusión; iii) un régimen jurídico para cada categoría donde se regule por lo menos aspectos como formas de otorgamiento de la concesión, plazos, plan de servicios, control de la concentración y promoción de la diversidad, causales de finalización, medidas de promoción, etc.; y iv) en general cambiar el concepto de que la radiodifusión es “una actividad privada de interés público” como sesgadamente hoy se establece en la LGT para retornar a la visión de que es una actividad de interés público, y operar en consecuencia.

En lo que a una nueva normativa tiene que ver, consideramos que la primera labor que se impone para los sectores que hasta ahora no han sido reconocidos como participantes válidos en la discusión es entonces en primer lugar entrar en ella, y en segundo lugar posicionar temas específicos que necesariamente deben ser contemplados para evitar que en vez de corregir las situaciones negativas que hoy abundan más bien éstas se vean reforzadas dependiendo de quiénes sean los que tomen las decisiones a la hora de impulsar nuevas disposiciones.

Hasta allí, la guía de acción que venimos sugiriendo apunta a un cambio de esquema que podría tener un alcance mayor o menor según el éxito de la incidencia de cada sector interesado.

Pero si pasamos a un escenario más cercano al tiempo presente, y ubicándonos entonces dentro de las coordenadas que ya existen en virtud del estado de cosas imperante actualmente, y configurado principalmente por las reglas que señalan tanto la Ley de Radio como la LGT, veremos que podría visualizarse un conjunto de estrategias de acción que

que ver con la fiscalización de la administración y del uso del espectro radioeléctrico.

En ese otro entorno, es factible imaginar acciones orientadas hacia diferentes temas. El primero de ellos sería la regularización de los concesionarios como tal. Por ello entendemos el fiscalizar que el MICITT y la SUTEL lleguen realmente a poner orden en cuanto a quiénes son concesionarios y cuáles son los términos concretos de esas concesiones, pero también que se haga entonces un análisis de la legitimidad del uso de las frecuencias y de si han sido adquiridas conforme a Derecho, para que de no ser así se proceda igualmente a recuperarlas como corresponde.

Del mismo modo, otro eje de acción debe ir a la fiscalización del procedimiento que muy tímidamente se estaría llevando adelante para determinar los criterios que servirían para establecer cuándo y cómo hay concentración de frecuencias.

En ese campo la participación de otros actores interesados debe ser activa e inteligente, porque hay varios aspectos que son cruciales allí. El primero de ellos es la definición de “concesionario” o titular que se haga, porque si se parte de una definición simplista donde el concesionario es quien aparezca registrado como tal entonces se estaría dejando abierto el portillo para que lo que hoy existe, que es la concentración de frecuencias en manos de unos pocos, porque por la vía de la acumulación de sociedades mercantiles concesionarias se podría fácilmente defraudar cualquier regulación si ésta no toma las prevenciones del caso para ese tipo de mecanismos.

Debe tenerse entonces gran cuidado en la manera como se define quién es el sujeto a ser fiscalizado. Para esto nos parece más apropiado partir no solamente del criterio de quién es el que individualmente aparece como concesionario (ya sea que se trate de una persona física o jurídica), sino también de si existe algún grupo de intereses identificable con el manejo de la frecuencia, e igualmente verificar si en la realidad ese concesionario que figura en los documentos es quien dispone el capital para llevar adelante por sí mismo la prestación del servicio que se le confía.

De modo entonces que en este aspecto los sectores interesados no solo deben propugnar porque el MICITT y la SUTEL hagan y terminen pronto su trabajo para definir el procedimiento para la determinación de cuándo hay concentración indebida de frecuencias, sino que además deben estar atentos a los criterios mismos, puesto que dependiendo de ellos es que en última instancia vendría a haber “oficialmente” acaparamiento o no, y por consiguiente es en función de ellos que luego se podría exigir (o no) acciones concretas de parte del Poder Ejecutivo para que esa concentración sea corregida conforme a Derecho.

Dentro de la búsqueda de ese objetivo, un primer paso muy concreto podría ser comenzar por conocer también el contenido “confidencial” de los documentos que bajo ese carácter parece haberse intercambiado entre la SUTEL y el MICITT, confidencialidad que parece cuestionable desde el punto de vista jurídico. No se entiende qué puede haber de “confidencial” en esa información si ésta corresponde directamente a la forma en que un grupo de particulares está haciendo uso de un bien que le pertenece a toda la Nación.

Ahora bien: hay que tener mucho cuidado de no perder de vista un aspecto importantísimo: una cosa es conseguir que finalmente el Poder Ejecutivo y la SUTEL definan qué es la concentración indebida, o cuáles frecuencias deben ser recuperadas por cualquier razón legalmente atendible, y otra cosa es tener de antemano resuelto qué pasaría

con esas frecuencias si llegaran a ser recuperadas. Y decimos esto porque creemos que en tanto no se cambie el modelo actualmente imperante de radiodifusión no se ganaría mayor cosa con recuperar frecuencias, puesto que la lógica con que serían reasignadas es la que de que son bienes para producir ganancia económica (serían para ser “subastadas” seguramente), y porque además, al no existir ninguna otra categoría para la radiodifusión que no sea la comercial pues simplemente la Administración Pública no tiene ningún problema en otorgarla nuevamente para esa finalidad sin que algo distinto le sea exigible.

Es decir: recuperar frecuencias para liberar espacio puede resultar del interés de muchos (podría ser que hasta del mismo Estado), pero eso es solo el primer paso, porque si antes el modelo de radiodifusión no cambia seguramente al final del camino no se habrá resuelto los problemas que hemos apuntado a lo largo de esta investigación, como son la falta de diversidad, la apropiación y disposición antojadiza de las frecuencias, y en general un uso contrario a los principios constitucionales del bien común en lo que al espectro radioeléctrico concierne.

En ese sentido, debemos apuntar adicionalmente que lo mismo aplica para el “dividendo digital” que se espera surja cuando se abandonen los estándares analógicos de radiodifusión, de modo que debe tenerse claro que el problema de falta de diversidad no tiene como causa la falta de espacio, sino la concepción, el modelo de radiodifusión que impera en el país. Si eso no se corrige, liberar frecuencias sería algo que no solucionaría nada.

Puede verse sí que hay cuestiones concretas en que el Estado ha incumplido sus deberes en lo que a la administración del espectro radioeléctrico corresponde, y que aun cuando algunos de esos deberes tenían un plazo otorgado por la Contraloría para que se cumplieran tal cosa no ocurrió (pensamos por ejemplo en la determinación del estado de legalidad de cada concesionario, la apertura de los procedimientos administrativos para quienes no parecen estar a Derecho, la recuperación de las frecuencias que estén siendo mal utilizadas, la definición de criterios y procedimientos para erradicar el acaparamiento de frecuencias, etc.), y sobre esos aspectos concretos podría valorarse incluso la posibilidad de exigir su cumplimiento a través de acciones legales ante los tribunales de la República, pero todo ello sería siempre teniendo como telón de fondo que en el presente el esquema normativo vigente no tiene los elementos necesarios para pensar en un resultado diferente al final de esos esfuerzos.

Teniendo lo anterior en cuenta como una advertencia que no debe olvidarse, podemos señalar que para llevar a la práctica la fiscalización judicial que venimos planteando existe en nuestro país la alternativa de recurrir a la vía contencioso administrativa, puesto que ante esos tribunales puede reclamarse la inobservancia de los deberes legales de los entes públicos en acciones específicas que debieron ser ejecutadas, puesto que como dispone el artículo 1 del Código Procesal Contencioso Administrativo esa sede existe para restablecer la legalidad en las actuaciones de la Administración Pública cuando ésta se aparta de aquella.

En ese sentido, el inciso 2) de ese numeral dispone que *“los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”*.

Bajo esa óptica, nos parece claro que se ha podido determinar la existencia de una

importante cantidad de omisiones y acciones que podrían ser objeto de escrutinio judicial por parte de las entidades públicas que hemos venido mencionando a lo largo de este trabajo.

Y en cuanto a la posibilidad de accionar propiamente dicha también ésta se halla prevista en sede contencioso administrativa, puesto que el Código que venimos citando establece que para actuar ante esos tribunales tendrán capacidad procesal también “*los grupos, las uniones sin personalidad o los patrimonios independientes o autónomos, afectados en sus intereses legítimos, sin necesidad de estar integrados en estructuras formales de personas jurídicas*” (artículo 9 inciso 2).

Complemento a la norma precitada, el artículo 10 de ese Código señala que están legitimados para demandar tanto quienes reclaman intereses o derechos subjetivos propios o gremiales (incisos a y b) sino también “quienes invoquen la defensa de intereses difusos y colectivos” (inciso c) y hasta “todas las personas por acción popular, cuando así lo disponga expresamente, la ley” (inciso d) con lo cual la posibilidad de intervención directa de actores interesados por razones legítimas queda perfectamente abierta y reconocida.

De modo entonces que la posibilidad para los sectores interesados en exigir efectivamente acciones concretas por parte de los entes públicos llamados a llevarlas a cabo está abierta y podría ser algo a considerarse detenidamente.

Anexos

**Anexo 1. Cuadro resumen
atribuciones legales del Ministerio de
Ciencia, Tecnología y
Telecomunicaciones (MICITT) en el
manejo y administración del espectro
radioeléctrico.**

Atribución	Norma Habilitante
Elaborar el Plan Nacional de Asignación de Frecuencias	Art. 10 LGT
Asignar, reasignar y rescatar las frecuencias del espectro radioeléctrico.	Art. 10 LGT
Otorgar las concesiones	Art. 12 LGT
Suscribir el contrato de concesión, que deberá ser refrendado por la CGR	Art. 18 LGT
Autorizar la cesión de las concesiones	Art. 20 LGT
Previa recomendación de SUTEL, acordar la reasignación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico	Art. 21 LGT
Emitir en octubre de cada año un Decreto donde se fija el monto de canon de reserva de espectro a pagar por los operadores en el año próximo.	Art. 63 LGT
Reglamentar la Ley General de Telecomunicaciones emitiendo los siguientes reglamentos: Reglamento a la Ley general de telecomunicaciones, Reglamento sobre administración, gestión y control del espectro radioeléctrico, Plan nacional de atribución de frecuencias radioeléctricas, Plan nacional de numeración, Reglamento sobre medidas de protección de la privacidad de las comunicaciones.	Art. 77 LGT
Ser el ente rector del Sector Público de Telecomunicaciones creado por la <i>Ley para el fortalecimiento y modernización de entidades públicas del sector de telecomunicaciones</i> , No. 8660 del 8 de agosto de 2008.	Arts. 1 y 39 LFMEPST Art. 20 inciso g) LPDCCM
Aprobar o rechazar el criterio técnico de la Superintendencia de Telecomunicaciones, sobre la adjudicación, prórroga, extinción, resolución, cesión, reasignación y rescate de las concesiones y los permisos de las frecuencias del espectro radioeléctrico. En el caso de que se separe de dicho criterio, el Poder Ejecutivo deberá justificar las razones de orden público o interés nacional que lo sustenten.	Art. 39 inciso d) LFMEPST

Coordinar las políticas de desarrollo de las telecomunicaciones con otras políticas públicas destinadas a promover la sociedad de la información.

Art. 39 inciso h) LFMEPST

SIGLAS:

- LGT: Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642 del 4 de junio de 2008.
- LFMEPST: Ley para el fortalecimiento y modernización de entidades públicas del sector de telecomunicaciones, No. 8660 del 8 de agosto de 2008.
- LPDCCM: Ley de promoción del desarrollo científico y tecnológico y creación del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, No. 7169 del 1° de agosto de 1990.

**Anexo 2. Cuadro resumen
atribuciones legales de la
Superintendencia de
Telecomunicaciones (SUTEL) en el
manejo y administración del espectro
radioeléctrico.**

Atribución	Norma Habilitante
La comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales.	Art. 10 LGT
Cuando se abre concurso para otorgar concesiones: evaluar las ofertas y recomendar al Poder Ejecutivo.	Art. 16 LGT
Recomendar, previo a la autorización del Poder Ejecutivo, si una cesión de concesión es procedente o no cuando se la solicita.	Art. 20 LGT
Recomendar previo a que el MICITT proceda a acordar la reasignación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico.	Art. 21 LGT
Realizar las actividades y los estudios necesarios para preparar el concurso de la concesión y recomendarle al Poder Ejecutivo el otorgamiento o no de estas concesiones.	Art. 29 LGT
Promover los principios de competencia en el mercado nacional de telecomunicaciones.	Art. 52 inciso a) LGT
Analizar el grado de competencia efectiva en los mercados.	Art. 52 inciso b) LGT
Determinar cuándo las operaciones o los actos que se ejecuten o celebren fuera del país, por parte de los operadores o proveedores, pueden afectar la competencia efectiva en el mercado nacional.	Art. 52 inciso c) LGT
Garantizar el acceso de los operadores y proveedores al mercado de telecomunicaciones en condiciones razonables y no discriminatorias.	Art. 52 inciso d) LGT
Evitar los abusos y las prácticas monopolísticas por parte de operadores o proveedores en el mercado, estos últimos no podrán asignar a un solo operador sus sistemas y tecnologías con fines monopolísticos. Si se llega a determinar que un proveedor ha creado o utilizado otras personas jurídicas con estos fines monopolísticos, la Sutel deberá garantizar que dicha práctica	Art. 52 inciso f) LGT

cese inmediatamente, sin detrimento de las responsabilidades que esta conducta derive.	
Competencia exclusiva para conocer de oficio o por denuncia, así como para corregir y sancionar, cuando proceda, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.	Art. 52 párrafo 9 LGT
Analizar y pronunciarse sobre los elementos que aporten las partes cuando se investiga posibles prácticas monopolísticas absolutas o relativas.	Art. 54 LGT
Sancionar las prácticas monopolísticas.	Art. 55 LGT
Autorizar o no la concentración entre operadores o proveedores de servicios de telecomunicaciones.	Art. 56 LGT
No autorizará las concentraciones que resulten en una adquisición de poder sustancial o incremento de la posibilidad de ejercer poder sustancial en el mercado relevante, de conformidad con los artículos 14, 15 y 16 de la Ley N.º 7472, Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor.	Art. 56 LGT
Imponer medidas correctivas a los operadores cuando realicen concentración indebida o prácticas monopolísticas.	Art. 58 LGT
Calcular cada año el monto que los operadores deben pagar por concepto de canon de reserva de espectro.	Art. 63 LGT
Conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores o proveedores y también los que exploten redes de telecomunicaciones o presten servicios de telecomunicaciones de manera ilegítima.	Art. 65 LGT
Disponer medidas cautelares en el procedimiento sancionatorio.	Art. 66 LGT
En el caso de las infracciones muy graves, el cierre definitivo de un establecimiento y la clausura de sus instalaciones, la remoción de cualquier equipo o instrumento que permita la operación de redes o la prestación de servicios de telecomunicaciones en forma ilegítima, o ponga en riesgo la integridad de las instalaciones, redes, equipos y aparatos. Para ejecutar estas medidas se dispondrá del auxilio de la Fuerza Pública.	Art. 69 LGT
Regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.	Art. 1 y 59 LFMEPST
Aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual	60 inciso a)

actuará en concordancia con las políticas del Sector, lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, la Ley general de telecomunicaciones, las disposiciones establecidas en la Ley 8660 y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.	LFMEPST
Promover la diversidad de los servicios de telecomunicaciones y la introducción de nuevas tecnologías.	60 inciso c) LFMEPST
Asegurar, en forma objetiva, proporcional, oportuna, transparente, eficiente y no discriminatoria, el acceso a los recursos escasos asociados con la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones.	60 inciso f) LFMEPST
Controlar y comprobar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales y los recursos de numeración, conforme a los planes respectivos.	60 inciso g) LFMEPST
Conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones; así como establecer la responsabilidad civil de sus funcionarios.	60 inciso k) LFMEPST
Establecer y administrar el Registro Nacional de Telecomunicaciones. Dicho Registro es de carácter público.	Art. 80 LFMEPST
Fijar y cobrar un canon anual por las actividades que regula.	

SIGLAS:

- LGT: Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642 del 4 de junio de 2008.
- LFMEPST: Ley para el fortalecimiento y modernización de entidades públicas del sector de telecomunicaciones, No. 8660 del 8 de agosto de 2008.

Buscar en este sitio

Registro Nacional de Telecomunicaciones

Asignación de Recurso de Numeración

2013

Contratos de Adhesión

Convenios internacionales

Convenios privados de tráfico internacional

Convenios y resoluciones relacionada ubicación de equipos

FONATEL

Interconexión

Contratos

Intervenciones

OIR

Otros Acuerdos en Materia de Interconexión

Lista Actualizada Operador/Proveedor

Normas y Estándares de Calidad

Peritos de Homologación

Precios y tarifas

Sanciones

Titulos Habilitantes

Autorizaciones

Concesiones

Permisos

Sanciones

Acuerdos/Resoluciones 2009

<input type="checkbox"/>		RCS-002-2009DenunciaICEportajetasInterTel.pdf Ver Descargar	80 kb	v. 2	09/08/2011 07:56	Natalia Coghi Ulloa
<input type="checkbox"/>		RCS-036-2010BEJARANOFERNANDEZLUISMANUEL-024-2009.pdf Ver Descargar	339 kb	v. 2	09/08/2011 07:56	Natalia Coghi Ulloa
<input type="checkbox"/>		RCS-049-2009Apertura procedimiento Exp017-2009GalizaBusinessApartmentsSA-FACTURACIÓN.pdf Ver Descargar	54 kb	v. 2	09/08/2011 07:56	Natalia Coghi Ulloa
<input type="checkbox"/>		RCS-052-2009Apertura procedimiento Exp008-2009CafeBrittCostaRicaSA.pdf Ver Descargar	47 kb	v. 2	09/08/2011 07:56	Natalia Coghi Ulloa
Acuerdos/Resoluciones 2010						
<input type="checkbox"/>		RCS-084-2010AU-069-2009DHLMANAGEMENTCENAM.S.A..pdf Ver Descargar	298 kb	v. 2	09/08/2011 07:56	Natalia Coghi Ulloa
<input type="checkbox"/>		RCS-096-2010MULTISERVICIOSELECTROMÉDICOS.S.A.U-084-2009.pdf Ver Descargar	390 kb	v. 2	09/08/2011 07:56	Natalia Coghi Ulloa
<input type="checkbox"/>		RCS-301-2010MAURICIOCARMONA.pdf Ver Descargar	270 kb	v. 2	09/08/2011 07:56	Natalia Coghi Ulloa

T +506 4000-0000, F +506 2215-6821, e-mail: info@sutelgo.cr, Call Center 800 88 78835
www.sutelgo.cr, Apartado 936-1000, San José - Costa Rica

[Iniciar sesión](#) | [Actividad reciente del sitio](#) | [Informar de uso inadecuado](#) | [Imprimir página](#) | [Eliminar acceso](#) | Con la tecnología de [Google Sites](#)



TV	
MEDIO	MINUTOS
Canal 2	188,5

Medios que pautaron más de 140 minutos

RADIO	
MEDIO	MINUTOS
40 Principales	146,5
ADN	148
Bésame	149,5
La Mejor	148,5
Monumental	146,5
Q Teja	143
Radio DOS	142,5
Radio Reloj	148

TV	
MEDIO	MINUTOS
Canal 7	143,5

Medios que pautaron menos de 140 minutos

RADIO	
MEDIO	MINUTOS
103	110,5
1047 Hit	126
94 7	132,5
979 Conexión	110
Azul	83
Extrema FM	13,5
FM Globo	126,5
IQ	14,5
La Super Estación	114,5
Life	124
Musical	133

Programa de Publicidad

Costado oeste del Parque Nacional, Apdo. 2163-1000, San José, Costa Rica
Teléfono: 2287-5425 • Fax: 2233-2840 • E-mail: ajimenez@tse.go.cr

Costado oeste del Parque Nacional, Apdo. 2163-1000, San José, Costa Rica
Teléfono: 2287-5425 • Fax: 2233-2840 • E-mail: ajimenez@tse.go.cr



En virtud de lo anterior, me permito indicarle que los siguientes medios enviaron justificaciones de dicha pauta, igual se comprometen a reponerla durante el mes de noviembre según la calendarización enviada:

RADIO Y TELEVISIÓN	
MEDIO	MINUTOS de reposición
Radio María	150
Radio Puntarenas y ZOOM	150
Grupo Radiofónico OMEGA	150 c/u
Grupo Enlace	150 c/u
Radio Actual	150
VM Latino	150 c/u
Telefides	75

Debido a esto se han realizado las siguientes acciones:

RADIO Y TELEVISIÓN	
Acción	cantidad
Oficios acuse de recibido	6
Reporte de tiempo cedido	22
Apercibimiento	1

Quedo a la disposición para cualquier aclaración que estime necesaria.

Atentamente,

Licda. Ana María Jiménez
Encargada

ICC/icc

Lic. Eric Schmidt, Jefe Programas Electorales.
Copia digital:
Lic. Gustavo Román, Asesor de la gestión Política.
Licda. Karina Calvo, Seguimiento Programa de Publicidad

Programa de Publicidad

Costado oeste del Parque Nacional, Apdo. 2163-1000, San José, Costa Rica
Teléfono: 2287-5425 • Fax: 2233-2840 • E-mail: ajimenez@tse.go.cr

Fuentes consultadas.

Antillón Montealegre, Walter. *El Estado Social de Derecho y su reforma*. Revista de Ciencias Jurídicas. (82): 13.16. Setiembre-Diciembre. 1995, citado en la investigación El Estado Social de Derecho, del Centro de Información Jurídica en Línea, San José, Universidad de Costa Rica – Colegio de Abogados, disponible en <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/>

Arce Ureña, Ana Rebeca. El procedimiento administrativo de concesión de frecuencias de radio a la luz de la nueva Ley General de Telecomunicaciones, Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 2010, 195 págs.

Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2000, 14ª. Edición.

Centro de Comunicación Voces Nuestras, Informe sobre El Marco Jurídico de la Radiodifusión en Costa Rica, preparado por Oscar Salas Porras, San José, marzo – mayo 2005.

Chinchilla Alvarado, Laura. El mundo de la radiodifusión en Costa Rica: lo que dice la ley y lo que sucede en realidad, 1ª. Edición, San José, Red de Medios e Iniciativas de Comunicación Alternativos, 2013. Resumen ejecutivo disponible digitalmente en: <http://www.redmica.org/2013/10/22/el-mundo-de-la-radiodifusion-en-costa-rica-lo-que-dice-la-ley-y-lo-que-sucede-en-realidad/>

Contraloría General de la República, Oficio No. [8683](#) del 24 de julio de 2002.

Contraloría General de la República, Informe DFOE-IFR-IF-6-2012 del 30 de julio de 2012.

Contraloría General de la República, Informe No. DFOE-IFR-IF-05-2013 de 3 de julio de 2013. Informe sobre el proyecto de transición hacia la radiodifusión digital.

CRIS. Manual para la evaluación de los derechos a la comunicación. Sin fecha. Recuperado de:

http://centreforcommunicationrights.org/images/stories/database/tools/cris_manual_para_la_evaluacion.pdf

Eco, Umberto. Los ojos del Duce, Diario El País, España, 24 de enero de 2004, Sección de Opinión.

García Gago, Santiago (2010). Manual para radialistas analfatécnicos. Quito, Unesco, Recuperado de: <http://www.analfatecnicos.net/imprimir.php?id=14&campo=preguntas>, 11 de noviembre de 2013.

Grzybowski, Cándido. *Democracia, sociedad civil y política en América Latina: notas para un debate*, en La Democracia en América Latina, PNUD, Buenos Aires, 1ª. Edición, Aguilar, Altea, Alfaguara, 2004, págs. 51 a 72.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Diccionario de Derecho Electoral, Tomo II, San José, IIDH, 2000, sin número de edición.

Organización de Naciones Unidas, Declaración para la Promoción de la Diversidad en los Medios de Comunicación, 12 de diciembre de 2007.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-190-96 del 27 de noviembre de 1996.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-207-99, del 15 de octubre de 1999.

Procuraduría General de la República, Dictamen 226-2001 del 16 de agosto de 2001.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-089-2010, del 30 de abril del 2010.

Procuraduría General de la República, Dictamen No. 151 del 05 de julio de 2011.

Procuraduría General de la República, Dictamen 280-2011, del 11 de noviembre de 2011.

Programa Sociedad de la Información y el Conocimiento de la Universidad de Costa Rica. Hacia la Sociedad de la Información y el Conocimiento en Costa Rica, PROSIC, Universidad de Costa Rica, 2009, disponible en versión digital en: <http://www.prosic.ucr.ac.cr/materiales/informes/informe-2009>.

Saffon, María Paula. El Derecho a la Comunicación: un derecho emergente. Fundación Fiedrich Eberth y Centro de Competencia en Comunicación para América Latina. Bogotá, 2007, 1ª. Edición.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 409-90, de las 16:24 hrs. del 5 de diciembre de 1990.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No 3067-95 de las 15:42 hrs. del 13 de junio de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 550-95, de las 16:33 hrs. del 31 de enero de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 3145-96 de las 9:27 hrs. del 28 de junio de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 9197-2006, de las 14:55 hrs. del 4 de julio de 2006.

Sala Constitucional, Voto No. 15055 del 8 de setiembre de 2010.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 029-1984 de las 14:30 hrs. del 13 de abril de 1984.

SUTEL, *Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica*, Oficio N° 225-SUTEL-2009 del 15 de mayo 2009.

Terrazas, Julio. *Avances y límites de la democracia en América Latina, en los últimos veinte años*, en La Democracia en América Latina, PNUD, Buenos Aires, Aguilar, Altea, Alfaguara, 2004, 1ª. Edición, págs. 278 a 281.

UNESCO. Hacia las sociedades del conocimiento, Ediciones UNESCO, París, 2005.

Villalobos Quirós, Enrique. El insólito regalo de las frecuencias de radio y televisión al sector privado, artículo disponible en versión digital en el sitio web del Observatorio de la Libertad de Expresión de la UCR: http://www.ole.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=6%3Aarticulos&catid=1%3Ainforma&limitstart=1

