

TELECOMUNICACIONES

Enrique ROJAS FRANCO*

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Concepto general de telecomunicaciones y radiodifusión*; III. *Naturaleza jurídica de las telecomunicaciones*; IV. *Marco jurídico regulador de las telecomunicaciones*; V. *Principales principios jurídicos de un proceso de apertura de telecomunicaciones*; VI. *Colofón*.

I. INTRODUCCIÓN

El mercado mundial de las telecomunicaciones crece tan rápidamente, que no se trata ya de un tirón de la demanda o de una presión de la oferta, en efecto, su interacción ha hecho de las telecomunicaciones uno de los sectores de mayor crecimiento en la economía mundial y uno de los componentes más importantes de la actividad social, económica, cultural y política.

Al lado de la excesiva demanda, el crecimiento se ha impulsado por la penetración de las telecomunicaciones y la tecnología de la información en todos los aspectos de la vida humana, en todos los sectores de la actividad económica y social, en la administración pública y, por ende, en la provisión de servicios públicos, así como en la gestión de infraestructuras públicas, en la enseñanza y en la expresión cultural, en la gestión del entorno y en las emergencias, ya sean naturales o provocadas por el hombre.

Por su parte, el crecimiento de la oferta, que es correlativa a la demanda, se impulsa por la rápida evolución tecnológica que mejora constantemente la eficacia de los productos, sistemas y servicios existentes, e igualmente crea las bases para un flujo continuo de innovaciones en cada uno de estos

* Catedrático de Derecho público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica; ex viceministro de Justicia de Costa Rica; vicepresidente de la Asociación y del Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”; abogado litigante.

sectores y ahí sigue la cadena de innovaciones tecnológicas a un ritmo acelerado.

Es notable la convergencia de las tecnologías de las telecomunicaciones, la información y la radiodifusión; por su parte, las tecnologías editoriales, verbigracia Internet, han enriquecido sustancialmente las posibilidades de comunicación abiertas a los consumidores.

El efecto de las fuerzas fundamentales que mueven la demanda y la oferta se ve reforzado por la tendencia mundial hacia la liberalización de los mercados de bienes y servicios de telecomunicaciones y tecnología de la información.

Por efecto de esta tendencia, la mayoría de las redes de telecomunicaciones son actualmente de propiedad y explotación privadas en los países europeos y algunos de América.

Hace cinco años, no se hubiera previsto que Internet o el servicio telefónico celular llegaría a ser tan pronto uno de los protagonistas de las telecomunicaciones, sin embargo, estos servicios son hoy sólo el antecedente de las nuevas fuerzas que se manifestarán dentro de cinco o diez años en el nuevo “*sector de las comunicaciones y la información*” que traerá consigo la convergencia tecnológica y que incluso al día de hoy se ignoran pero se intuye.¹

II. CONCEPTO GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN

1. *Telecomunicaciones*

En sentido amplio las telecomunicaciones comprenden los medios para transmitir, emitir o recibir, signos, señales, escritos, imágenes fijas o en movimiento, sonidos o datos de cualquier naturaleza, entre dos o más puntos geográficos a cualquier distancia a través de cables, impulsos o señales electrónicas, medios ópticos, hilos, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.²

Por ende, los servicios de telecomunicaciones consisten en la prestación total o en parte de la transmisión y conducción de señales por las redes de telecomunicaciones con excepción de la radiodifusión y la televisión.

¹ www.itu.int

² www.lanic.utexas.edu

Ahora bien, para articular la oferta de servicios de difusión de televisión y radio es necesaria la existencia de una red de telecomunicaciones que transporte esta señal desde los centros de emisión hasta los receptores finales.³

2. Radiodifusión

Es común que a las telecomunicaciones se les confunda con la radiodifusión, quizá porque la radiodifusión es más familiar.

El tema de la radiodifusión comprende todas aquellas transmisiones de frecuencias de radio destinadas a ser recibidas por el público en general con fines recreativos e informativos.

Se divide en radiodifusión sonora (AM, FM, onda corta, música, continua, satelital) y radiodifusión televisiva (VHF, UHF, satelital).⁴

La radiodifusión se refiere a estaciones de radio y televisión que envían señales a aparatos receptores para una audiencia masiva. Son señales electrónicas que viajan a través del aire y son difundidas a una amplia región.

La estación de radio usa radioondas que no son transportadas por cable u otras facilidades, pues viajan directamente a los radioescuchas que sintonizan una estación determinada.

Sin embargo, la radiodifusión ha pasado a tener mayor similitud, o a ser parte de los sistemas de telecomunicaciones, pues las transmisiones para radio y televisión se realizan también vía telefónica a través de sistemas de satélites que se identifican con las telecomunicaciones.

Un sistema local de cable puede, por ejemplo, recoger la señal de la estación de radio y alimentar a sus suscriptores en uno de los canales de cable. Así, se constata que el término radiodifusión (*broadcasting*) no es suficientemente amplio como para aplicarse a todas las tecnologías que ahora son parte del espectro de la comunicación electrónica.

De ahí que el término telecomunicaciones se haya adoptado para incluir sistemas de comunicación alámbricos e inalámbricos, en una o más direcciones, donde queda incluido el término radiodifusión.⁵

En lo que concierne a los servicios de telecomunicaciones, se ha dicho, que tienen un régimen jurídico radicalmente distinto de los de radiodifusión.

³ www.palomallaneza.com

⁴ www.canatel.hn

⁵ www.lanic.utexas.edu

sión, ya que mientras los primeros son servicios económicos de interés general que se prestan en libre competencia, los segundos siguen considerándose como servicios públicos sujetos a concesión.⁶

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. *¿Son las telecomunicaciones un servicio público o un servicio de carácter económico?*

Éste es un aspecto importante a examinar, por lo que es necesario ahondar primeramente el tema del servicio público en general para mejor comprensión.

El servicio público es un término tan ambiguo, que ha creado una serie de definiciones en razón de las diferentes concepciones del Estado que se han elaborado, por ello “su servidumbre ha sido que, como ocurre tantas veces en el derecho público, su misma vinculación a finalidades políticas, ha hecho del concepto algo difícil de precisar, enormemente lábil, inaprensible desde una sola perspectiva; en suma, un concepto en crisis”.⁷

Un intento de racionalización del concepto lo encontramos con la aparición de la actividad económica e industrial del Estado. Ante su realidad, se optó por concebir la actividad administrativa ya no como sinónimo de servicio público, sino conformada por diversas actividades, siendo una de ellas el servicio público en su *sentido estricto*, en contraposición con su *sentido amplio*, sinónimo de actividad administrativa.

Jordana de Pozas, secundado por Garrido Falla, consideran que el Estado realiza básicamente tres actividades, a saber: policía (ordena, regula, autoriza actividades), fomento (exonera, presta dinero, sacrificios fiscales) y servicio público, incluyendo dentro de este último la actividad meramente económica e industrial del Estado. Sin embargo, entre otros, Villar Palasí, García de Enterría y Ariño Ortiz, entienden, por el contrario, necesaria la independencia de la actividad puramente económica e industrial, enmarcándola bajo la calificación de dación de bienes al mercado, actividad sometida al derecho privado y prestada en concurrencia y en competencia con los particulares, por ejemplo, seguros y banca. De tal forma, la noción

⁶ www.palomallaneza.com

⁷ Ariño Ortiz, Gaspar, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 277.

de servicio público, según su tesis, abarca actividades estrictamente públicas y prestadas en régimen de monopolio por entidades administrativas.

Con base en su sentido histórico, la tipología del servicio público ha evolucionado para determinar las diferencias existentes entre las diversas actividades que despliega la administración pública; si bien todas ellas con un fin común entroncado en la satisfacción del interés público, no siempre logrado a través de la prestación de un servicio público en sentido estricto.

El doctrinario L. Duguit, expone que el servicio público es:

Toda aquella actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia total social, y es [de] tal naturaleza que no puede ser realizada sino por la intervención de la fuerza gubernativa.⁸

Para el gran jurista Agustín Gordillo, el servicio público es una

actividad realizada monopólicamente por particulares, por delegación y bajo control del Estado, con un régimen de derecho público en el cual se fijaban las tarifas, se ordenaban y controlaban las inversiones, se controlaba la prestación del servicio, se aplicaban sanciones en caso de incumplimiento de metas cuantitativas o cualitativas de inversión, etc.⁹

Con respecto al servicio público, es importante mencionar según lo expone el ilustre tratadista, René Chapus, lo siguiente: “une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d’un intérêt public”.¹⁰

Por ende, la noción de lo que es el servicio público, se puede concebir como toda aquella *actividad de prestación* asumida por la administración pública, otorgada en forma directa o indirecta, la cual responde a las necesidades de interés público (aspecto teleológico).

Empero, es importante destacar que deviene todo un proceso de liberalización económica, la política, la economía, el derecho y la sociedad, con-

⁸ Duguit, León, citado por Sarriá, Eustogio, *Derecho administrativo*, 3a. ed., Bogotá, Temis, 1957, p. 81.

⁹ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. VI-3.

¹⁰ Chapus, René, *Droit administratif général*, 10a. ed., París, Montchrestien, 1996, t. I, p. 533.

ceptos que se han aglutinado alrededor de un precepto que es, simple y llanamente, *liberar el mercado*, y que tienen como fin crear más posibilidades y eliminar el régimen de monopolio.

Liberalización es aquella acción de dejar o poner en libertad algo, en este caso en concreto sería que el Estado no ostenta la titularidad de un *monopolio*, verbigracia: el servicio público de las telecomunicaciones y de esa forma lo pueda brindar junto con otras empresas de carácter privado. La liberalización económica se define por el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, como:

Caracterizado por la falaz vigencia de la ley de la oferta y de la demanda; basados en la libre competencia, sin escandalizarse por métodos inescrupulosos ni por los estragos para los vencidos en esta guerra económica; apoyado sobre el trabajo, cual una mercancía más, pero con tendencia a una cotización muy baja, por tácita confabulación empresarial; excluyente de la función interventora del Estado, cuya cercanía significa siempre el riesgo de inspecciones molestas y la contingencia del incremento de los impuestos; sustentador del libre comercio entre los pueblos...¹¹

En esta transición, ha sido el Tratado de la Comunidad Económica Europea, el que ha llevado el liderazgo, estableciendo tajantemente que no deben existir monopolios, sino empresas del Estado que en régimen privado, compitan, lo cual significa liberalizar el mercado, ya sea por la vía de la privatización o por la vía de la apertura.

De ahí que la pretensión sería crear un mercado único, sin fronteras y aranceles con políticas económicas comunes a todos los miembros del mercado común que logren estructurar una cohesión social, la ordenación territorial, y la protección del medio ambiente y de los consumidores.

En ese mercado único común, se pueden establecer restricciones a la libre circulación de mercancías en atención a razones de orden público, salubridad, protección del patrimonio cultural y ayudas a productos agrícolas, lo importante es la libre competencia, o sea que no existan monopolios de sujetos privados o públicos.

Una vez que se establece la consagración del mercado, viene el problema de los servicios públicos, que se denominan en adelante “servicios de interés general o servicios de interés económico general”.

¹¹ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Madrid, Heiasta, 1998, t. V, p. 177.

Se trata de lograr un equilibrio entre el mercado y el interés colectivo o el interés común, se pretende identificar el servicio público, con el titular del mismo, en otros términos, todo ente público es titular de un servicio público, pero igualmente un sujeto privado puede gestionar un servicio público.

También, los servicios de interés general se refieren a las actividades —públicas o privadas— que cumplen misiones de interés general, y están sometidas, por ello, a obligaciones de servicio público en atención a razones diversas que plasman valores colectivos comúnmente asumidos: la cohesión social, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la igualdad, la garantía de un mínimo común de bienestar. Pueden abarcar todos los servicios —del mercado y no de mercado— que las autoridades públicas consideren de interés general.

El servicio esencial es de interés general, por ejemplo: el pan, el café, la leche, la carne, gas; son los servicios de mercado a los que se imponen obligaciones de servicio público, en virtud de intereses generales. También son los servicios de red: transportes (red vial), energía (luz, electricidad) y comunicaciones, pero sigue privando las reglas de libre oferta y demanda del mercado.

De ahí ha nacido un complemento al concepto de la liberalización económica, que es el denominado “servicio universal”, que es definido como el conjunto de exigencias mínimas que se debe imponer a las empresas que prestan actividades de interés general para garantizar a todos ciertas prestaciones básicas de calidad y a precios asequibles. Es decir, la calidad y la igualdad son lo importante, de acuerdo con las condiciones nacionales de cada país.

Son servicios que se consideran de interés público o de interés general y que no necesariamente son de interés económico para el operador. Es decir, los servicios que pueden utilizar los ciudadanos a precios razonables y con una calidad garantizada como un derecho, aunque no sean servicios que den réditos, que produzcan renta, son servicios básicos, que se fundan siempre en principios de igualdad, universalidad, transparencia, control, adaptación tecnológica y científica, y que pueden ser cofinanciados por todos los operadores del sector, tanto público como privado.

Con respecto a los principios fundamentales del servicio público se mantienen vigentes, según el artículo 4o. de la Ley General de la Administración Pública, los siguientes:

La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su *continuidad*, su *eficiencia*, su *adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social* que satisfacen y la *igualdad en el trato* de los destinatarios, usuarios o beneficiarios [el cursivo no es del original].

El servicio universal introduce y adapta las leyes de Rolland: *a la igualdad, a la regularidad y a la generalidad*. Debe ser igual para todos, con un mínimo de calidad.

Por ejemplo, en el caso de la telefonía, el servicio universal incluye la telefonía vocal, la existencia de guías telefónicas y cabinas públicas.

En los servicios postales, por ejemplo, el servicio de giro, los servicios ordinarios de cartas y tarjetas postales de hasta dos kilogramos y paquetes de hasta 10 kilogramos, así como los servicios de certificados y valores declarados, los demás servicios los pueden otorgar empresas privadas, previamente autorizadas, lo que no sea servicio universal, queda al juego de la libre competencia y a la libertad de precios, aunque hace falta la inscripción en un registro público y una autorización reglada.

De tal forma, el servicio universal puede financiarse en parte, con aportaciones de los demás operadores del sector.

Se ha perdido, en consecuencia, la tradicional diferencia entre autorización y concesión. La primera partía de la suposición de un derecho preexistente cuyo ejercicio estaba sometido, no obstante, a la previa constatación de que el interesado poseía las condiciones y requisitos establecidos. El Estado los constataba y los garantizaba con su autorización pura y simple. Verbigracia: las licencias de caza o de conducir; el pasaporte, los permisos de construcción, etcétera.

Por su parte, la concesión no era un derecho, y su otorgamiento era discrecional por la administración mediante el cumplimiento de adjudicar previa selección a la “mejor oferta” en precio, calidad, plazo y transparencia.

2. *Liberalización y globalización. Su influencia en el servicio público*

Las nuevas corrientes le niegan al Estado toda función de intervención y establecen que las reglas de la oferta y la demanda o del mercado son las que deben guiar los procesos sociales y económicos al equilibrio, lo cual lo realizaba el Estado por orientación en la distribución de riqueza social, vía

recaudación de impuestos o vía legislación, bajo parámetros de solidaridad social, lo cual debe de ser sustituido por leyes del mercado. De forma que, creando riqueza, se crea empleo, se pagan impuestos y el Estado se dedica únicamente a prestar servicios esenciales, como lo es la función de policía o de resguardar el orden público, la seguridad exterior, y servicios esenciales, dentro de los cuales están: la educación, la salud, la construcción de carreteras, alcantarillado, entre otros y no en forma exclusiva.

Por lo tanto, toda participación en el mercado o competencia del Estado con el sector empresarial debe desaparecer.

Esto produce obviamente, un impacto en la gestión de los servicios públicos y en su concepto clásico, que es superado por los nuevos principios de la denominada “globalización”, que posibilitan que el usuario obtenga los mejores bienes a precios bajos y escoja de una amplia gama de posibilidades, todo lo cual redundará en su beneficio personal.

De esa forma, por medio del intercambio universal, todos tenemos mejores productos a mejores precios y de mejor calidad, todo esto se logra por medio de una revolución tecnológica y científica que, entre otros beneficios, elimina intermediarios y monopolios, tanto de carácter privado como público.

Los tres ejes sobre los cuales gira la globalización son: *libertad de mercado, privatización y desregulación*. Bajo esos tres parámetros, el Estado pretende que se libere el mercado, que sea un libre mercado, que no exista ningún tipo de barrera, de tipo arancelario, de impuestos entre los países, de restricciones de compra y venta; empero, la realidad es otra.

En mi país, se ha producido una enorme polémica respecto a las telecomunicaciones, ya que es uno de los temas tratados en el Tratado Libre de Comercio (TLC) de Estados Unidos con Centroamérica (CAFTA), el cual concluyó la negociación el 25 de enero del presente año 2004.

Importante es mencionar el artículo 121 inciso 14, de la Constitución Política de Costa Rica, el cual dice al respecto de las telecomunicaciones:

Artículo 121... Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa... 14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la nación.

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado:

a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional;

b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;

c) *Los servicios inalámbricos.*

Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores 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.

Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales —estos últimos mientras se encuentren en servicio— no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado [el cursivo no es del original].

En Costa Rica, las telecomunicaciones han sido un monopolio del Estado, por ejemplo el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), el cual es una institución autónoma; del mismo modo se encuentra Radiográfica Costarricense, S. A., conocida por sus siglas como RACSA, además de estas empresas no existe ninguna que preste este servicio público, siendo por lo tanto las únicas empresas que puede contratar actualmente el costarricense en nuestro país.

Otro efecto de la globalización, o libertad de mercados, ha producido también la privatización o la apertura del comercio, entendiéndose el proceso de privatización como aquel proceso jurídico económico por el cual un bien público pasa al dominio o titularidad de un ente privado.

Por apertura se debe de entender a aquel proceso en el cual subsisten en el mercado tanto las empresas públicas como las privadas conjuntamente.

De otro lado está el país pobre, que tiene insumos caros, comprados normalmente a los países desarrollados; que tiene el crédito o las tasas de interés más alto o tiene que competir con agricultores de países desarrollados; que tienen subsidios del Estado hasta por un 70%, igualmente tasas de interés bajísimas y a largo plazo, etcétera, siendo el mayor problema que no se exige una reciprocidad a las grandes compañías que dan servicios, por ejemplo de Internet o de telefonía celular.

En consecuencia, lo que este revolucionario proceso produce es una desigualdad de trato económico que posibilita una frustración social y de ahí las masivas manifestaciones en todo el mundo.

En Costa Rica los sindicalistas se han opuesto a este TLC con Estados Unidos, sin embargo, finalmente se negoció o, mejor, se cerró por parte de

los negociadores del Poder Ejecutivo en Costa Rica, la apertura que sea gradual y no instantánea. Empero, este Tratado Internacional de Libre Comercio de Centroamérica con Estados Unidos, puede o no ser aprobado o ratificado sin que se puedan hacer enmiendas por parte de la Asamblea Legislativa.

Un tratado internacional, después de ser aprobado por la Asamblea y debidamente ratificado por el Poder Ejecutivo, tiene fuerza superior a las leyes, esto según el artículo 6o. de la Ley General de la Administración Pública, el cual en lo que interesa dice:

Artículo 6o.

1. 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 [el cursivo no es del original].

En lo que respecta a la desregulación, se pretende que el proceso de intercambio de bienes y servicios en el mundo sea de libre competencia, para lograr un capitalismo libre, teniendo en cuenta de que a veces estos procesos deben de tener ciertos límites.

Otro aspecto es evitar el monopolio, tanto público como privado, para que exista una concurrencia de bienes y servicios en forma libre, lo cual es reflejo del principio regulación de competencia, por el cual debe velar el Estado.

Con ese objeto, se han establecido órganos reguladores para limitar la competencia desleal o ilegítima, de ahí que se hayan creado las comisiones de defensa efectiva del consumidor y de la competencia.

Al respecto, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472 de 20 de diciembre de 1994, publicado en *La*

Gaceta 14 del 19 de enero de 1995, en lo que respecta a los objetivos y fines expone en su artículo inicial lo siguiente:

Artículo 1o. Objetivo y fines

El objetivo de la presente Ley es *proteger efectivamente, los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones innecesarias* para las actividades económicas.

Por otra parte, aun cuando se den en concesión los servicios y bienes, es lo cierto que existen autoridades que regulan su calidad. En nuestro país la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), es el ente público que fija los precios y tarifas públicas y vela por la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

La idea, en consecuencia, es que el Estado cada día regule mínimamente y controle la calidad y que deje a las fuerzas del mercado que interactúen en el contexto económico, con un nuevo protagonismo. Entonces el derecho debe adaptarse a ese nuevo sistema, por ejemplo, en Europa, existen normas de tipo comunitario, establecidas como un derecho supranacional, que se sobreponen al de los propios Estados, por ser signatarios de un tratado de integración comunitaria.

De conformidad con lo anterior, hoy en día, los servicios públicos virtuales o impropios, que son las actividades privadas de interés público, actividades que por ello han de estar sometidas a cierta intervención administrativa, pero que no quedan excluidas del mercado, que son incompatibles con el monopolio, que no presuponen la titularidad pública, la asunción del Estado del “servicio”. La administración no asume la titularidad, pero este tipo de actividades económicas tampoco queda al libre arbitrio de las leyes del mercado.

Cuando se permite el acceso a un número limitado de operadores por razones técnicas, económicas o de decisión pública, la manera de seleccionar a dichos operadores presupone la aprobación por la administración de un pliego de condiciones (cartel). La existencia de un concurso, incluso una subasta, acerca el mecanismo a la forma de seleccionar “contratistas”, que se fije por el derecho público.

Ahora el Estado puede prestar servicios económicos, pero no en régimen monopolístico o con un posición de prevalencia, tal y como ocurre con el mantenimiento del orden público, la policía, salud pública y educación, entre otros, aunque no en régimen de monopolio, sino de apertura regulada y vigilada por el propio Estado (artículo 121, inciso 14 de la Constitución Política).

Liberalizar el mercado no es necesariamente privatizar, ni mucho menos desregular en forma absoluta. El Estado puede fijar condiciones, pautas, criterios, en beneficio de la libre competencia, lo que deviene, necesariamente, en beneficio de los usuarios. Igualmente el Estado vigila que se cumplan las condiciones de la autorización otorgada a las empresas que prestan un determinado servicio, así como su calidad y una prestación igualitaria, e incluso limita sus ingresos económicos por el iter de la autorización o fijación de tarifas.

Se mantiene, eso sí, el principio de igualdad por la vía de la generalización de los servicios universales.

Hay diferentes fines, de ahí que unos sean regulados por el derecho privado y otros por el derecho público. Si el Estado interviene para regular o prestar el servicio, es porque hay fines que superan el interés privado individual, es decir, porque siempre debe prevalecer el interés de todos, el interés común, el interés general.

Para asegurar el cumplimiento de ese fin público, el Estado debe crear órganos que garanticen esa calidad del servicio, su continuidad, eficiencia y adaptabilidad.

El objeto o finalidad del servicio público será satisfacer una necesidad pública, o necesidad de interés público, esto no significa que la todos los individuos deban tenerlo, sino que la mayoría de ellos lo tiene.¹²

No es posible aceptar que intereses de carácter individual puedan estar sobre los intereses generales o de bien común, de ahí que es necesario que el Estado establezca parámetros de justicia distributiva, porque no es cierto que las leyes —*a veces irracionales e injustas*— de la oferta y la demanda, puedan mitigar los efectos de la desigualdad. Por ende, el norte o guía de un Estado, que ha nacido para satisfacer fines de interés social, debe tener en cuenta siempre la justicia social por medio del derecho en general y el derecho administrativo en especial.

¹² Gordillo, Agustín, *op. cit.*, nota 9, p. VI-34.

VI. MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

Trátase o distínguese como régimen jurídico de las telecomunicaciones a aquel conjunto de normas y principios, de carácter jurídico, que regulan todo el sistema inalámbrico o de telecomunicaciones en un determinado país.

En esos términos es claro que cada país tiene sus propias formas de regulación, no obstante, en este momento existe una tendencia universal a lograr que de un régimen monopolístico, concebido a favor del Estado y elevado a rango constitucional más que legal, como un servicio público, se abra a las oportunidades del mercado, trasladando su titularidad exclusiva o totalmente a los sujetos privados o bien compartiendo ambos sectores el mercado en régimen de competencia, el cual en un caso significa privatización y en el otro apertura.

En otros casos, simple y llanamente se debe desregular y obviamente desmonopolizar, para someterlo a las reglas del mercado, lo que significa que si bien puede ser regulado, como se regulan todas las prácticas desleales o perjudiciales que produce el régimen de libertad de comercio, como son la defensa del consumidor, la transparencia, la libertad de elegir, los actos antimonopolísticos.

Es claro que a pesar de los enfrentamientos que se dan, a nivel universal, repetimos y reiteramos *independientemente* del modelo de cada país, es lo cierto que las tendencias básicas son: o monopolio a favor del Estado por ser un servicio público, o una libertad en favor de todos, incluyendo el mismo Estado, el cual puede competir en un régimen de mercado de libre oferta, de libertad de elección, por lo cual no deja de considerarse propiamente un servicio público.

Estos elementos, sin embargo, no son tratados en forma pura, sino que más que todo obedecen a tendencias en cada país, donde en algunos casos se considera que los sistemas pertenecen monopolísticamente al Estado y no pueden salir del mismo, incluso se les otorga fuerza o rango constitucional.

Hay países en donde se permite que los entes públicos, prestadores del servicio, puedan competir con entes privados.

Más claro aún: no significa la privatización o la desestatización *per se*, sino que el Estado mantiene la titularidad, mantiene su nuda propiedad, no obstante, los sujetos privados puedan competir dentro de las reglas del mercado, por lo que se hace necesario fortalecer a los entes públicos presta-

tarios del servicio, para que puedan competir en régimen de mercado, en una forma igualitaria, en una forma eficiente, en una forma eficaz, para darle servicio por igual a todos.

Ahora bien, otros abogan por la desaparición de la función del Estado empresario, y que se orienten sus recursos a los servicios públicos esenciales, que no sea más que un prestador de servicios públicos, y se transforme en un ente fiscalizador, contralor o vigilante, para que estos servicios públicos se otorguen conforme las leyes de Rolland (artículo 4o. de la Ley General de la Administración Pública).

Más claro, y como dijimos *ut supra*, el Estado no presta el servicio por sí mismo, sino que lo delega, lo concesiona o lo transfiere, y a la vez crea órganos de control, para autorizar tarifas (Servicio Nacional de Electricidad) o para proteger a los usuarios de prácticas monopolísticas o que impidan que éste conozca las verdades del servicio que se presta, que ya no es público, sino que es propiamente un *servicio privado*, o lo que se denomina un *servicio virtual*, o los de carácter *universal*.

Los servicios virtuales son de interés general, no existe en éstos una titularidad por parte del Estado, aunque sí lo regula, por un interés general, ejemplo de este servicio sería la fabricación y comercialización del pan, el gas.

En lo que concierne a los servicios universales, reiteramos y con vehemencia es importante saber, que son aquellos en que está inmersa la utilidad del servicio; se busca un interés general, en donde la ciudadanía los disfruta, ya que son para un beneficio social, como lo serían la educación pública, el seguro social, las garantías sociales.

Y por último están los servicios esenciales, que son aquellos en que el Estado es el único que tiene la titularidad del servicio; son inherentes al Estado, los gestiona directamente, ya que el particular no puede hacerlo, ejemplos claros de este servicio son la administración de justicia, el sistema penitenciario, el registro público, el sistema electoral.

1. Régimen suscinto de las telecomunicaciones a nivel internacional

Especial importancia reviste el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) por el que se liberaliza el comercio de servicios básicos de telecomunicaciones, celebrado en febrero de 1997 por 69 países que representan colectivamente más del 90% de los ingresos mundiales de telecomunicaciones.

El nuevo marco creado por la OMC para el comercio y la reglamentación de los servicios de telecomunicaciones ha de facilitar la auténtica mundialización de las industrias de equipos y servicios de telecomunicación, así como del ramo tan afín de la tecnología de la información.

También a nivel mundial encontramos el Convenio Internacional de Radiocomunicaciones firmado en 1949, en el cual los delegados fueron los siguientes países americanos: Argentina, Ecuador, Bolivia, Estados Unidos de América, Brasil, Guatemala, Canadá, Honduras, Chile, México, Colombia, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Cuba, Uruguay, Dominicana, Venezuela y El Salvador, en la cual fueron debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, reunidos en Washington, Estados Unidos.

De igual forma está el Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica Centroamericana, suscrito en Tegucigalpa, Honduras, el 10 de junio de 1958, por los ministerios de Economía y Hacienda de los países centroamericanos (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica), con el propósito de integrar progresivamente sus economías, de asegurar la ampliación de sus mercados, de fomentar la producción y el intercambio de bienes y servicios, de elevar los niveles de vida y empleo de sus respectivas poblaciones, y de contribuir de esta manera a restablecer la unidad económica de Centroamérica.

Dentro del área centroamericana también encontramos el Tratado Centroamericano sobre Telecomunicaciones, celebrado en Managua, Nicaragua, el 26 de abril de 1966, por los gobiernos de Nicaragua, El Salvador, Guatemala y Honduras, en el cual Costa Rica se adhiere en 1967; este Tratado tiene como finalidad intensificar el acercamiento y la mutua cooperación entre los países firmantes, esfuerzos que deben compaginarse con los empeños de la integración centroamericana; uno de los medios para lograr tales propósitos es la facilidad en las comunicaciones radiotelegráficas y radiotelefónicas, para lo cual debe existir un sistema efectivo y confiable de servicio.

Asimismo está el Acuerdo del Sistema Comercial de Telecomunicaciones, firmado en Washington, el 20 de agosto de 1964, en el cual Costa Rica forma parte, y está registrado en nuestro país como Ley 4806 del 28 de julio de 1971.

Otro Convenio de vital importancia es el Convenio Internacional de Telecomunicaciones, suscrito en Málaga, Torremolinos, en 1973, el cual dice que reconociendo en toda su plenitud el derecho soberano de cada país de

reglamentar sus telecomunicaciones, los plenipotenciarios de los gobierno contratantes, con el fin de facilitar las relaciones y la cooperación entre los pueblos por medio del buen funcionamiento de las telecomunicaciones, celebran, de común acuerdo, el Convenio que constituye el instrumento fundamental de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Asimismo, el Acuerdo del Sistema Comercial de Telecomunicaciones Marítimas Satélite (INMARSAT) y su anexo, celebrado en Londres el 3 de setiembre de 1976. En dicho Acuerdo, se dijo que la comunicación por medio de satélites debe estar cuanto antes al alcance de todas las naciones del mundo con carácter universal y sin discriminación alguna. Además que las disposiciones pertinentes del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, se declara que el espacio ultraterrestre debe utilizarse en provecho y en interés de todos los países. Asimismo, que el comercio mundial depende del transporte marítimo, aéreo y terrestre. Y además que con la utilización de satélites cabe mejorar considerablemente los sistemas marítimos de socorro y seguridad, así como el enlace entre barcos, entre éstos y las compañías navieras, y entre los tripulantes o los pasajeros que se hallen a bordo y personas situadas en tierra. Están decididos a proveer al efecto para bien de la navegación marítima mundial y recurriendo a la tecnología espacial más adelantada y apropiada, los medios más eficaces y económicos posibles que sean compatibles con el mejor y más equitativo uso del espectro de frecuencias radioeléctricas y de las órbitas de satélite, que un sistema de satélites marítimos comprende, estaciones terrenas móviles y estaciones terrenas terrestres, así como el segmento espacial.

Existe igualmente el Convenio sobre Distribución de Señales portadoras de programas transmitidas por satélite, suscrito en Bruselas el 21 de mayo de 1974. Los Estados contratantes deciden celebrar este Convenio, conscientes de que la utilización de satélites para la distribución de señales portadoras de programas aumenta rápidamente, tanto en volumen como en extensión geográfica; preocupados por la falta de una reglamentación de alcance mundial que permita impedir la distribución de señales portadoras de programas y transmitidas mediante satélite, por distribuidores a quienes esas señales no estaban destinadas; así como por la posibilidad de que esta laguna dificulte la utilización de las comunicaciones mediante satélite; reconocen asimismo la importancia que tienen en esta materia los intereses

de los autores, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión; están persuadidos de que se ha de establecer una reglamentación de carácter internacional que impida la distribución de señales portadoras de programas y transmitidas mediante satélite, por distribuidores a quienes esas señales no estén destinadas; están conscientes de la necesidad de no debilitar, en modo alguno, los acuerdos internacionales vigentes, incluidos el Convenio Internacional de Telecomunicaciones y el Reglamento de Radiocomunicaciones anexo a dicho Convenio, y, sobre todo, de no impedir en absoluto una adhesión más copiosa a la Convención de Roma del 26 de octubre de 1961 que protege a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión.

Existen de este modo otras normativas no mencionadas pero que son de igual importancia.

V. PRINCIPALES PRINCIPIOS JURÍDICOS DE UN PROCESO DE APERTURA DE TELECOMUNICACIONES

Los principios jurídicos de un proceso de apertura a las telecomunicaciones son principalmente los siguientes:

- Selectividad: Se refiere a que, en el contexto de un TLC, se negocie únicamente la apertura del sector de telecomunicaciones.
En el caso del TLC de Centroamérica con Estados Unidos, Costa Rica discutió en el tema de las telecomunicaciones un planteamiento de apertura a la competencia en tres áreas, cuales son:
 - a) Redes privadas de datos, que consisten en que una empresa en Costa Rica podría comunicarse directamente con otra en Estados Unidos con sólo marcar una extensión.
 - b) Servicios de Internet, esto para que otros proveedores puedan ofrecer, en forma similar, los que hoy brinda RACSA, por ejemplo el correo electrónico.
 - c) Telefonía celular: Para que otras empresas puedan ofrecer este servicio a los costarricenses.
- Gradualidad: No se abre a la firma, desde que se aprueba y ratifica por cada país en la apertura de los sectores que se opte por abrir, ya que no

- sería inmediata, pues se daría en un plazo determinado, buscando con este principio que el proceso sea paulatino.
- La regulación: Implica que la apertura deberá ir acompañada de un marco regulatorio que vigile la competencia en el mercado, el costo y calidad del servicio, en beneficio de los usuarios, es aquí en donde se resalta la necesidad de contar con una autoridad reguladora de la materia que se encargue de aplicar la normativa al respecto, dando garantías para evitar prácticas de monopolios.
 - Solidaridad: Que existan mecanismos para procurar que ello se logre de manera solidaria, apoyando a quienes tienen más dificultad para pagar esos servicios.
 - Universalidad: Acceso a sectores de escasos recursos y zonas alejadas, lo que busca es que todos los costarricenses puedan contar con servicios de telecomunicaciones, que tengan un fácil acceso a ellos. Dentro de este principio está inmerso el interés general, ya que es deber del prestatario del servicio abarcar todo el territorio aunque sea alejado; esto es así porque el servicio no se dirige a determinadas personas, ya que es una obligación de la administración brindarlo independientemente de las personas y el lugar, de que se trate.
 - Independencia administrativa del regulador: Establecimiento de un ente independiente de regulación administrativa, esto por la obligación del Estado de brindarle seguridad a los administrados, debe tener al servicio entes para que velen por la calidad en nuestro país como lo es la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la cual fija precios públicos, calidad y eficiencia en la prestación.
 - Transparencia: Obligación de hacer públicas y claras las condiciones de acceso a los interesados, para que bajo los parámetros de honestidad administrativa las condiciones, adopten reglas y procedimientos para otorgar licencias.
 - Interconectividad: Los operadores tendrán acceso a las redes de otros operadores para facilitar la comunicación entre sus diferentes clientes, así como para utilizarlas como remuneración respectiva.
 - Provisión de servicios: Los operadores deben proveer infraestructura para servicios de valor agregado que brinden otras compañías.
 - Cables submarinos: Los operadores podrán escoger diferentes formas de acceso a los cables submarinos.

—Neutralidad tecnológica: Cada operador podrá escoger la tecnología que desee para brindar sus servicios.¹³

VI. COLOFÓN

Se denomina régimen jurídico de las telecomunicaciones a aquel conjunto de normas y principios, de carácter jurídico, que regulan todo el sistema inalámbrico o de telecomunicaciones en un determinado país.

En esos términos es claro que cada país tiene sus propias formas de regulación, no obstante, en este momento existe una tendencia universal a lograr que de un régimen monopolístico, concebido a favor del Estado y elevado a rango constitucional más que legal, como un servicio público, se abra a las oportunidades del mercado, trasladando su titularidad exclusiva o totalmente a los sujetos privados, o bien, compartiendo ambos sectores el mercado en régimen de competencia, la cual en un caso significa privatización y en el otro apertura.

La idea, en consecuencia, es que el Estado cada día regule mínimamente y controle la calidad, y que deje a las fuerzas del mercado que interactúen en el contexto económico, con un nuevo protagonismo y el derecho debe adaptarse a ese nuevo sistema.

Hoy en día, los servicios públicos virtuales o impropios, que son las actividades privadas de interés público, han de estar sometidas a cierta intervención administrativa, pero que no quedan excluidas del mercado.

La administración no asume su titularidad, pero este tipo de actividades económicas tampoco queda al libre arbitrio de las leyes del mercado.

¹³ COMEX, citado en el periódico *El Financiero*, núm. 446, del 19-25 de enero del 2004, p. 24.