



4

EL DERECHO DE ACCESO A INTERNET Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

GISELLE BOZA S.



Cuadernos de jurisprudencia

342.728.608.5

B793d Boza S., Giselle

El derecho de acceso a internet y la libertad de expresión / Giselle Boza S. – [Lugar de publicación no identificado] : Libertad de Expresión, Derecho a la Información y Opinión Pública (PROLEDI), [2018?].

1 recurso en línea (389 páginas) : digital, archivo PDF ; 1.0 MB. – (Cuadernos de jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica ; 4)

ISBN 978-9930-9668-1-5

1. DERECHO A LA INFORMACION – COSTA RICA – JURISPRUDENCIA. 2. LIBERTAD DE PALABRA – COSTA RICA – JURISPRUDENCIA. 3. INTERNET – COSTA RICA. 4. PROPAGANDA POLITICA – COSTA RICA. 5. INFORMACION PUBLICA OFICIAL – COSTA RICA – JURISPRUDENCIA. 6. TELECOMUNICACIONES – COSTA RICA - JURISPRUDENCIA . 7. REDES SOCIALES- COSTA RICA. I. Título. II. Serie.

CIP/3302

CC.SIBDI.UCR

Diagramación:

Franklin Gutiérrez E.

I. PRESENTACIÓN.

En su informe *Libertad de Expresión e Internet (2013)*, la Relatoría Especial del sistema interamericano de derechos humanos señaló que el potencial inédito de Internet para el derecho a la libertad de expresión se debe principalmente a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo y sus principios de diseño descentralizado y abierto.

En la medida en que el entorno digital ofrece el espacio para promover el intercambio de información y opiniones, su configuración y arquitectura resultan relevantes. Internet se ha desarrollado a partir de determinados principios de diseño, cuya aplicación ha propiciado y permitido que el ambiente en línea sea un espacio descentralizado, abierto y neutral. Es importante que cualquier regulación que se produzca sea como resultado del diálogo de todos los actores y mantenga las características básicas del entorno original, potenciando su capacidad democratizadora e impulsando el acceso universal y sin discriminación. (Párr. 11)

En este Informe, la Relatoría pone a disposición de todos los Estados de la región, principios generales de protección del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el entorno digital.

Estos principios, según la Relatoría, buscan allanar el camino en este escenario conceptual y técnicamente novedoso y promover la revisión y adopción de legislación y prácticas, en aras de lograr el pleno ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en Internet. Estos principios:

...incluyen el acceso en igualdad de condiciones, el pluralismo, la no discriminación y la privacidad. En todo caso, es importante indicar que todas las medidas que puedan de una u otra manera afectar el acceso y uso de Internet deben interpretarse a la luz de la primacía del derecho a la libertad de expresión, sobre todo en lo que respecta a los discursos especialmente protegidos en los términos del artículo 13 de la Convención Americana. (Párr. 14)

Existen varios precedentes internacionales que reconocen el acceso a Internet y a la banda ancha como un derecho fundamental, ya sea mediante reformas constitucionales, legales o por jurisprudencia.

Costa Rica es de los primeros países latinoamericanos que, -mediante la vía jurisprudencial-declaró el acceso a Internet como un derecho fundamental de las personas. En la resolución No. 10627-2010 del 18 de junio de 2010, la Sala Constitucional declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto por una persona a quien el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) le negó el servicio de Internet.

Esta sentencia, así como otros votos de relevancia, los más recientes sobre uso justo y derecho de acceso a Internet, forman parte de esta compilación jurisprudencial. Se agregan algunas resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones sobre Internet y propaganda electoral.

El interés de esta serie de publicaciones sobre jurisprudencia CICOM-PROLEDI es poner a disposición de docentes y estudiantes la información sistematizada en torno a las principales tendencias de la jurisprudencia costarricense en materia de los denominados derechos comunicativos.

En este cuadernillo se seleccionaron aquellos votos más relevantes sobre el derecho de acceso a Internet y la libertad de expresión.

Giselle Boza



II. ÍNDICE:

I. Presentación.....	3
III. Resoluciones de la Sala Constitucional.....	7
Internet y derechos a la información y la comunicación.....	8
Res. N° 2010-010627	8
Derecho de acceso a las nuevas tecnologías	19
Res. N° 2010-012790	19
Derecho de acceso a Internet.	63
Res. N° 2011-004142	63
Derecho a las telecomunicaciones e infraestructura	75
Res. N° 2011-015763.....	76
Libertad de expresión y cuentas institucionales en redes sociales	92
Res. N° 2012-016882.....	93
Acceso a la información pública en Internet.....	143
Res. N° 2014 000531.....	144
Derecho de acceso a Internet y tarifa por descarga de datos.	183
Res.N°2014-16365.....	184
Libertad de expresión y derecho de rectificación en redes sociales	192
Res. N° 2015-008472.....	193
Derecho de acceso a Internet y política de uso justo.....	210
Res. N° 2017011212.....	211
IV. Resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones.....	351
Propaganda político-electoral difundida por Internet.....	210
Res. N.º 0978-E8-2009.....	345

Uso de Internet para información oficial durante la campaña electoral.....	388
Res. N.º 5490-2009.....	389
Res. N.º 5491-E7-2009.....	389
Res. N.º 4524-E8-2017.....	389

III. RESOLUCIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL

INTERNET Y DERECHOS A LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN.

Exp: 10-003560-0007-CO

Res. N° 2010-010627

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las ocho horas y treinta y uno minutos del dieciocho de junio del dos mil diez.

Recurso de amparo interpuesto por [nombre 001], cédula de identidad No. [valor 001] contra el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD

RESULTANDO

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 13 horas 05 minutos del 10 de marzo del 2010, el recurrente interpone recurso de amparo contra el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y manifiesta que desde el mes de Julio del 2009 se presentó a dicha agencia a solicitar el servicio de internet de banda ancha para su casa de habitación, ubicada en León XIII. Sin embargo, después de múltiples reclamos y reiteraciones de su solicitud, y de que le dijeran que dentro de poco llegarían a instalarle el servicio, en enero del 2010, mediante una llamada telefónica, le indicaron que el servicio no le será instalado porque reside en una zona zzal y no pueden entrar al sector. Lo anterior, a pesar de que tienen la obligación de brindarle el servicio solicitado.

2.- Informa bajo juramento MARVIN ANTONIO LOPEZ VIQUEZ, en su calidad de Jefe de la Agencia del ICE San José (folio 09), en resumen que: **a)** Previo al detalle del informe, se debe aclarar que el concepto de telecomunicaciones disponibles al público, introducido por la nueva Ley General de Telecomunicaciones, se aparta del concepto de servicio público y más bien adopta una naturaleza mercantilista; **b)** Para la atención de solicitudes de servicio de Internet (ADSL) se sigue todo un procedimiento que pasa por el recibo de la solicitud, la planificación de la red IP, la factibilidad técnica, la coordinación con el abonado, la confección, la mesa de pruebas, la activación y el centro de despacho; **c)** Sobre lo actuado en el caso concreto se tiene que el 26 de junio del 2009 se recibe la solicitud de Internet por la recurrente, vía telefónica, se le

toman los datos hasta que se compruebe la disponibilidad, factibilidad y condiciones técnicas. El 11 de agosto del 2009 se confecciona una orden de servicio, la cual tenía como sustento la firma del contrato de servicio. Dicho contrato se remitió al Centro de Despacho IP, pero no se ejecuta por razones técnicas consistentes en que el distrito León XIII presenta problemas de distancia con la central; **d)** La recurrente realiza una nueva solicitud el 18 de setiembre del 2009, pero el 23 de setiembre nuevamente se devuelve por el Centro de Despacho IP bajo la justificación de que la infraestructura no es apta para la instalación, por distancia. El último intento se realiza el 18 de noviembre del 2009, pero tampoco se puede llevar a cabo la instalación; **e)** El 03 de noviembre del 2009 la recurrente presenta un reclamo por medio de nota a la Contraloría de Servicios, siendo que el 23 de noviembre el CAIC de San José envía nota a la recurrente indicándose que en los próximos días se coordinará cita de instalación. Sin embargo con posterioridad se indica que existe una limitante técnica que no permite la instalación del servicio pues lo recomendable es una distancia de 3.5 km y la casa de habitación de la recurrente está a 5.6 km; **f)** De esta forma, las razones por las cuales no se ha logrado instalar el servicio solicitado son de naturaleza técnica, porque existe un excedente de 3.5 km más de la distancia máxima que debe existir entre el servicio telefónico y la central de ADSL. Véase al respecto el voto 2007-03355; **g)** El servicio nunca se niega porque se trate de una zona zsal, pues en esos casos los funcionarios técnicos son protegidos por la fuerza pública, pero nunca se niega el servicio bajo tal argumento; **h)** Posteriormente, con la entrada en operación de los servicios móviles de tercera generación y el dispositivo datacard, se podrá tener acceso a Internet móvil. En estos casos la señal utilizada es el servicio celular. Esta opción será informada a la recurrente de forma oportuna. Solicita que se desestime el recurso planteado.

3.- En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado **Cruz Castro**; y,

CONSIDERANDO:

I.-Objeto del recurso.- La recurrente considera violado su derecho a la prestación del servicio de Internet que brinda el Instituto Costarricense de Electricidad, pues desde julio del 2009 está esperando que le

habiliten el servicio, con el agravante de que recientemente le indicaron que el servicio no le será instalado porque reside en una zona rural y no pueden entrar al sector.

II .-Hechos probados.- De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) Que el 26 de junio del 2009 la recurrente realiza, vía telefónica a la agencia del ICE, la **solicitud de Internet ADSL**. En ese momento, se le toman los datos hasta que se compruebe la disponibilidad, factibilidad y condiciones técnicas (informe al folio 015).

b) Que el 11 de agosto del 2009 la agencia del ICE recurrida confecciona **una orden de servicio**, la cual tenía como sustento la firma del contrato de servicio. Dicho contrato se remitió al Centro de Despacho IP, pero no se ejecuta por razones técnicas consistentes en que el distrito León XIII presenta problemas de distancia con la central (informe al folio 015).

c) Que el 18 de setiembre del 2009 la recurrente realiza **una nueva solicitud**, a la cual se le asignó el número 94142512. Sin embargo, el 23 de setiembre nuevamente se devuelve por el Centro de Despacho IP bajo la justificación de que la infraestructura no es apta para la instalación, por distancia. El último intento se realiza el 18 de noviembre del 2009, pero tampoco se puede llevar a cabo la instalación (informe al folio 015-016).

d) Que el 03 de noviembre del 2009 la recurrente presenta un **reclamo** por medio de nota a la Contraloría de Servicios, siendo que el 23 de noviembre el CAIC de San José envía nota a la recurrente indicándose que en los próximos días se coordinará cita de instalación. Sin embargo con posterioridad se indica que existe una limitante técnica que no permite la instalación del servicio pues lo recomendable es una distancia de 3.5 km y la casa de habitación de la recurrente está a 5.6 km (informe al folio 016-017, folio 048).

IV .-Sobre el fondo.- Del escrito de interposición de este recurso se desprende que el fondo del asunto se concentra en determinar si, en efecto, el Instituto Costarricense de Electricidad le ha negado a la

recurrente el servicio de Internet solicitado, y violado con ello no sólo su derecho a la prestación eficiente de los servicios públicos, sino también su derecho a la comunicación y la información. Para proceder con el análisis del caso concreto que se plantea, esta Sala tiene por ciertos los siguientes hechos. Primero, que desde junio del 2009 la recurrente realiza una solicitud a la agencia del ICE recurrida para la instalación del servicio de Internet en su residencia. Reiterando su solicitud, TRES meses después, a saber, el 18 de setiembre del 2009; y presentando una queja ante la Contraloría de Servicios, casi DOS meses después, a saber, el 03 de noviembre del 2009. Segundo, la agencia del ICE recurrida proceder a denegar la solicitud anterior, en un primer momento en agosto del 2009 aduciendo razones de imposibilidad técnica, luego en noviembre del 2009, aduciendo las mismas razones de imposibilidad técnica. Siendo que, el 23 de noviembre del 2009 se le indica a la recurrente, mediante nota, que se procederá a la instalación del servicio, para posteriormente indicarle nuevamente que no es posible brindarle el servicio por razones de una limitante técnica que no permite la instalación del servicio pues lo recomendable es una distancia de 3.5 km y la casa de habitación de la recurrente está a 5.6 km. De todo lo cual se desprende que en efecto, en este caso ha habido una prestación ineficiente de un servicio público, y una violación a los derechos fundamentales de comunicación e información, tal como se explica.

A) Sobre el derecho fundamental a que los servicios públicos sean prestados en condiciones de eficiencia, igualdad, continuidad y adaptabilidad.-

En reiteradas ocasiones anteriores, este Tribunal Constitucional se ha referido a los principios constitucionales que rigen la prestación de servicios públicos y el derecho fundamental a la prestación eficiente de servicios públicos. Así por ejemplo, la sentencia N°2003-11382 de las 15:11 hrs. de 7 de octubre de 2003 indicó:

III.-PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE EFICACIA, EFICIENCIA, SIMPLICIDAD Y CELERIDAD DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVAS. La Constitución Política, en su parte orgánica, recoge o enuncia algunos principios rectores de la función y organización administrativas, que como tales deben orientar, dirigir y condicionar a

todas las administraciones públicas en su cotidiano quehacer. Dentro de tales principios destacan la eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad (artículos -todos de la Constitución Política- 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191 al recoger el principio de “eficiencia de la administración”). Estos principios de orden constitucional, han sido desarrollados por la normativa infraconstitucional, así, la Ley General de la Administración Pública los recoge en los artículos 4º, 225, párrafo 1º, y 269, párrafo 1º, y manda que deben orientar y nutrir toda organización y función administrativa. La eficacia como principio supone que la organización y función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico, con lo que debe ser ligado a la planificación y a la evaluación o rendición de cuentas (artículo 11, párrafo 2º, de la Constitución Política). La eficiencia, implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros. La simplicidad demanda que las estructuras administrativas y sus competencias sean de fácil comprensión y entendimiento, sin procedimientos alambicados que retarden la satisfacción de los intereses públicos empeñados. Por su parte, la celeridad obliga a las administraciones públicas cumplir con sus objetivos y fines de satisfacción de los intereses públicos, a través de los diversos mecanismos, de la forma más expedita, rápida y acertada posible para evitar retardos indebidos. Este conjunto de principios le impone exigencias, responsabilidades y deberes permanentes a todos los entes públicos que no pueden declinar de forma transitoria o singular.

IV.-PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS. Todos los servicios públicos prestados por las administraciones públicas -incluidos los asistenciales o sociales- están regidos por una serie de principios que deben ser observados y respetados, en todo momento y sin excepción alguna, por los funcionarios públicos encargados de su gestión y prestación. Tales principios constituyen una obligación jurídica de carácter indeclinable impuesta a cualquier ente u órgano administrativo por su eficacia

normativa directa e inmediata, toda vez que el bloque o parámetro de legalidad (artículo 11 de la Constitución Política) al que deben ajustarse en sus actuaciones está integrado, entre otros elementos, por los principios generales del derecho administrativo (artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública). No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía. Como veremos en el considerando subsiguiente nuestro texto fundamental recoge como derecho fundamental de las personas el del buen funcionamiento de los servicios públicos, consecuentemente los principios que informan los servicios públicos en cuanto hacen efectivo tal derecho tienen un rango constitucional. El ordinal 4° de la Ley General de la Administración Pública dispone claramente que “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 o beneficiarios”. La continuidad supone que la prestación de los servicios no se debe interrumpir, diversos mecanismos jurídicos del ordenamiento administrativo pretenden asegurar este principio, tales como la prohibición de la huelga y de paro en los servicios públicos esenciales, la teoría de la imprevisión para hacerle frente a los trastornos económicos que pueden suspender o paralizar los servicios públicos, el carácter inembargable de los bienes dominicales destinados a la prestación de un servicio público, etc.. Cualquier actuación -por acción u omisión- de los funcionarios o imprevisión de éstos en la organización racional de los recursos que propenda a interrumpir un servicio público es abiertamente antijurídica. La regularidad implica que el servicio público debe prestarse o realizarse con sujeción a ciertas reglas, normas o condiciones preestablecidas. No debe confundirse la continuidad con la regularidad, el primer concepto supone que debe funcionar sin interrupciones y el segundo con apego a las normas que integran el ordenamiento jurídico. La adaptación a todo cambio en el régimen legal o a las necesidades impuestas por el contexto socioeconómico significa que los entes y órganos administrativos deben tener capacidad de previsión y, sobre todo, de programación o planificación para hacerle

frente a las nuevas exigencias y retos impuestos, ya sea por el aumento en el volumen de la demanda del servicio público o bien por los cambios tecnológicos. Ningún ente, órgano o funcionario público pueden aducir razones de carencia presupuestaria o financiera, ausencia de equipos, falta de renovación tecnológica de éstos, exceso o saturación de la demanda en el servicio público para dejar de prestarlo de forma continua y regular. La igualdad o universalidad en el acceso demanda que todos los habitantes tienen derecho a exigir, recibir y usar el servicio público en igualdad de condiciones y de conformidad con las normas que los rigen, consecuentemente, todos los que se encuentran en una misma situación pueden exigir idénticas ventajas. Uno de los principios rectores del servicio público que no se encuentra enunciado en el artículo 4° de la Ley General de la Administración Pública lo constituye el de su obligatoriedad, puesto que, de nada serviría afirmar que deben ser continuos, regulares, uniformes y generales si el sujeto prestador no tiene la obligación de prestarlo. La administración pública prestadora del servicio público no puede escoger su clientela o usuarios, debe brindárselo a cualquiera que se lo requiera.

V-DERECHO FUNDAMENTAL AL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS. Nuestra constitución política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, celeridad, eficaz y eficiente. Esta última obligación se desprende de la relación sistemática de varios preceptos constitucionales, tales como el 140, inciso 8, el cual le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4), en cuanto incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191 en la medida que incorpora el principio de “eficiencia de la administración”.

De todo lo cual se desprende que, la Administración Pública, con independencia del tipo de servicio público que presta, está obligada al respeto de los principios y derechos anteriores, en especial en este caso, a los principios de eficiencia e igualdad. En este sentido, resulta totalmente inadmisibles el argumento del Jefe de la Agencia

del ICE recurrida, cuando indica que la Ley n°8642 “Ley General de Telecomunicaciones” que entró en vigencia el 08 de agosto del 2008, vino a modificar los principios constitucionales de todo servicio público, para que se entienda que en cuanto al servicio de telecomunicaciones, no es un servicio público sino un servicio prestado al público que tiene la característica de “disponibilidad” al público. Nada más alejado de la realidad constitucional que este argumento. Si bien es cierto los servicios públicos han evolucionado (en cuanto a los sujetos que los prestan –pues ya no es exclusividad del Estado-, en cuanto al tipo de servicios públicos –pues también se entiende la existencia de servicios públicos de carácter económico-, en cuanto al régimen bajo el cual son prestados –pues por la apertura de mercados algunos se prestan en un régimen de competencia-, entre otros), los principios constitucionales anteriores resultan invariables, de forma tal que sería contrario al Derecho Constitucional indicar que, como el servicio de telecomunicaciones ya no es un servicio público sino un servicio prestado al público, no le son aplicables los principios constitucionales aplicables a toda prestación de servicios públicos. Claramente, los servicios de telecomunicaciones brindados por el Instituto Costarricense de Electricidad, si bien algunos de ellos prestados en un régimen de competencia, siguen siendo servicios públicos y por tanto sujetos a los principios constitucionales de eficiencia, eficacia, igualdad, continuidad y adaptabilidad. Así entonces, en el caso concreto se confirma la violación al derecho de recibir una prestación eficiente de los servicios públicos, básicamente porque se mantuvo en suspenso la solicitud de la recurrente durante aproximadamente SEIS meses, no se le indicó desde el primer momento que el servicio solicitado no podría serle brindado, y mientras primero se le confecciona una orden de servicio, se le prepara el contrato correspondiente luego se le indica que el servicio no puede ser prestado. Luego, ante nueva solicitud, nuevamente se le confecciona una orden de servicio, se le manda nota indicándosele que “en los próximos días se estarán comunicando con su estimable persona con el fin de coordinar cita de instalación” (folio 048), para de seguido indicarle que todo había sido un error y el servicio solicitado no le podría ser instalado. Todo lo cual, evidencia la prestación ineficiente del servicio de conexión a Internet que brinda el instituto recurrido.

V.- B - Sobre los derechos fundamentales a la información y la comunicación. - En este caso concreto, por el servicio público en cuestión –el servicio de telecomunicaciones- también están involucrados otros dos derechos fundamentales, el derecho a la comunicación y el derecho a la información. En cuanto a estos derechos, debe indicarse que, a la luz de la sociedad de la información y del conocimiento actual, el derecho de todas las personas de acceder y participar en la producción de la información, y del conocimiento, se vuelve una exigencia fundamental, por ello tal acceso y tal participación deben estar garantizados a la totalidad de la población. Si bien son derechos relacionados con otros, tales como la libertad de expresión, y la libertad de prensa, estos derechos tienen su particularidad propia. Asimismo, aunque se perfilan más claramente en la actualidad, tienen sus raíces en la Declaración Universal de Derechos Humanos, promulgada el 10 de diciembre de 1948, cuando señala en su artículo 19º que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgada el año 1969 (Pacto de San José), cuando indica que la libertad de pensamiento y expresión comprenden “...la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas...”. En este sentido, todas las entidades encargadas del servicio público de telecomunicaciones están en la obligación de respetar dichos derechos, claro está, una vez cumplidos los requisitos establecidos, tales como llenar un formulario de solicitud y pagar la tarifa correspondiente. En este caso, el ICE está obligado a prestar el servicio de Internet solicitado pese a las limitaciones técnicas, pues precisamente para ello fue encomendado de la prestación de un servicio público como las telecomunicaciones, para crear la infraestructura necesaria, planificar la expansión de tal infraestructura y finalmente hacer accesible a la universalidad de habitantes del país el servicio público de telecomunicaciones que les posibilite ejercer sus derechos fundamentales a la comunicación y a la información. No debe entenderse que porque una zona está alejada, sea poco rentable la construcción de la infraestructura necesaria, o existe una limitante técnica que no permite la instalación del servicio, entonces existe una justificación válida para no prestar el servicio solicitado, pues la expansión de esta red es responsabilidad de la

institución recurrida. Esto por cuanto, conforme se dijo, cuando un ente (público o privado, pero sobre todo cuando es público) ha sido encargado de la misión de prestación de un servicio público tiene la obligación de prestarlo de forma continua, adaptable, eficiente y por igual a todos los habitantes, máxime cuando dicho servicio público está asociado a otros derechos fundamentales, como sería en este caso, a los derechos a la comunicación y la información.

VI.- En conclusión. - Tomando como base lo dicho en los considerandos anteriores, y a pesar de que esta Sala ha sostenido que cuando existe imposibilidad técnica de conectar el servicio solicitado no se viola derecho fundamental alguno, este recurso resulta admisible, básicamente por dos razones. En primer lugar, por las respuestas vacilantes, contradictorias, tardías, y poco eficientes a la solicitud de Internet realizada por la recurrente. En segundo lugar, porque el servicio público solicitado está asociado a los derechos fundamentales a la comunicación y a la información, siendo que la denegatoria de otorgamiento del servicio de Internet imposibilita el ejercicio de tales derechos.

POR TANTO:

Se declara CON lugar el recurso, en consecuencia se le ordena a MARVIN ANTONIO LOPEZ VIQUEZ, en su calidad de Jefe de la Agencia del ICE San José, o a quien en su lugar ocupe este cargo, girar de inmediato las órdenes que correspondan al ámbito de su competencia para proceder a brindarle a la recurrente el servicio de Internet solicitado, sea mediante el sistema de ADSL o sea mediante el dispositivo datacard, según la conveniencia de la recurrente y conforme ella lo decida. Lo anterior, bajo apercibimiento de que podría incurrir en el delito tipificado en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual dispone que se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Instituto Costarricense de Electricidad al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo

contencioso administrativo. Comuníquese y notifíquese.-

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

Aracelly Pacheco S.

Roxana Salazar C.

Ricardo Guerrero P.

DERECHO DE ACCESO A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

Exp: 09-013141-0007-CO

Res. N° 2010012790

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las ocho horas y cincuenta y ocho minutos del treinta de julio del dos mil diez.

Recurso de amparo interpuesto por [nombre 001] [nombre 002] [nombre 003], , en su orden, portadores de la cédula de identidad Nos. [valor 001] [valor 002] [valor 003] a su favor, contra el **MINISTERIO DE AMBIENTE, ENERGÍA Y TELECOMUNICACIONES, MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA.**

RESULTANDO:

1.-Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 18:47 hrs. de 3 de setiembre de 2009, los recurrentes interponen recurso de amparo en contra el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones y el Ministerio de la Presidencia. Indican que luego de la aprobación y entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA), se aprobó la Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642 de 4 de junio de 2008, que entró a regir el 30 de junio de 2008, como parte de las obligaciones asumidas por Costa Rica frente a los otros suscribientes del Tratado. Señalan que en ella se desarrollaron varios de los preceptos normativos necesarios para la apertura del mercado de las telecomunicaciones, así, en el Transitorio V, se estableció que en un plazo no mayor a tres meses, contado desde la integración del Consejo de SUTEL, el Poder Ejecutivo gestionará ante este órgano el inicio de los procedimientos correspondientes para el otorgamiento de las concesiones de las bandas de frecuencia de telefonía celular u otras bandas requeridas. Acusan que una vez aprobada la Agenda de Implementación en la Asamblea Legislativa, aún se requerían una serie de actos por parte

del Poder Ejecutivo para que el CAFTA entrara en vigencia. Por esto, la Viceministra de Comercio Exterior remitió una nota al representante Comercial Adjunto para las Américas de la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos, fechada 22 de diciembre de 2008, de la cual se desprende el compromiso de Costa Rica en relación con la asignación de frecuencias. De esta manera, dado que, el 26 de enero de 2009 entró en funciones el Consejo de la SUTEL, el plazo máximo establecido en el transitorio V venció el 26 de abril de 2009. Además, el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones fue firmado por el Presidente de la República el 3 de mayo anterior. Argumentan los recurrentes que la omisión de los accionados vulnera los derechos fundamentales de los amparados, por lo que solicitan se declare con lugar el recurso y en consecuencia se declare lesiva a la Constitución Política, la mora del Poder Ejecutivo de no dictar el acto de inicio del proceso para el otorgamiento de concesiones de banda de frecuencia de telefonía celular.

2.-Mediante resolución de las 13:21 horas de 7 de setiembre de 2009 se dio curso al proceso y se solicitó informes a las autoridades recurridas (ver folios 14).

3.-Informa bajo juramento Rodrigo Arias Sánchez, en su condición de de Ministro de la Presidencia (folio 18). Indica que en el artículo 39 de la Ley No. 8606, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones se dispuso que el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones sea el rector en materia de telecomunicaciones. Por su parte, el numeral 12 de la Ley General de Telecomunicaciones No. 8642, publicada en La Gaceta No. 125 de 6 de junio de 2008 se establece el procedimiento concursal a seguir para la concesión de frecuencias, para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, las cuales serán otorgadas por el Poder Ejecutivo, siendo la SUTEL la encargada de la instrucción de esos procedimientos. Ahora bien, respecto de la participación de la Presidencia de la República en los citados procedimientos, resalta que conforme al artículo 146 de la Constitución Política, para la validez, acuerdos, resoluciones y órdenes del Poder Ejecutivo se requiere la suscripción de manera conjunta. Afirma que la Presidencia de la República no ha incumplido, pues en los registros de la Presidencia o de

la Dirección de Leyes y Decretos no existe a la fecha, ninguna propuesta en firme presentada por el MINAET, en cuanto a la orden de inicio de las citadas concesiones, lo cual es competencia de la citada cartera ministerial. Solicita que se desestime el recurso planteado.

4.-Informa bajo juramento Jorge Rodríguez Quirós, en su condición de Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (folio 24). Reconoce como ciertos los hechos primero al décimo planteados por los recurrentes. Indica que, si bien, el Transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT) establece un plazo máximo de tres meses contado desde la integración del Consejo de la SUTEL para gestionar ante ese órgano, el inicio de los procedimientos para el otorgamiento de las concesiones de las bandas de frecuencia de telefonía celular u otras bandas requeridas, lo cierto es que para hacerlo, resulta necesaria la realización de un proceso de identificación de las bandas correspondientes. El Consejo de SUTEL, mediante la resolución No. RCS-005-2009 de las 16:00 horas de 20 de febrero de 2009, señaló que los concesionarios debían aportar la información determinado en el transitorio IV de la LGT y, además, estableció como fecha límite para su presentación el 26 de abril del año en curso. Lo anterior, debido a que ese Consejo fue integrado el 26 de enero de 2009, siendo que tres meses después vencería la fecha fijada por la SUTEL. Ahora bien, lo dispuesto en el mencionado transitorio IV contrasta con el transitorio V, en razón del idéntico plazo. Por lo anterior, era imposible para el MINAET girar la instrucción de inicio del procedimiento concursal antes de 26 de abril de 2009 en vista que, a esa fecha, la SUTEL no había podido tener listo su informe, pues hasta ese día, los concesionarios tenían la posibilidad de presentar la información emanada del Transitorio IV de la LGT. La existencia y necesidad del informe de la SUTEL resulta por disposición de los artículos 22 y 23 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones que condiciona la decisión de inicio del procedimiento concursal respectivo a la emisión de ese criterio. Pero, además, contiene un fundamento técnico porque para emitir cualquier decisión en ese sentido, es imperativo para el Poder Ejecutivo conocer la distribución y usos que se le están dando a las bandas y el estado en general del espectro electromagnético. Una vez analizada la importancia y necesidad del informe de SUTEL, el traslape de plazos, debe agregarse que el órgano técnico no contó con los insumos necesarios para

confeccionar ese instrumento, ya que, el operador incumbente (ICE) no entregó el informe que por ley estaba en la obligación de brindar. Ante esta situación y, dada la trascendencia para la totalidad del proceso concursal de la información que el ICE debía suministrar sobre las bandas que tenía a su favor, es que la Viceministra de Telecomunicaciones reiteró a esa institución su deber de rendir ante la SUTEL sin más dilación, el informe contenido en el transitorio IV de la LGT mediante oficios Nos. DVT-167-2009 de 4 de mayo de 2009 y el DVT-172-2009 de 5 de mayo de 2009, recibidos ambos en el ICE el 8 de mayo de 2009. Ante esas circunstancias, indica que a través de los oficios Nos. DM-741-09 y DVT-183-09 se le solicitó a la SUTEL, hacer el estudio técnico sobre el estado del espectro radioeléctrico para determinar la factibilidad del otorgamiento de concesiones de bandas de frecuencia. El 15 de mayo de 2009, mediante oficio No. 225-SUTEL-2009, la SUTEL remitió al MINAET el “Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica”, el cual versa sobre las bandas de frecuencia para servicios móviles, el estado actual del espectro radioeléctrico, el número óptimo de operadores en el mercado de telefonía móvil y la secuencia de entrega de operadores; siendo adicionado el 22 de mayo de 2009 mediante el oficio No.250-SUTEL-2009. Estos estudios del espectro del espectro radioeléctrico por parte de la Rectoría y del informe de SUTEL determinaron que las bandas apropiadas para otorgar en concesión las tiene asignadas el ICE y RACSA. Por lo expuesto, queda claro que el MINAET y la SUTEL se encontraron en medio de una antinomia entre normas (transitorios IV y V) de la misma jerarquía, dictadas al mismo tiempo con un mismo ámbito de aplicación y en el mismo territorio. Esto produjo la existencia de un vacío legal que el Ministerio y SUTEL integraron apegándose a lo dispuesto en las restantes normas y principios existentes dentro del ordenamiento jurídico, a pesar de las limitaciones que significa para ambas entidades el no contar en su totalidad con los insumos técnicos necesarios que debieron ser dados en plazo por el ICE, los que determinarían la factibilidad de otorgamiento de las concesiones de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones. Lo que se tradujo en una limitante para la Rectoría de instruir a la SUTEL, de conformidad con el Transitorio V de la ley citada, dado que, fue hasta el 15 de mayo que se recibió el informe de SUTEL y su complemento el 22 de mayo, sin la información del Grupo ICE. En virtud de lo anterior, alega que resultaba

irresponsable y contrario a los principios dispuestos en la LGT e incluso, atentaría en contra de los usuarios finales, dictar el inicio del procedimiento concursal sin tener el bien objeto de concesión. Indica que el mediante nota No. DM-1013 de 17 de junio de 2009 el Poder Ejecutivo solicitó al ICE, devolver las frecuencias indispensables para iniciar la apertura de las telecomunicaciones celulares conforme al artículo 10 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones. Ante esta solicitud, mediante oficio No. 0012-2007-2009 de 27 de agosto de 2009, el ICE indicó que no se consideraba competente para reasignar o renunciar a frecuencias de manera unilateral y no admitió emplear el artículo 10 del Reglamento a la Ley de Telecomunicaciones para ese efecto. Con posterioridad, por oficio No. OF-DVT-302-2009 de 27 de agosto de 2009, la Viceministra de Telecomunicaciones recomendó al MINAET, apartarse del informe técnico de la SUTEL, únicamente, respecto a la ocupación de la banda 850 MHz y, en consecuencia, mantener para el INCE, cuatro espacios de 2x5 MHz. Una vez más, el 02 de setiembre de 2009, a través del oficio No. DM-1572-2009, el MINAET solicitó al Consejo Director del ICE la suscripción de un acuerdo con el Poder Ejecutivo con fundamento en el artículo 22.2.d) de la LGT. Reconoce que el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones fue firmado por el Presidente de la República el 13 de mayo de 2009. Rechaza que el Gobierno de Costa Rica se encuentre en mora. En ese sentido, indica que se ha gestionado ante el ICE todo lo necesario para disponer de las bandas de frecuencia y dar inicio al concurso, institución que no se ha pronunciado por el fondo sobre la última petición planteada, ya que, el Consejo Directivo, únicamente, acordó por unanimidad dar por recibida la solicitud presentada por el Poder Ejecutivo y remitirla a la Administración y a la División Jurídica institucional para que brinde las recomendaciones correspondientes, lo cual le fue comunicado al MINAET a través del oficio No. 0012-245-2009 de 11 de setiembre de 2009. En conclusión, rechaza que el Poder Ejecutivo atente contra el derecho de libre elección de los recurrentes, pues, si bien, se aprobó la legislación tendiente a permitir que nuevos operadores entraran al mercado de las telecomunicaciones, el artículo 121, inciso 14) de la Constitución Política dispone que los privados podrán explotar los servicios inalámbricos, pero debe hacerse con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa. Arguye que el legislador estableció un mismo momento de

partida para contabilizar los plazos de situaciones diferentes. Por esto, solicita que se tome en cuenta el Transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones sino también el Transitorio IV, ya que, el Poder Ejecutivo requiere contar con todos los insumos necesarios para instruir a la SUTEL el inicio del procedimiento concursal. Insiste en el MINAET tiene claro el derecho de elegir y cambiar de proveedor de los usuarios finales según el artículo 45, inciso 2) de la Ley General de Telecomunicaciones, pero debe respetarse el principio de transparencia y publicidad.

5.-Mediante escrito dirigido a la Presidencia de la Sala, el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones solicitó la confidencialidad de varia de la documentación aportada dentro de la copia del expediente administrativo. En ese sentido, indica que como el Estado costarricense está en la fase de determinación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que serán ofrecidas en el concurso de licitación de telefonía móvil, no es legalmente posible hacer pública esa información (folio 34-35).

6.-Por escrito recibido el 21 de setiembre de 2009, los recurrentes realizan manifestaciones adicionales (folio 37-52). Asimismo, refutan los términos en que fueron rendidos los informes por las autoridades accionadas.

7.-Mediante resolución de Magistrado Instructor de las 14:48 horas de 30 de setiembre de 2009, se dispuso el desglose de un documento agregado a folios 260-284 de la copia certificada del expediente administrativo, toda vez que contenía información confidencial (folio 58).

8.-Mediante escrito presentado el 05 de octubre de 2009, el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones amplía su informe (folio 60). Alega que los recurrentes intentan hacer valer la tesis de que la Administración, únicamente, ha presentado excusas ante el señalado retraso en el inicio del procedimiento concursal. Sin embargo, los recurrentes olvidan que el Poder Ejecutivo se encuentra sujeto al principio de legalidad, por lo que no se pueden aplicar normas cuando éstas entran en colusión con otras o bien, cuando su aplicación genera

a su vez, el desconocimiento de los derechos de los administrados. Arguyen que los recurrentes insisten en invocar el Transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones, sin traer a colación el Transitorio IV del mismo cuerpo legal, con lo que se demuestra una intención de confundir a la Sala al hacer la relación jurídica de maneja parcial, ya que, si bien es cierto, el Transitorio V establece un plazo también lo hace el Transitorio IV, el cual no se puede obviar, puesto que se violarían derechos de los administrados. Además, cuestionan los recurrentes las razones por las cuales la Rectoría no le requirió la respuesta al ICE mediante el dictado de un acto administrativo con la estipulación de un plazo definido para que respondiente dicha entidad descentralizada. Al respecto, señala que esa solicitud se hizo mediante los oficios Nos. DVT-167-2009 de 04 de mayo de 2009 y DVT-172-2009 de 5 de mayo de 2009, ambos recibidos en el ICE el 08 de mayo de 2009. Sin embargo, alega que esa Rectoría no podía estipular un plazo más allá al establecido en el Transitorio IV, ya que, estaría violentando el principio de legalidad. Finalmente, los recurrentes alegaron que lo que debería aplicarse es el artículo 21 de la Ley General de Telecomunicaciones. Sobre este aspecto, reconocen que si bien ese artículo establece el tema de la reasignación de frecuencias, una vez más, obvian los recurrentes la existencia de otra norma importante y, en ese sentido, el apartado c) del inciso 2), del artículo 22 de LGT que establece que las concesiones se extinguen por el acuerdo mutuo de la administración concedente y el concesionario y ésta es precisamente la norma que está aplicando la Rectoría, ya que, como se demostró en el escrito de respuesta al amparo, se están haciendo las diligencias necesarias para lograr dicho acuerdo. Los concesionarios no son quienes para indicar cual es el procedimiento a aplicar para la recuperación de las bandas en manos del operador incumbente, ya que, paralelo a los intereses de los usuarios y los administrados en general, ya que hacer un equilibrio y respetar, además, el interés público y la institucionalidad del ICE. Solicita que se desestime el recurso planteado.

9.-Mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 2009, los recurrentes realizan manifestaciones adicionales en torno a los hechos objeto de este recurso (folio 64). En la versión digital del periódico La nación se publicó una nota titulada "Estado indemnizará al ICE con \$7 millones por ceder frecuencias". En esa nota se indica que el Estado indemnizará al ICE por la devolución de bandas de frecuencias que,

actualmente, son utilizadas por la red de telefonía TDMA. Los rangos de frecuencias que el ICE entregará van de 1730 a 1805 MHz; 1825 a 1920 MHz; 1935 a 1990 MHz y de 2125 a 2170 MHz. Esa noticia gran incidencia en el expediente de mérito, por lo que solicitan a esta Sala que se le requiera al ICE y al Poder Ejecutivo, copia de ese acuerdo así como de las actas en las cuales el asunto fue discutido, para que se evalúe la legalidad y la legitimidad de los acuerdos. Dada la naturaleza del acuerdo y la importancia que entraña para el asunto que aquí se discute, solicitan a esta Sala que se haga un análisis de la legalidad del mismo.

10.-Por escrito presentado el 05 de febrero de 2010, el Ministro de Energía, Ambiente y Telecomunicaciones presenta prueba para mejor resolver. Indica que mediante Decreto Ejecutivo No.35646-MP-MINAET, publicado en el Alcance No.51 en La Gaceta No.248 de 22 de diciembre de 2009, por el cual el Poder Ejecutivo instruyó a la Superintendencia de Telecomunicaciones para que el inicie el procedimiento concursal público para el otorgamiento de bandas de espectro radioeléctrico dispuesto por los artículos 11 siguientes y concordantes de la Ley General de Telecomunicaciones. Esa instrucción fue posible una vez que se firmara con el ICE un acuerdo mutuo a tenor del numeral 22, inciso 2), de la Ley General de Telecomunicaciones por medio del cual se extinguieron las concesiones de las frecuencias objeto del concurso. Solicita la desestimación del recurso planteado.

11.-Mediante resolución de Magistrado Instructor de las 14:50 horas de 22 de marzo de 2010 (folio 71) se tuvo como recurrido al Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones y al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad. Asimismo, se solicitó ampliación del informe al Ministro de Ambiente Energía y Telecomunicaciones.

12.-Informa George Miles Rojas, en su condición de Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (folio 75). Alega que es un hecho notorio que la Ley General de las Telecomunicaciones No.8642 se aprobó el 4 de junio de 2008 y entró en vigencia el 30 de junio de ese mismo año y que esa ley es consecuencia de los compromisos asumidos por Costa Rica con el Tratado de Libre Comercio entre

República Dominicana y los Estados Unidos. Es cierto que el Transitorio V establece el plazo máximo de tres meses, contado a partir de la integración del Consejo de la SUTEL, para que el Poder Ejecutivo gestione ante la SUTEL el inicio de los procedimientos correspondientes para el otorgamiento de las concesiones de las bandas de frecuencia de telefonía celular u otras bandas requeridas. Consta la existencia de una carta de 22 de diciembre de 2008, la cual confirma el compromiso adquirido por Costa Rica en el referido tratado y expresa que el inicio del cumplimiento de esa obligación se llevará a cabo mediante los estudios que debe realizar la SUTEL así como la iniciación formal del concurso público según corresponda. Asegura que la SUTEL quedó, definitivamente, integrada bajo juramento el 26 de enero de 2009 y, por consiguiente, el plazo mencionado ya transcurrió. Desconoce cuando el Presidente de la República firmó el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones pero esa Superintendencia le fue comunicado el 15 de mayo de 2009, fecha en la que se dio a conocer, ese plan. El 20 de febrero de 2009, mediante la resolución No. RCS-005-2009 la Superintendencia indicó que, de conformidad con el Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones, los concesionarios debían aportar la información determinada en ese Transitorio a más tardar el 26 de abril de 2009. El Instituto Costarricense de Electricidad no entregó esa información en la fecha indicada, por lo que el MINAET, por oficios Nos. DVT-167-2009 y DVT-172-2009 de 4 y 5 de mayo de 2009, respectivamente, solicitó y reiteró al ICE su deber de rendir ese informe ante la SUTEL. El 08 de mayo de 2009, mediante los oficios Nos. SM-741-09- y DVT-183-09 del Ministro y la Viceministra de Telecomunicaciones se solicitó a esa Superintendencia, iniciar los estudios necesarios para determinar la necesidad y factibilidad del otorgamiento de concesiones de bandas de frecuencia. En esa fecha, el Poder Ejecutivo, formalmente, gestionó por primera vez ante la SUTEL, iniciar los procedimientos correspondientes para el otorgamiento de las concesiones de bandas de frecuencias para servicios como la telefonía móvil celular. Este primer procedimiento tiene como objetivo, determinar la necesidad y factibilidad de las concesiones, sin el cual no puede hacer concurso. Luego y solo si, existen los motivos necesarios y suficientes, como la existencia de bandas y las condiciones de mercado, sería viable otro procedimiento como es el concurso público. El 15 de mayo de 2009, mediante oficio No.225-SUTEL-2009, esa Superintendencia remitió al

MINAET el “Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica”, el cual fue adicionado el 22 de mayo de 2009 mediante oficio No. 250-SUTEL-2009. En ese informe se indicó que debía ordenarse al operador incumbente, el reacomodo y reordenamiento de sus redes con la finalidad que sea el Estado el que pueda disponer de ese recurso de tal forma que se asegure que las posibilidades de competencia en el mercado de las telecomunicaciones móviles, así como, ordenar a ese operador el reordenamiento y reutilización de frecuencias utilizadas para enlaces punto a punto, que permitan un mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico. Los estudios realizados por la Rectoría y del Informe de la SUTEL determinaron que las bandas apropiadas para otorgar concesión las tiene asignadas el ICE y RACSA. Teniendo estas dos instituciones las bandas de frecuencias útiles para otorgar en concesión, se debía primero, liberar estas bandas antes de proceder con el concurso público. Por esto, el Poder Ejecutivo y el ICE entraron en negociaciones para liberar las bandas respectivas. El 17 de junio de 2009 el Poder Ejecutivo solicitó al ICE, devolver las frecuencias indispensables para iniciar el procedimiento de concurso público pertinente para el servicio de telefonía móvil celular, siendo que el 27 de agosto de 2009, el ICE señaló que no era de su competencia reasignar o renunciar a frecuencias de forma unilateral. El 18 de diciembre de 2009, el Poder Ejecutivo y el ICE suscribieron un convenio denominado “Acuerdo Mutuo de Extinción de Concesiones”, con lo cual se resolvió la situación descrita en cuanto a las bandas de frecuencia para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, no así, para las frecuencias de enlaces de microondas, tal y como esa Superintendencia lo había recomendado. Señala que, mediante el Decreto Ejecutivo No.35646-MP-MINAET, publicado en el Alcance No.51 en La Gaceta No.248 de 22 de diciembre de 2009, el Poder Ejecutivo instruyó a la Superintendencia de Telecomunicaciones a fin que inicie el procedimiento concursal público para el otorgamiento de bandas de espectro radioeléctrico dispuesto por los artículos 11 siguientes y concordantes de la Ley General de Telecomunicaciones. Agrega que el 13 de enero de 2010, mediante oficio No. 45 SUTEL, la Superintendencia de Telecomunicaciones le indicó al Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones que para continuar con el concurso público era necesario contar con los enlaces de microondas con la operación de las redes y la prestación de los servicios de telefonía móvil. Alega que el

MINAET está en proceso de resolver el tema de los recursos asociados (enlaces de microondas) y una vez resuelto, esa Superintendencia continuará el procedimiento de concurso público y publicará el cartel respectivo. Señala que aunque el cartel no ha sido publicado, éste ha estado finalizado desde antes de la publicación del Decreto Ejecutivo No.35646-MP-MINAET. Sin embargo, por la ausencia de una solución técnica por parte del Poder Ejecutivo en el tema de las frecuencias de microondas, la Superintendencia de Telecomunicaciones no ha estado en la capacidad de publicarlo. Apunta que ya inició el concurso público para el otorgamiento de la concesión de las bandas de frecuencia de telefonía celular. Los procedimientos a los que se refiere el Transitorio V son los siguientes: El Poder Ejecutivo debió —así lo hizo— gestionar el inicio del procedimiento para determinar la necesidad y factibilidad de la concesión, lo cual sucedió el 8 de mayo de 2009 y ese mismo Poder, una vez acreditada la necesidad y factibilidad, debía dar inicio al procedimiento de concurso público, lo cual hizo el 22 de diciembre de 2009. Arguye que de conformidad con el Transitorio V de la Ley de Telecomunicaciones, el Poder Ejecutivo gestionó ante la SUTEL en tiempo y forma, el inicio del procedimiento respectivo mediante la solicitud de los estudios necesarios para determinar la necesidad y factibilidad del otorgamiento de las concesiones que correspondieran según el caso. Argumenta que el vocablo “gestionará” utilizado en el Transitorio V, no se limita al concurso público sino que también incluye el procedimiento cuyo objeto es la determinación de la necesidad y factibilidad de la concesión que permitiría hablar de la existencia de un eventual proceso de concurso público. Argumenta que, de conformidad con la Ley de la Contratación Administrativa y su reglamento, un procedimiento de concurso público no inicia con el cartel. El cartel es una etapa más dentro del procedimiento que debe realizar una determinada Administración Pública. Igual de importante resulta la identificación de las necesidades públicas que se pretenden satisfacer y las opciones de satisfacerlas. Por esto, es que el reglamento a la Ley de Contratación Administrativa señala que “la decisión inicial” da inicio al procedimiento de contratación. En ese orden, argumenta que la solicitud formal de los estudios para determinar la necesidad de las concesiones de frecuencia, así como su realización y ampliaciones son actuaciones previas pero que forman parte del acto final de la orden de inicio o de la decisión inicial. Por esta razón, desde un punto de vista

material, en esencia, el procedimiento —como compromiso asumido en el TLC o en el Transitorio V— dio inicio con la solicitud de realizar estos estudios, la realización de los mismos y finalmente, el acto final mediante el cual, el Poder Ejecutivo determina la procedencia o no de una concesión que otorgar. Luego giraría la instrucción necesaria a esa Superintendencia para instruir el concurso público en cuestión. Añade que el legislador estableció un plazo de tres meses de la integración del Consejo para que los concesionarios entregaran un informe al Poder Ejecutivo a fin que éste conociera la situación actual del espectro y tomara las medidas necesarias para dar cumplimiento al nuevo ordenamiento jurídico. Lo relevante es que este mismo plazo coincide con el de tres meses del Transitorio V, para que el Poder Ejecutivo diera inicio a las gestiones ante la SUTEL para el otorgamiento de las bandas de frecuencias necesarias para servicios como el de telefonía móvil celular. Por tanto, en su criterio, en el Transitorio V, el legislador no estaba pensando, únicamente, en el inicio del concurso público sino también en la gestión de otros procedimientos como el de los estudios necesarios para determinar la necesidad y factibilidad de la concesión. Ambos transitorios son consistentes pues el Poder Ejecutivo, al gestionar ante la SUTEL, el inicio de dichos estudios, ese órgano técnico ya contaría con los informes remitidos por los concesionarios. Argumenta que el Poder Ejecutivo y esa Superintendencia han hecho esfuerzos para cumplir los plazos establecidos y, a su vez, cumplir eficiente y eficazmente las atribuciones encomendadas. Solicita la desestimatoria del recurso.

13.-Rinde informe Jorge Rodríguez Quirós, en su calidad de Ministro de Ambiente Energía y Telecomunicaciones (folio 103). Mediante oficio No. DM- 2318-2009, recibido en la Superintendencia de Telecomunicaciones el 4 de enero de 2010, esa Rectoría remitió a ese órgano los “Lineamientos técnicos adicionales del Ministro Rector en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 del decreto ejecutivo N° DE-35646-2009-MP-MINAET”, a fin que dicho órgano técnico los considere en razón de lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Alega que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 in fine de la Ley General de Telecomunicaciones No.8642 se dispone que es la SUTEL el órgano encargado de la instrucción del procedimiento concursal. Asimismo, el artículo 23 del Reglamento a esa Ley dispone que como resorte del Poder Ejecutivo, emitir la decisión de inicio del procedimiento concursal

respectivo, que trasladará a la SUTEL para que lo instruya. Esto ocurrió con la publicación del Decreto Ejecutivo No. 35646-MP-MINAE el 22 de diciembre de 2009 y con la remisión del citado oficio No. DM-2318-2009 el 4 de enero del presente año. En estricto apego al principio de legalidad, la instrucción del procedimiento es competencia de SUTEL, quien, según lo contenido en el párrafo segundo, artículo 16, de la Ley General de Telecomunicaciones, recomendará al Poder Ejecutivo si la adjudicación procede o no, el cual, con fundamento a lo establecido en el artículo 12 de la misma ley, procederá a otorgar la respectiva concesión. Así las cosas, alega que del anterior cuadro fáctico se infiere que el Poder Ejecutivo ha cumplido con los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y volverá a tomar parte en el procedimiento una vez que SUTEL haya emitido la respectiva recomendación. Tomando en cuenta que SUTEL es un órgano técnico con desconcentración máxima adscrito a un ente autónomo —Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos—, el Poder Ejecutivo en respeto al principio de autonomía, que consagra para estas instituciones el artículo 188 de la Constitución Política, se abstrae de intervenir en el desarrollo de esta fase del procedimiento concursal que es entera competencia del órgano regulador. Lo anterior sin detrimento de las funciones otorgadas a la Rectoría del Sector en el inciso c), artículo 39, de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones No. 8660, en cuanto a velar porque las políticas públicas del sector sean ejecutadas por las entidades públicas y privadas que participan en el mismo. Solicita que se desestime el recurso planteado.

14.-Rinde informe José Abraham Madrigal Saborío, en su condición de Gerente General con facultades de Apoderado General sin límite de suma del Instituto Costarricense de Electricidad. Cita lo manifestado por el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. Sobre lo anterior, precisa que el cómputo del plazo de los tres meses iniciaría a partir de la integración del Consejo Sectorial de Telecomunicaciones y no de la integración del Consejo de SUTEL. Tal interpretación del Poder Ejecutivo de un transitorio legal, provoca —según su criterio— una distorsión del verdadero espíritu de la ley y, consecuentemente, que se traslapen los plazos contenidos en los transitorios IV y V de la LGT, tal y como ha sido ampliamente explicado en los diferentes escritos de los recurrentes. El “Consejo Sectorial de Telecomunicaciones”, a que

hace mención el Transitorio IV, no fue creado por norma legal alguna, y no existe disposición normativa que le otorgue existencia orgánica dentro de ministerio o institución autónoma alguna, ni competencias, presupuesto, personal, etc. En virtud de lo anterior, se considera que dicho transitorio adolece de un vacío legal por hacer referencia a un órgano que no existe en ninguna parte del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, constituye un gazapo de ley que, solamente, puede ser corregido por norma de igual rango, para mayor claridad, por medio de otra ley. En ese sentido, únicamente, la Asamblea Legislativa —en el ejercicio de su potestad constitucional de emitir, derogar e interpretar las leyes— es competente para subsanar el error cometido. No obstante lo anterior, el Poder Ejecutivo excediendo su potestad reglamentaria, interpreta los alcances del Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones, al establecerse en el inciso 18), del artículo 5, del Decreto Ejecutivo No. 34765-MINAET, publicado en la Gaceta No. 186 del 26 de setiembre de 2008, lo siguiente: “Artículo 5.-

Definiciones: 8) Consejo Sectorial de Telecomunicaciones: Para los efectos del transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones, deberá entenderse Consejo Sectorial de Telecomunicaciones por Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. (El destacado no es del original)”. En su criterio, la corrección realizada constituye una evidente extralimitación de las potestades de reglamentación que ostenta el Poder Ejecutivo y, también un flagrante menoscabo a las competencias constitucionales de emisión, derogación e interpretación de las leyes atribuida a la Asamblea Legislativa. Rechaza lo alegado por el Ministro de Ambiente Energía y Telecomunicaciones, en cuanto a que el ICE incumplió sus obligaciones legales, puesto que su representado entregó en tiempo y forma, el informe requerido, según consta en el documento No. 0060-0103-2009, el cual se aporta como anexo al presente informe. Aduce que ese Ministro insinuó que por culpa del ICE, fue imposible para el Ejecutivo el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Transitorio V de la LGT, dentro los plazos legales establecidos. Sin embargo, esa misma autoridad reconoció que al existir plazos idénticos en los transitorios IV y V, ambos de la LGT, era imposible el cumplimiento de tales obligaciones legales, por encontrarse ante una antinomia entre normas de igual rango, circunstancia de la cual, considera no puede ser responsable el ICE. Aduce que una correcta interpretación

del Transitorio IV de la LGT, sería dimensionarla en los pasos lógicos de proceso de adecuación como el que plantea la norma, a saber, en una primera fase, la obligación de los concesionarios estaba limitada a rendir un informe respecto de las frecuencias a su favor y la utilización que se daban a las mismas; en una segunda fase, la obligación consistiría en la devolución de aquellas frecuencias que, a criterio del Poder Ejecutivo, (fundamentado, claro está, en el informe rendido por la SUTEL, del estado, utilización y disponibilidad de las frecuencias) deban ser objeto de reasignación conforme las disposiciones contenidas en el artículo 21, mismo cuerpo normativo. Alega que, de acuerdo con el artículo 21 de la LGT, se le exige al Poder Ejecutivo, la aplicación de varios procedimientos, valoraciones y estudios, que lleven a procedimiento de adecuación de frecuencias, con pleno respeto a los derechos de los concesionarios (lo cual, aduce, no es otra cosa que la aplicación del debido proceso y la instrucción de las formalidades contenidas en el procedimiento ordinario que se regula en la Ley General de la Administración Pública, en sus artículos 308 en adelante, incluida la audiencia oral y privada, como requisito de validez). Lo anterior, evidencia que el informe emitido por el MINAET, no se ajusta a la realidad de los hechos, y trata de imputarle responsabilidades por incumplimientos del Ejecutivo de sus obligaciones legales. Añade que el Ejecutivo pretende confundir a la Sala Constitucional, en perjuicio del ICE, cuando afirma en su informe, que mediante nota No. DM-1013, de fecha 17 de febrero de 2009, se le había solicitado al ICE la devolución de las frecuencias indispensables para iniciar el proceso de apertura de las telecomunicaciones, conforme las disposiciones contenidas en el artículo 10 del Reglamento a la LGT. Sin embargo, obvió que, conforme se dispone el artículo 21 de la LGT, el Poder Ejecutivo tenía que haber llevado a cabo un procedimiento, conforme a las reglas del debido proceso y definirle a los operadores concesionarios, cuáles frecuencias debía devolver, indicando la causal establecida en la ley. Así, debería ordenar la devolución y si conforme a la ley se requería indemnización o no, todo ello en respecto a los derechos de los concesionarios, establecidos en la normativa de cita. Por último, de acuerdo con el artículo 22.2.d) de la LGT, es voluntario que las partes dispongan los mecanismos adecuados, plazos y condiciones en los cuales se llevará el acuerdo y la correspondiente extinción de las frecuencias sometidas al acuerdo. Considera que la causal (contenida en el artículo 22.2.d), propuesta por el Poder Ejecutivo al ICE, es el

medio legal válido que le permite a las partes entrar en un proceso de negociación, donde pueden definir, dentro del ámbito de la legalidad, las frecuencias que serán objeto de negociación, los procedimientos de transición, así como sus plazos, considerando que están frecuencias concesionadas a mi representado, se encuentran en operación, soportando redes inalámbricas, mediante las cuales se prestan servicios de telecomunicaciones a nuestros clientes, lo que requiere llevar a cabo un proceso de migración, que lleva tiempo e inversión. Señala que los procesos migratorios hacia otras redes inalámbricas, los obliga a realizar inversiones y planificación de traslado de clientes, de forma que durante el proceso sufran de una afectación mínima, de ahí que, al tratarse de una iniciativa del Ejecutivo de rescatar frecuencias para la apertura de las redes celulares, se debe discutir el tema de la indemnización, como efectivamente, se hizo durante el proceso de negociación. Considera necesario que se dimensionen las acciones y obligaciones legales que contienen los transitorios IV y V de la Ley General de Telecomunicaciones y las diferentes etapas en que cada obligación debe ser cumplida y por quien. Arguye que el ICE carece de responsabilidad sobre los hechos que se le imputan por parte del MINAET, así como tampoco se le puede imputar si existe o no, una antinomia entre la redacción de los transitorios de referencia, y si los plazos legales fueron o no suficientes para el cumplimiento de las obligaciones que estaban llamados a realizar los diferentes agentes del mercado. Reclama que, al rendir el informe sobre las frecuencias concesionadas a favor del ICE, aun cuando no se ha esclarecido aún la discusión legal sobre la verdadera naturaleza del Consejo Sectorial de Telecomunicaciones y si este puede ser sustituido por el Consejo de SUTEL con la sola interpretación en un reglamento ejecutivo. La resolución de esta discusión será de suma importancia para determinar si existieron incumplimientos por parte de los concesionarios, así como la delimitación de las competencias de los entes para ejercer los derechos y obligaciones derivados de la ley. Solicita que el presente recurso sea declarado sin lugar.

15.-Pedro Pablo Quirós Cortés, en su condición de Presidente Ejecutivo con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma del Instituto Costarricense de Electricidad rinde informe bajo juramento (folio 152). En ese sentido, aduce que ratifica en todos sus extremos el informe rendido ante la Sala Constitucional por el Gerente General

con facultades de Apoderado General sin límite de suma de ese instituto. Solicita que el presente recurso sea declarado sin lugar en todos sus extremos a favor del ICE, toda vez, que ese ente no puede ser responsabilizado por los atrasos experimentados en la apertura del sector de telecomunicaciones.

16.-Mediante escrito presentado el 06 de mayo de 2010 (folio 154), el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones se refiere a las manifestaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones y el Instituto Costarricense de Electricidad. En cuanto a las manifestaciones del Instituto Costarricense de Electricidad, respecto del Consejo Sectorial, señala que el texto original o base de la que hoy es la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, No. 8660 del 8 de agosto de 2008, tramitado bajo el expediente No. 16.397, analizado y dictaminado en la Comisión No. 16524, no pretendió, en ningún momento, la creación de un Consejo Sectorial de Telecomunicaciones. En relación con la Rectoría y Poder Ejecutivo no se les otorgaba entre sus funciones hacer la entrega de las concesiones. Según este texto, el ente facultado para otorgar las concesiones era la Junta Directiva de ARESEP a quien se le asignaban los siguientes deberes y atribuciones: *"1) Otorgar, revocar, prorrogar y declarar la caducidad y extinción de las concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieren para la operación y explotación de las redes públicas de telecomunicaciones, previo dictamen técnico de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Para apartarse de dicho dictamen, deberá motivar su resolución."*

Asimismo, el artículo 12 del texto base de la Ley General de Telecomunicaciones, establecía que la entrega de las concesiones era resorte de la Junta Directiva de ARESEP (Por economía procesal, y de conformidad con la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos N° 8220, ver fotocopia certificada del folio 39 del expediente legislativo de la Ley General de Telecomunicaciones N° 8642, aportada como prueba documental para el Informe del Recurso de Amparo Expediente No. 09- 015421-0007-CO). Aunado al artículo 28, inciso a), del proyecto de Fortalecimiento de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, que proponía reformar el artículo 53 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593, del 9 de

agosto de 1996. Siendo que al proponerse SUTEL como un órgano de ARESEP, entre las funciones de su Consejo se establecía la siguiente:

"Artículo 73... 9.- Rendir un dictamen técnico a la Junta Directiva de Aresep en relación con el otorgamiento, cesión, prórroga, caducidad y extinción de las concesiones que se requieran para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones."

Hace notar que en esta etapa del proyecto de ley, estaban muy bien definidas y delimitadas las funciones de cada uno de los entes y órganos mencionados, a saber: Junta Directiva de ARESEP, entregaba las concesiones; el Consejo de SUTEL, hacer la recomendación técnica al ente que entregaba las concesiones mientras que el Poder Ejecutivo, no tenía función alguna en este proceso. Por medio del dictamen afirmativo de mayoría de la Comisión que estudió el proyecto No. 16.397 del 20 de junio de 2007, los Diputados tomaron la decisión de darle la responsabilidad al Poder Ejecutivo de otorgar las concesiones de explotación del espectro radioeléctrico. Adicionaron como función de la Rectoría el *"considerar el criterio del Consejo Sectorial de Telecomunicaciones, al momento de resolver la adjudicación, prórroga, extinción, resolución, cesión, reasignación y contratación de las concesiones de las frecuencias del espectro radioeléctrico"*. Este fue el momento procesal dentro de la Comisión Dictaminadora en la Asamblea Legislativa en el que se incluyó en el texto en discusión el Consejo Sectorial de Telecomunicaciones como un órgano de desconcentración máxima del MINAET; el cual se proponía estuviera integrado por el Ministro del Ambiente y Energía, quien lo presidiría; el de Ciencia y Tecnología, el de Planificación y dos miembros designados por el Consejo de Gobierno cada dos años, apoyados por una Secretaría Técnica. En este sentido, la exposición de motivos de dicho dictamen reza taxativamente: *"Para recomendar técnicamente las concesiones del espectro radioeléctrico al Poder Ejecutivo, en este texto de ley, se crea el Consejo Sectorial de las Telecomunicaciones"*. Recalca que entre las funciones del Consejo Sectorial de Telecomunicaciones se encontraban: *"a- Recomendar al Poder Ejecutivo la adjudicación, prórroga, extinción, resolución, cesión, reasignación y contratos de las concesiones de las frecuencias del espectro radioeléctrico. b- Otorgar las autorizaciones o permisos para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones"*

que no requieran espectro radioeléctrico así como para la prestación de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones. De igual manera le corresponderá resolver la extinción, caducidad o revocación de dichas autorizaciones o permisos.”

Señala que en la reforma al artículo 53 de la Ley de ARESEP que propone el artículo 46 del Dictamen, se eliminó de las funciones de la Junta Directiva de ARESEP el otorgamiento de las concesiones. Asimismo, en la propuesta de una adición de un nuevo artículo 73 a la Ley de ARESEP, se determinó que parte de las funciones del Consejo de SUTEL sería: *“8. Rendir los dictámenes técnicos que le solicite el Ministro Rector, en relación con el otorgamiento, cesión, prórroga, caducidad y extinción de las concesiones que se requieran para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, así como cualquier otro que la ley indique.”*

Debe resaltarse que en este Dictamen Afirmativo de Mayoría se redistribuyen las funciones, siendo que ahora a la Rectoría le corresponde considerar el informe técnico sobre la entrega de concesiones; al Consejo de la SUTEL elaborar dicho criterio, mientras que a la Junta Directiva de ARESEP se le excluyó del procedimiento. Aunado a lo anterior, el dictamen afirmativo de Mayoría de la Comisión que analizó el proyecto de Ley General de Telecomunicaciones, estableció en su artículo 12 que era resorte del Poder Ejecutivo otorgar las concesiones; reformando ese mismo artículo contenido en el texto base de discusión del proyecto de Ley General de Telecomunicaciones. Finalmente, se indica que la moción 1-59 que incorpora al Consejo Sectorial de Telecomunicaciones al texto del proyecto de Ley, fue aprobada el día 6 de junio de 2007, en la sesión ordinaria No. 55 de la Comisión dictaminadora. Para justificar la aprobación de dicha moción la diputada Xinia Nicolás Alvarado, en la página 17 de la respectiva acta, indicó que la creación del Consejo *“se justifica en que la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos no puede dar las concesiones del espectro electromagnético regulado por el artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política.”*

Ahora bien, la eliminación en el texto del Consejo Sectorial se debe a la moción No. 25-68 (768), aprobada el 8 de diciembre de 2007 y que consta en el acta No. 68 de la Comisión Dictaminadora del Proyecto de Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas

del Sector Telecomunicaciones y que para lo que interesa establece lo siguiente: *“3. Para que se elimine del proyecto de ley lo siguiente y se corra la numeración: a.- Del Capítulo 11 Consejo Sectorial de Telecomunicaciones...”*

Situación que se mantuvo en el proyecto de Ley hasta su votación final en el Plenario Legislativo. Al eliminarse el Consejo Sectorial de Telecomunicaciones, sus funciones primordiales (recomendar al Poder Ejecutivo la adjudicación, prórroga, extinción, resolución, cesión, reasignación y contratos de las concesiones de las frecuencias del espectro radioeléctrico; y otorgar las autorizaciones o permisos para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones que no requieran espectro radioeléctrico) fueron trasladadas de nuevo a SUTEL, tal y como consta en la Ley vigente. Por lo cual el Consejo Sectorial de Telecomunicaciones nunca fue creado por disposición legislativa. Pese a lo anterior, el texto del Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones No. 8642 (LGT) nunca fue modificado en razón de la eliminación del Consejo Sectorial de Telecomunicaciones, constituyendo un error material presente en la Ley hoy vigente, puesto que ninguna de las dos leyes crean dicho órgano. En relación a la potestad reglamentaria que tiene el Poder Ejecutivo, el ICE manifiesta: *“(...) el Poder Ejecutivo excediendo su potestad reglamentaria, interpreta los alcances del Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones, al establecerse en el inciso 18 del artículo 5, del Decreto Ejecutivo No. 34765-MINAET (...) “Artículo 5.-*

Definiciones 8) Consejo Sectorial de Telecomunicaciones: Para los efectos del transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones, deberá entenderse Consejo Sectorial de Telecomunicaciones por Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. [El destacado no es del original) La corrección realizada constituye en consecuencia una evidente extralimitado!! de las potestades de reglamentación que ostenta el Poder ejecutivo y, también un flagrante menoscabo a las competencias constitucionales de emisión, derogación e interpretación de las leyes atribuida a la Asamblea Legislativa.”

En razón del resabio existente en el transitorio IV y, dada la claridad de las funciones otorgadas a SUTEL, es que el Poder Ejecutivo, al momento de reglamentar la LGT vino a desarrollar, interpretativamente, las normas

legales al establecer en el artículo 5 de dicho Reglamento un desarrollo interpretativo en apego absoluto a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP). Precisamente, el Poder Ejecutivo, previendo y garantizando la realización del fin público al cual la LGT se dirige, y en respeto al establecimiento de la SUTEL como órgano regulador de este sector, desarrolló interpretativamente la norma tutelando que las facultades otorgadas a este órgano contralor no se vieran disminuidas y, con ello, afectara no solamente a operadores sino incluso a los usuarios finales y al administrado en general. Véase que incluso el inciso 2, del referido artículo 10 manda a que este desarrollo interpretativo de la ley se haya hecho tomando en cuenta las normas conexas. De manera que, no cabía otra opción que hacer conteste el contenido de las normas de fondo dispuestas en la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones con el transitorio de la Ley General de Telecomunicaciones para una adecuada aplicación de las mismas. Así las cosas, en su criterio, resulta claro y evidente que la interpretación ofrecida por el ICE parte de una hipótesis claramente errada, por lo que, en ningún momento, se ha *“distorsionado el espíritu de la ley”* por parte del Poder Ejecutivo como lo manifiesta el ICE, sino que al contrario se ha mantenido y resguardado en la aplicación de la ley. En cuanto a la interpretación del transitorio IV de la LGT y el artículo 5, inciso 8), del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones N° 34765-MINAET (RLGT), el Poder Ejecutivo, en ningún momento, ha excedido su potestad reglamentaria, puesto que, si el ICE hubiera realizado una adecuada interpretación del derecho, tal y como lo manda el artículo 10 de la LGAP supra citado, hubiera llegado a concluir que ambas normas deben necesariamente aplicarse de forma conjunta, por cuanto es su suma y no su resta la que da sustento al Sector de Telecomunicaciones vigente. Por lo que la afirmación que hace el ICE que hay un *“...flagrante menoscabo a las competencias constitucionales de emisión, derogación e interpretación de las leyes...”* resulta ser sin sustento ni de derecho ni de hecho, por ende, falaz. En cuanto al incumplimiento del ICE respecto a lo dispuesto en el Transitorio IV, señala que, no puede esa entidad, tal y como trata de hacerlo ver en el oficio No. 0060-0103-2009 de 27 de abril de 2009, obviar o eximirse de presentar el informe respectivo sobre las bandas de frecuencias que tenía asignadas dentro del plazo de tres meses indicado en el Transitorio IV ante el Consejo de la

Superintendencia de Telecomunicaciones, en los términos señalados, puesto que el informe presentado no corresponde a su obligación. Dicho oficio, el ICE lo dirige al señor Ministro del MINAET, lo cual se hace en los casos de procedimiento para adecuación de títulos habilitantes, y no al Consejo de SUTEL, como lo establece la norma legal, para el caso de la apertura. Asimismo, se puede observar que el ICE relaciona la adecuación de títulos habilitantes y el concurso público (apertura) como si fueran el mismo procedimiento, siendo que ambos poseen naturalezas jurídicas diferentes y por lo tanto son independientes entre sí. Indica que el procedimiento de adecuación de títulos habilitantes busca que los concesionarios que hayan adquirido su derecho antes del 30 de junio de 2008, fecha en que entró en vigencia la LGT, se ajusten a lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente. Dicho procedimiento encuentra su sustento en lo dispuesto por el principio de neutralidad tecnológica en la ley de marras. Por el mismo, el Estado tiene la obligación de hacer un uso eficiente del espectro radioeléctrico, por lo que en la era de la convergencia tecnológica corresponde otorgar a los concesionarios de las frecuencias radioeléctricas la posibilidad de explotarlas de la mejor manera, promoviendo su uso eficiente, la innovación tecnológica, la concurrencia de más actores al mercado y la puesta a disposición al público servicios de telecomunicaciones, todo lo cual debe contribuir al desarrollo integral del Sector. La entrada en vigencia de la LGT, implicó el inicio de la aplicación del principio de convergencia en la administración del espectro radioeléctrico. Lo cual propició un cambio de paradigma respecto de los procesos para el otorgamiento de concesiones de frecuencias en el sector. Efectivamente, el inciso 8), del artículo 6 de la LGT textualmente define convergencia como: *“8) Convergencia: posibilidad de ofrecer a través de una misma red diversos servicios, simultáneos o no, de telecomunicaciones, información, radiodifusión o aplicaciones informáticas.”*

Este concepto permea toda gestión dentro del Sector Telecomunicaciones, y en particular, en la administración del espectro, en el tanto que, modernamente, lo que se busca es que el usuario final posea conectividad total mediante un aparato terminal en el cual reciba múltiples servicios de su operador o proveedor. Ello implica que la ley actualmente determina que: *“una concesión habilita a los operadores a proveer la variedad y la cantidad de productos, servicios y aplicaciones que*

la tecnología puede brindar y que los clientes o usuarios requieran.”

Precisamente, es en razón de lo anterior que el poseer un título habilitante implica, a su vez, tener asignada una frecuencia para el uso y explotación de la misma, con independencia de los servicios, puesto que el ser titular de ésta conlleva estar autorizado para brindar todos los servicios que con ella pueda prestar, según se lo permita el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias y su tecnología. De esta forma es regulado en la LGT. Puntualmente, en el caso del procedimiento de concesión, su artículo 11, además de otros aspectos accesorios, determina concretamente: Que el título habilitante otorga el uso y explotación de las *“frecuencias del espectro radioeléctrico”*, y, Que, tratándose de redes públicas de telecomunicaciones disponibles al público, *“la concesión habilitará a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público.”*

Es decir, dentro del ordenamiento jurídico costarricense la concesión regulada por la LGT recae sobre la asignación de *“frecuencias”*, no así de *“servicios”*, puesto que al otorgarse el uso y explotación de las mismas, de manera inherente, puede el titular ofrecer *“todos”* los servicios que, en su frecuencia, se encuentra autorizado. Por lo anterior, es que el artículo 27 de la citada LGT dispone que cuando el poseedor de un título habilitante sobre una frecuencia decide dar *“nuevos servicios”* (entiéndase como otros distintos a los que ya daba] debe *“simplemente”* informar a SUTEL para que esa entidad anote en el registro correspondiente este hecho. De manera que, para competir efectivamente, las empresas a las que el Poder Ejecutivo les otorgó concesiones o permisos de uso antes de la entrada en vigencia de la LGT, deben proceder a adecuar sus títulos habilitantes, conforme a las regulaciones emanadas del marco jurídico vigente en materia de telecomunicaciones. Esta adecuación de títulos está regulada en el transitorio IV, párrafo primero, de la LGT citada que establece la facultad del Poder Ejecutivo para adecuar el título habilitante a las reglas de la nueva Ley de todos aquellos concesionarios de bandas de frecuencias públicos o privados que presenten su solicitud ante el Viceministerio de Telecomunicaciones del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. El título adecuado otorga plena seguridad jurídica y técnica al administrado, porque las bandas de frecuencias asignadas

permiten la explotación de tales servicios dentro de las condiciones determinadas en la Ley y en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias y la normativa jurídica vigente. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 21 y 22 de la LGT. Por lo anterior, resulta evidente que el proceso de adecuación se encuentra dirigido a un fin diferente al requerido por el informe de bandas asignadas y uso de las mismas, requisito necesario para el proceso de apertura, el cual debía presentarse en apego al principio de legalidad (párrafo 1 transitorio IV LGT) al Consejo de SUTEL, no al MINAET, por lo que, con la presentación del informe referido por el ICE en su oficio No. 0060-0103-2009, no se da el cumplimiento de la obligación contenida en esta norma. En cuanto a la existencia de una antinomia normativa alegada por el ICE, señala que, si bien es cierto, que el transitorio V de la LGT establece un plazo máximo de 3 meses, contado desde la integración del Consejo de SUTEL, para gestionar ante dicho órgano el inicio de los procedimientos correspondientes para el otorgamiento de las concesiones de las bandas de frecuencia de telefonía celular u otras bandas requeridas, lo cierto es también que el Poder Ejecutivo, como insumo sine qua non, requería previamente de la SUTEL el informe que debía ser elaborado con base en la información remitida por los concesionarios públicos y privados de bandas, según lo establecido en el transitorio IV del mismo cuerpo legal. Situación que, alega, por las fechas de establecimiento del Consejo de SUTEL, era imposible para esa Rectoría girar la instrucción de inicio del procedimiento concursal antes del 26 de abril de 2009, en vista que a esa fecha, la SUTEL tampoco podía tener listo su informe, pues hasta ese día los concesionarios tenían la posibilidad de presentar la información emanada del transitorio IV de la LGT. Además, previo a emitir cualquier decisión en este sentido, resultaba imperativo para el Poder Ejecutivo, conocer la distribución y usos que se le estaban dando a las bandas, y el estado en general del espectro radioeléctrico. No obstante, el órgano técnico tampoco contó con la información necesaria para poder confeccionar el informe respectivo al Poder Ejecutivo, ya que tal y como consta en autos el operador incumbente no entregó el Informe que por Ley estaba en la obligación de brindar, tal como se evidenció supra. Al no contarse con los insumes técnicos necesarios, que determinarían la factibilidad de otorgamiento de las concesiones, de acuerdo con el artículo 22 del RLGT, la Rectoría se encontraba limitada para instruir a SUTEL, de conformidad con el transitorio V de la citada

Ley, lo anterior dado que, no fue sino hasta el 15 de mayo de 2009, que se recibió el Informe No. 225-SUTEL-2009, mismo que fue ampliado, mediante oficio No. 250-SUTEL-2009, por parte del órgano regulador el 22 de mayo de 2009, sin contener la información del Grupo ICE y que era la más importante, puesto que las bandas objeto de concurso, estaban asignadas a esta empresa. Dada la negativa a la entrega de información a SUTEL, mediante nota No. DM-1013 de fecha 17 de junio de 2009, el Poder Ejecutivo solicitó al ICE devolver las frecuencias indispensables para iniciar el proceso de apertura de las telecomunicaciones celulares conforme al artículo 10 del RLGT. Ante lo cual el ICE el 27 de agosto de 2009, mediante oficio No. 0012-207-2009, indicó que no se consideraba competente para reasignar o renunciar a frecuencias de manera unilateral, no admitió emplear dicho artículo para devolver las frecuencias de manera unilateral y declaró su disposición de colaborar con el Poder Ejecutivo en el cumplimiento de la legislación vigente. Por lo expuesto, es que el Poder Ejecutivo mediante oficio No. DM-1572-2009, solicitó al Consejo Director del ICE, *“la suscripción de un acuerdo con el Poder Ejecutivo con fundamento en el artículo 22.2.d) de la LGT, debiendo ambas partes establecer en él los procedimientos, plazos, condiciones, costos y demás derechos y obligaciones que correspondan en aras de cumplir el mandato legal de garantizar el uso eficiente, efectivo, oportuno, objetivo, no discriminatorio y transparente del espectro radioeléctrico, en aras de asegurar la competencia efectiva del mercado de las telecomunicaciones en el país”*. No es sino hasta el 11 de setiembre de 2009 que el ICE, mediante oficio No. 0012-245-2009 indicó que dio por recibida la solicitud de suscripción de Acuerdo Mutuo con el Poder Ejecutivo, con fundamento en el artículo 22.2.d) de la LGT; y fue hasta el 17 de diciembre de 2009 que el ICE, por medio de oficio No. 0012-365-2009, informó que su Consejo Directivo había autorizado al señor Pedro Pablo Quirós para que firmara el Mutuo Acuerdo con el Poder Ejecutivo, mismo que se suscribió al día siguiente, es decir, el 18 de diciembre de 2009. El ICE citó el artículo 21 de la LGT, y lo relacionó con el proceso de adecuación, proceso que es totalmente diferente a la reasignación, ya que como quedó demostrado supra, la adecuación solo viene a ajustar a la ley vigente en materia de telecomunicaciones, los títulos habilitantes otorgados con anterioridad a la promulgación de la misma, por ende, no es potestad del Poder Ejecutivo, por medio de este procedimiento, reasignar espectro

radioeléctrico o extinguir concesiones de administrados. En este sentido, no es aceptable que el ICE señale que no se cumplieron con los requisitos del artículo 21 de la LGT, ya que dicho artículo no es de aplicación para el procedimiento realizado, puesto que el Poder Ejecutivo no ha llevado a cabo ninguna reasignación o rescate de frecuencias, lo cual se observa del desglose de actuaciones de la Rectoría, dentro de las cuales no se señala en ningún momento la utilización de dicho procedimiento. Ante lo cual resulta evidente que no tenía la obligación de justificar su actuar con ninguna de las causales de dicho artículo. En cuanto a las manifestaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL). La Superintendencia de Telecomunicaciones señaló en su informe: "(...) por la ausencia de una solución técnica por parte del Poder Ejecutivo en el tema de frecuencias de microondas, la Superintendencia de Telecomunicaciones no ha estado en capacidad de publicar dicho cartel" En relación a esta acotación se procede a realizar un análisis de las competencias de la Rectoría de Telecomunicaciones (RETEL) y de SUTEL en cuanto al procedimiento que se ha seguido para la apertura de telecomunicaciones sobre el tema de microondas. COMPETENCIAS DE RETEL Y SUTEL: a) En cuanto a un procedimiento de rescate. RETEL constituye el órgano rector del Sector Telecomunicaciones y como tal cumple una serie de funciones. Entre ellas, caben resaltar las siguientes dispuestas por el artículo 39 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones sean: a. Formulación de políticas para el uso y desarrollo de las telecomunicaciones (inciso a); b. Velar porque dichas políticas sean ejecutadas por las distintas entidades, sean públicas o privadas, que participan en el Sector (inciso c); c. 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 que se separe de dicho criterio, el Poder Ejecutivo deberá justificar las razones de orden público o interés nacional que lo sustenten. Por su parte, a SUTEL según el artículo 59 de la Ley de ARESEP N° 7593, le corresponde regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones; para lo cual se rige por lo dispuesto en las leyes y en las demás disposiciones reglamentarias que resulten aplicables. Particularmente, resaltan funciones específicas como las

siguientes (artículo 73 Ley N° 8660): a. 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 (inciso g); b. Velar porque los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria, de manera tal que tengan acceso todos los operadores y proveedores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones (inciso j). En cuanto al procedimiento concursal señala que a partir del artículo 12 de la LGT se regula el procedimiento concursal, el que dispone el ámbito competencial tanto de RETEL así como de SUTEL, lo anterior sin detrimento de otras disposiciones particulares y específicas como parte de las pautas a seguir en el proceso. Así las cosas, señala que corresponde al Poder Ejecutivo, y por ende a RETEL, el otorgamiento de las concesiones de frecuencias para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones por medio del procedimiento de concurso público, de conformidad con la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento. Por su parte, corresponde a SUTEL instruir el procedimiento. Más, de forma previa, ha de realizar los estudios necesarios que permitan determinar la necesidad y factibilidad del otorgamiento de las concesiones, de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones y las políticas sectoriales. Lo anterior, resulta razonable en el tanto que SUTEL constituye el órgano técnico y por ende, asesor del Poder Ejecutivo en esta materia. De aquí la necesidad, sine qua non, de la emisión del informe técnico respectivo como fase previa a la instrucción del concurso. Igualmente, en virtud de ese carácter técnico asesor que posee, al momento de evaluar las ofertas elegibles presentadas en el concurso, el párrafo segundo del artículo 16 de la LGT indica que corresponde a SUTEL recomendar al Poder Ejecutivo si la adjudicación procede o no. Por su parte, la Rectoría, podrá desestimar todas las ofertas cuando considere que estas no se ajustan al cartel, a los objetivos y las metas definidos en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, a lo dispuesto en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias o a los acuerdos, tratados y convenios internacionales de telecomunicaciones ratificados por Costa Rica. Aclara que según el inciso c), del artículo 39 de la Ley No. 8660 ya mencionado, el Poder Ejecutivo puede apartarse del criterio de SUTEL de forma razonada. En

cuanto al procedimiento de reasignación o rescate de frecuencias del espectro radioeléctrico rige lo dispuesto por el artículo 21 de la LGT. Concretamente, ese numeral indica que procede el rescate cuando: Lo exijan razones de interés público o utilidad pública; Lo exijan razones de eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico; Se requiera para poner en práctica nuevas tecnologías; Sea necesario para resolver problemas de interferencia; Exista una concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva; Sea necesario para cumplir tratados internacionales suscritos por el país. El segundo párrafo del mencionado numeral 21 es el que determina el ámbito competencial. Así las cosas, corresponde a SUTEL (su Consejo) recomendar previamente al Poder Ejecutivo 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. Por su parte, el Poder Ejecutivo acuerda o no la respectiva reasignación. Claro está, de apartarse debe hacerlo de forma razonada según lo dispone el artículo 39 en su inciso c) de la Ley N° 8660. De las consideraciones expuestas queda claro que el rol competencia que posee SUTEL respecto a los procedimientos de concurso público así como de reasignación de frecuencias, se encuentra directamente relacionado con su carácter de órgano técnico y, por lo tanto, asesor en esta materia. Mientras que el Poder Ejecutivo toma la posición de órgano decisor, y, por ende, político, que puede apartarse del criterio técnico de manera razonada. Análisis de la documentación presentada por SUTEL respecto a la necesidad de incluir las frecuencias de microondas en concurso. Al respecto, indica que el 08 de mayo de 2009 el Ministro de MINAET, mediante oficio N° DM-741-2009, solicitó formalmente a la SUTEL realizar el estudio técnico sobre el estado del espectro radioeléctrico para determinar la factibilidad del otorgamiento de concesiones de bandas de frecuencia. Ante esta solicitud, SUTEL, mediante informe N° 225-SUTEL-2009, hizo entrega del documento denominado "Informe Técnico sobre el Uso y Asignación del Espectro Radioeléctrico en Costa Rica" en el que, entre otras cosas, concluye que considerando los niveles de ocupación del espectro radioeléctrico en las bandas comerciales para servicios de telecomunicaciones móviles, así como las mejores prácticas en cuanto al uso eficiente del recurso escaso, es factible la reasignación del espectro para dar cabida, de forma inmediata, a tres nuevos operadores en las bandas de 850 MHz, 1800

MHz y 1,9/2,1 GHz. Asimismo, se determinó que en el caso de la banda de 900 MHz, es técnicamente viable la disposición de ésta para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles para dos nuevos operadores en segmentos de 2x10MHz cada uno. No obstante, al considerar los procesos de reasignación de al menos 70 concesionarios en esta banda y las indemnizaciones correspondientes, se recomienda que este espectro sea liberado en forma paulatina para estar disponible en el mediano plazo. En cuanto al proceso de concurso público para el otorgamiento de concesiones, con el fin de obtener los mayores ingresos por bandas, se recomienda iniciar este proceso con las bandas de 850 MHz y 1800 MHz de forma simultánea y en el mediano plazo la banda de 1,9/2,1 GHz y finalmente los segmentos de la banda de 900 MHz. Dada la alta concentración del espectro por parte del operador incumbente, se le debe ordenar el reacondo y reordenamiento de sus redes, con la finalidad de que el estado costarricense pueda disponer de este recurso y concesionario de tal forma que se asegure las posibilidades de competencia en el mercado de las telecomunicaciones móviles. De la misma forma, debe ordenarse al operador incumbente, el reordenamiento y reutilización de frecuencias utilizada para enlaces punto a punto, que permitan un mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico.” De las conclusiones del informe se evidencia que SUTEL de los estudios previos ordenados por ley, solamente los realizó para las bandas de 850 MHz, 900 MHz, 1800 MHz y 1,9/2,1 GHz; más no así, para las bandas microondas utilizadas para enlaces punto a punto, mencionando únicamente en este sentido el tema de la reutilización por parte del operador incumbente, lo que no constituye por sí misma un estudio técnico que justifique cualquier acción que deba tomar el Poder Ejecutivo sobre las mismas, ni mucho menos concluye que dichas frecuencias son imprescindibles para el concurso público que se estaba iniciando. El 22 de mayo del 2009 la SUTEL remitió mediante oficio N° 250-SUTEL-2009, el addendum al Informe sobre Uso y Asignación del Espectro Radioeléctrico en Costa Rica. En esta ampliación al informe, la SUTEL tampoco emite el estudio respectivo que justifique cualquier acción que deba tomar el Poder Ejecutivo sobre las frecuencias microondas para enlaces punto a punto. Reitera que, ni en el informe N° 225-SUTEL-2009, ni en su ampliación, 250-SUTEL-2009, la SUTEL indicó que las frecuencias microondas para enlaces punto a punto son imprescindibles para la implementación de los servicios de telefonía

móvil de acuerdo con la solicitud del Ministro de MINAET en su oficio N° DM-741-2009. El 02 de setiembre del 2009 el Ministro del MINAET, mediante oficio N° DM-1572-2009, solicita al Consejo Director del ICE, la suscripción de un acuerdo con el Poder Ejecutivo, con fundamento en el artículo 22.2.d) de la LGT, sobre la extinción de concesión de las bandas de frecuencias que SUTEL indica en su informe N° 225-SUTEL-2009 y la ampliación de éste, 250-SUTEL-2009, como necesarias para la implementación de servicios de telefonía móvil. No fue sino hasta el 7 de setiembre del 2009 que la SUTEL, mediante el informe N° 1190-SUTEL-2009, recomienda una asignación de canales para cada banda de frecuencias microondas para enlaces punto a punto con el fin de tener una distribución equitativa de las bandas entre el operador incumbente y los nuevos operadores de telefonía móvil. No obstante, lo recomendado en este informe requeriría una reasignación de todos los concesionarios de algunas bandas de frecuencias de microondas además de las de los operadores de telefonía móvil, sin incluir un análisis técnico que dé sustento a tal recomendación. Asimismo, no toman en cuenta los derechos adquiridos de los concesionarios sobre dichas frecuencias, ni los posibles perjuicios que se les causaría al realizar dicha acción. El 18 de diciembre del 2009 el Poder Ejecutivo, mediante resolución N° RT-24-2009-MINAET, adecuó los títulos habilitantes del ICE y resolvió en el punto 15 de la parte dispositiva lo siguiente: *“Indicarle al concesionario, que en los casos en que algunas de las frecuencias sean adecuadas para uso no exclusivo, los mecanismos técnicos que impidan la interferencia perjudicial al Instituto Costarricense de Electricidad, serán definidos en forma conjunta con la SUTEL, de acuerdo con las competencias establecidas en la Ley.”*

Con lo cual el ICE quedó notificado de la posibilidad de que la herramienta establecida por ley para determinar los usos y modo de asignación de las frecuencias (Plan Nacional de Atribución de Frecuencias) estableciera que algunas de las frecuencias iban a ser de asignación o uso no exclusivo. Al tenor de la recomendación de SUTEL en su informe N° 225-SUTEL-2009 del 15 de mayo del 2009 y la ampliación del mismo, N° 250-SUTEL-2009, el Poder Ejecutivo logra extinguir la concesión del ICE en las frecuencias mencionadas y poner a disposición del Estado las mismas como necesarias para la implementación de servicios de telefonía móvil por medio de la firma

del acuerdo mutuo con el ICE. El 15 de enero del 2010. SUTEL mediante oficio N° 45-SUTEL-2010, remite a la Rectoría el informe denominado "Informe de reutilización de frecuencias para enlaces de microondas en Costa Rica. No es sino hasta el 15 de marzo del 2010 que SUTEL, mediante informe N° 450-SUTEL-2010, presenta de manera extemporánea, sus observaciones y alegatos al proyecto citado y además indica: "Lo anterior por cuanto este informe - último mencionado - (oficio 45-SUTEL-2010, Informe de reutilización de frecuencias para enlaces de microondas en Costa Rica) busca subsanar la omisión del MINAET al no incluir en la instrucción de inicio del procedimiento concursal para la concesión de bandas de telefonía móvil (Decreto Ejecutivo No. DE-35.646-MP-MINAET), las bandas microondas indispensables para el establecimiento de comunicaciones entre los elementos de estas redes, tal y como se les recomendó en múltiples ocasiones a través del Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica, remitido al MINAET mediante oficio No. 225-SUTEL-2009, de fecha de 19 de mayo de 2009 y mediante oficio No.1190-SUTEL-2009 del 4 de setiembre del 2009 (Espectro radioeléctrico para radioenlaces en redes móviles). En cuanto a la anterior observación de SUTEL, ya quedó demostrado que en el oficio N° 225-SUTEL-2009, dicho órgano no indicó, en ningún momento, a la Rectoría que las bandas microondas fueran "indispensables para el establecimiento de comunicaciones entre las frecuencias determinadas como objeto de concurso". Igualmente, sobre el oficio N° 1190-SUTEL-2009 ya se demostró que este carecía del fundamento técnico suficiente para llevar a cabo el rescate de las frecuencias indicadas sin tomar en cuenta los derechos adquiridos de los concesionarios. Finalmente, pese a la remisión extemporánea de las observaciones y alegatos al proyecto de reforma del PNAF, la Rectoría, mediante oficio N° DVT-2010-102 de 26 de marzo de 2010, da respuesta a las observaciones y alegatos técnicos presentados por SUTEL indicándole que los mismos van a ser incorporados al decreto final y expresó consideraciones técnicas adicionales. El 6 de abril del 2010, la SUTEL, mediante oficio No. 540-SUTEL-2010, envió una nueva propuesta de modificación al PNAF en la que indica los siguientes puntos: El "Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica" realiza un estudio específico de las frecuencias microondas que utilizan los operadores de telefonía móvil como backhaul de sus redes. De las anteriores conclusiones

emanadas por SUTEL, se observa que dicho órgano insiste en que desde la presentación del “Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro en Costa Rica” ha dejado ver que las frecuencias de microondas son imprescindibles para llevar a cabo el concurso público y la Rectoría debía proceder a rescatarlas, cosa que como se ha evidenciado no se apega a la realidad de los hechos. Además, promueve la alternativa de “uso no exclusivo” reiterando lo dicho en el informe del 15 de enero del 2010 donde se indicó que la frecuencias deberían ser reutilizadas. Propuesta que la Rectoría había considerado desde mucho antes, como se comprueba de la simple lectura del punto 15 de la parte dispositiva de la Resolución RT-24-2009-MINAET, en la que se adecuó los títulos habilitantes del ICE. El 07 de abril del 2010 a las 09:00 a.m. se llevó a cabo en las instalaciones del Viceministerio de Telecomunicaciones, una reunión en la que participaron el Consejo de SUTEL, la señora Viceministra de Telecomunicaciones y funcionarios técnicos de ambas instituciones, en la que se discutieron temas referidos al oficio No. 540-SUTEL-2010 sobre microondas y el decreto de modificación al PNAF. A solicitud de la Viceministra, la reunión se grabó y se elaboró la minuta MI-GAER-2010-015. Entre varios de los puntos que se mencionaron en dicha reunión, consta que uno de los miembros del Consejo de SUTEL indicó expresamente que dicho órgano, en ningún momento ha elaborado un informe técnico que fundamente la reasignación de las frecuencias microondas para enlaces. Adicionalmente, se acordó que la SUTEL entregaría un informe ese mismo día en el cual fundamentaría la asignación no exclusiva de las microondas del operador incumbente, y no las de los demás concesionarios de este tipo de banda con el fin de crear un decreto de modificación al PNAF que sea viable. De acuerdo a lo convenido en la reunión del 7 de abril del 2010 citada en el punto anterior, ese mismo día la SUTEL, mediante oficio N° 548-SUTEL-2010, amplió el criterio sobre la bandas microondas de conformidad con la reunión de ese día y con el fin fundamentar las inquietudes planteadas en el oficio No. DVT-2010-102. Con esto, la Rectoría procede a modificar el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias y a emitir el respectivo Decreto Ejecutivo. De las anteriores consideraciones se concluye lo siguiente. El rol competencial que posee SUTEL, respecto a los procedimientos de concurso público así como de reasignación de frecuencias, se encuentra directamente relacionado con su carácter de órgano técnico y, por lo tanto, asesor en esta materia. SUTEL en su

informe No. 225-SUTEL-2009 del 15 de mayo de 2009 y su addendum 250-SUTEL-2009 del 22 de mayo de 2010, no realizó el estudio técnico referente al uso eficiente de las frecuencias de microondas, ni indica que las mismas son necesarias para implementar el servicio de telefonía móvil, tal y como se lo solicitó el Poder Ejecutivo en su oficio No. DM-741-09, del 8 de mayo de 2009, por lo que, no tenía el Poder Ejecutivo porque presumir algo que el órgano técnico no menciona en ese momento. Igualmente, se demuestra que no es sino hasta el día 15 de enero de 2010, que SUTEL propone que las frecuencias de microondas en uso del ICE se utilicen o asignen de manera no exclusiva, lo cual tampoco significa estudio técnico ni tampoco se señala la necesidad de las mismas para el concurso, aunado que dicha propuesta se manifiesta mucho tiempo después de haberse realizado el mutuo acuerdo con el ICE y publicado el Decreto de Instrucción a SUTEL. La Superintendencia, en ningún momento, ha entregado a la Rectoría un informe técnico que justifique y fundamente el rescate de las frecuencias de microondas, tal y como lo ratificó uno de los miembros de SUTEL en la reunión sostenida el día 7 de abril de 2010. La LGT establece como uno de los requisitos de inicio del concurso público para concesionar frecuencias del espectro radioeléctrico, la emanación de informes técnicos por parte de SUTEL; y ante la ausencia de éstos en el tema de microondas, el Poder Ejecutivo estaba imposibilitado legalmente para iniciar procedimiento alguno que pretendiera la concesión de dichas frecuencias. Por todo lo anterior, en su criterio, la SUTEL yerra al manifestar que *“por la ausencia de una solución técnica por parte del Poder Ejecutivo”* ha estado imposibilitada a publicar el cartel, puesto que es la SUTEL la responsable de establecer la necesidad de las microondas para la apertura, mediante un estudio técnico válido y con los requerimientos de ley factibles que justifiquen e instruyan el actuar del Poder Ejecutivo en ese sentido.

17.-En la substanciación del proceso se ha observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado **Jinesta Lobo**; y,

CONSIDERANDO:

I.-OBJETO DEL RECURSO. Los recurrentes reclaman que a la fecha

de interposición de este proceso de amparo, el Poder Ejecutivo no ha dictado el acto de inicio del procedimiento para la asignación de las concesiones de banda de frecuencia de telefonía celular, en contravención de lo dispuesto en el Transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley No. 8642. Arguyen que esa omisión conculca los derechos de los consumidores pues, de haberse cumplido con lo estipulado, podrían acceder a los servicios inalámbricos móviles que brinden distintos proveedores en el mercado.

II.-HECHOS PROBADOS. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos: **1)** El **19 de diciembre de 2008**, los miembros del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones fueron ratificados por la Asamblea Legislativa (folio 11, informe folio 26). **2)** El **01 de enero de 2009** entró en vigencia el Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos (TLC) (folio 25). **3)** El **26 de enero de 2009**, el Consejo de la SUTEL entró en funciones (informe folio 26). **4)** El Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones mediante resolución No. RCS-005-2009 de las 16:00 horas de **20 de febrero de 2009**, ordenó que los concesionarios aportaran la información relacionada con las bandas de frecuencia que tenían asignadas así como el uso que estuvieran haciendo de ellas —a tenor de lo dispuesto en el Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones—, fijándose el **26 de abril de 2009** como fecha límite para presentar ese documento (informe folio 27). **5)** Mediante oficio No.0060-0103-2009 de **27 de abril de 2009**, recibido el **28 de abril de 2009** en el despacho del Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, el Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad presentó el informe de las bandas de frecuencia que tenían asignadas y el uso que le estaban dando el Instituto Costarricense de Electricidad, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz y Radiográfica Costarricense S.A. (folios 136-144). **6)** En relación con el oficio indicado en el hecho inmediato anterior, a través del oficio No. DVT-167-2009 de **4 de mayo de 2009**, recibido el **08 de mayo de 2009**, la Viceministra de Telecomunicaciones le indicó al Presidente de ICE que estaba confundiendo el procedimiento para la presentación del informe de bandas de frecuencia y el procedimiento de adecuación de títulos habilitantes. Por esta razón, le solicitó que rindiera a la SUTEL, el informe

sobre las bandas del espectro radioeléctrico y el uso que se estaba haciendo de ellas, conforme el Transitorio IV de la Ley No.8642, Ley General de Telecomunicaciones (documento sin foliatura en copias aportadas al proceso) **7)** A través del oficio No. DVT-172-2009 de **5 de mayo de 2009**, recibido el **8 de mayo de 2009**, la Viceministra de Telecomunicaciones le reiteró al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad que debía presentar ante la SUTEL, el informe sobre las bandas del espectro radioeléctrico y el uso que se estaba haciendo de ellas así como cualquier otro documento pertinente (informe folio 28, documentos sin foliatura en copias aportadas al proceso). **8)** Mediante oficios Nos. DM-741-09 y DVT-183-09, ambos de **08 de mayo de 2009**, el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones y la Viceministra de Telecomunicaciones le solicitaron al Presidente del Consejo de Superintendencia de Telecomunicaciones que, en atención a lo dispuesto en el Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones, rindiera el informe técnico sobre el estado del espectro radioeléctrico para determinar la factibilidad de otorgamiento de concesiones de bandas de frecuencia, fijando como plazo el **15 de mayo de 2009** (folio 81-83 copia certificada del expediente administrativo). **9)** A través del oficio No. 0060-0120-2009 de **08 de mayo de 2009**, recibido el 11 de ese mismo mes y año, el Presidente Ejecutivo del ICE presentó ante el Ministerio de la Presidencia, una propuesta para garantizar las frecuencias necesarias para la concesión de la telefonía celular con las frecuencias asignadas al ICE (folio 64-65 copia certificada del expediente administrativo aportada al proceso). **10)** El **15 de mayo de 2009**, mediante oficio No. 225-SUTEL-2009, el Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones remitió al Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones el *"Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica"*; documento que fue adicionado mediante el oficio No.250-SUTEL-2009 el **22 de mayo de 2009** (folios 67, 197 copia certificada del expediente administrativo, informe folio 28, folio 92). **11)** De acuerdo con los estudios del espectro radioeléctrico se determinó que las bandas apropiadas para otorgar en concesión las tiene asignadas el Instituto Costarricense de Electricidad y RACSA (informe folio 28). **12)** Mediante oficio No. DVT-234-2009 de **08 de junio de 2009**, recibido el **10 de junio de 2009**, la Viceministra de Telecomunicaciones le solicitó al Presidente Ejecutivo del ICE, una

información relacionada con el uso de las frecuencias, posición geográfica de las estaciones y el tipo de antena utilizada en cada caso respecto de las frecuencias detalladas en ese documento (folio 302-303 copia certificada del expediente administrativo). **13)** A través del oficio No. DM-10-13-09 de **17 de junio de 2009**, el Ministro de Energía, Ambiente y Telecomunicaciones le solicitó al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad que procediera a la reasignación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico detalladas en ese documento (folio 306 copia certificada del expediente administrativo). **14)** Mediante oficio No. 0012-207-2009 de **27 de agosto de 2009**, el Secretario del Consejo Directivo del ICE le manifestó al Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones que esa institución no era competente para reasignar las frecuencias de manera unilateral, rechazando la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento a la Ley de Telecomunicaciones (folio 304-305 copia certificada del expediente administrativo). **15)** Por oficio No. 0012-2008-2009 de **27 de agosto de 2009**, el Secretario del Consejo Directivo del ICE le remitió al Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, el *“Informe Técnico sobre uso y disposición de bandas celulares del ICE”* (309-310 copia certificada del expediente administrativo). **16)** Por oficio No. OF-DVT-302-2009 de **27 de agosto de 2009**, la Viceministra de Telecomunicaciones le remitió al Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, el informe técnico No. PRO-DVT-006 denominado *“Informe técnico sobre el criterio 225-SUTEL-2009 de 15 de mayo de 2009 y su Adendum de fecha 22 de mayo de 2009 en relación con el “informe técnico sobre uso y disposición de bandas celulares del ICE”* (folios 335-336 ibidem). **17)** Por oficio No. DM-1572-2009 de **02 de setiembre de 2009** del Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones le solicitó al Consejo Directivo del ICE, la suscripción de un acuerdo con el Poder Ejecutivo con fundamento en el artículo 22.2, d), de la Ley General de Telecomunicaciones, debiendo ambas partes establecer los procedimientos, plazos, condiciones, costos y demás derechos y obligaciones correspondientes en aras de cumplir el mandato legal de garantizar el uso eficiente, efectivo, oportuno, no discriminatorio y transparente del espectro radioeléctrico y asegurar la competencia efectiva del mercado de telecomunicaciones en el país (folio 351-361 ibidem). **18)** Mediante oficio No.1190-SUTEL-2009 de **4 de setiembre de 2009**, denominado *“Espectro Radioeléctrico para radioenlaces en*

redes móviles”, la SUTEL recomendó a la Viceministra de Telecomunicaciones, la distribución de las bandas del espectro radioeléctrico para que se posibilite la entrada de nuevos operados de redes móviles al mercado (folio 146-151 copia aportada al proceso). 19) Por resolución de las 11:00 horas de **9 de setiembre de 2009** del Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, se acogieron las recomendaciones del Estudio técnico sobre el criterio 225-SUTEL-2009 del 15 de mayo de 2009 y su Adendum de fecha 22 de mayo de 2009 en relación con el “Informe Técnico sobre uso y Disposición de Bandas Celulares del ICE”. Asimismo, se dispuso acoger los criterios indicados por la SUTEL en torno a la ocupación de las Bandas GSM-900 MHz., GSM-1800 MHz. Y GSM-1900/2100 MHz. Además, se decidió apartar del criterio técnico de la SUTEL, únicamente, respecto a la ocupación de la banda 850 MHz. y mantener para el ICE cuatro espacios de 2x5 MHz; realizando una segmentación de esta banda en rangos de 5 MHz (uplink/downlink), de modo que se concentren las comunicaciones del operador incumbente en 2x20 MHz (20 MHz. uplink y 20 MHz. downlink). (folios 364-374 copia del expediente administrativo). **20)** Por oficio No. 0012-245-2009 de **11 de setiembre de 2009** el Secretario del Consejo Directivo del Instituto Costarricense de Electricidad le remitió a la Viceministra de Telecomunicaciones, el acuerdo adoptado por ese Órgano en el artículo 4 de la sesión extraordinaria No.5883 de **8 de setiembre de 2009**, en relación con la solicitud del MINAET de elaborar un acuerdo mutuo sobre el espectro radioeléctrico. Al respecto, se dispuso lo siguiente: *“Dar por recibida la solicitud presentada por el Poder Ejecutivo y remitirla a la Administración y a la División Jurídica Institucional, para que brinden las recomendaciones correspondientes”* (folio 409-410 ibidem). **21)** Por oficio No. 1793-SUTEL-2009 de **7 de diciembre de 2009**, recibido el **09 de diciembre de 2009**, la Presidente a.i. de la Superintendencia de Telecomunicaciones le solicitó a la Viceministra de Telecomunicaciones, un informe sobre el estado actual de las negociaciones con el operador incumbente para el rescate de las frecuencias y la fecha estimada para el inicio del proceso concursal (folios 93-94). **22)** Por oficio No. DM-2318-2009 de **18 de diciembre de 2009**, recibido el **4 de enero de 2010** en la Superintendencia de Telecomunicaciones, la Ministra a.i. de Ambiente Energía y Telecomunicaciones remitió a ese órgano los *“Lineamientos técnicos adicionales del Ministro Rector en cumplimiento de lo dispuesto en el*

artículo 2 del decreto ejecutivo N° DE-35646-2009-MP-MINAET” (informe folio 103, documento a folios 106-123). **23)** El 18 de diciembre de 2009, el Poder Ejecutivo y el ICE suscribieron un convenio denominado *“Acuerdo Mutuo de Extinción de Concesiones”* (informe folio 77). **24)** Mediante Decreto Ejecutivo No.35646-MP-MINAET, publicado en el Alcance No.51 en La Gaceta No.248 de **22 de diciembre de 2009**, el Poder Ejecutivo instruyó a la Superintendencia de Telecomunicaciones a fin que inicie el procedimiento concursal público para el otorgamiento de bandas de espectro radioeléctrico dispuesto por los artículos 11 siguientes y concordantes de la Ley General de Telecomunicaciones (folio 69-70). **25)** Mediante oficio No. 45 SUTEL de **13 de enero de 2010**, la Superintendencia de Telecomunicaciones remitió el informe denominado *“Informe de Reutilización de frecuencias para enlaces de microondas en Costa Rica”*. **El 15 de enero de 2010** se presentó ese documento en el despacho de la Viceministra de Telecomunicaciones (folio 100, 101, informe folio 77-78, folio 185). **26)** En el Alcance No. 3 de La Gaceta No.30 de **12 de febrero de 2010**, el Poder Ejecutivo publicó el proyecto para reformar los artículos 18, 19 y 20 del Decreto Ejecutivo No. 35.257-MINAET, Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, otorgando un plazo de diez días para que los interesados plantearan sus observaciones y alegatos (folio 185, La Gaceta Digital). **27)** Mediante informe No. 450-SUTEL-2010, presentado el **15 de marzo de 2010**, la SUTEL brindó su criterio respecto del Informe IT-GAER-2010-005 en el que se realizó un análisis de las recomendaciones de la Superintendencia para la modificación del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (documento sin foliatura copia aportada al proceso). **28)** Por oficio No. DVT-2010-102 de **26 de marzo de 2010**, la Rectoría de Telecomunicaciones le planteó a la SUTEL, una serie e inquietudes respecto del tema de microondas, analizado en los oficios Nos. 45-SUTEL-2010 de 15 de enero de 2010 y 450-SUTEL2010 de 19 de marzo de 2010 (copia sin foliar copia aportada al proceso). **29)** Por oficio No.540-SUTEL-2010 de **6 de abril de 2010**, la SUTEL envió al Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones una propuesta de modificación al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, Asignación de bandas de microondas, oficio No. DVT-2010-102 MINAET (copia sin foliar copia aportada al proceso). **30)** El **07 de abril de 2010** se realizó una reunión en la que participaron la Viceministra de Telecomunicaciones y el Consejo de la SUTEL así como otros funcionarios de ambas dependencias

para discutir la reforma del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias Microondas, en la que se llegaron a los siguientes acuerdos:

“A.-SUTEL se compromete a remitir una ampliación técnica donde se solucionen las inquietudes expuestas: a. Fundamental que la razón de la discriminación es para que se compartan las microondas entre iguales y por un tema de mercado (operador móvil con operador móvil). b. En la misma vía, indicar que el ICE es el único operador móvil en el país y por lo que solo se deben de afectar las microondas de este. B.- SUTEL se compromete a retirar las modificaciones nuevas para pasarlas a una siguiente modificación del PNAF con el fin de evitar tener que publicar para consulta el PNAF de nuevo” (copia sin foliar copia aportada al proceso).

31) Por oficio No. 548-SUTEL-2010 de **7 de abril de 2010**, la SUTEL le envió a la Viceministra de Telecomunicaciones una ampliación a la nota No. 540-SUTEL-2010 que es respuesta al oficio No. DVT-2010-102-MINAET (copia sin foliar copia aportada al proceso). **32)** A las 14:00 horas del **21 de mayo del 2010** se realizó la audiencia pública previa en la licitación pública No. 2010LI-000001-89900 “Concesión para el Uso y Explotación de Espectro Radioeléctrico para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones Móviles” (acta visible en la página <http://www.aresep.go.cr/docs>).

III.-DERECHO A UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PRONTO Y CUMPLIDO.

Las administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades, competencias o atribuciones deben conocer y resolver en la sede administrativa o gubernativa previa, a través de un procedimiento, múltiples solicitudes de los administrados o usuarios de los servicios públicos a efecto de obtener un acto administrativo final, cuyo contenido psíquico puede ser volitivo, de juicio o de conocimiento. Ese acto administrativo conclusivo de un procedimiento administrativo puede otorgar o reconocer derechos subjetivos o intereses legítimos — situaciones jurídicas sustanciales— (actos favorables) o bien suprimirlos, denegarlos o imponer obligaciones (actos de gravamen o ablatorios). Es lógico y sensato que no puede haber una justicia administrativa inmediata, puesto que, la administración pública y sus órganos requieren de un plazo prudencial para tramitar de forma adecuada la

respectiva petición y dictar la resolución administrativa más acertada y apegada a la verdad real de los hechos que constituyen el motivo del acto final. Lo anterior significa que entre el pedimento inicial formulado por el administrado y su resolución final debe mediar un tiempo fisiológicamente necesario (*vacatio o distantia temporis*), impuesto por la observancia de los derechos fundamentales de aquel (debido proceso, defensa, bilateralidad de la audiencia o contradictorio) y la mejor satisfacción posible de los intereses públicos. No debe perderse de perspectiva que el procedimiento administrativo se define como un conjunto de actos —del órgano administrativo director, decisor y del propio gestionante— concatenados y teleológicamente vinculados o unidos que precisan de tiempo para verificarse. Consecuentemente, la substanciación de las solicitudes formuladas por los administrados requiere de un tiempo necesario que garantice el respeto de los derechos fundamentales de éstos, una ponderación adecuada de los elementos fácticos, jurídicos, del interés particular, de terceros y de los intereses públicos involucrados. Sin embargo, lo anterior no legitima jurídicamente a las administraciones públicas para que prolonguen indefinidamente el conocimiento y resolución de los asuntos que los administrados les han empeñado, puesto que, en tal supuesto los procedimientos se alargan patológicamente por causas exclusivamente imputables a éstas, siendo que los administrados no tienen el deber o la obligación de tolerar tales atrasos y dilaciones indebidas. El Derecho a una justicia pronta y cumplida del ordinal 41 de la Constitución Política no se limita, en el Derecho Administrativo, al ámbito jurisdiccional, esto es, a los procesos que conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa creada en el artículo 49 del mismo cuerpo normativo supremo, sino que se proyecta y expande con fuerza, también, a la vía administrativa o gubernativa previa a la judicial, esto es, a los procedimientos administrativos. De modo y manera que es un imperativo constitucional que los procedimientos administrativos sean, igualmente, pronto, oportunos y cumplidos en aras de valores constitucionales trascendentales como la seguridad y la certeza jurídicas de los que son merecidos acreedores todos los administrados. Precisamente por lo anterior, los procedimientos administrativos se encuentran informados por una serie de principios de profunda raigambre constitucional, tales como los de prontitud y oportunidad (artículo 41 de la Constitución Política), más conocido como de celeridad o rapidez (artículos 225,

párrafo 1º, y 269, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), eficacia y eficiencia (artículos 140, inciso 8, de la Constitución Política, 4º, 225, párrafo 1º, y 269, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), simplicidad y economía procedimentales (artículo 269, párrafo 1º, ibidem). Estos principios rectores de los procedimientos administrativos, le imponen a los entes públicos la obligación imperativa de substanciarlos dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, es decir, sin retardos graves e injustificados para evitar la frustración, la eventual extinción o la lesión grave de las situaciones jurídicas sustanciales invocadas por los administrados por el transcurso de un tiempo excesivo e irrazonable. El privilegio sustancial y posicional de las administraciones públicas, denominado autotutela declarativa y que, a la postre, constituye una pesada carga para los administrados, no debe invertirse y ser aprovechado por éstas para causarle una lesión antijurídica al administrado con la prolongación innecesaria de los procedimientos administrativos.

IV.-CASO CONCRETO. Los recurrentes centran su alegato en el retardo del Poder Ejecutivo para iniciar el procedimiento para la asignación de las concesiones de banda de frecuencia de telefonía celular, en contravención de lo dispuesto en el Transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley No. 8642. Arguyen que, además, con ese retardo se afectan otros derechos fundamentales, concretamente, el derecho de los consumidores a elegir distintas opciones de servicios de Internet y telefonía celular. Partiendo del elenco de hechos demostrados, se tiene que, desde el 26 de enero de 2009, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones entró en funciones (informe folio 26), siendo que esa autoridad, por resolución No. RCS-005-2009 de las 16:00 horas de 20 de febrero de 2009, ordenó que los concesionarios aportaran la información relacionada con las bandas de frecuencia que tenían asignadas así como el uso que estuvieran haciendo de ellas —a tenor de lo dispuesto en el Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones—, fijándose el 26 de abril de 2009 como fecha límite para presentar ese documento. Posteriormente, luego que realizaron los estudios técnicos relacionados con el estado actual del uso del espectro radioeléctrico y que se determinara la factibilidad y necesidad de otorgar en concesión los segmentos de frecuencia recomendados por la SUTEL en el estudio No. 225-SUTEL-2009 de 15 de mayo de 2009

y su *Adendum* de 22 de mayo de 2009, el Poder Ejecutivo —conforme lo dispuesto en el Transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones—, mediante Decreto Ejecutivo No.35646-MP-MINAET, publicado en el Alcance No.51 en La Gaceta No.248 de 22 de diciembre de 2009, se instruyó a la Superintendencia de Telecomunicaciones a fin que iniciara el procedimiento concursal público para el otorgamiento de bandas del espectro radioeléctrico dispuesto por los artículos 11 siguientes y concordantes de la Ley General de Telecomunicaciones (folio 69-70). Ahora bien, para analizar si, en el caso concreto, transcurrió un plazo irrazonable para que el Poder Ejecutivo dictara la decisión inicial, debe atenderse a lo dispuesto en el transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones, norma que establece en lo que interesa lo siguiente: “*En el plazo máximo de tres meses, contado desde la integración del Consejo de la Sutel, el Poder Ejecutivo gestionará ante la Sutel el inicio de los procedimientos correspondientes para el otorgamiento de las concesiones de las bandas de frecuencia de telefonía celular u otras bandas requeridas, de conformidad con los principios de esta Ley, el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y las políticas sectoriales.*” Partiendo de ese precepto, este Tribunal observa que el plazo de **once meses** transcurrido entre la integración y entrada en funciones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones —lo que ocurrió el 26 de enero de 2009— y la fecha en que el Poder Ejecutivo dictó el inicio del procedimiento —sea, el 22 de diciembre de 2009—, se estima irrazonable y desproporcionado. Incluso, debe llamarse la atención que, aún a la fecha, no se ha concretado la apertura real del mercado de las telecomunicaciones pues todavía persisten las dificultades en cuanto al tema de las frecuencias de enlaces microondas. Es claro que, tratándose de la apertura del mercado de las telecomunicaciones, debían realizarse una serie de actuaciones, por parte de los distintas autoridades involucradas, esencialmente, aquellas encaminadas a definir el estado del espectro radioeléctrico, así como la factibilidad y necesidad de otorgar en concesión los segmentos de frecuencia. Esto, sin duda alguna, es una tarea que debía realizarse en forma cuidadosa atendiendo al fin público en juego. No obstante, aún cuando el artículo 41 de la Constitución Política no ha constitucionalizado un derecho a los plazos, en el caso de marras transcurrió el tiempo suficiente para que quedaran superados los escollos y lagunas interpretativas —que se alegan en este proceso constitucional— y se actuara con la diligencia

que las circunstancias ameritaban. Retardo que, a su vez, incidió en el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales que se indican en el considerando subsiguiente.

V.-DERECHOS FUNDAMENTALES CONCULCADOS. En cuanto a este último punto, 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 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. Partiendo de lo expuesto, concluye este Tribunal Constitucional que el retardo verificado en la apertura del mercado de las telecomunicaciones ha quebrantado no solo el derecho consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política sino que, además, ha incidido en el ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales como la libertad de elección de los consumidores consagrada en el artículo 46, párrafo in fine, constitucional, el derecho de acceso a las nuevas tecnologías de la información, el derecho a la igualdad y la erradicación de la brecha digital (info-exclusión) –artículo 33 constitucional-, el derecho de acceder a la internet por la interfase que elija el consumidor o usuario y la libertad empresarial y de comercio.

VI.-COROLARIO. En virtud de las consideraciones expuestas, se impone declarar con lugar el recurso con las consecuencias que se detallan en la parte dispositiva de esta sentencia.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso. En consecuencia, se le ordena a Teófilo de la Torre Argüello, en su condición de Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, George Miles Rojas, en su condición de Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones y Pedro Pablo Quirós Cortés, en su condición de Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad, o a quienes ocupen esos cargos, que coordinen y realicen las acciones pertinentes dentro de la esfera de sus competencias, para la realización efectiva y conclusión definitiva de los concursos públicos a efecto de otorgar las concesiones para las bandas de frecuencia de telefonía celular u otras ondas. Lo anterior, deberán cumplirlo dentro del plazo de **TRES MESES** contado a partir de la comunicación de la parte dispositiva de esta sentencia, bajo la advertencia que, de no hacerlo, podrán incurrir en el delito de desobediencia conforme lo dispone el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, norma que advierte que se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en

un recurso de amparo y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado, al Instituto Costarricense de Electricidad y a la Superintendencia de Telecomunicaciones, al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los cuales se liquidarán en el proceso de ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese a las autoridades recurridas en forma personal. **COMUNÍQUESE a todas las partes y a la Presidente de la República.**

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

Aracelly Pacheco S.

Víctor Ardón A.

Doris Arias M.

DERECHO DE ACCESO A INTERNET.

Exp : 11-001590-0007-CO Res. N° 2011004142

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas y cuarenta y seis minutos del veintinueve de marzo del dos mil once.

Recurso de amparo interpuesto por [nombre 001], cédula de identidad No. [valor 001], contra el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD.**

RESULTANDO:

1.-Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las once horas cuarenta y cinco minutos del diez de febrero de dos mil once, la recurrente interpuso recurso de amparo y manifestó que reside en Alajuelita, específicamente detrás del Liceo de esa localidad. Indica que se presentó ante el instituto recurrido a solicitar el servicio de Internet residencial, pero se le denegó el servicio aduciendo que no había cobertura en el lugar donde vive. Menciona que el acceso a la Internet fue contemplado recientemente como un derecho fundamental, por lo cual considera que la denegatoria violenta sus derechos fundamentales, todavía con más razón si se toma en cuenta que lo requiere para sus estudios universitarios. Considera que se le discrimina y, además, es contradictorio que empresas privadas de televisión por cable sí cuentan con la señal necesaria para brindar el servicio, pero no el ICE que es una institución pública obligada a suministrar el servicio.

2.-Por resolución de las dieciséis horas veintiocho minutos del diez de febrero de dos mil once, se le dio curso al proceso y se requirió informe al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad.

3.-Informa bajo juramento, Ileana María Camacho Rodríguez, en su condición de Apoderada General Judicial sin límite de suma del Instituto Costarricense de Electricidad, que es a partir de la Ley General de Telecomunicaciones que los servicios que prestan las operadoras no revisten el carácter de servicio público sino que se indica que son servicios disponibles al público y a pesar de que su prestación queda genéricamente abierta al régimen de libre competencia, la indudable utilidad pública de tales prestaciones ha obligado al legislador a buscar una fórmula que garantice la plena satisfacción del interés general en un contexto de libre competencia. Precisa que la solución la constituye la imposición de obligaciones de servicio público a los operadores, a fin de asegurar a todos los ciudadanos un mínimo común de servicios en condiciones de igualdad y a un precio asequible. Aclara que las obligaciones deben ser cumplidas bajo el control de la Superintendencia de Telecomunicaciones con respecto a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los criterios de calidad que

reglamentariamente se determinen. Sostiene que el inciso 1) del artículo 6 de la ley de cita, indica que el acceso universal es un deber y un derecho para los operadores y para los usuarios, se condiciona este acceso, a un costo y que se disponga del mismo a una distancia razonable de los domicilios, es decir, no es procedente entender el derecho de acceso universal a que el mismo se disfrute en cada uno de los hogares –que ciertamente sería lo idóneo–, sino que se refiere a que los habitantes tengan la posibilidad de contar con el servicio cercano a sus hogares y será obligatorio brindarlo para las operadoras, cuando las condiciones técnicas y de infraestructura lo permita. Acota que con el fin de lograr el acceso universal a los costarricenses, el legislador dejó establecido en la ley un mecanismo para solventar por parte del Estado la imposibilidad de cumplir con este derecho y es así como se estableció la obligación de un canon a las operadoras para financiar estos proyectos de acceso y servicio universal, preservando con ello los principios que regían los servicios públicos en mercados prestados bajo un régimen monopólico. Señala que este canon es para el Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL). Afirmo que el personal del Sector Telecomunicaciones efectuó las revisiones en los sistemas corporativos, y se comprobó que no se registra que la recurrente haya gestionado en ninguno de los puntos de servicio una solicitud de conexión a internet Acelera. Agrega que el personal del Servicio al Cliente procedió a la revisión del expediente judicial, lográndose determinar que efectivamente en uno de los números que se reportaban para notificaciones en el escrito de interposición del recurso, a saber el 2214-3613, existía una solicitud pendiente por imposibilidad técnica de servicio Acelera. Resalta que la gestión presentada por el señor Carlos Alberto Ortiz Quesada, titular del servicio 2214-3613, fue tramitado de la siguiente forma: *“El 07 de Enero del 2011, se realiza la solicitud OST 10818283 confeccionada en la Agencia de Avenida Quinta a las once horas treinta y seis minutos realizada por el funcionario Javier Novoa Arguello, dicha solicitud se confecciona a nombre del señor Carlos Alberto Ortiz Quesada, cédula 103250813 titular del servicio 2214-3613, mismo que había sido instalado el 30 de mayo del 2009. La solicitud 10818283, quedo pendiente para realizar estudios técnicos el 07 de Enero del 2011. El servicio de conexión a internet acelera para que la empresa lo brinde y cumpla con los parámetros de calidad solicitados por la SUTEL debe de cumplir varios requisitos como: tipo de equipo con el que este instalado el servicio telefónico, distancia de la central al servicio*

telefónico del cliente, factibilidad técnica de la zona, entre otros. Siendo en este caso la distancia el factor primordial que hacía que no pudiéramos brindar el servicio". Amplía que de acuerdo a la información recabada, se contactó telefónicamente a la recurrente con el fin de darle a conocer nuevamente las limitaciones técnicas que se presentaban, para brindar el servicio. Refiere que se ofreció una visita de campo para realizar pruebas nuevas de factibilidad, resultando de la vista lo siguiente: "El día 23 de febrero, se realizan las pruebas de factibilidad técnicas, con tres tecnologías, ADSL, WIMAX y 3G Datacard, verificando que la única solución viable técnicamente es WIMAX. Como resultado de esta prueba positiva, se le explicó a la recurrente la velocidad que iba a contar este servicio, y estuvo de acuerdo en que se le instalara. Quedando instalado de forma inmediata con las siguientes características técnicas: Se instala con la orden de servicio 17065269 a una velocidad de 1024/512, asignando el número WIMAX 17100473. Se suscribe contrato y boleta de instalación de equipo termina originales firmados por la recurrente." Solicita que se declare sin lugar el presente recurso de amparo.

4.-En la substanciación del proceso se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Araya Garcia**; y,

CONSIDERANDO:

I.-Objeto del recurso. La recurrente alega trato discriminatorio por parte del Instituto Costarricense de Electricidad, puesto que se le denegó el servicio de Internet aduciendo que no había cobertura en el lugar donde vive.

II .-Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a. Que el número que la recurrente aporta en el presente recurso de amparo como medio para notificaciones, 2214-3613, existe una solicitud pendiente por imposibilidad técnica del Servicio Acelera (según indica

bajo juramento la autoridad recurrida);

b. Que el 23 de febrero de 2011, se realizaron pruebas de factibilidad técnicas, quedando instalado el servicio de internet con la tecnología WIMAX 17100473 (según indica bajo juramento la autoridad recurrida);

III . Sobre el derecho fundamental al acceso a nuevas tecnologías.

En cuanto a este punto, en sentencia número 2010-012790 de las ocho horas cincuenta y ocho minutos del treinta de julio de dos mil diez, la Sala estableció lo siguiente:

“V.-DERECHOS FUNDAMENTALES CONCULCADOS. En cuanto a este último punto, 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 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. Partiendo de lo expuesto, concluye este Tribunal Constitucional que el retardo verificado en la apertura del mercado de las telecomunicaciones ha quebrantado no solo el derecho consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política sino que, además, ha incidido en el ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales como la libertad de elección de los consumidores consagrada en el artículo 46, párrafo in fine, constitucional, el derecho de acceso a las nuevas tecnologías de la información, el derecho a la igualdad y la erradicación de la brecha digital (info-exclusión) –artículo 33 constitucional-, el derecho de acceder a la internet por la interfase que elija el consumidor o usuario y la libertad empresarial y de comercio".

IV .-Sobre el caso concreto. En la especie, la recurrente alega trato discriminatorio por parte del Instituto Costarricense de Electricidad, puesto que solicitó el servicio de internet residencial, pero se le denegó el servicio aduciendo que no había cobertura en el lugar donde vive. La autoridad recurrida informa bajo juramento que revisado el expediente se determinó que uno de los números que se reportan para notificaciones en el escrito de interposición del recurso, existía una solicitud pendiente por imposibilidad técnica del servicio de acelera. Indica que la gestión fue presentada por el señor Carlos Ortiz Quesada el siete de enero de dos mil once, y se le señaló que no se le podía brindar el servicio por cuanto no había factibilidad técnica en la zona. No obstante, el veintitrés de febrero de dos mil once, se realizó visita a la vivienda de la recurrente y se determinó que la única solución viable era la tecnología WIMAX. A raíz de lo anterior, ese mismo día se le instaló el servicio de Internet por medio de la tecnología WIMAX 17100473. En ese sentido, se tiene por satisfecho el reclamo que dio origen a la interposición de este recurso. Así las cosas, habiendo la parte agraviada encontrado reparo a sus pretensiones, luego de la notificación a la autoridad recurrida del auto de curso de este amparo, procede declarar con lugar el recurso solamente para los efectos previstos por el artículo

52 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En mérito de lo expuesto, se declara con lugar el recurso, únicamente a los efectos de condenar al Instituto Costarricense de Electricidad al pago de las costas, daños y perjuicios causados, que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso, con base en lo dispuesto por el artículo 52 párrafo 1º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en lo que concierne a la acusada denegación al servicio de Internet y únicamente a los efectos de condenar al Instituto Costarricense de Electricidad al pago de las costas, daños y perjuicios causados, que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

Ana Virginia Calzada M

Presidenta

Gilbert Armijo S.

Fernando Cruz C.

Enrique Ulate C.

Ernesto Jinesta L

Fernando Castillo V.

Jorge Araya G

Exp: 11-006691-0007-CO

Res. N° 015763-2011

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cuarenta y seis minutos del dieciséis de noviembre de dos mil once.

Recurso de amparo interpuesto por x.x.x.x.x.x.x. contra **LA MUNICIPALIDAD DE GOICOECHEA.**

RESULTANDO:

1.-Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 17:18 hrs. de 6 de junio de 2011, el recurrente interpuso recurso de amparo contra el Alcalde Municipal de Goicoechea. Manifestó, que el plan regulador del cantón de Goicoechea, que data de enero del año 2000, no contiene ninguna disposición que regule la instalación de torres electromagnéticas para la actividad de la telefonía móvil. Acusó, que, pese a lo anterior y, en estricta lesión al artículo 11 Constitucional, el alcalde recurrido, sin convocar a una audiencia pública, modificó el plan regulador de la zona. Apuntó, que lo anterior ocurrió, ya que, el 17 de noviembre de 2010, el referido funcionario concedió el permiso de construcción No. UN 1471-2010 a la empresa Compañía Las Torres DCR SA, con cédula jurídica No. 3-101-572399, para la instalación de una torre que servirá de plataforma para operar la telefonía móvil de ondas electromagnéticas. Alegó, que la modificación unilateral del plan regulador lesiona sus derechos fundamentales, así como los derechos de cada habitante de esa comunidad. Solicitó que se declare con lugar el recurso planteado.

2.-Por resolución de las 9:46 hrs. de 13 de junio de 2011, se le dio curso al amparo y se requirió el informe a las autoridades recurridas.

3.-Informaron bajo juramento, Ana Lucía Madrigal Faerron, en su condición de Alcaldesa a.i. y Julio Marengo Marengo, en su condición de

Presidente del Concejo, ambos de la Municipalidad de Goicoechea, que ante el despacho de Trámite Uno, el 5 de noviembre de 2010, se presentó una gestión de uso de suelo y permisos de construcción. Indicaron, que dicha gestión se tramitó de conformidad con el expediente No. UN-1471-2010, promovido por la Compañía Las Torres de Costa Rica S.A.. Explicaron, que en tal asunto se pidió autorización para construir una antena para la transmisión de señales para telefonía celular, en la Urbanización Montelimar, ubicada en Calle Blancos, Goicoechea. Indicaron que, para tal efecto, se aseguran que, de previo, fueron cumplidos todos los requisitos exigibles para el trámite y obtención de permisos constructivos. Afirmaron, que, luego de revisada la regulación urbanística, se constató que ésta no contempla la actividad de torres o antenas de telecomunicaciones. Señalaron, que el terreno en que se asentará la antena es la finca del partido de San José, matrícula de folio real No. 321016-000, propiedad de Luis Eladio Vargas Solís, situada en la Subzona Residencial Calle Blancos Este y regulada por el artículo 22-a) del Reglamento de Zonificación vigente en Goicoechea, publicado en la Gaceta No. 65 de 31 de marzo de 2000. Aseveraron, que dicha zona no se encuentra dentro del listado de usos prohibidos o de usos no conformes. Indicaron, que tal listado debe ser tenido como numerus clausus. Apuntaron, que, consecuentemente, solo puede tenerse como prohibido lo, expresamente, consignado en dichas listas. Refirieron, que, como las antenas de telefonía celular no están en el listado, se otorgó a la empresa Compañía Las Torres de Costa Rica S.A. el permiso de construcción requerido. Argumentaron, que la autorización de marras haya sustento, entre otras normas, en lo dispuesto en los artículos 11, 27, 50, 140 incisos 3), 8), 18), 20), 146, 168, 169, 170 y 188 de la Constitución Política. Agregaron, que la antena en cuestión no constituye peligro alguno a las edificaciones mencionadas por el amparado o bien, para los adultos mayores. Indicaron, que el recurrente no explica porqué, en su criterio, dicha torre afectará a los adultos mayores. Explicaron, que se trata de una antena metálica que cuenta con un cable conductor, el cual es el encargado de llevar la descarga al suelo y al llegar allí, se vuelve inofensivo, pues será absorbido por el pararrayos y descargado en la tierra, sin que ello afecte a ninguna persona ni vivienda, ni, tampoco, a la red eléctrica. Añadieron, que, conforme a los planos y múltiples autorizaciones previas otorgadas a ese proyecto de construcción, la antena tiene una altura total de 21 metros,

incluyendo el pedestal sobre el que se apoya. En todo caso, apuntaron que se trata de una estructura con múltiples anclajes sólidos que darán tensión y estabilidad a la misma. Consideraron, que se han cumplido las normas que regulan esa actividad. Explicaron, que existen normas que regulan la construcción y operación de antenas de telecomunicaciones, en las que se establece cómo debe actuar el municipio en los trámites de permisos de construcción y operación, incluso, contemplando la posibilidad que un plan regulador no incluya la instalación de infraestructura de telecomunicaciones. Apuntaron, que el Decreto Ejecutivo No. 36159-MINAET-S-MEIC-MOPT, constituye una guía legal de obligatorio acatamiento. Indicaron, que, según el artículo 10 de dicho cuerpo normativo, corresponde a las municipalidades “(...) Otorgar los certificados de uso de suelo, de conformidad con el plan Regulador o sus reglamentos vigentes, siempre y cuando en dicho plan o reglamentos se contemple la instalación de infraestructura de telecomunicaciones. En los casos donde el Plan Regulador y la reglamentación local no contempla esta materia, los certificados de uso de suelo se adecuarán a lo establecido en los artículos 4, 5, 6 y 11 del presente decreto, las Municipalidades están obligadas a actuar en apego a los artículos 4, 5, 6 y 11 de ese mismo Decreto (...)”. Solicitan que se declare sin lugar el recurso.

4.-Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 11:14 hrs. de 24 de junio de 2011, el recurrente se refirió al informe rendido por las autoridades municipales recurridas. Indicó, que la citada municipalidad citó un conjunto de normas integrantes del ordenamiento jurídico para tratar de darle contenido al principio de legalidad establecido en el artículo 11 de la Constitución Política. No obstante, alegó que el tema de la violación está en la plataforma en que se deben asentar esas normas, sea, el plan regulador y sus modificaciones necesarias. Aclaró, que la constitución, modificación o extinción de un plan regulador, debe contar con la opinión de la ciudadanía, por lo que, para esto, la audiencia debe ser notificada de forma previa. Explicó, que en el caso de la Municipalidad de Goicoechea, el plan regulador data del año 2000, cuando la realidad jurídica era otra. En ese entonces, refirió, para los servicios de telefonía móvil solo existía un único proveedor de cobertura nacional, sea, el I.C.E.. Argumentó, que, no obstante lo anterior, en el año 2008 se gestaron varias leyes que cambiaron la posición del país sobre el tema de las telecomunicaciones y se dio

una apertura a la competencia de empresas privadas. Sostuvo, que las telecomunicaciones, con relación a los planes reguladores, deben tener una regulación mínima diseñada y creada al efecto. Alegó, que resulta inválido forzar interpretaciones al plan regulador del año 2000, pues éste no regulaba esas situaciones porque no eran previsibles, en aquel momento, que se dieran. Consideró, que, en razón de lo expuesto, la ciudadanía, por la afectación directa de sus intereses en general, debe estar, debidamente, informada y tener la oportunidad de dar su opinión como país democrático, pues es una actividad nueva de trascendencia para todos. Adujo, que el Decreto Ejecutivo No. 36159-MINAET-S-MEIC-MOPT -referido por la municipalidad recurrida-, de ningún modo, puede suplir al plan regulador, dado que, esa competencia esta reservada a la municipalidad, previa audiencia a sus ciudadanos. Sostuvo, que el Poder Ejecutivo no puede decidir por la municipalidad, ya que, son competencias diferentes. Reiteró, que solo con la modificación del plan regulador, con una regulación mínima sobre la actividad, es que se puede autorizar tal permiso. Señaló, que la municipalidad recurrida indicó que la actividad de la antena de telefonía no es prohibida y presentó una copia de La Gaceta, en la cual, dentro de los “permitidos” claramente se ve que el eje central de la zona es la actividad residencial, comercio menor y donde se dice que la actividad industrial está prohibida. Asimismo, refirió que la municipalidad no indica qué tipo de actividad será, por lo que desconocen si es una construcción, ampliación o remodelación.

5.-Mediante escrito presentado en la Secretaría de esta Sala a las 09:15 hrs. de 03 de julio de 2011, x.x.x.x.x.x. y, vecinas de Barrio Montelimar, Calle Blancos, Goicoechea, solicitaron -amparadas en el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional-, que se les tuviera como coadyuvantes activas en el presente asunto.

6.-Mediante resolución de las 17:23 hrs. de 17 de agosto de 2011, se solicitó prueba para mejor al Ministro del Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, a la Viceministra de Telecomunicaciones y a la Presidenta de la Superintendenciade Telecomunicaciones.

7.-Informaron bajo juramento, Ana Lorena Guevara Fernández, en su condición de Ministra a.i. de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones y

Hannia Vega Barrantes, en su condición de Viceministra de Telecomunicaciones, que si bien tienen conocimiento del contenido del plan regulador del cantón de Goicoechea del año 2000, no conocen, directamente, ni han participado de los hechos, particularmente, esbozados por el recurrente. Explicó, que en cuanto al supuesto riesgo a la salud, se adjunta, para mejor proveer, una copia certificada de la nota descriptiva No. 304 del año 2006 emitida por la Organización Mundial de la Salud. Indicaron, que, a partir de la Declaración del Milenio del 2000, en la cual los líderes mundiales aprobaron los Objetivos de Desarrollo de Milenio que deberán ser cumplidos por parte de los Estados al 2015 y, con el fin de establecer compromisos de todos los Estados Miembros de implementar políticas públicas concretas para preparar los fundamentos de una Sociedad de la Información, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución No. 56/183 del 21 de diciembre de 2011, aprobó la realización de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, de la cual Costa Rica forma parte. Explicaron, que en la Declaración de Principios “Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio” de la CMSI celebrada en Ginebra en el 2003, se estableció como primer compromiso de los representantes del mundo: *“(...) construir una Sociedad de la Información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos (...)*”. Argumentaron, que, para lograr lo anterior, los países miembros de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información en Ginebra asumieron el compromiso de convertir la brecha digital en una oportunidad para todos, especialmente, para aquellos que corren peligro de quedar rezagados y, aún más, zados. Destacaron, que, a partir de estos principios, en la declaración citada, se desarrollan las obligaciones que los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas -de la cual nuestro país forma parte-, deberán de cumplir en materia del desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones, acceso de la información y conocimiento, creación de capacidades, fomento de la confianza y seguridad en la utilización

de las tecnologías de telecomunicaciones, promoción de un entorno propicio nacional e internacional para la sociedad de la información, entre otros. En ese sentido, indicaron que en el apartado B) de la Declaración de Principios, se estipula que la infraestructura de telecomunicaciones es un elemento básico para cumplir con las obligaciones internacionales sobre acceso a las telecomunicaciones. Refirieron, que, particularmente, en los puntos 21 y 22 se contempla que la conectividad es un factor habilitador indispensable para la creación de una sociedad inclusiva y solidaria, puesto que, en la medida en que los países desarrollen una infraestructura moderna, innovadora y equitativa, es posible garantizar el acceso a los beneficios de las telecomunicaciones a todos los ciudadanos. Añadieron, que, teniendo como base los citados compromisos internacionales, en la Sección IV del Anexo XIII al Capítulo XIII del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana, aprobado mediante la Ley No. 8622, se establece la obligación de Costa Rica de promulgar un marco regulatorio para los servicios de telecomunicaciones. Apuntaron, que, en cumplimiento de este compromiso internacional, se promulgó la Ley No. 8642 -Ley General de Telecomunicaciones- y Ley No. 8660 -Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones-. Indicaron, que, con relación al tema de la infraestructura de las telecomunicaciones, resulta relevante destacar las implicaciones de los principios de universalidad y solidaridad que involucra éste. Explicaron, que el principio de universalidad se entiende como la 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. Asimismo, señalaron que por solidaridad se entiende el establecimiento de mecanismo que permitan el acceso real de las personas de menores ingresos y grupos con necesidades sociales especiales a los servicios de telecomunicaciones. Expusieron, que el legislador costarricense reconoce la importancia del desarrollo de las telecomunicaciones, como instrumento para garantizar el acceso a los servidores de telecomunicaciones, por lo que en el artículo 74 de la Ley No. 7593, Ley de Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, se establece que se declaró de interés público el establecimiento, la instalación, la ampliación, la renovación y la operación de las redes públicas de telecomunicaciones o de cualquiera de sus elementos.

Explicaron, que la imposibilidad de construir infraestructura de telecomunicaciones en espacios territoriales que legalmente no cuentan con una protección especial, implicaría que existan áreas o poblaciones a las cuales se les niegue, injustificadamente, el acceso a los servicios a internet inalámbrico, servicios Voz IP, y cualesquiera otros innovadores sobre la plataforma celular. Sostuvieron, que lo anterior transgrede los principios de igualdad y no discriminación, así como los principios de universalidad y solidaridad de los servicios de telecomunicaciones, establecidos en el numeral 3° de la Ley General de Telecomunicaciones, los cuales, además, cuentan con rango constitucional. De otra parte, indicaron que el plan regulador es uno de los instrumentos urbanísticos con que cuentan las corporaciones municipales para regular la ordenación de los usos de suelo, establecer la densidad de la población y demarcar las zonas de protección, con el fin de contribuir a un desarrollo ordenado de las ciudades de un cantón determinado. Sin embargo, señalaron que la misma Sala Constitucional y la Ley de Planificación Urbana, establecen limitaciones al ejercicio de esta competencia municipal, garantizando el respeto de las potestades que constitucional y legalmente han sido asignadas a otras entidades públicas. Argumentaron, que, de la lectura del artículo 16 de la Ley de Planificación Urbana, se extrae que el contenido de los planes reguladores debe estar de acuerdo con los objetivos que definan los propios y diversos órganos de gobierno y administración del Estado. Indicaron, que lo anterior implica la necesaria coordinación y armonización de las políticas, planes y proyectos de las otras entidades públicas con competencia nacional. Afirmaron, que resulta improcedente que se excluyan áreas que, legalmente, no cuentan con una protección especial o que cantones prohíban el establecimiento de infraestructura de telecomunicaciones, cuya definición escapa a lo local y es de índole nacional. Destacaron, que la infraestructura de telecomunicaciones es requerida para la prestación del servicio de las telecomunicaciones en todo el país. Indicaron, que excluir zonas que, legalmente, no cuentan con una protección especial donde se instalará la infraestructura de telecomunicaciones, afectará o impedirá el acceso al servicio de los ciudadanos, lo que, en última instancia, eventualmente, sería una trasgresión a los principios de acceso, universalidad y servicio universal, solidaridad, igualdad y no discriminación de las telecomunicaciones. De la misma manera, señalaron que se limitaría la

posibilidad de escogencia de los ciudadanos, en tanto, sólo tendrían la opción de optar por los servicios del operador que preste servicios en el lugar. Indicaron, que cualquier acto administrativo emitido por el gobierno local que limite o restrinja, sin contar con fundamento jurídico y técnico alguno, el acceso a los ciudadanos de las telecomunicaciones y su derecho de elección, sería, a todas luces, inconstitucional por violación al bloque de la legalidad que regula la materia. Sostuvieron, que el hecho que en un plan regulador no se indiquen zonas específicas donde deba establecerse el mobiliario urbano requerido para la prestación del servicio de telecomunicaciones, no inhibe per se a los gobiernos locales para que otorguen válida y legalmente el certificado de uso y permiso de construcción, previa verificación que el solicitante cumpla con los requisitos dispuestos por el ordenamiento jurídico costarricense incluyendo, que la ubicación donde se pretenda instalar no se encuentre dentro de una zona legalmente restringida, como lo son las áreas de protección de ríos, monumentos públicos, áreas de protección, entre otros. Indicaron, que se debe de tomar en cuenta que el funcionario municipal cuenta con un amplio marco legal que regula las condiciones, parámetros y requisitos que debe valorar al momento de analizar una solicitud de permisos de construcción de una infraestructura de telecomunicaciones. Afirmaron, que, en tanto el acto administrativo de la municipalidad tome en consideración las normas legales y reglamentarias dispuestas por el ordenamiento, su actuación estará ajustada al principio de legalidad, con independencia de si se pretende la construcción de una infraestructura de telecomunicaciones, en un área residencial, industrial o comercial. Explicaron, que, tampoco, sería procedente que en los planes reguladores se establezca la ubicación de la infraestructura de telecomunicaciones, ya que, de acuerdo a lo establecido en el inciso 18) del artículo 6° de la Ley General de Telecomunicaciones, las instalaciones requeridas para la operación de redes públicas de telecomunicaciones son determinadas como recursos escasos. Añadieron, que, de acuerdo con lo establecido en el inciso j) del artículo 73 de la Ley No. 7593, la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) es el órgano competente de velar porque los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria. Manifestaron, que al respecto, debe tenerse en consideración que la ubicación de las torres de telecomunicaciones y su altura técnicamente se encuentra en directa

dependencia del diseño de la red definida por el operador de telecomunicaciones, según los requerimientos de cobertura del servicio determinado por el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones (2009-2014), así como por lo establecido por la Superintendencia de Telecomunicaciones, de acuerdo al Plan de Despliegue de Red al que están obligados los nuevos operadores móviles. En suma, afirmaron que la ubicación de una infraestructura de las telecomunicaciones responde a un modelo nacional de cobertura y accesibilidad y calidad del servicio. Añadieron, que debe hacerse una distinción entre la regulación de establecimientos comerciales o de servicios públicos y la infraestructura requerida para la prestación del servicio. Explicaron, que si bien es cierto en los planes reguladores se establece una zonificación, esto es, una clasificación del uso de suelo para fines de un orden territorial y de desarrollo urbano, lo cierto es que los servicios de telecomunicaciones deben ser accesibles a todos los ciudadanos, con independencia que se trate de una zona comercial, residencial, industrial o comercial. Señalaron, que lo contrario sería sostener que, únicamente, las personas que están dentro del área comercial o industrial tienen derecho a acceder a las telecomunicaciones. Mencionaron, que la ubicación específica del mobiliario urbano necesario para la prestación del servicio disponible al público de las telecomunicaciones, por su naturaleza, no puede estar sujeta a definiciones regulatorias de zonificación que, legalmente, no cuentan con una protección especial, puesto que, esto implicaría una trasgresión al principio de universalidad, igualdad y no discriminación. Indicaron, que dado que la red de telecomunicaciones es nacional, el hecho que un cantón prohíba o restrinja la instalación de infraestructura no sólo afecta el servicio de los ciudadanos que habitan en el cantón, sino, también, viola el derecho de la información y comunicación de los otros ciudadanos que transitarían, eventualmente, por la circunscripción territorial y que requieran hacer uso del servicio de telefonía. Adujeron, que, técnicamente, el hecho que en un plan regular no se incluya el servicio de telecomunicaciones, no implica per se, una invalidez del acto administrativo mediante el cual se otorga un permiso de construcción de la infraestructura de telecomunicaciones. Explicaron, que el plan regulador en uno de los instrumentos de control urbano con que cuentan los gobiernos locales, pero no el único. Resaltaron, que la autonomía de gobierno y de administración con que cuentan las municipalidades les permite dictar

normativa complementaria sobre los trámites de certificado de uso de suelo y licencias constructivas, no debiendo circunscribirse, únicamente, a lo establecido en el plan regulador. Manifestaron, que es reconocida constitucional y legalmente la competencia de las municipalidades para regular los permisos de construcción de los servicios que se brinden en cada cantón, como lo son las telecomunicaciones. Señalaron, que, en estricto ejercicio de estas competencias, las cuales son recogidas en el artículo 10 del Decreto Ejecutivo No. 36159, Decreto de Normas, Estándares y Competencias de las entidades públicas para la aprobación coordinada y expedita requerida para la instalación o ampliación de redes de telecomunicaciones, la Municipalidad de Goicoechea aprobó el Reglamento General de Licencias Municipales para el Cantón de Goicoechea, el cual fue publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.105 de 1 de junio de 2011, previa consulta pública en el Diario Oficial La Gaceta No. 96 de 19 de mayo de 2010 por un plazo de 10 días hábiles. Aclararon, que este reglamento es un complemento de la demás normativa legal y reglamentaria vigente, es decir, por medio del Reglamento General de Licencias Municipales, ni se sustituye ni se modifica el bloque de legalidad vigente, sino que lo complementa, al disponer condiciones de orden urbanístico que deben cumplir los administrados al momento de solicitar un certificado de uso de suelo o permiso de construcción. Sobre la concordancia del Decreto Ejecutivo No. 36159 con el principio de legalidad y la autonomía municipal, indicaron que dicha norma no crea, modifica ni incluye competencia o facultad alguna de las municipalidades. Por el contrario, señalaron que ésta, únicamente, enlista en un mismo cuerpo normativo las potestades que han sido asignadas por otras regulaciones legales a las entidades públicas y a las municipalidades. Sostuvieron, que, únicamente, se trata de un resumen de las competencias de los gobiernos locales en la materia, pero no se incluyen ni se limitan dichas potestades.

8.- Informó bajo juramento, Maryleana Méndez Jiménez, en su condición de Presidenta del Consejo y Representante Legal de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), que las torres constituyen un soporte de las antenas y equipos y forman parte de lo que se denomina una estación de radiocomunicación y, específicamente, en las redes de telefonía móvil, una radio base. Aclaró, que las torres no son electromagnéticas. Indicó, que los campos electromagnéticos son resultado de las emisiones

producidas por las antenas, que bien pueden estar ubicadas en una torre, en un edificio, en un poste, en una valla publicitaria, o en cualquier otra infraestructura que brinde un soporte adecuado y funcional de acuerdo al diseño de la red en particular. Señaló, que las torres o cualquier otra infraestructura que funja como soporte de sus antenas, es solo una parte del conjunto que conforman una radio base o, en general, una estación radioeléctrica. Explicó, que, además, debe incluirse los equipos que se instalan dentro de una caseta en su suelo. Señaló, que el Decreto Ejecutivo No. 36159-MINAET-S-MEIC-MOPT, no establece el certificado de uso de suelo. Indicó, que este decreto, únicamente, recoge la normativa de la Ley de Planificación Urbana en cuanto al certificado de uso de suelo en materia de ordenamiento territorial. Expuso, que los sistemas de telefonía móvil hacen uso de señales electromagnéticas para permitir la comunicación entre las estaciones base y los equipos terminales. Aclaró, que estas señales electromagnéticas se propagan a distancia limitadas, debido a las pérdidas por propagación y la atenuación producida por la presencia de edificios y otros elementos en su trayectoria. En consecuencia, indicó que la propagación de las ondas electromagnéticas está limitada en función de prestar un servicio adecuado a todos los usuarios. Inclusive, refirió que, para aquellos que se encuentran en zonas alejadas, es necesario planificar y dividir la zona de cobertura en celdas, cada una de ellas con una estación base en su centro. Explicó, que el Decreto Ejecutivo No. 36159-MINAET-S-MEIC-MOPT, no establece o fija competencias a las instituciones señaladas distintas a las que le son otorgadas por las leyes respectivas. Señaló, que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 59 de Ley General de la Administración Pública, el decreto ejecutivo no podría asignar competencias distintas a las que las leyes respectivas le otorgan a cada una de las entidades que ahí se mencionan. Apuntó, que en el caso del otorgamiento de certificados de uso de suelo, el artículo 10 del citado decreto define, a partir de lo indicado en la legislación correspondiente, que es competencia de las municipalidades *“(...) Otorgar los certificados de uso de suelo, de conformidad con el Plan Regulador o sus reglamentos vigentes, siempre y cuando en dicho plan o reglamento se contemple la instalación de infraestructura de telecomunicaciones. En los casos donde el Plan Regulador y la reglamentación local no contemple esta materia, los certificados de uso de suelo se adecuarán a lo establecido en los artículos 4, 5, 6 y 11 del presente decreto (...)”*. Explicó, que el decreto no establece

una condición entre el cumplimiento de los requisitos técnicos para la instalación de torres y el otorgamiento de un certificado de uso de suelo. Esto, indicó, ya que, de conformidad con el mencionado artículo 10, el otorgamiento de dicho certificado se realiza de acuerdo con lo establezca el plan regulador de cada municipalidad. Añadió, que en el caso de aquellos planes reguladores que no contemplan la instalación de infraestructura de telecomunicaciones, el artículo 11 del decreto indicado hace referencia a la normativa que deberá aplicarse en estos casos, así como los principios a considerar para el otorgamiento de los certificados de uso de suelo y permisos de construcción solicitados. Sostuvo, que el artículo en cuestión no establece obligaciones a las municipalidades, dado que, se limita a enumerar los principios aplicables que, en todo caso, se encuentran definidos en la legislación vigente, tales como los que establece el artículo 3° de la Ley General de Telecomunicaciones, el artículo 74 de la Ley Reguladora de los Servicios Públicos y el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública. Manifestó, que tales principios son universalidad y neutralidad tecnológica en los términos del artículo 3° de la Ley de Telecomunicaciones y la declaratoria de interés público de las actividades de establecimiento, instalación, ampliación, renovación y la operación de redes públicas de telecomunicaciones o cualquiera de sus elementos. Refirió, que el decreto indicado no establece una relación entre requerimientos técnicos para la instalación de torres para la actividad de la telefonía móvil y la necesidad de contar con un certificado de uso de suelo.

9.- Mediante resolución de las 14:45 hrs. de 6 de octubre de 2011, se requirió a las autoridades de la Municipalidad de Goicoechea aportar prueba para mejor resolver. Asimismo, se otorgó audiencia al representante de la empresa Compañía Las Torres DCR S.A., a efecto que se refiriera a los hechos alegados por el recurrente.

10.- Informó bajo juramento, Oscar Figueroa Fieujeam, en su condición de Alcalde de Goicoechea, que el plan regulador urbano de dicho cantón se encuentra vigente desde el 2000. Aclaró, que este instrumento no posee Reglamento de Construcción propio, por lo que se aplica el Reglamento de Construcciones (resolución del I.N.V.U.). Añadió, que el Reglamento de Zonificación vigente en Goicoechea, es parte del plan regulador. Explicó, que sí se exigió al propietario del inmueble donde se

tiene planificado edificar la torre de telecomunicaciones, la tramitación del respectivo certificado de uso de suelo.

11.-El Presidente del Concejo Municipal de Goicoechea no rindió el informe requerido por resolución de 6 de octubre de 2011.

12.-Al representante de la Compañía Las Torres DCR S.A. no fue posible notificarlo de la resolución de 6 de octubre de 2011.

13.-En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Jinesta Lobo**; y,

CONSIDERANDO:

I.-SOBRE LA COADYUVANCIA ACTIVA. Mediante escritos agregados a los autos, x.x.x.x.x.x. y x.x.x.x.x.x.solicitaron que se les tuviera como coadyuvantes activas del presente proceso de amparo. Sobre este particular, el numeral 34, párrafo 3°, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, estipula que quien posea un interés legítimo en el proceso puede intervenir, sea en su perfil activo o pasivo, como coadyuvante. En el caso concreto, según lo indicado por las gestionantes, la Municipalidad de Goicoechea -sin que así lo permita el plan regulador de dicho cantón-, otorgó a la empresa Compañía Las Torres DCR S.A. un permiso para la construcción de una torre de telefonía celular, lo cual, a su vez, en su criterio, violenta los derechos fundamentales. En consecuencia, resulta admisible la referida solicitud de coadyuvancia.

II.-OBJETO DEL RECURSO. El recurrente aduce vulnerados los derechos fundamentales, ya que, según su dicho, pese a que el plan regulador del cantón de Goicoechea no contiene ninguna disposición que regule la instalación de torres electromagnéticas para la actividad de la telefonía celular, el Alcalde recurrido -sin convocar a audiencia pública alguna-, procedió a modificar, unilateralmente, dicho instrumento al conceder un permiso a la Compañía Las Torres DCR S.A. para la construcción de una torre que servirá de plataforma para operar la telefonía móvil.

III.-HECHOS PROBADOS. De relevancia para dirimir el presente recurso de amparo, se tienen por acreditados los siguientes: **1)** Por resolución No. RVL-2290-2010-SETENA de **27 de septiembre de 2010**, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental otorgó la viabilidad ambiental, tramitada por la Compañía Las Torres DCR S.A., para la construcción y operación de una torre de telecomunicaciones en la Urbanización Montelimar, ubicada en Calle Blancos de Goicoechea (ver informe y pruebas aportadas a los autos). **2)** El **5 de noviembre de 2010**, la Compañía Las Torres DCR S.A. gestionó ante la Municipalidad recurrida el respectivo uso de suelo y el permiso de construcción a efecto de instalar la referida torre de telefonía celular (ver informe y pruebas aportadas a los autos). **3)** La anterior solicitud fue tramitada en la Municipalidad de Goicoechea, de conformidad con el expediente administrativo No. 1471-2010 (ver informe y pruebas aportadas a los autos). **4)** En virtud que la referida empresa cumplió con todos los requisitos exigidos al efecto, la municipalidad recurrida, el día **17 de noviembre de 2010**, le otorgó el permiso de construcción de la torre en cuestión No. UN-1471-2010 (ver informe y pruebas aportadas a los autos).

IV.-RELEVANCIA DE LA INFRAESTRUCTURA DE TELECOMUNICACIONES PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. COMPROMISOS PREVIOS ASUMIDOS POR EL ESTADO COSTARRICENSE. El Estado costarricense forma parte de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), organismo especializado de la Organización Mundial de las Naciones Unidas, desde el 13 de septiembre de 1936. Mediante la Ley No. 8100 de 4 de abril de 2002, se aprobaron la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ginebra 22 de diciembre de 1992) y el instrumento de enmienda a la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Kyoto 1994). En la Constitución de la UIT figuran objetivos tales como los de mejoramiento y empleo racional de toda clase de telecomunicaciones, aumentar el rendimiento de los servicios de telecomunicación, acrecentar su empleo y generalizar al máximo su utilización por el público, promover la extensión de los beneficios de las nuevas tecnologías de telecomunicaciones a todos los habitantes del planeta, la creación, el desarrollo y el perfeccionamiento de las instalaciones y redes de telecomunicación en los países en desarrollo por todos los medios que se disponga, etc. (artículo 1). El

artículo 6 de la Constitución de la UIT, en lo relativo a la ejecución de los instrumentos de la unión, obliga a los Estados miembros a observar y atenerse a las disposiciones de la Constitución, el Convenio y los Reglamentos administrativos. Entre las resoluciones adoptadas por la Conferencia de Plenipotenciarios –órgano previsto en la Constitución de la UIT, conformado por delegados de cada uno de los Estado partes y que se reúne cada cuatro años-, hay varias que destacan la relevancia de la infraestructura en telecomunicaciones, así en la No. 22 se reconoce *“que el desarrollo de la infraestructura y los servicios de telecomunicaciones/TIC es una condición sine qua non del desarrollo social y económico”*, en la No. 25 se considera que *“un mayor desarrollo de las infraestructuras nacionales de las telecomunicaciones/tecnologías de la información y la comunicación (TIC) permitirá reducir las brechas digitales a escala nacional y mundial”*, en la No. 71 (Plan Estratégico de la Unión para 201-2015), se indica que la *“Meta Estratégica del Sector de Desarrollo de las Telecomunicaciones de la UIT”* tiene como una de sus vertientes *“promover la disponibilidad de infraestructura y fomentar un entorno propicio para el desarrollo de infraestructuras TIC (...)”* y luego se indica que *“para aprovechar plenamente el potencial que ofrecen las telecomunicaciones/TIC es necesario que los gobiernos y otras partes (...) creen una infraestructura subyacente que sea lo suficientemente robusta como para superar las dificultades y a la vez aprovechar las oportunidades”*, en la No. 139 se enfatiza *“la función indispensable de la infraestructura de las telecomunicaciones/TIC (...) para alcanzar la meta de la integración digital y permitir un acceso sostenible, generalizado y asequible a la información mundial”*. De otra parte, en el concierto internacional, existen varias declaraciones que destacan la importancia de la creación, mejora y desarrollo de la infraestructura en telecomunicaciones como factor clave para el desarrollo social y económico, tales como la *“Declaración de Florianópolis”* de 21 de junio de 2000, la *“Declaración de Principios de Ginebra”* (Primera Fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información) de 12 de diciembre de 2003 y su *“Plan de Acción”*, el *“Compromiso de Túnez”* (Segunda Fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información) de 18 de noviembre de 2005 y su *“Agenda”*. Específicamente el *“Plan de Acción”* de la *“Declaración de Principios de Ginebra”* en el punto C.2 denominado *“Infraestructura de la información y la comunicación: fundamento básico para la Sociedad de la Información”*, se indica lo siguiente: *“9. La infraestructura es fundamental*

para alcanzar el objetivo de la integración en el ámbito digital, propicia el acceso universal, sostenible, ubicuo y asequible a las TIC para todos, teniendo en cuenta las soluciones pertinentes ya aplicadas en los países en desarrollo y en los países con economías en transición para ofrecer conectividad y acceso a zonas distantes y zadas en los ámbitos regional y nacional”. Cabe aclarar que Costa Rica participó en la Declaración de Principios de Ginebra y su Plan de Acción con una nutrida participación de siete delegados. En definitiva, la construcción, desarrollo, mejoramiento y ampliación de una infraestructura sólida y robusta de telecomunicaciones ha sido enunciada en diversos instrumentos del Derecho Internacional Público como un compromiso y una obligación indeclinable de los Estados nacionales, que no puede estar al arbitrio de los gobiernos locales territoriales internos, por cuanto, podría generar asimetrías, con la consiguiente falta de normalización y de un desarrollo nacional de las telecomunicaciones que provoca serios perjuicios para que los habitantes pueden gozar de los beneficios de la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento.

V.-IMPORTANCIA, INTERÉS PÚBLICO Y VOCACIÓN NACIONAL DE LA INFRAESTRUCTURA DE LAS TELECOMUNICACIONES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. A partir de un análisis sistemático del ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional vigente, es factible concluir que la infraestructura, en materia de telecomunicaciones, tiene una relevancia que excede la esfera de lo local o cantonal, asumiendo un claro interés público y, desde luego, erigiéndose como una cuestión que atañe a la órbita de lo nacional con, incluso, proyecciones en el terreno del Derecho Internacional Público al suponer su desarrollo el cumplimiento de una serie de obligaciones internacionales asumidas previamente por el Estado costarricense. En primer término, como lo ha indicado este Tribunal Constitucional, el tema de las telecomunicaciones tiene gran relevancia constitucional, tanto que en el artículo 121, inciso 14), subinciso c), de la Constitución se indica que los “servicios inalámbricos” o el espectro electromagnético forma parte del dominio público constitucional y concretamente es un bien propio de la Nación, siendo que no puede ser desafectado o salir del dominio del Estado. La Ley General de Telecomunicaciones No. 8642 de 4 de junio de 2008 –en

adelante LGT-, al enunciar los principios rectores en este sector, indica en su artículo 3º, inciso i), que debe haber una *“optimización de los recursos escasos”*, destacando que la utilización de las infraestructuras de telecomunicaciones debe ser *“(...) 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”*. Precisamente, la optimización, utilización ponderada, expansión y mejora de la infraestructura y redes en materia de telecomunicaciones, obedece a los fines manifiestos de ese cuerpo normativo, tales como los de asegurar la aplicación de los principios de acceso universal, eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura y solidaridad en las telecomunicaciones (artículo 2º LGT). De otra parte, el artículo 32, inciso d), LGT establece con claridad meridiana que el objetivo del acceso y servicios universales y de la solidaridad, se logra, entre otros medios, a través del *“desarrollo de la infraestructura”*, dado que, sólo con una infraestructura robusta y plenamente desarrollada logra reducir la brecha digital, disfrutar de los beneficios de la Sociedad de la Información y del Conocimiento, la conectividad y la disponibilidad de dispositivos de acceso y servicios de banda ancha. Por su parte la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593 de 9 de agosto de 1993, en su artículo 74, modificado por la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones No. 8660 de 8 de agosto de 2008, hizo una declaratoria de interés público de la infraestructura y las redes en telecomunicaciones al preceptuar lo siguiente: *“Considerase una actividad de interés público el establecimiento, la instalación, la ampliación, la renovación y la operación de las redes públicas de telecomunicaciones o de cualquiera de sus elementos”*. Tal declaratoria tiene grandes repercusiones, por cuanto, se reconoce, por ley, que el tema de la infraestructura en la materia reviste un claro e inequívoco interés público o general que trasciende la esfera de lo local o regional a lo interno del país, para proyectarse en el ámbito nacional e internacional, al permitirle al Estado costarricense cumplir, de buena fe, una serie de obligaciones y compromisos asumidos en el contexto del Derecho Internacional Público. Cabe advertir que el interés público es definido por el artículo 113, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública de 1978 *“como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados”*, por su parte, el párrafo 2

del numeral citado de la LGAP de 1978 dispone, claramente, que *“El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto”*. Una consecuencia de lo anterior es que los intereses de cualquier ente público descentralizado costarricense, como podrían ser las municipalidades, no puede anteponerse al claro interés público de la infraestructura en telecomunicaciones así declarado, expresamente, por el legislador nacional a través de una ley que manifiesta la voluntad general (artículos 105 y 121, inciso 1°, de la Constitución), el que debe prevalecer sobre los intereses de carácter local, dado que, la autonomía municipal no le permite a los ayuntamientos sustraerse de lo que ha sido declarado como un interés de carácter nacional, de lo contrario se pervierte la autonomía territorial transformando a los municipios en micro estados, abstraídos de la dirección intersubjetiva o tutela que pueda ejercer el Estado, a través de los órganos constitucionales, mediante la emisión de leyes válidas y eficaces, la celebración de convenios y tratados internacionales por el Poder Ejecutivo y aprobados por la Asamblea Legislativa (artículos 7°, 121, inciso 4°, y 140, inciso 10°, de la Constitución Política). La declaratoria de interés público efectuada por el artículo 74 de la Ley de la ARESEP, tiene, a su vez, asidero constitucional suficiente y legítimo en el numeral 45, párrafo 1°, de la Constitución Política, al establecer el principio de la intangibilidad relativa del patrimonio, al admitir la figura de la expropiación *“por interés público legalmente comprobado”*. Una segunda consecuencia que se extrae de la declaratoria de interés público, es que el tema de construcción, ampliación o desarrollo y mejora de la infraestructura en materia de telecomunicaciones tiene una clara e inequívoca vocación nacional. De modo que es el Estado y sus órganos los que asumen la rectoría y dirección en la materia a la que deben someterse todos los entes públicos menores para lograr objetivos como el acceso y servicios universales, la reducción de la brecha digital por razones de solidaridad, la interconexión y conectividad necesarias que le permitan a todos los costarricenses, independientemente de la localidad, distrito, cantón o región donde habiten, gozar de los beneficios y ventajas de la Sociedad de la Información y del Conocimiento. El legislador nacional, lejos de *“localizar”* el tema de la infraestructura en telecomunicaciones lo nacionalizó expresa e inequívocamente. Reflejo de lo anterior, son la creación del *“Sector Telecomunicaciones”* previsto por el artículo 38 de la citada Ley de

Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, al disponer lo siguiente: *“Créase el Sector de Telecomunicaciones, dentro del marco de sectorización del Estado. Estará constituido por la Administración Pública, tanto la centralizada como la descentralizada, así como por las empresas públicas que desarrollen funciones o actividades relacionadas con las telecomunicaciones”* a tenor de esta norma el sector de las telecomunicaciones tiene un carácter transversal y, por ende, nacional, por cuanto, incluye a todo el universo de los entes públicos, incluidos, los descentralizados territorialmente como las municipalidades. Es así, como los ayuntamientos no pueden sustraerse de tal sector. El carácter nacional de las telecomunicaciones, en general, y, particularmente, de su infraestructura queda más patente al considerar el artículo 39 de la Ley citada, en cuanto establece que el “rector” del sector lo será el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, al que le corresponde, en ejercicio de una función general de dirección intersubjetiva o tutela administrativa, entre otras, las siguientes: *“a) Formular las políticas para el uso y desarrollo de las telecomunicaciones”; “b) Coordinar (...) la elaboración del Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones (...); “c) Velar por que las políticas del Sector sean ejecutadas por las entidades públicas y privadas que participan en el Sector Telecomunicaciones”; “e) Dictar el Plan nacional de telecomunicaciones, así como los reglamentos ejecutivos que correspondan”; “h) Coordinar las políticas de desarrollo de las telecomunicaciones con otras políticas públicas destinadas a promover la sociedad de la información” e “i) Velar por el cumplimiento de la normativa ambiental nacional aplicable y el desarrollo sostenible de las telecomunicaciones en armonía con la naturaleza”*. Por último, el carácter evidentemente nacional de las telecomunicaciones y sus diversos componentes, queda de manifiesto, cuando el artículo 40 de la Ley precitada regula el *“Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones”*, el cual es definido en el párrafo 1° de ese numeral como *“(...) el instrumento de planificación y orientación general del Sector y define las metas, los objetivos y las prioridades de éste”*. El legislador optó, entonces, por planificar a nivel nacional y no meramente local o regional el tema de las telecomunicaciones. De otra parte, la naturaleza nacional de las telecomunicaciones queda reforzada al crearse la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), a la que le corresponde una serie de competencias de inequívoca índole nacional, así, conforme a los

artículos 59 y 60 de la Ley de Creación de la ARESEP, le corresponde "(...) regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones (...)" para todo lo cual "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 esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables". El "Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones" 2009-2014, por su parte, establece que "Para avanzar en el aprovechamiento de los beneficios de la Sociedad de Información y Conocimiento, el país debe hacer un esfuerzo importante de inversión en el desarrollo de infraestructura de telecomunicaciones de manera que permita contar con más y mejores servicios de telecomunicaciones para todos los sectores de la población. En este sentido, el desarrollo de la infraestructura en ese sector constituye una condición necesaria e indispensable a la que deberá brindarse una prioridad especial en cualquier proyecto país en materia de TIC (...)" y luego especifica que para lograr el desarrollo de la infraestructura nacional de telecomunicación deberá atender los siguientes lineamientos: "a.1 Tomar las medidas necesarias para garantizar que el país cuente con una infraestructura moderna de telecomunicaciones, y al mismo tiempo asegurar la prestación de servicios de calidad y la generación de aplicaciones de valor agregado, permitiendo la convergencia, la interoperabilidad entre los sistemas, la incorporación de tecnologías de avanzada y la seguridad en las comunicaciones" y "a.6 Garantizar el desarrollo de una infraestructura que permita llevar los servicios de telecomunicaciones a todos los habitantes del país, cumpliendo con los objetivos y metas de acceso universal, servicio universal y solidaridad (...)". Se trata, entonces, de un plan que, por disposición expresa de ley, vincula u obliga, entre otros, a los entes municipales y que les conmina a contar con una infraestructura de telecomunicaciones, robusta, moderna, óptima, adecuada y desarrollada para disfrutar de los beneficios de la Sociedad de la Información y del Conocimiento. El logro de esta meta u objetivo, se verá, necesariamente, frustrado si cada corporación territorial, en un tema de clara vocación nacional, pretende establecer su propia orientación y requerimientos, por sobre la legislación nacional y los instrumentos del Derecho Internacional Público que obligan a todos los entes que conforman el Estado en sentido amplio.

VI.-INFRAESTRUCTURA DE TELECOMUNICACIONES, MUNICIPIOS, PLANES REGULADORES, ZONIFICACION, CERTIFICADOS DE USO DE SUELO Y LICENCIAS DE CONSTRUCCIÓN.

En un claro intento de brindar simetría y normalización en materia de infraestructura de telecomunicaciones por tratarse de un tema de clara vocación nacional, se han dictado una serie importante de instrumentos normativos de carácter general, tanto a nivel nacional como cantonal. Así, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto No. 36159 de 10 de mayo de 2010, denominado *“Normas Estándares y Competencias de las Entidades Públicas para la aprobación coordinada y expedita requerida para la Instalación y Ampliación de Redes de Telecomunicaciones”*, cuyo fin fue uniformar los trámites para obtener autorizaciones para construir e instalar infraestructura de telecomunicaciones ante la dispersión normativa imperante y colmar las lagunas existentes en la materia. En el artículo 10°, párrafo 1°, de este Decreto Ejecutivo se dispuso que es competencia municipal *“Otorgar los certificados de uso de suelo, de conformidad con el Plan Regulador o sus reglamentos vigentes, siempre y cuando en dicho plan o reglamentos se contemple la instalación de infraestructura de telecomunicaciones. En los casos donde el Plan Regulador y la reglamentación local no contempla esta materia, los certificados de uso de suelo se adecuarán a lo establecido en los artículos 4, 5, 6 y 11 del presente decreto”*. Consecuentemente, el decreto admite dos hipótesis: a) Que la respectiva municipalidad cuente con Plan Regulador y, concretamente, Reglamento de Zonificación y dentro de los mismos se regule el tema de la instalación de infraestructura de telecomunicaciones y b) En ausencia de esa normativa, el ayuntamiento debe conocer y resolver la solicitud del certificado de uso del suelo, conforme los artículos 4° (integración de normas), 5° (interés público en el establecimiento, instalación, ampliación, renovación y operación de las redes públicas de telecomunicaciones), 6° (concepto de red pública de telecomunicaciones) y 11° (principios para el otorgamiento de usos de suelo y permisos de construcción) de ese Decreto Ejecutivo. El artículo 11° del Decreto Ejecutivo de comentario establece lo siguiente:

“1.En los casos donde la zonificación para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones no sea explícita o no se encuentre establecida en el Plan Regulador de cada Municipalidad, o bien que la reglamentación del ordenamiento territorial se contraponga a la misma o no se regule esta

materia, aplicando el principio de legalidad establecido tanto en el artículo 11 de la Constitución Política así como el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, la Municipalidad favorecerá su establecimiento, ampliación, renovación y operación aplicando lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley No. 7593, que declara el carácter de interés público de las actividades de establecimiento, instalación, ampliación, renovación y la operación de las redes públicas de telecomunicaciones o de cualquiera de sus elementos. En todo caso, dicha decisión determinará, igualmente, que se cumpla con la aplicación de los principios rectores del Sector Telecomunicaciones señalados en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones y en cumplimiento del principio de legalidad al cual toda la Administración Pública se encuentra sujeta por así disponerlo el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, así como el artículo 11 de la Constitución Política.

2. En razón de lo dispuesto en los incisos a) y h) del artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley No. 8642, así como lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, Ley No. 7593, y en cumplimiento del principio de legalidad establecido en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, y en el artículo 11 de la Constitución Política, las municipalidades fundamentarán sus acciones para el otorgamiento de “usos de suelo conforme” y “permisos de construcción” en los siguientes principios:

a) Principio de universalidad, de manera que se propicie la concesión de las autorizaciones citadas a todos los interesados en ofrecer servicios de telecomunicaciones en el cantón sin discriminación alguna, con el objeto de que se garanticen, al menos, un mínimo de servicios de telecomunicaciones para los habitantes de todas las zonas y regiones del país en igualdad de condiciones.

b) Principio de neutralidad tecnológica, de manera que el otorgamiento de las autorizaciones citadas garanticen el derecho de los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones de escoger las tecnologías por utilizar.

c) La declaratoria de interés público que establece el artículo 74 de la Ley

de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, de manera que se otorguen las autorizaciones citadas, considerando que resulta de interés público el establecimiento, la instalación, la ampliación, la renovación y la operación de las redes públicas de telecomunicaciones o de cualquiera de sus elementos.(...)"

A partir de diciembre de 2010, de manera conjunta, varias corporaciones municipales aprobaron y publicaron el respectivo “Reglamento General para Licencias Municipales en Telecomunicaciones”, según un proyecto de reglamento modelo que ha sido adoptado por la mayoría de las entidades territoriales y el que dispone en cuanto a los certificados de uso de suelo una norma que se repite, en casi todos, bajo los siguientes términos: *“Se otorgará el certificado de Uso de Suelo como uso conforme en cualquier área de la zonificación del cantón, siempre y cuando cumpla con los requisitos y condiciones establecidos en este Capítulo”*. Dentro de los requisitos que se fijan están cumplimentar un formulario con la indicación de la altura de la torre, georeferenciación de la ubicación del centro de la torre con coordenadas de longitud y latitud, plano catastrado, cédula de identidad o certificación de personería jurídica del solicitante. También los predios donde se instala o ubica la infraestructura deben tener ciertas medidas mínimas de frente y fondo, una franja de amortiguamiento mínima alrededor de la obra, alturas mínimas y máximas, retiros, etc.. Incluso en tales reglamentos municipales, se prevé la posibilidad de excepcionar tales recaudos cuando el solicitante justifique la necesidad de parámetros distintos con fundamento en estudios técnicos que así lo justifiquen. Bajo esta inteligencia las municipalidades deben otorgar los certificados de uso de suelo para la construcción e instalación de infraestructura de telecomunicaciones en cualquier área de zonificación del cantón, por lo que no se requiere que el Plan Regulador o el Reglamento de Zonificación preexistentes –en caso de existir- sean reformados, modificados o adicionados para regular una zona específica para ubicar la infraestructura de telecomunicaciones. Para la ubicación de la infraestructura basta cumplir con los requisitos técnicos y de emplazamiento fijados por la legislación nacional y los reglamentos del Poder Ejecutivo o municipales específicos. Para el caso específico, el “Reglamento General para Licencias Municipales en

Telecomunicaciones de la Municipalidad de Goicoechea” de 1° de junio

de 2011, dispone en su artículo 11°, párrafo in fine, lo siguiente:

“Las obras a las que se refiere este Reglamento se deberán ubicar de preferencia en las Zonas Industriales, definidas en la actualidad por el Plan Regulador, sin perjuicio de su ubicación en otros lugares del Cantón en los términos de este Reglamento”.

El numeral 11°, párrafo in fine, del citado reglamento de la Municipalidad de Goicoechea es suficientemente elocuente, al disponer que el certificado de uso del suelo para construir e instalar una torre o antena de telecomunicaciones puede ser concedido en cualquiera de las áreas o zonas establecidas previamente en el Plan Regulador y, en particular en el Reglamento de Zonificación, sin que sea necesario reformar, adicionar o modificar tales instrumentos, siempre y cuando se cumplan el resto de los requisitos y condiciones que establece el ordenamiento jurídico. En punto a la licencia de construcción para la instalación, ampliación o modificación de una torre o antena de telecomunicaciones, la Ley de Planificación Urbana (artículo 29) y los Reglamentos municipales ya citados condicionan su otorgamiento a contar con un certificado de uso de suelo y el cumplimiento de otros requisitos de carácter formal y técnico.

VII.-CASO CONCRETO. En mérito de todo lo expuesto, este Tribunal Constitucional concluye que el otorgamiento de una licencia municipal de construcción de una torre o antena de telecomunicaciones o el otorgamiento de un certificado de uso de suelo de acuerdo con la zonificación existente, no suponen una modificación o reforma del Plan Regulador o de la zonificación establecida en los reglamentos de desarrollo urbano que forman parte del primero. Dado que el carácter estratégico y primordial de las telecomunicaciones para el desarrollo social y económico, su declarado interés público nacional y la normativa habilitan a las corporaciones municipales para otorgar certificados de uso de suelo y, con fundamento en éstos y otros requisitos, licencias de construcción de infraestructura de telecomunicaciones, sin necesidad de modificar o reformar los Planes Reguladores y Reglamentos municipales previos que forman parte del primero.

VIII.-COROLARIO. En mérito de lo expuesto, se impone desestimar el

recurso planteado.

IX.-Los Magistrados Armijo Sancho, Cruz Castro y Rueda Leal salvan el voto y declaran con lugar el recurso.

POR TANTO:

Se declara sin lugar el recurso. Los Magistrados Armijo Sancho, Cruz Castro y Rueda Leal salvan el voto y declaran con lugar el recurso.

Ana Virginia Calzada M .

Presidenta

Luis Paulino Mora M.

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L.

VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS ARMIJO, CRUZ Y RUEDA CON REDACCIÓN DEL ÚLTIMO.

Con todo respeto, nos separamos del criterio de mayoría y declaramos con lugar el recurso, por las siguientes consideraciones. En este caso, de las pruebas que constan en autos, se tiene por probado que en la Municipalidad de Goicoechea se tramita el expediente administrativo número 1471-2010, promovido por Compañía Las Torres de Costa Rica S.A., que corresponde a un Proyecto Constructivo de Antena de Comunicaciones para Telefonía Móvil en la Urbanización Montelimar, Calle Blancos, Goicoechea, en el cual el Alcalde de Goicoechea otorgó el permiso de construcción número UN 1471-2010 a la Compañía Las Torres DCR S.A. del 17 de noviembre de 2010 relativo a la instalación de una torre que serviría de plataforma para operar la telefonía móvil de ondas electromagnéticas, lo anterior a pesar de que el Reglamento de Zonificación de la Municipalidad de Goicoechea, publicado en el Alcance número 23 de la Gaceta número 65 del 31 de marzo de 2000, no contempla expresamente el uso de suelo

para la instalación de torres que servirán de plataforma para operar la telefonía móvil de ondas electromagnéticas. Varios son los aspectos relevantes que se deben tomar en consideración:

I.-SOBRE LA PLANIFICACIÓN URBANA Y EL DERECHO A AUDIENCIA.

En relación con este tema, en la sentencia número 05575-2007 de las 15:24 horas del 25 de abril de 2007, esta Sala resolvió lo siguiente:

“V.-PLANIFICACIÓN URBANA. Este Tribunal en reiteradas ocasiones ha indicado que, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 169 y 170 de la Constitución Política, la Ley de Planificación Urbana número 4240 de quince de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho establece que la titularidad primaria en materia de planificación urbana corresponde a las municipalidades, lo cual ha sido plasmado en los artículos 15 y 19 de dicha ley. En ese sentido, en la sentencia número 1993-6706, de las quince horas veintiún minutos del veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y tres, la Sala indicó:

“II).-La Sala estima que la potestad atribuida a los gobiernos locales para planificar el desarrollo urbano dentro de los límites de su territorio sí integra el concepto constitucional de “intereses y servicios locales” a que hace referencia el artículo 169 de la Constitución, competencia que fue reconocida por la Ley de Planificación Urbana (# 4240 del 15 de noviembre de 1968, reformada por Leyes # 6575 de 27 de abril de 1981 y # 6595 de 6 de agosto de ese mismo año), específicamente en los artículos 15 y 19 (...).”

De manera que es a los entes municipales a los que corresponde asumir la planificación urbana local por medio de la promulgación de los respectivos planes reguladores, haciendo efectiva la normativa que al efecto dicte el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, como institución encargada de la planificación urbana a nivel nacional. Esto último con la aclaración de que la Dirección de Urbanismo funciona como órgano asesor de las municipalidades a los efectos de preparar, aplicar y modificar el Plan Regulador municipal o local y sus Reglamentos antes de su adopción definitiva; sin embargo, ha dicho la Sala que lo expuesto debe entenderse como el límite formal de los grandes lineamientos, normas técnicas o directrices generales

conforme a las cuales deben los gobiernos locales elaborar sus respectivos planes reguladores y los reglamentos de desarrollo urbano correspondientes, pues no es posible pretender que el Plan Nacional de Desarrollo Urbano se elabore y ponga en práctica íntegramente por el Gobierno Central, sin la intervención directa de las municipalidades en esa materia. Ha estimado la Sala que tal situación atenta no sólo contra los más elementales principios de la lógica y la conveniencia, habida cuenta que se trata de los intereses particulares de cada cantón de la República, sino también contra los principios constitucionales del régimen municipal, establecido por nuestra Carta Fundamental en los artículos 168 a 175. En ese contexto, la planificación urbana, sea la elaboración y puesta en marcha de los planes reguladores, es una función inherente a las municipalidades con exclusión de todo otro ente público, salvo lo dicho en cuanto a las potestades de dirección general atribuidas al Ministerio de Planificación y a la Dirección de Urbanismo. Sobre la naturaleza jurídica de los planes reguladores, el criterio sostenido por esta Sala es que en razón de su contenido y de su eficacia u obligatoriedad general, debe estimarse que se trata de verdaderas normas jurídicas o leyes en sentido material, en vista de que reconoce derechos y establece obligaciones para los titulares y poseedores de los inmuebles ubicados en la circunscripción territorial del respectivo cantón. Asimismo, atendiendo al procedimiento de formación de estas regulaciones, se ha considerado que se constituye en manifestación de la democracia directa, en razón de que son elaborados y aprobados por las respectivas municipalidades, las que encuentran su razón de ser, precisamente en su conformación, esto es, por los munícipes o vecinos, en una circunscripción territorial determinada –cantón-, para la “administración de los intereses y servicios locales” (artículos 169 de la Constitución Política y 1° del Código Municipal).

VI.-PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN O MODIFICACIÓN DE UN PLAN REGULADOR. Para la aprobación o la modificación de los planes reguladores, se requiere –como requisito esencial e ineludible la celebración de una audiencia oral y pública de los munícipes y población en general que tenga intereses en esa regulación, en los términos previstos en el artículo 19 (sic) de la Ley de Planificación Urbana, elemento que legitima la normativa adoptada. Asimismo, el Plan se adopta mediante acuerdo del Concejo municipal, órgano

deliberativo de los entes municipales. Con lo cual, es claro que no es contrario al artículo 45 de la Constitución Política el que los planes reguladores y regulaciones reglamentarias –con que se acompañan y lo conforman– establezcan regulaciones en torno al uso del suelo. De ahí que la Sala no ha encontrado objeciones a la legitimidad de los planes reguladores para imponer limitaciones al derecho de propiedad, bajo la consideración de que, como el resto de los derechos (incluyendo la libertad de comercio), su ejercicio no es ilimitado, por lo que, en su condición de ordenamientos territoriales, pueden imponer limitaciones de interés social a la propiedad, en este caso sustentadas en una regulación de naturaleza urbanística, sin que en tal condición, sean indemnizables, con los únicos límites que los establecidos en el artículo 28 constitucional. Volviendo al tema de la audiencia pública a la que se hizo alusión antes, tiene por objeto permitir el ejercicio del derecho a la participación de la comunidad en un asunto que le afecta directamente y que, en consecuencia, debe efectuarse con anterioridad a la toma de la decisión administrativa, constituyéndose así en una manifestación del principio democrático. Como consecuencia, este tipo de audiencias no se constituyen simplemente en parte de un procedimiento que por formalidad deba programarse, de manera que se pueda fijar de forma que haga nugatorio el ejercicio del derecho que pretende tutelar, al otorgarse en condiciones que se convierta en una mera formalidad, incapaz de alcanzar los objetivos que está llamada a obtener en protección del derecho a la información y participación ciudadana, aunque ciertamente tampoco debe llegar a constituirse en un obstáculo para que se emita una oportuna resolución de la gestión.”

En relación con el antecedente mencionado, se debe aclarar que la audiencia está regulada en el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana, no en el 19, lo que no afecta, por tratarse de un mero error material, el fondo de la cuestión. Asimismo, en sentencia número 2009-018358 de las 14:31 horas del 2 de diciembre de 2009, este Tribunal se manifestó de la siguiente forma:

“IV.-Sobre la audiencia pública. El artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana establece como primer requisito para la implementación de un Plan Regulador, el convocar a una audiencia pública, específicamente establece que la misma deberá ser convocada por medio del Diario

Oficial La Gaceta, debe indicarse lugar fecha y hora en la que la audiencia será realizada, lo que deberá hacerse con mínimo quince días de anticipación, lo anterior claro está, sin desmérito de cualquier otra divulgación adicional que se estime necesaria. La audiencia, lo que busca es que exista transparencia y participación ciudadana en el proceso de la toma de decisión, lo que además posibilita a cualquier ciudadano a oponerse a la iniciativa en discusión. Este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de analizar la relevancia que posee la audiencia en cuestión, en ese sentido, en lo que interesa señaló en la sentencia número 2004-12242 de las catorce horas veintiocho minutos del veintinueve de octubre de dos mil cuatro:

“La audiencia pública que en casos como el presente se realiza por parte de los entes municipales, tiene por objeto permitir el ejercicio del derecho a la participación de la comunidad en un asunto que le afecta directamente y que, en consecuencia, debe efectuarse con anterioridad a la toma de la decisión administrativa, constituyéndose así en una manifestación del principio democrático. Como consecuencia, este tipo de audiencias no se constituyen simplemente en parte de un procedimiento que por formalidad deba programarse, de manera que se pueda fijar de forma que haga nugatorio el ejercicio del derecho que pretende tutelar, al otorgarse en condiciones que se convierta en una mera formalidad, incapaz de alcanzar los objetivos que está llamada a obtener en protección del derecho a la información y participación ciudadana, aunque ciertamente tampoco debe llegar a constituirse en un obstáculo para que se emita una oportuna resolución de la gestión”.

De lo anterior, se colige que la audiencia en procesos como el que nos ocupa, debe permitir un derecho de acceso a la información, que haya una verdadera participación de los interesados y por último un respecto al derecho de acceso a la justicia, lo que deviene en una oportunidad real para que los vecinos e interesados, conozcan el Plan Regulador con antelación y puedan presentar sus opiniones al respecto.

Ahora bien, procede a continuación analizar si en el procedimiento de tramitación del Plan Regulador para la Fortuna de San Carlos, aprobado por el Concejo de la Corporación de San Carlos, por acuerdo Número 5, Acta Número 56, del veintiséis de setiembre de dos mil cinco, publicado

en el Diario Oficial La Gaceta No. 107 del cinco de junio de dos mil siete, se respetaron o no los requisitos antes mencionados. En ese sentido, el Alcalde la Municipalidad de San Carlos, indica en el informe rendido a esta Sala: "Para la Convocatoria Pública, se colocaron con más de ocho días de anticipación panfletos en lugares estratégicos de todo el Distrito de Fortuna, se informó por los medios de comunicación colectiva del Cantón así como por medio de perifoneo". Con base a ello, es que este Tribunal estima que sí existió en el caso concreto una lesión al derecho de audiencia, lo anterior por cuanto la ley es clara al esbozar los requisitos por los cuales una audiencia debe ser convocada, en tal sentido tal y como anteriormente se mencionó, el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana, acota que la audiencia deberá ser convocada por medio del Diario Oficial, ello sin perjuicio de cualquier otra divulgación adicional, lo que implica que la utilización de otros métodos como los panfletos o los medios de comunicación colectiva cantonales no puede de ninguna manera sustituir la publicación en el Diario Oficial, la cual constituye un requisito indispensable pues se encuentra legalmente establecido y lo que busca es que todas las personas interesadas en la aprobación del Plan Regulador, sin importar donde se encuentren, puedan enterarse de la realización de la audiencia. En la especie, al manejarse dicha información solamente a nivel cantonal, ello limita el acceso de personas interesadas que por cualquier razón no se encontraran en el Cantón. Aunado a ello, el numeral de cita establece que la convocatoria deberá realizarse con al menos quince días de anticipación, y en este caso las autoridades Municipales reconoce que se hizo con solamente ocho días de anticipación, lo que evidentemente se encuentra fuera de los límites temporales legalmente señalados. De esta manera, es importante además resaltar que las propias autoridades accionadas aceptan que a la convocatoria no acudió la cantidad de personas esperada, lo que estima este Tribunal se puede achacar entre otras posibles razones, a una convocatoria mal realizada.

Aunado a ello, en lo referente a audiencia, se tiene que la misma fue suspendida, y no fue convocada nuevamente con anterioridad a la aprobación del Plan Regulador. Lo que evidentemente lesiona el derecho de audiencia y participación, ya que los interesados del todo no pudieron estar presentes el día de la aprobación del Plan. Estima este Tribunal que si bien es cierto llevan razón las autoridades accionadas

al indicar que lo dicho por los participantes de la audiencia no resulta vinculante para la aprobación del Plan Regulador, ello no implica de forma alguna que pueda dispensarse de la audiencia. Ello constituiría sin lugar a dudas una lesión al principio de participación democrática, entendida como la posibilidad para aquellas personas que puedan verse afectadas con la implementación del Plan Regulador o que tengan interés sobre tal decisión, a manifestar desde temprano sus criterios, opiniones, puntos de vista o cuestionamientos sobre la misma, sin tener estas que encontrarse sometidas a formalidades específicas para llegar a ser tomadas en cuenta. Así las cosas, este Tribunal estima que lleva razón el accionante al estimar que la suspensión de la audiencia sin que posteriormente se realizara nuevamente, ii conlleva una lesión al derecho de participación ciudadana. Aunado a ello, el accionante argumenta que al expositor de la audiencia no se le entendía bien lo que exponía por problemas de sonido, a lo que la parte accionada indica que ello se debió preponderantemente a que el tema a tratar era muy técnico, a lo que esta Sala resalta que parte del derecho de participación también involucra que la información que se dé al administrado debe contener resúmenes no técnicos, que permita a las personas comprender la magnitud de la discusión. Es así, como no pueden alegar las autoridades accionadas que las personas participantes de la audiencia no entendieron su contenido por el alto grado técnico del mismo, toda vez que le corresponde a la Administración asegurarse que la información sea impartida de manera tal que cualquier persona pueda entenderla.

Así las cosas, habiendo concluido este Tribunal que la audiencia establecida en el ordinal 17 de la Ley de Planificación Urbana, no se realizó respetando los cánones establecidos en dicho numeral, se estima que dado a que se está ante un procedimiento legalmente establecido, los actos que se hayan dictado con posterioridad a la audiencia en la aprobación del Plan Regulador de la Fortuna de San Carlos también devienen en ilegítimos, por cuanto tal y como se explicó en el considerando anterior, para que un acto sea válido, el acto que lo antecede debió haberse dictado conforme a la normativa correspondiente. En razón de ello, esta Sala no entrará a pronunciarse sobre el requisito de la viabilidad ambiental que debe otorgar la Secretaría Nacional Ambiental, toda vez que si el requisito previo, sea la

audiencia, no fue realizado legítimamente, por ende tampoco lo fue la exigencia ambiental, ni ninguna otra.”

Ahora bien, en cuanto a la audiencia, en sentencia número 2011-001054 de las 9:30 horas del 28 de enero de 2011, esta Sala también determinó que “tiene por objeto garantizar el ejercicio del derecho a la participación de la comunidad en un asunto que le afecta, directamente, y que, en consecuencia, debe efectuarse con anterioridad a la toma de la decisión administrativa, constituyéndose así en una manifestación del principio democrático. Como consecuencia, este tipo de audiencias no se constituyen, simplemente, en parte de un procedimiento que por formalidad deba programarse, de manera que se pueda fijar de forma que haga nugatorio el ejercicio del derecho que pretende tutelar, al otorgarse en condiciones que se convierta en una mera formalidad, incapaz de alcanzar los objetivos que está llamada a obtener en protección del derecho a la información y participación ciudadana, aunque, ciertamente, tampoco debe llegar a constituirse en un obstáculo para que se emita una oportuna resolución de la gestión.” (El subrayado no corresponde al original).

II.-SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. En el subexamine, el amparado alega que el Alcalde de Goicoechea aprobó el permiso de construcción número UN 1471-2010 del 17 de noviembre de 2010 a la Compañía La Torres DCR S.A. para la instalación de una torre que servirá de plataforma para operar la telefonía móvil de ondas electromagnéticas, a pesar de que el Plan Regulador de dicha Municipalidad, que data del año 2000, no contempla un uso de suelo relativo a la instalación de torres para la telefonía celular. Al respecto, se advierte que la Municipalidad aprobó y publicó el Reglamento de Zonificación del cantón de marras en el Alcance número 23 a La Gaceta número 56 del 31 de marzo de 2000. En síntesis, de lo alegado por el amparado se extrae que su reclamo consiste en que si el mencionado Reglamento de Zonificación no contempla de modo expreso como uso de suelo permitido la construcción de torres de telecomunicación, entonces deviene jurídicamente improcedente que se hubiera otorgado un certificado de uso de suelo a los efectos de la emisión del permiso de construcción número UN 1471-2010, pues ello violentaría el principio de legalidad, contenido en el artículo 11 de la Constitución Política, toda vez que la Administración no

puede conceder un permiso que no está expresamente regulado. En la especie, a efectos de emitir el mencionado certificado de uso de suelo, el Reglamento de Zonificación debió haber sido modificado conforme al procedimiento establecido en el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana, que incluye, entre otro, el requisito de la audiencia previa a la comunidad. El principio de legalidad significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar sometidos a la ley, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídico, es lo que se conoce como el principio de juridicidad de la Administración, sea que las instituciones públicas solo pueden actuar en la medida en la que se encuentre apoderadas para hacerlo por el mismo ordenamiento y normalmente a texto expreso, en consecuencia solo le es permitido lo que esté constitucionalmente y legalmente autorizado en forma expresa y todo lo que no les esté autorizado, les está vedado. En este caso, el recurrente lleva razón al exponer que al momento de otorgamiento del permiso de construcción supracitado, el Reglamento de Zonificación de la Municipalidad de Goicoechea no contemplaba el uso de suelo para la instalación de torres electromagnéticas para la actividad de la telefonía móvil ni tampoco lo hacía ninguna otra norma. Incluso, se debe advertir que al momento de emisión del certificado de uso de suelo, todavía no estaba vigente el Reglamento General para Licencias Municipales en Telecomunicaciones de la Municipalidad de Goicoechea, aprobado en el artículo 24 de la Sesión Ordinaria número 19-2011 del 9 de mayo de 2011 y publicado en La Gaceta número 105 del 1º del mes siguiente, que vino a regular tal materia. Por consiguiente, el permiso de construcción otorgado por el Alcalde de la municipalidad recurrida se basó en un certificado de uso de suelo que en realidad no estaba contemplado en la legislación vigente al momento de su emisión, esto es en el mencionado Reglamento de Zonificación de dicho cantón.

III.-SOBRE EL RÉGIMEN MUNICIPAL. En primera instancia, conviene analizar la importancia de los planes reguladores dentro de los ordenamientos locales. El artículo 1 de la Ley de Planificación Urbana define Plan Regulador como: “El instrumento de planificación local que define en un conjunto de planos, mapas, reglamentos y cualquier otro documento, gráfico o suplemento, la política de desarrollo y los planes para distribución de la población, usos de la tierra, vías de circulación, servicios públicos, facilidades comunales, y construcción, conservación

y rehabilitación de áreas urbanas". Por su parte, el numeral 15 de la citada Ley, establece que conforme al precepto del artículo 169 de la Constitución Política, reconócese la competencia y autoridad de los gobiernos municipales para planificar y controlar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional. Consecuentemente, cada uno de ellos dispondrá lo que proceda para implantar un plan regulador y los reglamentos de desarrollo urbano conexos, en las áreas donde deba regir. De esta manera, una de las principales competencias que poseen las municipalidades está referida a la planificación y control del desarrollo urbano de los límites jurisdiccionales de su territorio. El Plan Regulador ha sido el principal instrumento técnico y jurídico de que disponen las municipalidades para ejercer aquella competencia. Idealmente, toda municipalidad debería poseer su propio Plan Regulador. La importancia de los Planes Reguladores radica en los beneficios que otorgan, los que según la Dirección de Gestión Municipal del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, son: permite un mejor control por parte de las autoridades locales del territorio del cantón, crea zonificación que disminuye los impactos negativos de muchas actividades, permite un mejor equilibrio entre los intereses privados y los de comunidad, provee seguridad jurídica y confianza al inversionista, relación armónica entre los diversos usos de la tierra, conveniente acceso de las propiedades a las vías públicas, división adecuada de los terrenos, reservas de espacios para uso público, rehabilitación de áreas y prevención de su deterioro y seguridad, ornato y salubridad en las construcciones. De lo anterior se colige que un Plan Regulador es ley en sentido material, lo que implica que contiene derechos de los administrados y obligaciones de la Administración. Por otra parte, para poder aplicar de forma correcta un plan regulador, resulta necesaria la existencia de normativa conexas que regule de forma concreta ciertas situaciones, para lo que existen reglamentos de desarrollo de los planes reguladores, entre los que se encuentran: renovación urbana, de construcciones, de mapa oficial, fraccionamiento y urbanización, y zonificación. Los reglamentos de desarrollo de los planes reguladores deben establecer, al menos, los siguientes aspectos: los diferentes usos del suelo dentro del cantón; el acceso de los inmuebles urbanos a las vías públicas; la división del suelo y sus reglas; las áreas que deben destinarse a facilidades comunales y vías públicas; los espacios que deben ser reservados para usos públicos; disponer sobre el ornato,

comodidad, salud y seguridad de las construcciones y cualquier otra disposición que requiera el interés comunal. Concretamente, el Reglamento de Zonificación, que otorga los usos de suelo, esto es actos administrativos -en cuanto emanan de una Administración Pública territorial en ejercicio de su potestad administrativa -, de conocimiento -dado que su contenido se limita a dejar constancia de una situación concreta previamente determinada en un plan regulador-, concreto -pues se emite uno por cada inmueble externo - ya que trasciende la esfera de la entidad que lo dicta -, y explícito -porque debe tener siempre un contenido expreso -, mediante el cual, una Municipalidad acredita, única y exclusivamente, el uso que se le puede dar a un determinado inmueble, de acuerdo con la zonificación implantada por ella en su Cantón o la que corresponda, según lo ya indicado. Se trata de una conducta que por su contenido es meramente declarativa, es decir, que por su medio no crea, modifica ni extingue ninguna situación jurídica; antes bien, lo que se hace es dejar constancia de una situación muy específica, en concreto, de cuáles son los usos posibles del terreno, según la normativa vigente en ese momento, pero nada más. Por lo tanto, ese certificado, por sí mismo y aún en el caso en que sea conteste con los deseos del propietario o poseedor del lote o finca que interesa, no produce el efecto jurídico de autorizar automáticamente a ninguna persona para construir una edificación o para ejercer la actividad económica en ese lugar; pues para ello, es necesario que la Municipalidad emitida otro acto diverso, a saber, el respectivo permiso de construcción o que conceda la licencia para el ejercicio de actividades lucrativas. Dicho en otros términos, no es posible afirmar que el certificado de uso de suelo, una vez dictado, genera per se un derecho subjetivo para usar el bien según lo que allí se indique, pues para que ello ocurra el ordenamiento exige la emisión de otro acto concreto, verbigracia un permiso, una licencia o una autorización, sin lo cual -valga agregar-, se mantienen aún los obstáculos legales para el ejercicio de la actividad o del derecho. Por otro lado, en este ámbito, la potestad certificadora de la Municipalidad no admite la utilización de criterios discrecionales por parte del funcionario competente: o el uso está permitido o no lo está, pero es improcedente hacer interpretaciones extensivas para incluir usos que no están expresamente previstos y menos aún integraciones de tipo analógico, ya que ello en el fondo implica una modificación individual de la normativa o los criterios técnicos aplicables. Aunado a

ello, según lo indicado en el artículo 74 de la Ley de Construcciones, toda obra relacionada con la construcción deberá ejecutarse con licencia de la Municipalidad correspondiente y para ello es necesaria la presentación del Certificado de Uso de Suelo, con el objeto de no desnaturalizar los fines dados a la tierra. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley de Planificación Urbana, el Reglamento de Zonificación, amén de describir el uso de suelos en sí, debe reglamentar aspectos tales como la localización, altura y área de piso de las edificaciones (inciso b), el tamaño de los retiros, patios y demás espacios abiertos, y la cobertura del lote por edificios y estructuras (inciso d) y cualquier otro elemento urbanístico o arquitectónico relativo al uso de la tierra, cuya regulación tenga interés para la comunidad local (inciso g), esto último comprende aspectos relativos al paisajismo. Aparte de lo anterior, muchas municipalidades dictan un Reglamento Municipal de Construcciones, que particulariza las reglas locales que interesen a la seguridad, salubridad y ornato de las estructuras o edificaciones, sin detrimento de las pertinentes de esta ley y de las demás vigentes o aplicables a este ramo, todo de conformidad con lo dispuesto en los numerales 56 y siguientes de la Ley de Planificación Urbana. A falta de un Reglamento Municipal de Construcciones, rige la Ley de Construcciones y el Reglamento de Construcciones emitido por el INVU, como ya señaló la Sala en los votos números 2153-93 de las 9:21 horas del 21 de mayo de 1993, 1996-4205 de las 14:33 horas del 20 de agosto de 1996 y 2004-01923 de las 14:55 horas del 25 de febrero de 2004. De esta manera, concluimos que para que se pueda otorgar un certificado de uso de suelo, el tipo de edificación correspondiente debe estar expresamente regulado en el respectivo Reglamento de Zonificación. De no ser ese el caso, se requiere reformar dicho reglamento conforme al procedimiento establecido en el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana, cuyo inciso 1) regula que se debe convocar a una audiencia pública por medio del Diario Oficial y la divulgación adicional necesaria con la indicación de local, fecha y hora para conocer el proyecto y de las observaciones verbales o escritas que tengan a bien formular los vecinos o interesados, todo ello a fin de respetar el derecho a la participación de los munícipes. Contrario a lo que sostiene el Ministerio del Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, la instalación de plataformas para la telefonía celular, por su dimensión e impacto escénico, sí son susceptibles de criterios de zonificación, siempre que se dé esto dentro de términos

razonables y no se lesione el contenido esencial del derecho fundamental a la comunicación.

IV.-SOBRE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA. La participación ciudadana en la producción de normas locales, fue reconocida como principio en la Declaración de Río de 1992. En ese mismo año, la Organización de la Nacional Unidas en la Agenda No. 21 local, declaró indispensable que los gobiernos locales y sus municipios tuvieran un protagonismo importante para alcanzar la sostenibilidad del ambiente. La participación comunitaria, como mecanismo para alcanzar un desarrollo sostenible, también fue recogida por la Declaración de Estambul que apuesta al fortalecimiento del régimen municipal como expresión de participación democrática. Por su parte, el artículo 9 de la Constitución Política establece, entre otras características, que el Gobierno de la República debe ser participativo, lo que evidentemente se extienden a los gobiernos municipales. En nuestro caso, el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana obliga a convocar a una audiencia pública por medio del Diario Oficial tanto antes de implantar un Plan Regulador, como cuando se pretende modificar, suspender o derogar total o parcialmente el referido plan o cualquiera de sus reglamentos. Esta audiencia, propia de la vida en comunidad dentro de un cantón, refleja que la titularidad primaria en materia de planificación urbana corresponde a las municipalidades, toda vez que a ellas les incumbe el deber de programarla y efectuarla. No se trata entonces de una mera potestad, sino de una verdadera obligación jurídica a cargo de los gobiernos locales, la cual adquiere relevancia constitucional ya que integra el concepto constitucional de “intereses y servicios locales” a que hace referencia el artículo 169 de la Constitución Política. Ahora bien, en cuanto a su carácter participativo, la propia Constitución Política obliga a ello, pues con la reforma vigente desde el 31 de julio de 2003 al numeral 9 de la Ley Fundamental quedó estatuido que el Gobierno de la República tiene que ser, entre otros aspectos, participativo, lo que implica que el gobierno de turno es un articulador de lo establecido por deliberación popular, cualidad que se extiende al gobierno municipal. En otras palabras, son los ciudadanos quienes tienen una mayor participación en la toma de decisiones políticas, pueden y deben ejercer influencia directa en las decisiones públicas. Este principio, visto como derecho fundamental de participación ciudadana, establece que

el pueblo debe estar habilitado para manifestarse por igual en puntos de vista tanto mayoritarios como minoritarios. Así, serán importantes tanto los mecanismos de participación nacionales como el referéndum o plebiscito, como los locales, por ejemplo la audiencia contemplada en el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana. En ese sentido, la participación ciudadana es un deber que irremediamente irradia sobre los gobiernos locales y también haya sustento legal en el artículo 5 del Código Municipal, que obliga a las municipalidades a fomentar la participación activa, consciente y democrática del pueblo en las decisiones del gobierno local. En consecuencia, la audiencia aludida en el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana debe respetar todos los parámetros ahí determinados: a) debe ser pública, b) tiene que ser convocada por medio del Diario Oficial, c) la convocatoria debe contener información adicional necesaria con la indicación de local, fecha y hora para conocer del proyecto, d) además del texto del Plan Regulador o su reforma, se deben agregar las observaciones verbales o escritas que tengan a bien formular los vecinos o interesados. A lo anterior se tiene que añadir la obligación de las municipalidades de procurar la adecuada comunicación del Plan Regulador o su reforma, para lo cual se deben utilizar medios razonables acordes al presupuesto municipal, lo que implica, a manera de ejemplo, medidas de divulgación que van desde la colocación de la información en el sitio Web de una municipalidad hasta la publicación en un medio de prensa cantonal o nacional. Por lo demás, como indicó esta Sala en el voto número 2009-018358 de las 14:31 horas del 2 de diciembre de 2009, cuando el tema técnico es muy complejo, como sucede en la especie, a fin de garantizar la participación efectiva del munícipe, la Corporación Municipal tiene la obligación de suministrar a los administrados resúmenes no técnicos que les posibiliten comprender la magnitud de la discusión. En el caso concreto, la Municipalidad de Goicoechea no contempla en su Reglamento de Zonificación la construcción de antenas para la telefonía celular, es decir, se trata un uso de suelo nuevo. Por consiguiente, la audiencia indicada se convierte en un elemento indispensable en la formación del acuerdo municipal tendente a la aprobación o modificación de un Plan Regulador, o tal y como se da en este caso específico –otorgamiento de certificados de uso de suelo para telecomunicaciones- de manera que se asegure la efectiva participación de los munícipes, facilitándoles la información requerida con resúmenes de los aspectos técnicos

formulados en un lenguaje entendible para el ciudadano común, todo ello dentro de lo razonable, pues tampoco puede convertirse la audiencia en un obstáculo o un recurso para impedir que se dé oportuna resolución a una gestión referida a la aprobación o modificación de un Plan Regulador o uno alguno de los reglamentos que lo componen, como el de zonificación.

V. SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TELECOMUNICACIONES.

Al respecto, esta Sala, en sentencia número 2010-010627 de las 8:31 horas del 18 de junio de 2010, señaló lo siguiente.

“IV.-Sobre el fondo.- Del escrito de interposición de este recurso se desprende que el fondo del asunto se concentra en determinar si, en efecto, el Instituto Costarricense de Electricidad le ha negado a la recurrente el servicio de Internet solicitado, y violado con ello no sólo su derecho a la prestación eficiente de los servicios públicos, sino también su derecho a la comunicación y la información. Para proceder con el análisis del caso concreto que se plantea, esta Sala tiene por ciertos los siguientes hechos. Primero, que desde junio del 2009 la recurrente realiza una solicitud a la agencia del ICE recurrida para la instalación del servicio de Internet en su residencia. Reiterando su solicitud, TRES meses después, a saber, el 18 de setiembre del 2009; y presentando una queja ante la Contraloría de Servicios, casi DOS meses después, a saber, el 03 de noviembre del 2009. Segundo, la agencia del ICE recurrida proceder a denegar la solicitud anterior, en un primer momento en agosto del 2009 aduciendo razones de imposibilidad técnica, luego en noviembre del 2009, aduciendo las mismas razones de imposibilidad técnica. Siendo que, el 23 de noviembre del 2009 se le indica a la recurrente, mediante nota, que se procederá a la instalación del servicio, para posteriormente indicarle nuevamente que no es posible brindarle el servicio por razones de una limitante técnica que no permite la instalación del servicio pues lo recomendable es una distancia de 3.5 km y la casa de habitación de la recurrente está a 5.6 km. De todo lo cual se desprende que en efecto, en este caso ha habido una prestación ineficiente de un servicio público, y una violación a los derechos fundamentales de comunicación e información, tal como se explica. A) Sobre el derecho fundamental a que los servicios públicos sean prestados en condiciones de eficiencia, igualdad, continuidad y adaptabilidad.-

En reiteradas ocasiones anteriores, este Tribunal Constitucional se ha referido a los principios constitucionales que rigen la prestación de servicios públicos y el derecho fundamental a la prestación eficiente de servicios públicos. Así por ejemplo, la sentencia N°2003-11382 de las 15:11 hrs. de 7 de octubre de 2003 indicó:

“III.-PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE EFICACIA, EFICIENCIA, SIMPLICIDAD Y CELERIDAD DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVAS. La Constitución Política, en su parte orgánica, recoge o enuncia algunos principios rectores de la función y organización administrativas, que como tales deben orientar, dirigir y condicionar a todas las administraciones públicas en su cotidiano quehacer. Dentro de tales principios destacan la eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad (artículos -todos de la Constitución Política- 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191 al recoger el principio de “eficiencia de la administración”). Estos principios de orden constitucional, han sido desarrollados por la normativa infraconstitucional, así, la Ley General de la Administración Pública los recoge en los artículos 4°, 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, y manda que deben orientar y nutrir toda organización y función administrativa. La eficacia como principio supone que la organización y función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico, con lo que debe ser ligado a la planificación y a la evaluación o rendición de cuentas (artículo 11, párrafo 2°, de la Constitución Política). La eficiencia, implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros. La simplicidad demanda que las estructuras administrativas y sus competencias sean de fácil comprensión y entendimiento, sin procedimientos alambicados que retarden la satisfacción de los intereses públicos empeñados. Por su parte, la celeridad obliga a las administraciones públicas cumplir con sus objetivos y fines de satisfacción de los intereses públicos, a través de los diversos mecanismos, de la forma más expedita, rápida y acertada posible para evitar retardos indebidos. Este conjunto de principios le impone exigencias, responsabilidades y deberes permanentes a todos

los entes públicos que no pueden declinar de forma transitoria o singular.

IV.-PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS. Todos los servicios públicos prestados por las administraciones públicas -incluidos los asistenciales o sociales- están regidos por una serie de principios que deben ser observados y respetados, en todo momento y sin excepción alguna, por los funcionarios públicos encargados de su gestión y prestación. Tales principios constituyen una obligación jurídica de carácter indeclinable impuesta a cualquier ente u órgano administrativo por su eficacia normativa directa e inmediata, toda vez que el bloque o parámetro de legalidad (artículo 11 de la Constitución Política) al que deben ajustarse en sus actuaciones está integrado, entre otros elementos, por los principios generales del derecho administrativo (artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública). No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía. Como veremos en el considerando subsiguiente nuestro texto fundamental recoge como derecho fundamental de las personas el del buen funcionamiento de los servicios públicos, consecuentemente los principios que informan los servicios públicos en cuanto hacen efectivo tal derecho tienen un rango constitucional. El ordinal 4° de la Ley General de la Administración Pública dispone claramente que “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 o beneficiarios”. La continuidad supone que la prestación de los servicios no se debe interrumpir, diversos mecanismos jurídicos del ordenamiento administrativo pretenden asegurar este principio, tales como la prohibición de la huelga y de paro en los servicios públicos esenciales, la teoría de la imprevisión para hacerle frente a los trastornos económicos que pueden suspender o paralizar los servicios públicos, el carácter inembargable de los bienes dominicales destinados a la prestación de un servicio público, etc.. Cualquier actuación -por acción

u omisión- de los funcionarios o imprevisión de éstos en la organización racional de los recursos que propenda a interrumpir un servicio público es abiertamente antijurídica. La regularidad implica que el servicio público debe prestarse o realizarse con sujeción a ciertas reglas, normas o condiciones preestablecidas. No debe confundirse la continuidad con la regularidad, el primer concepto supone que debe funcionar sin interrupciones y el segundo con apego a las normas que integran el ordenamiento jurídico. La adaptación a todo cambio en el régimen legal o a las necesidades impuestas por el contexto socioeconómico significa que los entes y órganos administrativos deben tener capacidad de previsión y, sobre todo, de programación o planificación para hacerle frente a las nuevas exigencias y retos impuestos, ya sea por el aumento en el volumen de la demanda del servicio público o bien por los cambios tecnológicos. Ningún ente, órgano o funcionario público pueden aducir razones de carencia presupuestaria o financiera, ausencia de equipos, falta de renovación tecnológica de éstos, exceso o saturación de la demanda en el servicio público para dejar de prestarlo de forma continua y regular. La igualdad o universalidad en el acceso demanda que todos los habitantes tienen derecho a exigir, recibir y usar el servicio público en igualdad de condiciones y de conformidad con las normas que los rigen, consecuentemente, todos los que se encuentran en una misma situación pueden exigir idénticas ventajas. Uno de los principios rectores del servicio público que no se encuentra enunciado en el artículo 4º de la Ley General de la Administración Pública lo constituye el de su obligatoriedad, puesto que, de nada serviría afirmar que deben ser continuos, regulares, uniformes y generales si el sujeto prestador no tiene la obligación de prestarlo. La administración pública prestadora del servicio público no puede escoger su clientela o usuarios, debe brindárselo a cualquiera que se lo requiera.

V.-DERECHO FUNDAMENTAL AL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS. Nuestra constitución política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, celeridad, eficaz y eficiente. Esta última obligación se desprende de la relación sistemática de varios

preceptos constitucionales, tales como el 140, inciso 8, el cual le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4), en cuanto incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191 en la medida que incorpora el principio de “eficiencia de la administración”.

De todo lo cual se desprende que, la Administración Pública, con independencia del tipo de servicio público que presta, está obligada al respeto de los principios y derechos anteriores, en especial en este caso, a los principios de eficiencia e igualdad. En este sentido, resulta totalmente inadmisibles el argumento del Jefe de la Agencia del ICE recurrida, cuando indica que la Ley n°8642 “Ley General de Telecomunicaciones” que entró en vigencia el 08 de agosto del 2008, vino a modificar los principios constitucionales de todo servicio público, para que se entienda que en cuanto al servicio de telecomunicaciones, no es un servicio público sino un servicio prestado al público que tiene la característica de “disponibilidad” al público. Nada más alejado de la realidad constitucional que este argumento. Si bien es cierto los servicios públicos han evolucionado (en cuanto a los sujetos que los prestan –pues ya no es exclusividad del Estado-, en cuanto al tipo de servicios públicos –pues también se entiende la existencia de servicios públicos de carácter económico-, en cuanto al régimen bajo el cual son prestados –pues por la apertura de mercados algunos se prestan en un régimen de competencia-, entre otros), los principios constitucionales anteriores resultan invariables, de forma tal que sería contrario al Derecho Constitucional indicar que, como el servicio de telecomunicaciones ya no es un servicio público sino un servicio prestado al público, no le son aplicables los principios constitucionales aplicables a toda prestación de servicios públicos. Claramente, los servicios de telecomunicaciones brindados por el Instituto Costarricense de Electricidad, si bien algunos de ellos prestados en un régimen de competencia, siguen siendo servicios públicos y por tanto sujetos a los principios constitucionales de eficiencia, eficacia, igualdad, continuidad y adaptabilidad. Así entonces, en el caso concreto se confirma la violación al derecho de recibir una prestación eficiente de los servicios públicos, básicamente porque se mantuvo en suspenso la solicitud de la recurrente durante aproximadamente SEIS meses, no se le indicó desde el primer momento que el servicio solicitado no podría serle brindado, y mientras primero

se le confecciona una orden de servicio, se le prepara el contrato correspondiente luego se le indica que el servicio no puede ser prestado. Luego, ante nueva solicitud, nuevamente se le confecciona una orden de servicio, se le manda nota indicándosele que “en los próximos días se estarán comunicando con su estimable persona con el fin de coordinar cita de instalación” (folio 048), para de seguido indicarle que todo había sido un error y el servicio solicitado no le podría ser instalado. Todo lo cual, evidencia la prestación ineficiente del servicio de conexión a Internet que brinda el instituto recurrido.

V.- B- Sobre los derechos fundamentales a la información y la comunicación.-

En este caso concreto, por el servicio público en cuestión –el servicio de telecomunicaciones- también están involucrados otros dos derechos fundamentales, el derecho a la comunicación y el derecho a la información. En cuanto a estos derechos, debe indicarse que, a la luz de la sociedad de la información y del conocimiento actual, el derecho de todas las personas de acceder y participar en la producción de la información, y del conocimiento, se vuelve una exigencia fundamental, por ello tal acceso y tal participación deben estar garantizados a la totalidad de la población. Si bien son derechos relacionados con otros, tales como la libertad de expresión, y la libertad de prensa, estos derechos tienen su particularidad propia. Asimismo, aunque se perfilan más claramente en la actualidad, tienen sus raíces en la Declaración Universal de Derechos Humanos, promulgada el 10 de diciembre de 1948, cuando señala en su artículo 19º que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgada el año 1969 (Pacto de San José), cuando indica que la libertad de pensamiento y expresión comprenden “...la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas...”. En este sentido, todas las entidades encargadas del servicio público de telecomunicaciones están en la obligación de respetar dichos derechos, claro está, una vez cumplidos los requisitos establecidos, tales como llenar un formulario de solicitud y pagar la tarifa correspondiente. En este caso, el ICE

está obligado a prestar el servicio de Internet solicitado pese a las limitaciones técnicas, pues precisamente para ello fue encomendado de la prestación de un servicio público como las telecomunicaciones, para crear la infraestructura necesaria, planificar la expansión de tal infraestructura y finalmente hacer accesible a la universalidad de habitantes del país el servicio público de telecomunicaciones que les posibilite ejercer sus derechos fundamentales a la comunicación y a la información. No debe entenderse que porque una zona está alejada, sea poco rentable la construcción de la infraestructura necesaria, o existe una limitante técnica que no permite la instalación del servicio, entonces existe una justificación válida para no prestar el servicio solicitado, pues la expansión de esta red es responsabilidad de la institución recurrida. Esto por cuanto, conforme se dijo, cuando un ente (público o privado, pero sobre todo cuando es público) ha sido encargado de la misión de prestación de un servicio público tiene la obligación de prestarlo de forma continua, adaptable, eficiente y por igual a todos los habitantes, máxime cuando dicho servicio público está asociado a otros derechos fundamentales, como sería en este caso, a los derechos a la comunicación y la información.”

Asimismo, este Tribunal, en la sentencia número 2010-012790 de las 8:58 horas del 30 de julio de 2010, se pronunció en el siguiente sentido:

“V.- DERECHOS FUNDAMENTALES CONCLUCADOS. En cuanto a este último punto, 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 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. Partiendo de lo expuesto, concluye este Tribunal Constitucional que el retardo verificado en la apertura del mercado de las telecomunicaciones ha quebrantado no solo el derecho consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política sino que, además, ha incidido en el ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales como la libertad de elección de los consumidores consagrada en el artículo 46, párrafo in fine, constitucional, el derecho de acceso a las nuevas tecnologías de la información, el derecho a la igualdad y la erradicación de la brecha digital (info-exclusión) –artículo 33 constitucional-, el derecho de acceder a la internet por la interfase que elija el consumidor o usuario y la libertad empresarial y de comercio”.

Con base en los antecedentes supracitados, se colige la existencia de un derecho fundamental a las telecomunicaciones, que comprende las comunicaciones por cualesquiera medios tecnológicos, esto es telegramas, servicio de radioaficionados, internet, telefonía fija y celular, entre otros. Se trata de un derecho que, a su vez, constituye presupuesto para el desarrollo de diversas dimensiones de la vida del ser humano

en sociedad. Así, las telecomunicaciones, en general, promueven la participación democrática, el control ciudadano, la educación, la libertad de expresión y pensamiento, el acceso a la información y los servicios públicos, el derecho a relacionarse con los poderes públicos por medios electrónicos y la transparencia administrativa, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Asimismo, las telecomunicaciones son básicas para garantizar el derecho al desarrollo de los pueblos, el cual demanda una sólida infraestructura en materia de telecomunicaciones, que permita la comunicación en todo el territorio nacional, factor fundamental del desarrollo económico del país. En este contexto, a nivel internacional se han suscrito varios instrumentos, como la Declaración del Milenio del 2000 (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la 8ª sesión plenaria del 8 de septiembre de 2000), en cuyo punto III.20 in fine se estatuyen compromisos de todos los Estados Miembros de implementar políticas públicas concretas para preparar los fundamentos de una Sociedad de la Información, y la Declaración de Principios Ginebra 2003 “Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio” (Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información cuya celebración se aprobó por Resolución 56/183 del 21 de diciembre de 2001 de la Asamblea General de las Naciones Unidas), que establece como uno de los principios fundamentales para lograr una Sociedad de la Información inclusiva e integradora, que los países se comprometan a garantizar oportunidades que redunden en beneficios para todos, para lo que las partes deberán colaborar para ampliar el acceso a la infraestructura, las tecnologías de la información y las comunicaciones. Igualmente, se estipula en el apartado B) de esta última Declaración que todos los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas, que la infraestructura de telecomunicaciones es un elemento básico para cumplir con las obligaciones internacionales sobre acceso a las telecomunicaciones. En el logro de este objetivo, existe la obligación de una actuación de cooperación y asociación entre todas las partes interesadas, toda vez que los gobiernos, al igual que el sector privado, la sociedad civil, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, tienen una función y una responsabilidad importantes en el desarrollo de la Sociedad de la Información. En consecuencia, los gobiernos deben procurar el acceso universal, ubicuo, equitativo y asequible a la infraestructura y los servicios de las TIC. De esta manera, el derecho a

las telecomunicaciones se reconoce hoy como un derecho fundamental y, como tal, las autoridades nacionales y locales deben realizar las acciones necesarias para que este se pueda desarrollar correctamente. Esto implica el deber de coordinación de las entidades públicas con vocación nacional con las de vocación local o municipal, para que de manera fundada y acorde a lo estipulado en el ordenamiento jurídico, se potencie el derecho humano a las telecomunicaciones, contra lo que atenta cualesquiera resoluciones contrarias al ordenamiento jurídico o carentes de sustento técnico. Se debe entonces procurar una relación armoniosa entre las potestades de las diversas entidades públicas que juegan un papel clave en el desarrollo de las telecomunicaciones, como sucede en este caso que se trata de la telefonía celular y los servicios de internet que a través de la misma se pueden desarrollar. Resulta contrario a este derecho fundamental, tanto denegar la construcción de la infraestructura requerida para la telefonía celular sin mayor fundamento o con bases carentes de sustento técnico (vgr., de acuerdo con el criterio científico mayoritario actual se han descartado daños a la salud por la instalación de torres para la telefonía celular), como pretender que los gobiernos locales no puedan objetar los criterios de ubicación de torres de telecomunicación cuando está de por medio la salvaguarda de otros bienes relevantes, tales como áreas de protección de ríos, monumentos públicos, áreas protegidas por mantos acuíferos vulnerables, entre otros. En este último caso, las partes deben coordinar entre sí a fin de llegar a una resolución razonable que optimice tanto el derecho a la telecomunicación como los derechos locales relevantes.

VI.- A mayor abundamiento sobre la construcción de las torres de telecomunicaciones, el Decreto Ejecutivo número 36159-MINAET-S-MEIC-MOPT “Normas Estándares y Competencias de las Entidades Públicas para la aprobación coordinada y expedita requerida para la Instalación o Ampliación de Redes de Telecomunicaciones”, en el artículo 10 regula que será competencia exclusiva de las municipalidades el otorgamiento de los certificados de uso de suelo, de conformidad con el Plan Regulador o sus reglamentos vigentes, siempre y cuando en dicho plan o reglamentos se contemple la instalación de infraestructura de telecomunicaciones. Asimismo, el inciso 2 establece como competencia exclusiva de las municipalidades autorizar las licencias constructivas, de conformidad con el Plan Regulador o sus reglamentos vigentes, siempre

y cuando en dicho plan o reglamentos se contemple la instalación de infraestructura de telecomunicaciones. En ambos casos, cuando el Plan Regulador y la reglamentación local no contemplan tales materias, las licencias constructivas se adecuarán a lo establecido en los artículos 4, 5, 6 y 11 de dicho decreto ejecutivo. El numeral 4 se refiere a la integración de la normas, el artículo 5 destaca la declaratoria de interés público estatuida en el numeral 74 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el ordinal 6 define lo que es una red pública de telecomunicaciones, y el 11 determina ciertos principios para el otorgamiento de usos de suelo y permisos de construcción, entre los que destaca que las municipalidades favorecerán el establecimiento, ampliación, renovación y operación de la instalación de infraestructura de telecomunicaciones. De lo anterior se colige que el mismo Poder Ejecutivo aceptó que en materia de construcción de torres para operar la telefonía móvil, si bien existe un interés nacional, igualmente hay otro de carácter local, lo que lógicamente obliga al respeto a lo estatuido en la reglamentación urbanística municipal, y, por ende, a lo establecido en la Ley de Planificación Urbana, máxime que en virtud del principio de legalidad el citado decreto debe aplicarse de manera conforme con dicha normativa de rango superior. No puede considerarse que el tema en cuestión sea únicamente de interés nacional. No negamos que las telecomunicaciones revistan interés nacional, pero esto no excluye que también tengan una dimensión cantonal que es evidente y merece tutela. Un ejemplo de esto constituye el interés que pueden tener las comunidades en establecer los requisitos de ubicación de torres o exigir medidas para preservar la belleza escénica. Sobre este último punto, en la sentencia número 2003-006324 de las 8:30 horas del 4 de julio de 2003, este Tribunal indicó:

“IV.- Sobre la afectación de la belleza escénica del valle de Orosi. La belleza escénica de un sitio natural está protegida por el derecho de la Constitución como parte del derecho fundamental a un ambiente sano, reconocido tanto por los artículos 50 y 89 de la Constitución Política, y desarrollado por la legislación ordinaria, concretamente por la Ley Orgánica del Ambiente en sus artículos 71 y 72 que establecen:

“Artículo 71.-

Contaminación visual. Se considerarán contaminación visual, las acciones, obras o instalaciones que sobrepasen, en perjuicio temporal o permanente del paisaje, los límites máximos admisibles por las normas técnicas establecidas o que se emitan en el futuro.”

“Artículo 72.-

Conservación del paisaje. La autoridad competente promoverá que los sectores públicos y privados participen en la conservación del paisaje. Cuando para realizar una obra se necesite afectarlo, el paisaje resultante deberá ser por lo menos, de calidad igual que el anterior.”

La protección de las bellezas escénicas es un valor dogmático de nuestra Constitución, cualquiera que sea el fundamento que se le quiera dar a esa protección, ya sea por el valor turístico que tiene el sitio y consecuentemente por el potencial económico de esta industria; ya fuera por su mero valor estético o por la simple necesidad de tener lugares donde las personas podamos disfrutar de un paisaje bello y natural sin que la irrupción abrupta de un elemento que desentona fuertemente con el medio y nos distraiga de nuestro descanso; o de todas ellas juntas, este Tribunal debe otorgar la protección. Este Tribunal no cree que la protección de las bellezas escénicas impida el desarrollo económico, estos dos valores son igualmente constitucionales y pueden convivir, sin que ninguno de ellos se haga en detrimento del otro”.

En adición, debe reiterarse que el hecho de que ese tipo de uso de suelo no esté contemplado en el listado de usos prohibidos del Reglamento de Zonificación de Goicoechea, no significa que esté permitido, toda vez que tampoco está incluido en el listado de usos permitidos y ambos listados revisten carácter taxativo. Una interpretación contraria, como pretende la municipalidad accionada, implicaría que el listado de usos permitidos sería infinito, pues comprendería todo lo no expresamente prohibido.

VII.- SOBRE LA PROTECCIÓN COORDINADA A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES A LA PARTICIPACIÓN Y A LAS TELECOMUNICACIONES. Conforme se ha explicado en los considerandos anteriores, reconocemos y subrayamos la relevancia

jurídica tanto del derecho fundamental a las telecomunicaciones, como del derecho constitucional al gobierno participativo. De un lado, se reconoce la importancia de las telecomunicaciones para el desarrollo de la sociedad y el desenvolvimiento personal de los ciudadanos; del otro, la ubicación de torres para la telefonía celular afecta también intereses comunales, jurídicamente relevantes. En consecuencia, el mecanismo de la consulta estatuido en el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana debe respetarse pues constituye una manifestación del derecho constitucional al gobierno participativo; empero, tal mecanismo no puede derivar en un estancamiento del desarrollo de las telecomunicaciones y, con ello, en una lesión al derecho fundamental a ese servicio, como ocurriría si en el ámbito municipal se tomasen decisiones carentes de fundamento técnico.

VIII.- SOBRE EL REGLAMENTO GENERAL PARA LICENCIAS MUNICIPALES EN TELECOMUNICACIONES DE LA MUNICIPALIDAD DE GOICOECHEA.

Aunque el Reglamento General para Licencias Municipales en Telecomunicaciones de la Municipalidad de Goicoechea no fue utilizado para fundamentar el certificado de uso de suelo relativo al permiso de construcción número UN 1471-2010, toda vez que este fue otorgado el 17 de noviembre de 2010 y la citada normativa fue aprobada en el artículo 24 de la sesión ordinaria del Concejo Municipal de Goicoechea número 19-2011 de 9 de mayo de 2011, resulta conveniente clarificar la naturaleza jurídica de ese instrumento normativo a los efectos de precisar el contenido de la parte dispositiva de este pronunciamiento. El reglamento en mención regula procedimientos para optar por Licencias Municipales de Construcción y la Licencia Comercial de funcionamiento en telecomunicaciones, así como las condiciones de ubicación, construcción e instalación de las obras constructivas de telecomunicaciones. De esta manera, el citado Reglamento norma, entre otros aspectos, la zonificación de las torres de telecomunicaciones en el cantón de Goicoechea. Así, como se indicó supra, un Plan Regulador está compuesto por varios reglamentos que lo desarrollan, tales como el de Construcciones o el de Zonificación. La aprobación de estos últimos demanda el mismo procedimiento establecido para el Plan Regulador. Ahora bien, una vez analizado el Reglamento General para Licencias Municipales en Telecomunicaciones de la Municipalidad de Goicoechea, concluimos que tal normativa

contiene elementos que son propios de un Reglamento de Construcción o de uno de Zonificación. Por ejemplo: en el artículo 11 se indica que: “Los espacios donde se pretendan ubicar e instalar las Obras Constructivas tendrán unas dimensiones mínimas de frente y de fondo equivalente al 20% de la altura de la torre medida desde el centro de la base de la torre hasta el final de la torre sin incluir el parrayo (ej, Torre de 30 metros de altura dimensión mínima de 6 metros de frente por 6 metros de fondo, Torre de 45 metros de altura dimensión mínima de 9 metros de frente por 9 metros de fondo, Torre de 60 metros de altura dimensión mínima de 12 metros de frente por 12 metros de fondo), y el espacio en que se edifiquen deberán tener acceso a la vía pública”, de manera evidente este artículo no solo establece las condiciones de los espacios donde se instalaran las torres, sino, además, la dimensión de estas. Continúa el ordinal de cita señalando que el espacio será exclusivo y privativo de las torres, por lo que prohíbe cualquier otra obra de construcción. El numeral siguiente, sea el 12, acota que: “Se deberá mantener una franja de amortiguamiento alrededor de una Obra Constructiva del diez por ciento (10%) de la altura de la torre de telecomunicaciones, medida desde el centro de la base de la misma. Se prohíbe que la antena o estructura se coloque adyacente a la colindancia del espacio en cuestión, esto como una medida de seguridad para las construcciones aledañas, debiendo facilitarse en todo momento el tránsito del personal necesario para la conservación y mantenimiento del inmueble en que se ubiquen”. Continúa el reglamento estableciendo requisitos para la construcción de las torres. Bajo esta misma línea, indica en el artículo 14 que: “No se permitirán construcciones e instalación de obras constructivas a las que se refiere este Reglamento, en un radio de 150 metros alrededor de los centros educativos, públicos o privados, en un radio de 100 metros alrededor de los centros de recreación, sobre las casas de habitación, en los patios traseros de las casas o de empresas, en áreas de protección de nacientes de agua y de ríos, monumentos públicos, inmuebles declarados patrimonio histórico y en general todos aquellos que gocen de protección especial conforme a la Ley No. 7555 y su Reglamento (...)”. Por su parte, el ordinal 17 estatuye que: “La construcción de las edificaciones a las que se refiere este Reglamento, deberá hacerse de forma mimetizada o camuflada, de tal suerte que no se afecte el paisaje urbano ahí definido y tampoco se le contamine visualmente”. Uno de los aspectos del Reglamento General para Licencias Municipales en

Telecomunicaciones de la Municipalidad de Goicoechea en que se evidencian cuestiones propias de un Reglamento de Construcciones, consiste en los ordinales 24, que establece los requisitos para la obtención de Licencia de Construcción, y 25, que regula los casos en que la Municipalidad no los dará, entre los que incluye el que la altura de la torre sea menor a 30 metros o no sobrepase la altura máxima establecida por la Dirección General de Aviación Civil. Asimismo, el Reglamento General para Licencias Municipales en Telecomunicaciones de la Municipalidad de Goicoechea contempla cuestiones típicas de un reglamento de zonificación, como lo relativo al certificado de uso de suelo. En efecto, el artículo 10 establece los requisitos para la obtención de un certificado de uso de suelo y el párrafo sexto del numeral 11 indica, además, que las torres se deberán ubicar de preferencia en las Zonas Industriales, definidas por el plan regulador. Se evidencia, de esta manera, que el Concejo Municipal de Goicoechea emitió un reglamento que reguló aspectos propios de los reglamentos que conforman un Plan Regulador, sin realizar para ello previamente el procedimiento establecido en la Ley de Planificación Urbana, lo que incluye otorgar la audiencia prevista en el numeral 17 de la citada Ley. Es decir, la naturaleza jurídica del reglamento en cuestión implica que para su aprobación resulta inviable el procedimiento fijado en el artículo 43 del Código Municipal, que está dirigido a reglamentaciones municipales externas no referidas al desarrollo urbano y describe un procedimiento totalmente distinto al de la Ley de Planificación Urbana, pues en lugar de una audiencia pública no vinculante, convocada por medio del Diario Oficial, con indicación de local, fecha y hora para conocer del proyecto y las observaciones verbales o escritas de los vecinos (todo ello con antelación no menor de quince días hábiles y como dispone la indicada ley), lo que estatuye es otro tipo de consulta pública no vinculante, que no demanda la celebración de una audiencia, sino que se limita a conferir un plazo de diez días para que los munícipes se pronuncien respecto del proyecto publicado en La Gaceta; es decir, se trata de una consulta en el que el tipo de participación difiere porque no se da la interacción en tiempo real propia de una audiencia.

IX.-SOBRE EL DIMENSIONAMIENTO DE LOS EFECTOS DE ESTA SENTENCIA. Ahora bien, una vez establecido que se incumplió el requerimiento de la audiencia en cuestión, lo que implica una omisión

contraria al derecho constitucional de los munícipes a participar en el gobierno municipal y al principio de legalidad, conviene revisar si con base en las circunstancias particulares del caso concreto, resulta viable dimensionar los efectos de una sentencia estimativa, posibilidad que haya sustento normativo de acuerdo con una interpretación integral de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. De un lado, el artículo 91 de ese cuerpo normativo regula el dimensionamiento de los efectos de las sentencias en acciones de inconstitucionalidad para evitar que graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales; de otro, el ordinal 13 de dicha ley estatuye que la jurisprudencia constitucional es vinculante erga omnes, salvo para sí misma. Así las cosas, la misma ratio iuris que sustenta el dimensionamiento contemplado en el numeral 91 mencionado, resulta de aplicación en materia de amparo, pues en virtud del mencionado efecto erga omnes, igualmente una sentencia en ese tipo de proceso de constitucionalidad puede generar consecuencias prácticas aún más perjudiciales que las derivadas de la inconstitucionalidad detectada. Por lo demás, el dimensionamiento de los efectos de las sentencias en asuntos de constitucionalidad constituye un instrumento normal y absolutamente aceptado en el derecho constitucional moderno, incluso aplicado por la jurisprudencia constitucional alemana desde principios de los años 50. Consiguientemente, con el propósito de resolver sobre el dimensionamiento, conviene destacar los siguientes puntos. Primeramente, el artículo 74 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos estableció la declaratoria de interés público del establecimiento, instalación, ampliación, renovación y operación de las redes públicas de telecomunicaciones o de cualquiera de sus elementos. De esa norma se colige la obligación de la Administración Pública, que obviamente comprende a los Gobiernos Municipales, de procurar que se den las condiciones óptimas para que los proveedores de servicios de telecomunicaciones puedan desarrollar sus actividades en un plano de igualdad y con la mayor eficiencia posible. De otro lado, a la fecha y conforme al conocimiento científico actual, lo cual es susceptible de cambios en el futuro, la potencia generada por las antenas de estaciones base de telefonía móvil es demasiado baja para producir riesgos para la salud y a la fecha no constituye un riesgo ambiental, como ya lo ha establecido esta Sala en las sentencias números 2011-05516 de las 12:31 horas de 29 de abril de 2011, 2011-008316 de las 11:44 horas del 24 de

junio de 2011 y 2003-03419 de las 15:54 horas del 24 de abril de 2003. En adición, no existe prueba técnica agregada al recurso que acredite ningún tipo de amenaza inminente a la salud como consecuencia de la construcción de la torre en cuestión. Así las cosas, estos elementos son suficientes para que de haberse declarado con lugar este amparo, como estimamos se debió haber hecho, se hubieran dimensionado los efectos de la sentencia estimativa, en el sentido que el permiso de construcción número UN 1471-2010 y el certificado de uso correspondiente hubieran mantenido su validez a fin de preservar el derecho fundamental a las telecomunicaciones de la población; empero, para salvaguardar el derecho constitucional al gobierno participativo, se hubiera ordenado a la Municipalidad de Goicoechea que a partir de la notificación del voto, de previo a la emisión de más certificados de uso de suelo atinentes a la edificación de torres para la telefonía celular, cumplir de inmediato el procedimiento estatuido en el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana, es decir, la aplicación del Reglamento General para Licencias Municipales en Telecomunicaciones de esa municipalidad hubiera quedado en suspenso hasta tanto no se hubiera acatado el procedimiento del numeral 17 de la Ley de Planificación Urbana.

Gilberth Armijo S.

Fernando Cruz C.

Paul Rueda L.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CUENTAS INSTITUCIONALES EN REDES SOCIALES

Exp : [...] Res. N° 2012016882

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas treinta minutos del cuatro de diciembre de dos mil doce.

Recurso de amparo interpuesto por M.A.S.O, portador de la cédula de identidad No. 0-0000-0000, contra la PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.

RESULTANDO:

1.-Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala, a las 10:28 hrs. de 5 de octubre de 2012, el recurrente interpuso recurso de amparo contra la Presidencia de la República y manifestó, que hace unos meses fue bloqueado como seguidor de la cuenta institucional en twitter, de la Presidencia de la República. Lo anterior, sin ser informado, de previo, acerca de la razón o el fundamento legal de la decisión. Estimó vulnerados sus derechos fundamentales y solicitó que se declare con lugar el presente recurso.

2.-Por resolución de las 13:21 hrs. de 9 de octubre de 2012, se le dio curso al proceso y se requirió informe al Ministro de la Presidencia y al Ministro de Comunicación y Enlace Institucional.

3.-Informaron bajo juramento C.R.B. y F.C.G ., en su respectiva condición de Ministro de la Presidencia y al Ministro de Comunicación y Enlace Institucional, que la Casa Presidencial utiliza la red twitter como un canal de información o medio para agilizar e incentivar la información de sus proyectos, en tanto cuenta con un perfil que facilita el cumplimiento de ese objetivo. Alegaron que la Presidencia de la República no utiliza twitter como un canal de peticiones. En ese sentido, mediante el oficio No. [...] de 24 de octubre de 2012, el Director del Despacho del Ministro de Comunicación y Enlace Institucional manifestó que dicha

herramienta es utilizada como³(«) canal de propagación y divulgación de información relacionada con la Presidencia de la República y Poder Ejecutivo en general, sin afectación de los canales formales para que los ciudadanos manifiesten sus opiniones, necesidades o solicitudes de acuerdo a lo establecido en la Ley General de Administración Pública. («) Detallaron que la Presidencia tiene su propia página y su presencia en las redes sociales ha sido para brindar información y hacer más transparente la gestión. Alegaron que el recurrente no informó, por algún medio escrito o electrónico, a las autoridades de Casa Presidencial o a la Dirección de Tecnologías de Información, que se encontraba bloqueado. Reiteraron que desconocían de la situación del recurrente, por lo cual no podían comunicarle las razones por las cuales estaba bloqueado, como alega en su escrito de interposición. Adujeron que de conformidad con el citado oficio No. [...], los técnicos que administran las redes sociales procedieron a M.A.S desbloquear al amparado, de manera que, actualmente, éste tiene acceso a la cuenta institucional. Afirmaron que en las redes sociales, la Presidencia de la República tiene como política no censurar críticas, comentarios o manifestaciones que difieran con la gestión gubernamental. Reiteraron que al tutelado no se le perjudicó como usuario en twitter, por cuanto siempre tuvo acceso a los tweets y demás información, lo que no pudo fue interactuar con la cuenta. En ese sentido, añadieron que en el referido oficio se indica lo siguiente:³ («) toda la información generada por la cuenta @precidenciacr puede ser acezada (sic) de forma ilimitada a pesar de que exista un bloqueo, pues no se optó por utilizar la opción de proteger los tweets que a efectos prácticos lo que generaría es que solamente las personas que cuentan con aprobación previa tendrían acceso a estos contenidos. («) 7. La única funcionalidad a la que una persona bloqueada no puede optar es a la interacción con dicha cuenta, sin embargo, reiteramos que este canal no fue abierto para la interacción y ya el usuario [...] fue desbloqueado. («) Estimaron que no se infringió el artículo 29 constitucional, en perjuicio del recurrente, por cuanto éste pudo continuar expresando sus opiniones, y de haberse limitado su libre expresión,³(«) la misma no es imputable a la Administración pues el bloqueo no tiene mayor efecto que el de la no interacción con una única cuenta, el resto de la comunidad pudo enterarse de los pensamientos que expresara el recurrente. Acotaron que, pese a que el amparado se encontrara bloqueado en twitter, lo

cual le impidió interactuar con la cuenta institucional, no significa que no haya podido hacer llegar sus comentarios a otros medios oficiales. Finalmente, argumentaron que en twitter no se tiene una herramienta para conocer a los usuarios que se encuentran bloqueados, de ahí que, sobre ese aspecto, la Presidencia no pueda tener un control previo. Por lo expuesto, solicitaron que se declare sin lugar el recurso.

4.-En la substanciación del proceso se han observado las prescripciones de ley .

Redacta el Magistrado **Rueda Leal**; y,

CONSIDERANDO:

I.-OBJETO DEL RECURSO. El recurrente alega que, en meses pasados, fue bloqueado de manera arbitraria y sin explicación alguna, de la cuenta institucional en twitter, que ostenta la Presidencia de la República. Por esa razón, arguye que no puede acceder a la información que se publicita en dicho medio de comunicación, pese a ser de carácter público, ni interactuar con la autoridad recurrida o sus otros seguidores.

II.-HECHOS PROBADOS. De relevancia para dirimir el presente recurso de amparo, se tienen por acreditados los siguientes: 1) La Presidencia de la República utiliza la cuenta institucional twitter@presidenciacr, en twitter, como medio para difundir información de sus proyectos, entre otra de interés público M.A.S (ver informe en el Sistema Costarricense de Gestión de los Despachos Judiciales).

2) En fecha indeterminada de 2012, el recurrente fue bloqueado de la cuenta en twitter, que mantiene la Presidencia de la República (hecho incontrovertido). 3) El recurrente no informó a las autoridades de la Presidencia o a la Dirección de Tecnologías de Información, por medio escrito o digital alguno, que se encontraba bloqueado como seguidor, en la cuenta de twitter de ese Poder de la República (ver informe en el SCGDJ).4) En fecha indeterminada en 2012, los técnicos que administran las redes sociales en Casa Presidencial, procedieron a desbloquear al amparado para que tenga acceso a la cuenta institucional (ver oficio No. [...] del Director del Despacho del Ministro de Comunicación y

Enlace Institucional, adjunto a informe). 5) El recurrente tuvo acceso a los tweets y demás información publicada por la Administración en su cuenta institucional en twitter, lo que no pudo fue interactuar en dicha cuenta. En ese sentido, de conformidad con el oficio No.[...] del Director del Despacho del Ministro de Comunicación y Enlace Institucional: ³ («) toda la información generada por la cuenta @precidenciacr puede ser acezada (sic) de forma ilimitada a pesar de que exista un bloqueo, pues no se optó por utilizar la opción de proteger los tweets que a efectos prácticos lo que generaría es que solamente las personas que cuentan con aprobación previa tendrían acceso a estos contenidos. («) 7. La única funcionalidad a la que una persona bloqueada no puede optar es a la interacción con dicha cuenta, sin embargo, reiteramos que este canal no fue abierto para la interacción y ya el usuario [...] fue desbloqueado. («)´(ver prueba aportada a los autos).

III.- RESPECTO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

El artículo 29 de la Constitución Política permite la comunicación de pensamientos de palabra o por escrito y su publicación, sin previa censura, garantía que se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución que prohíbe la persecución por el ejercicio de esa libertad, al señalar que Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones. No obstante, tal y como ha explicado esta Sala, en múltiples ocasiones, el ejercicio de la libertad de información no es ilimitado, pues ello podría prestarse para propagar falsedades, difamar o promover cualquier tipo de desórdenes y escándalos. Es por ello que la libertad de información trae aparejado un límite que establece el mismo artículo 29 de la Constitución en cuanto indica: («) serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca´. En sentido similar, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 19 expresa que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. El Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 13 se refiere a libertad de pensamiento y de expresión en los siguientes términos: ³¹. 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 al derecho o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o a la salud o la moral pública (...). Es claro que esta norma tiene también la peculiaridad de establecer la responsabilidad por irrespetar los límites indicados, al señalar que las leyes reglamentarias deben asegurar: ³ («) 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. ´

IV.-Bajo ese orden de consideraciones, este Tribunal Constitucional, en la sentencia No. 2005-10341 de las 14:51 hrs. de 9 de agosto de 2005, resolvió, en lo que interesa, lo siguiente:

³ («) **IV.- LIBERTAD DE EXPRESIÓN.** La libertad de expresión incluye la posibilidad de cualquier persona de manifestar, difundir o comunicar, por escrito, verbalmente o por cualquier otro medio, en privado o en público, sus pensamientos, ideas, opiniones, creencias, convicciones o juicios de valor (artículo 28, párrafo 1º, de la Constitución Política). En el ejercicio de este derecho fundamental las personas, únicamente, deben respetar los límites extrínsecos generales establecidos para todo derecho como lo son el orden público, la moral Y las buenas costumbres (artículo 28, párrafo 2º, ibidem). Desde luego que, también, los derechos personalísimos de las demás personas constituyen una barrera para su ejercicio, tales como el derecho al honor subjetivo y objetivo-(artículo 41 de la Constitución Política), a la intimidad (artículo 24 ibidem) o a la propia imagen (artículo 41 ibidem). Precisamente por lo anterior, en el nivel de la mera legalidad, el legislador ha tipificado, en el Código Penal, los delitos de injurias, calumnias y difamación (artículos 145 a 147) y en el Código Civil -Título Preliminar- recogió, en su artículo 22, la teoría del abuso del derecho, razón por la cual cualquier persona que haga un ejercicio abusivo y antisocial de un derecho debe resarcir a quien sufra una lesión antijurídica. En una sociedad abierta y democrática, a la que le son consustanciales los principios de tolerancia, pluralismo

y transparencia, la libertad de expresión comprende la posibilidad de formular críticas contra la conducta o funcionamiento de otras personas físicas o jurídicas aunque le disguste e incomode a sus destinatarios. Esa posibilidad se ve reforzada cuando se trata de la crítica a la gestión o funcionamiento de un ente u órgano público, a un personaje público o a una persona con notoriedad pública. Lo anterior no significa que el Derecho de la Constitución prohija, Simplicíamente, un pseudo derecho al insulto por el ejercicio de expresiones ofensivas, ultrajantes o constitutivas de delito penal o civil. («) (lo destacado no es del original. Véase, en igual sentido, la sentencia No. 2012-002695 de las 14:30 hrs. de 29 de febrero de M.A.S 2012).

V.- EN CUANTO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS ADMINISTRADOS, EN LAS CUENTAS INSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN EN REDES SOCIALES Y MEDIOS ABIERTOS DE INFORMACIÓN. En concordancia con lo ya manifestado por esta Sala Constitucional, en pronunciamientos anteriores (véase en ese sentido, el Voto No. S10- 012790 de las 8:58 hrs. de 30 de julio de 2010), en el presente caso, queda patentado el reto que enfrenta la Administración Pública, con la aparición de nuevas tecnologías y espacios que, aunque de origen privado, son utilizados por las autoridades con el fin de publicitar información de naturaleza pública e interactuar con los administrados. En ese sentido, la implementación de tecnologías de la información y comunicación (TICs), no solo implica una gestión pública eficiente, mediante la expansión de servicios públicos digitales, sino también la utilización, por parte de las administraciones públicas, de cuentas institucionales en redes sociales y medios abiertos de información, destinados a agilizar la propagación y divulgación de información a los ciudadanos y promover su adherencia, a causas y temas sociales. Ahora bien, en ese espacio digital, no solo cabe hablar de una extensión de los principios que rigen el libre acceso a la información de carácter público, que consta físicamente en las dependencias administrativas, sino también, de una prolongación de los principios que protegen la libertad de expresión de los administrados, no en los medios de comunicación físicos o tradicionales, sino en los presentes en ese mundo cibernético. En tal sentido, en el caso Reno [...], No. 96-511 de 26 de junio de 1997, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América declaró contraria a la primera enmienda, la Ley del 26 de junio de 1997,

argumentando que la aplicación de algunos de sus artículos a la red telemática, imponía restricciones a la libre expresión de sus usuarios. De igual forma, plasma esa extensión de la libertad de expresión a los medios digitales, la Ley argentina No. 26.032 de 16 de junio de 2005, que en su artículo 1º, establece que, “La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole a través del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”. Desde esta perspectiva, Internet, como medio que permite a los administrados expresar sus opiniones e incrementar su capacidad de acceder a información, impone la necesidad de restringir aquellas medidas que tienen como Único objeto limitar, indebidamente, la libertad de expresión de los usuarios. Entiéndase entonces, que la libertad de expresión se aplica a la red, del mismo modo que a todos los medios de comunicación, de forma tal que resultan inaceptables aquellas restricciones que excedan la limitación básica de respeto al orden público, la moral y las buenas costumbres, así como a derechos personalísimos de terceros. Así las cosas, en tanto el principio de libertad de expresión permea las manifestaciones que se efectúen en el ámbito digital, no se justifica que la Administración discrimine entre quienes tienen acceso como M.A.S amigos’, usuarios o seguidores en sus cuentas oficiales en redes sociales o medios abiertos de comunicación, como son, respectivamente, la red facebook y twitter. Conforme al artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo anterior no obsta a las responsabilidades posteriores, 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.

VI. ACERCA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL RECURRENTE, EN EL CASO CONCRETO. En la especie, del informe rendido bajo juramento por las autoridades recurridas, se desprende, tácitamente, que estas bloquearon la cuenta en twitter del amparado. Lo anterior, puesto que las mismas afirman que, en días pasados, y con ocasión a la interposición del presente amparo, los técnicos que administran las redes sociales en Casa Presidencial, procedieron a desbloquearlo. Bajo esta tesitura, y conforme a lo expuesto en los considerandos anteriores, estima esta Sala Constitucional que se vulneró el derecho del recurrente

a manifestar libremente su opinión, en torno a lo divulgado por la Presidencia de la República en su cuenta institucional en twitter. A mayor abundamiento, cabe indicar que, si bien aducen las autoridades recurridas que dicho canal no fue abierto para la interacción con sus seguidores, lo cierto es que existen usuarios que no solo pueden acceder a la información publicitada, sino también que se encuentran habilitados por la Administración por no haber sido bloqueados para interactuar en ese espacio, comentando o bien retwitteando la información difundida por la autoridad. Partiendo de lo anterior, sobre este aspecto, considera este Tribunal que la administración recurrida violentó los derechos fundamentales del amparado. Por lo demás, no se advierte en este asunto que la parte accionada hubiera planteado ni expuesto razón alguna para bloquear al amparado.

VII.- RESPECTO AL ACCESO DEL TUTELADO A LA INFORMACIÓN DIVULGADA POR LA ADMINISTRACIÓN. Por otra parte, respecto al acceso que pudo tener el recurrente de la información divulgada por la Presidencia de la República, a través de los tweets, informan bajo juramento las autoridades recurridas que, pese a encontrarse bloqueado, pudo tener conocimiento de la información compartida por la Administración, por medio de su cuenta @precidenciacr. De ahí que, en cuanto a este extremo, esta Sala no considere vulnerados sus derechos fundamentales.

VIII. COROLARIO. En mérito de lo expuesto, se impone declarar parcialmente con lugar el recurso, únicamente, en cuanto a la libertad de expresión del recurrente, para efectos indemnizatorios. Lo anterior, por cuanto se informó bajo juramento que, con ocasión de la interposición del presente amparo, el amparado había sido desbloqueado. En lo demás, se desestima el proceso.

POR TANTO:

Se declara parcialmente con lugar el recurso, únicamente, en relación con la libertad de expresión de [...] . Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de fundamento a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. En lo demás, se declara

sin lugar el recurso. Notifíquese esta resolución a C.R.B. y F.C.G, en su respectiva condición de Ministro dela Presidencia y Ministro de Comunicación y Enlace Institucional, o a quienes en su lugar ocupen tales cargos, en forma personal.

Ernesto Jinesta L.

Presidente a.i

Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L.

Aracelly Pacheco S.

Ricardo Guerrero P.

Jose Paulino Hernández G.

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN INTERNET.

Exp : 13-011195-0007-CO Res. N° 2013013878

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas quince minutos del dieciocho de octubre de dos mil trece.

Recurso de amparo que se tramita en expediente número 13-011195-0007-CO, interpuesto por MARÍA DE LOS ÁNGELES ARIAS CHACÓN, cédula de identidad número 1-397-1312, contra el **INSTITUTO DE DESARROLLO RURAL (INDER)**.

RESULTANDO:

1.-Por escrito recibido mediante el sistema de fax a las 8:13 horas del 2 de octubre de 2013, la accionante interpone recurso de amparo. Manifiesta que mediante oficio del 26 de abril de 2013 solicitó a la Junta Directiva del Instituto de Desarrollo Rural la divulgación de las actas de esa junta por medio del sitio en Internet del Instituto. Refiere que el 21 de mayo de 2013, se le contestó que su nota había sido trasladada al Asesor Legal de la Presidencia Ejecutiva del Instituto para que preparara la respuesta correspondiente, pero a la fecha de interposición de este recurso, no se le ha informado siquiera las razones por las cuales las actas no se publican por este medio, si existe algún proyecto en ese sentido, o el estado actual de esta situación. Mientras tanto, continúa operando el sistema de acceso a las actas, en el que el usuario debe indicar de manera expresa el número del acta y la fecha de sesión, información que no hay dónde encontrarla.

2.-Por resolución de las 14:35 horas del 2 de octubre de 2013, se dio curso al proceso y se requirió informe al Presidente Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Rural.

3.-Por escrito recibido mediante correo electrónico a las 15:44 horas del 8 de agosto de 2013, informa bajo juramento Víctor Julio Carvajal Garro, en su condición de Presidente Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Rural (INDER), que la solicitud de la amparada no era una petición

pura y simple de información específica de interés de la amparada, sino que involucra el choque de normas constitucionales. Considera que la Junta Directiva del Instituto debe mantener un estricto deber de confidencialidad y reserva respecto de aquellas informaciones personales y datos sensibles de los particulares, aunque consten en actas, de manera que el derecho a la información tiene como límite el respeto a la confidencialidad de los documentos privados y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas. Señala que las actas de la Junta Directiva son documentos públicos y por tanto de acceso público. No obstante, existe información contenida en ellas derivada del derecho a la intimidad, secretos de estado, confidencialidad de los documentos privados, protección de datos sensibles y datos de acceso restringido que son una limitante al derecho de acceso a la información administrativa y que por tanto deben ser protegidos por la Administración. Considera que no son procedentes las peticiones que hace la recurrente en cuanto a publicar las actas de la Junta Directiva en la página web institucional, dado que no hay una norma que así lo obligue. Si la recurrente desea información sobre acuerdos específicos de su interés, tomados por la Junta Directiva, debe proceder a solicitarlos para que la Secretaría General de los certifique. La recurrente indica que para ella es sumamente engorroso el saber la sesión y el acuerdo de Junta Directiva específico y que para ella resulta más sencillo buscar en todas las actas. Esta posición no la comparte el Instituto dado que por un cuestión de orden, en cualquier institución donde se solicite información de Junta Directiva, al menos la persona debe de conocer la información básica de lo que pretende se le brinde.

4.-En la substanciación del proceso se han observado las prescripciones de ley .

Redacta el Magistrado **Rueda Leal**; y,

CONSIDERANDO:

I.- Objeto del recurso. La accionante alega que no ha recibido respuesta a la solicitud que presentó 26 de abril de 2013 ante el

instituto recurrido. Además, reclama que el recurrido debería publicar en su sitio de Internet las actas de su Junta Directiva para hacerla más accesible.

II.-Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) El 26 de abril de 2013, la amparada presentó ante el instituto recurrido una solicitud para que se publicara en su sitio de Internet las actas de la Junta Directiva. *(Ver documentación aportada con el escrito de interposición)*

b) Por oficio del 21 de mayo de 2013, la Secretaría General del instituto recurrido informa a la amparada que en el artículo 21 de la sesión ordinaria 017-2013 de la Junta Directiva se dispuso trasladar copia de la nota presentada por la amparada al Asesor Legal de la Presidencia Ejecutiva, con el propósito de que se atienda y se le brinde respuesta. *(Ver documentación aportada con el escrito de interposición)* c) El 4 de octubre de 2013, el recurrido fue notificado de la resolución que dio curso al amparo. *(Ver acta de notificación que consta en autos)*

d) En el artículo 81 de la sesión ordinaria 029-2013 de la Junta Directiva, celebrada el 7 de octubre de 2013, se rechazó la petición de la amparada. *(Ver documentación aportada por el informante)*

e) Por oficio del 9 de octubre de 2013, se comunicó a la amparada lo resuelto por la Junta Directiva el 7 de octubre. *(Ver documentación aportada por el informante)*

f) El INDER ha proveído a la amparada en ocasiones anteriores de copias de las actas de su Junta Directiva. *(Ver documentación aportada por el informante)*

III.- El caso concreto. En cuanto al primer reclamo, sea la solicitud planteada por la amparada ante el recurrido, se tiene por demostrado que el 26 de abril de 2013, la accionante presentó una solicitud ante

el INDER a fin de hacer las actas de la Junta Directiva accesible en la página de Internet del instituto. El 21 de mayo de 2013, la Secretaría General del instituto recurrido informa a la amparada que en el artículo 21 de la sesión ordinaria 017-2013 de la Junta Directiva se dispuso trasladar copia de la nota presentada por la amparada al Asesor Legal de la Presidencia Ejecutiva, con el propósito de que se atiende y se le brinde respuesta. Sin embargo, la respuesta definitiva a la solicitud de la amparada no se concretó sino hasta el 9 de octubre de 2013. La Sala observa que dicha respuesta ocurrió con posterioridad a la notificación de la resolución de curso de este proceso, que se produjo el 4 de octubre de 2013. Este Tribunal ha reconocido en su jurisprudencia que ante una petición formal corresponde una respuesta formal; además la misma debe ser en tiempo y debe ser comunicada al peticionario, toda vez que el derecho de petición garantizado constitucionalmente permite que toda persona pueda dirigirse a una oficina pública y hacerle una solicitud y la obligación de la Administración de brindarle una respuesta. Partiendo de las anteriores consideraciones, es claro que la autoridad recurrida incurrió en una violación a los derechos de la amparada, pues ella recibió una respuesta forma más de 5 meses después de haber planteado su gestión. Lo anterior deriva en que se declare con lugar el reclamo, únicamente para efectos de indemnización. El magistrado Armijo Sancho salva el voto en este respecto, como posteriormente se indicará.

IV.- En segundo lugar, la amparada reclama que las actas de la Junta Directiva del INDER deberían ser accesibles a través de Internet. En una situación como la examinada, se presenta una colisión de derechos fundamentales, pues por un lado se encuentra el derecho que tienen las personas a acceder a la información que se encuentra en posesión de la Administración y, por el otro, el derecho a la intimidad que tienen los ciudadanos, cuya información está en manos de la Administración. El tema ya ha sido tratado por la Sala. En la resolución 2013-6357 de las 9:05 horas del 10 de mayo de 2013 se explicó:

³IV .-Sobre el derecho de acceso a la información pública. De acuerdo con el artículo 30 Constitucional se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público;

sin embargo, dicho acceso no es irrestricto y como todo derecho constitucional posee límites, pues quedan a salvo los secretos de Estado. En razón de lo anterior, se consigna que los administrados ostentan la potestad de acceder a toda aquella información de naturaleza pública; no obstante, si lo requerido versa sobre algún secreto de Estado (seguridad pública, defensa nacional y relaciones exteriores), tal información no es de interés público y el Estado velará por su resguardo.

Mediante este derecho, se procura una función administrativa transparente, que permita a los sujetos acceder a la información de naturaleza pública que se encuentre en poder de los respectivos entes u órganos públicos. Sin embargo, cabe hacer una distinción respecto a la documentación administrativa y la información relativa a un procedimiento administrativo, toda vez que en el primero de los casos se brindará lo requerido al ser el petente un sujeto ad extra y, en el segundo postulado, se otorgará solo a las partes interesadas en el proceso como sujetos ad intra. De esta forma, el administrado podrá solicitar la información de naturaleza pública, de forma que la entidad pública deberá emitirla en el menor plazo posible, sin que medie dilación alguna, con el fin de resguardar el referido derecho constitucional.

V.- Sobre el manejo de los datos personales como parte del derecho a la intimidad. De conformidad con el artículo 24 de la Constitución Política, todo sujeto ostenta el derecho de que se respete su vida privada, lo que implica la existe de un esfera de actividades personales que circunscribe a cada individuo, que le permite desarrollarse con plenitud. Este derecho limita la intromisión de terceros en esa esfera privada, con el fin de proteger la personalidad e imagen de cada ciudadano. Entonces, se trata de la confidencialidad de la información de los individuos, específicamente denominado autodeterminación informativa. En razón de tal concepto, es que todo ciudadano cuenta con el derecho de fijar el manejo que recibe su información personal ante terceros, con el fin de que dichos datos no sean manipulados o empleados de una forma inadecuada o arbitraria, lesiva de sus derechos fundamentales. Resulta evidente que en la actualidad, el derecho a la intimidad se ve amenazado por las nuevas tecnologías, ya que el acceso a los datos personales se ha ampliado mediante las novedosas herramientas tecnológicas, es decir, existe un mayor contacto con la

información personal de los sujetos, o bien, se torna más fácil obtener determinado dato por medio de la tecnología. Lo anterior, es parte de los peligros latentes de la ³sociedad informatizada, que se amenaza el derecho a la intimidad. Al respecto, esta Sala en la sentencia número 1998-1345 de las 11:36 horas del 27 de febrero de 1998 explicó ampliamente dicho concepto de la siguiente manera: ³ («) IV.- El derecho a la intimidad. Lo que hoy conocemos como “sociedad informatizada” plantea nuevos retos al concepto clásico del derecho a la intimidad. En la décadas de los ochenta y noventa, en nuestro país, la libertad individual, la personal y la colectiva, estaban relativamente lejos de la influencia de la tecnología. Así por ejemplo, el ciudadano no se cuestionaba con que fin le eran solicitados sus datos personales, quienes tienen acceso a ellos y con cual objeto. Consecuentemente, el derecho a la protección de la persona frente al procesamiento de sus datos personales es una cuestión que se deja sólo a la academia. Es pronto también para cuestionarse si la manipulación de los datos personales puede vaciar el contenido esencial de algunos de los derechos fundamentales. Menos afín se concibe que el desarrollo informativo pueda implicar alguna forma de violencia. En la actualidad, la doctrina nacional y extranjera, admite que la manipulación de la información posibilita el control sobre el ciudadano como una alternativa real y efectiva. De tal manera que los derechos individuales de los ciudadanos puedan quedar prácticamente sin contenido efectivo. Así ocurre, cuando se desarrollan perfiles de las personas utilizando información aislada y aparentemente inofensiva, como edad, sexo, dirección, educación, estado civil, preferencias, entre otros muchos. En algunos situaciones esta información es factible utilizarla para definir a los “sospechosos” o a aquellos considerados “políticamente inapropiados”, lo cual implica, que las personas así catalogadas sean excluidas de un papel activo en la sociedad. La informática, no sólo representa uno de los más grandes avances del presente siglo, sino que pone en evidencia las posibilidades de inspección de la vida interior de las personas, desde este punto de vista, la personalidad de los ciudadanos y su fuero interno cada vez se hacen más transparentes. Esta situación hace necesario que los derechos fundamentales amplíen también su esfera de protección. La esfera privada ya no se reduce al domicilio o a las comunicaciones, sino que es factible preguntarse si es comprensible incluir “la protección de la información” para reconocerle al ciudadano una tutela a la

intimidad que implique la posibilidad de controlar la información que lo pueda afectar. Lo expuesto, significa que el tratamiento electrónico de datos, como un presupuesto del desarrollo de nuestra actual sociedad democrática debe llevarse a cabo afianzando los derechos y garantías democráticas del ciudadano (arts. 24, 1, 28, 30, 33 y 41 de la Constitución). Es obvio, que el acceso a la información es un poderoso instrumento de progreso individual, y para el ejercicio de los derechos políticos y sociales. Pero también debe reconocerse que el progreso no significa que los ciudadanos deban quedar en situación de desventaja frente al Estado o a los particulares. El nuevo derecho a la intimidad, debe ponderar los intereses en conflicto, entre el legítimo interés de la sociedad a desarrollarse utilizando la información, como la también necesidad de tutelar a la persona frente al uso arbitrario de sus datos personales. La tutela a la intimidad implica, la posibilidad real y efectiva para el ciudadano de saber cuales datos suyos están siendo tratados, con qué fines, por cuáles personas, bajo qué circunstancias, para que pueda ejercer el control correspondiente sobre la información que se distribuye y que lo afecta (arts. 24 de la Constitución y 13 inciso 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos). («´

A la luz de lo anterior, se desprende que el Estado tiene el deber de proteger a los ciudadanos dentro de la ³sociedad informatizada´, en aras de resguardar la intimidad de estos y el manejo de sus datos personales, pues las nuevas tecnologías facilitan el acceso a la información personales de los sujetos, lo que les coloca en un estado de vulnerabilidad ante un posible uso arbitrario o inadecuado de los datos obtenidos. Si bien de forma aislada la información puede no presentar una amenaza para el individuo, lo cierto es que si llegase a unirse diversos datos recabados sobre la misma persona, podría transformarse en un perfil que permita identificar al sujeto, en un modo contrario al derecho a su intimidad. Lo anterior no excluye la posibilidad de conformar bases o registros de datos con fines determinados y supervisados por el Estado, para recabar y almacenar información de interés público, la que deberá ser exacta y actualizada.

Por consiguiente, la intimidad de una persona no se recae únicamente en su domicilio y su correspondencia, sino que, dicho concepto se ha ampliado con el paso del tiempo y, actualmente la vida privada

contempla un vasto catálogo de aspectos (datos personales como edad, sexo, dirección, religión, presencia sexual, ideal político) que debe ser protegido con mayor ahínco por parte del Estado e incluso, ante la misma Administración.

Efectivamente se trata de una ponderación de derechos que debe ser analizada caso por caso. En el sub examine, la amparada solicita que las actas de la Junta Directiva del INDER se hagan accesible en Internet. Por su parte, el instituto recurrido arguye que no puede poner las actas al acceso de todas las personas pues ello podría significar la vulneración del derecho a la intimidad de terceros. Considera la Sala que lleva razón el recurrido, en cuanto a que se debe proteger la intimidad de terceros, pero que dicho argumento no conlleva irremediamente la denegatoria de la solicitud planteada por la amparada para hacer públicas las actas de la Junta Directiva vía Internet. Dado que ninguna de las partes cuestiona el interés público de las actas, pues en ellas se trata el manejo de fondos públicos, y en virtud del principio de transparencia administrativa, cuyo respeto coadyuva de manera innegable a otorgar legitimidad a la gestión estatal al permitir el control ciudadano, procede declarar con lugar el recurso. En consecuencia, deberá el INDER efectuar las acciones necesarias para publicar en Internet las actas de su Junta Directiva. En virtud de la entrada en vigencia de la Ley N° 8968 de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, de previo a dicha publicación deberá el recurrido eliminar de oficio la información personal contenida en las actas de la Junta Directiva de fechas posteriores a la entrada en vigencia de dicha Ley. Ello no obsta para que el recurrido elimine la información personal que se encuentre en las actas de fechas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley, cuando la parte interesada así lo solicite.

V.-Voto salvado del Magistrado Armijo Sancho. Me separo parcialmente del criterio de la mayoría de la Sala, pues considero que, en cuanto a la gestión formulada por la recurrente, en principio debe declararse con lugar con base en lo dispuesto en el artículo 52, párrafo 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, toda vez que la Administración procedió a resolver la gestión de la recurrente una vez que había sido notificada del presente recurso de amparo, lo anterior para efectos de la condenatoria en costas con base al citado artículo 52

párrafo 1, y no como lo considera la Sala, dictando una condenatoria en costas simple.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Víctor Julio Carvajal Garro, en su condición de Presidente Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Rural, o a quien ocupe ese cargo, emitir las órdenes y ejecutar las acciones necesarias para que en el plazo de DIECIOCHO MESES contados a partir de la notificación de esta resolución se publique en la página de Internet del Instituto de Desarrollo Rural las actas de su Junta Directiva. En virtud de la entrada en vigencia de la Ley N° 8968 de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, de previo a dicha publicación deberá el recurrido eliminar de oficio la información personal contenida en las actas de la Junta Directiva de fechas posteriores a la entrada en vigencia de dicha Ley. Ello no obsta para que el recurrido elimine la información personal que se encuentre en las actas de fechas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley, cuando la parte interesada así lo solicite. Se subraya que las citadas actas se refieren específicamente al Instituto de Desarrollo Rural. Se le advierte al recurrido que con base en lo establecido en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Instituto de Desarrollo Rural al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de fundamento a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese esta resolución a Víctor Julio Carvajal Garro, en su condición de Presidente Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Rural, o a quien ocupe ese cargo, en forma personal. El Magistrado Armijo Sancho salva parcialmente el voto solo en cuanto a la tardanza en resolver la gestión de la recurrente, respecto de lo cual declara con lugar el amparo con base en lo dispuesto en el artículo 52 párrafo 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Gilbert Armijo S.

Presidente a.i

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L.

Aracelly Pacheco

Jose Paulino Hernández G.

ACCESO A INTERNET Y TELEFONÍA CELULAR

Exp : 13-007483-0007-CO

Res. N° 2014000531

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cinco minutos del diecisiete de enero de dos mil catorce.

Recurso de amparo que se tramita en expediente número 13-007483-0007-CO, interpuesto por CARLOS ESQUIVEL ESQUIVEL, cédula de identidad 0102720783, contra **EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD Y LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES.**

Resultando:

1.-Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 13:50 del 3 de julio de 2013, el recurrente interpone recurso de amparo contra el Instituto Costarricense de Electricidad, y manifiesta que reside en la comunidad de Santa Ana de Nicoya, en donde no se tiene acceso a la Internet ni a la telefonía celular, ya que el Instituto recurrido se niega a realizar los ajustes necesarios para brindar esos servicios. Considera que dicha decisión impide que la comunidad pueda avanzar al mismo ritmo que otros lugares, por lo que solicita que se acoja el recurso, con sus consecuencias.

2.-Informa bajo juramento Teófilo de la Torre Argüello, en su calidad de Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad, que con la introducción de la Ley General de Telecomunicaciones, se pasó de un modelo prestacional bajo un monopolio a uno de servicio con libre competencia, pero con una fuerte intervención del Estado en su regulación y control, por la trascendencia de dichos servicios para la población general. Señala que el operador de la red pública y proveedor del servicio de telecomunicaciones queda facultado para realizar una valoración del servicio solicitado, para determinar si su implementación resulta financieramente viable, pues, en caso contrario, deberá incorporarse como parte de los servicios que deben de ser financiados

por el Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), instrumento creado por la Ley General de Telecomunicaciones para administrar los ³recursos destinados a financiar el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, establecidos por el artículo 34 de dicha ley. Afirma que a la fecha no se ha recibido escrito o queja alguna planteada por el accionante, en el que denunció su inconformidad con los servicios de conexión e internet, tanto fijo como móvil, en la localidad de Santa Ana de Nicoya. Agrega que el cliente tiene 2 servicios telefónicos a su nombre. Explica que la localidad de Santa Ana se ubica a aproximadamente a 19 kilómetros del centro del cantón de Nicoya, carretera al Parque Nacional de Barra Honda. Dicha comunidad cuenta con el servicio telefónico fijo, el que es brindado desde un equipo instalado en el pueblo de Barra Honda. Aduce que el centro de Santa Ana se encuentra a casi 5000 metros del equipo, ubicándose la última caja telefónica a 6100 metros, aspecto sustancial que impide técnicamente brindar los servicios de internet fijo, puesto que sobrepasa la distancia permitida técnicamente para el funcionamiento óptimo y con calidad de servicio de esta tecnología. Informa que el Centro de Atención Integral al Cliente (CAIC) de la región Chorotega del ICE, ha incluido dentro de los reportes de identificación de necesidades de la región el caso de la comunidad de Santa Ana de Nicoya, para lo cual se tiene identificada la solución tecnológica a partir de la instalación de un equipo electrónico que permita satisfacer las necesidades de banda ancha. Agrega que los estudios de rentabilidad para esta solución no fueron positivas, pues el costo de la infraestructura y la demanda del servicio no son económicamente rentables. En cuanto al acceso a cobertura celular, indica que el Área Oferta y Mercadeo del CAI Chorotega del ICE, elevó la solicitud respectiva ante el Departamento de Servicios Móviles del ICE, para mejorar la cobertura del servicio celular, con el fin de que se permita acceder a la comunidad al servicio de internet en forma inalámbrica, no obstante, ello implica nuevas inversiones institucionales en la actividad. Señala que en atención a publicaciones efectuadas en el informativo La Nación, sobre los alcances de la cobertura celular en la comunidad de Santa Ana de Nicoya en el mes de noviembre de 2011, se inició el protocolo institucional ante Servicios Móviles para la atención del caso, y en forma paralela el CAIC diseñó una visita a la zona por el personal del ICE, para hacer las valoraciones preliminares de radiofrecuencia, interconexión y estimación de población, valorando lo que conllevaría

los trabajos de infraestructura, así como la garantía de que se tenga a corto plazo el valor de retorno de la inversión. Afirma que dentro de estas actividades se realizó un levantamiento de firmas de clientes de línea celular y un levantamiento de la zona geográfica, lo que se incluyó en el documento identificado en las pruebas como Santa Ana de Nicoya Guanacaste, que incluye el reporte de cobertura baja o nula para esa localidad o población. En cuanto al servicio ADSL fijo, informa que para el 2 de abril de 2013 se envió la comunidad de Santa Ana de Nicoya en un listado de Localidades Prioritarias para el CAIC que no estaban dentro de la Demanda Nacional, y se le otorgó una prioridad de 9. Aduce que según los estudios de factibilidad y rentabilidad que se han llevado a cabo en forma preliminar, no existe beneficio o rentabilidad para instalar radio base o torre en la zona indicada, por cuanto el tráfico de la zona es poco significativo, lo que implica una gran inversión para un retorno lento y desventajoso para su representada. Por lo expuesto, pide que se desestime el recurso.

3.-Por resolución de las 15:40 del 31 de julio de 2013, se tuvo por recurrido al Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL).

4.-Informa bajo juramento Maryleana Méndez Jiménez, en su calidad de Presidenta del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), que el régimen de acceso/servicio universal establecido por el legislador en la Ley General de Telecomunicaciones, tiene consecuencias importantes sobre la determinación de qué servicios específicos son considerados para este régimen, y la definición de las zonas no rentables, los habitantes de escasos recursos, las poblaciones sensibles. Es decir, el nuevo régimen exige una serie de estudios y determinaciones previas antes de imponer obligaciones de acceso/servicio universal, o de desarrollar y adjudicar proyectos de servicio universal. Lo anterior, por cuanto importa la dinámica del mercado y promover la competencia, sin ocasionar distorsiones o desventajas/ventajas competitivas. Agrega que con la entrada en vigencia de la nueva legislación, se pasó de un Estado Prestacional a un Estado Regulador, en el que las obligaciones de servicios deben ser impuestas, previa comprobación de algunos supuestos que exige la ley, así como la asignación de proyectos específicos bajo concurso público, para que los

mismos operadores voluntariamente realicen prestaciones de acceso/servicio universal. Aduce que el artículo 33 y el Transitorio VI de la Ley General de Telecomunicaciones, establecieron que las prestaciones o contenido del acceso/servicio universal de la telecomunicaciones, comprenden lo siguiente: i) conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija; ii) acceso a internet de banda ancha; servicio de guía telefónica y un servicio de información general de números de abonados; iii) oferta razonable y suficiente de teléfonos públicos en todo el territorio nacional; iv) acceso al servicio telefónico desde una ubicación fija y de los otros elementos de servicio universal indicados en el transitorio VI, para los discapacitados; v) opciones y paquetes de tarifas que difieren de las condiciones normales de explotación comercial, para personas con necesidades especiales, habitantes de zonas no rentables, o personas sin recursos suficientes para contar o tener acceso al servicio telefónico vi) opciones tarifarias especiales o limitaciones de precios, tarifas comunes, equiparación geográfica u otros regímenes similares, cuando procedan; vii) centros de acceso a internet de banda ancha en comunidades rurales y urbanas menos desarrolladas, en poblaciones indígenas, entre otros; viii) acceso a Internet de banda ancha en las escuelas y colegios públicos que sean parte del Programa de Informática Educativa del MEP; ix) acceso a Internet de banda ancha a los hospitales, clínicas y otros de la CCSS; x) acceso a internet de banda ancha de las instituciones públicas. Alega que dentro de la definiciones sobre cuales prestaciones o servicios de telecomunicaciones son considerados prestaciones del acceso/servicio universal, no se encuentra la telefonía celular, de ahí que la pretensión planteada por el recurrente resulta improcedente. En cuanto a lo que se refiere al servicio de Internet, aduce que la SUTEL no ha recibido solicitud alguna en ese sentido. Por lo anterior, pide que se desestime el recurso.

5.-Por resolución de las 11:40 del 21 de agosto de 2013, el Magistrado Instructor del presente asunto solicitó al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad, que como prueba para mejor resolver aclarara lo siguiente: a) Si los pobladores de Santa Ana de Nicoya no cuentan del todo con el servicio de telefonía celular, o por el contrario, si cuentan con dicho servicio, aunque con problemas de recepción; b) Si se ha presentado solicitud alguna para la mejoría del

servicio de telefonía celular e internet para Santa Ana de Nicoya, por medio del FONATEL; c) Si es posible solicitar la instalación o mejorías del servicio de telefonía celular en el sitio mencionado a cargo del FONATEL.

6.- Informa bajo juramento Teófilo de la Torre Argüello, en su calidad de Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad, que ratifica en todos sus extremos el informe rendido por la Apoderada General Judicial del ICE, a raíz de la prueba para mejor resolver requerida por la resolución de las 11:40 del 21 de agosto de 2013.

7.- Por resolución de las 9:45 del 18 de septiembre de 2013, el Magistrado Instructor del presente asunto solicitó al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad, que aportara copia del documento emitido por la Apoderada Judicial del ICE, y al que hacía referencia en su informe, pues no constaba en autos.

8.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 14:16 del 26 de septiembre de 2013, se aportó copia del escrito de María Gabriela Sánchez Rodríguez, Apoderada General Judicial sin Límite de Suma del Instituto Costarricense de Electricidad. En dicho documento, dicha persona indica que en Santa Ana de Nicoya no existe, ni ha existido cobertura móvil, pues no es posible brindar el servicio con los recursos existentes actualmente, dado que la zona está muy lejos y aislada por colinas que impiden tener línea vista para un tiraje de microondas. Indica que a la fecha en que rinde su informe, no se ha recibido solicitud de estudio para que el Área de Planificación de Telecomunicaciones, o la Dirección Desarrollo de Servicio Banda Ancha efectúe estudios para la mejoría del servicio telefónico e internet por medio de FONATEL. En cuanto a si es posible solicitar la instalación o mejorías del servicio de telefonía celular en Santa Ana de Nicoya a cargo del fondo mencionado, señala que del estudio efectuado en la zona, se denota que la solución móvil en la comunidad de Santa Ana de Nicoya no es rentable financieramente para el ICE, no obstante, por no ser la institución el único proveedor de telecomunicaciones en el país, pues es una empresa en competencia, no está obligado a dar cobertura móvil al 100% en el territorio nacional, ya que debe de responde a un plan de negocio. Agrega que para los casos no rentables, se cuenta con el FONATEL, que es administrado por la SUTEL. Estima que el desarrollo del proyecto

de cita debe ser contemplado y atendido por el Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), dado que no es posible para el instituto desarrollar un proyecto que no representa un beneficio financiero. Manifiesta que desde el año 2008, en Costa Rica se dio la apertura del mercado de telecomunicaciones, lo que tuvo como consecuencia la emisión de una serie de normas que vinieron a regular las diferentes actividades desarrolladas, ya no solo por el ICE, sino además por los otros actores del sector de las telecomunicaciones. Específicamente para el caso del Servicio y Acceso Universal, los legisladores previeron un fondo (FONATEL), por el que se buscaba garantizar el acceso y servicio para aquellas comunidades cuyas condiciones geográficas o demográficas, hacen que el desarrollo por parte de un operador de redes o proveedor de servicio de telecomunicaciones, pongan a éste en un estado de desventaja frente a los demás, en razón de que el desarrollo del mismo es deficitario. En ese sentido, el artículo 33 de la Ley de Telecomunicaciones establece que corresponderá al Poder Ejecutivo, por medio del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, definir las metas y las prioridades necesarias para el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad. De igual forma, en el numeral 39 inciso b) de la Ley 8660, se señala que corresponderá al MINAET³ «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´. En atención a ello, se creó mediante la Ley de Telecomunicaciones número 8642, el denominado Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), que es el encargado de administrar los recursos destinados para el cumplimiento de los objetivos antes mencionados. Este fondo está financiado, entre otros, por una contribución parafiscal que se calcula sobre los ingresos brutos devengados por los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y los proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, y que anualmente es fijado por la SUTEL. Manifiesta que el artículo 32 de la Ley General de Telecomunicaciones, previendo lo antes mencionado, indicó, entre otros, que los objetivos fundamentales del régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad son los siguientes: a) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes de las

zonas del país donde el costo de las inversiones para la instalación y mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable; b) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y precios asequibles y competitivos, a los habitantes del país que no tengan recursos suficientes para acceder a ellos. Alega que de lo expuesto, se desprende que el tema de acceso universal, servicio universal y solidaridad, se encuentra dentro de las facultades y obligaciones, en primer término, del Poder Ejecutivo mediante la aprobación del PNDT y de la SUTEL, en la definición de desarrollo de los proyectos con los que se considera se cumpliría las metas del PNDT y su financiamiento a través de FONATEL. Afirma que si se observa la definición de servicios de telecomunicaciones contenida en el artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones, se denota que éstos son aquellos que consisten, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de telecomunicaciones, siendo que incluyen los servicios de telecomunicaciones que se prestan por las redes utilizadas para la radiodifusión sonora o televisiva. A su parecer, la ley no hace distinción en cuanto a la tecnología a utilizar para garantizar el tema de servicio y acceso universal, sino que únicamente toma en consideración el tema de la necesidad social, y la no rentabilidad del desarrollo de un proyecto para atender esas comunidades en forma directa por los operadores o proyectos. Alega que SUTEL indica que desconoce si la prestación del servicio de internet o telefonía móvil son rentables, sin embargo, señala que no basta que el ICE exprese que lo es para sus redes, y que es necesario que se efectúen los estudios de mercado. En cuanto a dicho tema, aclara que al momento de recibir una solicitud de proyecto, el ICE hace sus propios estudios y análisis mediante los que determina si el mismo es deficitario o no, cálculos que tienen costos altos en la mayoría de los casos, y que en manos de terceros tendrían un gran valor económico y ventaja competitiva. Manifiesta que la ley le impone a FONATEL efectuar las evaluaciones técnico económicas del caso, no obstante, SUTEL insiste que éstas sean realizadas, en este caso, por el ICE, haciendo incurrir en un gasto a la institución, que no le corresponde.

9.- Por resolución de las 8:43 del 21 de octubre de 2013, el Magistrado Instructor del presente asunto tuvo por recurrido al Ministro de Ciencias,

Tecnología y Telecomunicaciones. al hacer alusión a los conceptos de acceso, servicio universal y solidaridad, se refiere en general a los servicios de telecomunicaciones, no haciéndose diferencia alguna. Señala que el transitorio VI de la Ley General de Telecomunicaciones, hace referencia a las metas y prioridades de acceso universal, servicio universal y solidaridad, que como mínimo deben contemplarse en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Afirma que en su aparte final, la norma expresa que los planes de desarrollo de las telecomunicaciones subsiguientes, deberán contener como mínimo lo establecido en ese transitorio y las mejoras que procedan como resultado de los avances tecnológicos. Reitera que el Transitorio VI lo que está determinando es un mínimo para la aplicación de los objetivos del artículo 32, lo que no conlleva a que se excluya a la telefonía móvil e Internet móvil, que son servicios de telecomunicaciones. Aduce que si se partiera del supuesto de que el Transitorio VI es el que define los parámetros en materia de acceso universal, servicio universal y solidaridad, significaría que cualquier servicio de telecomunicaciones que se encuentre por fuera de lo dispuesto en el Transitorio, nunca podría ser sufragado con los recursos de FONATEL, lo que no es correcto. Asegura que un proyecto que aborde los servicios que se reclaman en este recurso de amparo, y que se inscriba dentro de las metas del Plan Nacional de Desarrollo de Telecomunicaciones, sí podría ser sufragado por FONATEL, siempre que se cumpla con los restantes requerimientos. Por lo anterior, pide que se desestime el recurso.

10.- Informa bajo juramento José Alejandro Cruz Molina, en su calidad de Ministro de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, que la Ley General de Telecomunicaciones, al hacer alusión a los conceptos de acceso, servicio universal y solidaridad, se refiere en general a los servicios de telecomunicaciones, no haciéndose diferencia alguna. Señala que el transitorio VI de la Ley General de Telecomunicaciones, hace referencia a las metas y prioridades de acceso universal, servicio universal y solidaridad, que como mínimo deben contemplarse en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Afirma que en su aparte final, la norma expresa que los planes de desarrollo de las telecomunicaciones subsiguientes, deberán contener como mínimo lo establecido en ese transitorio y las mejoras que procedan como resultado de los avances tecnológicos. Reitera que el Transitorio VI lo

que está determinando es un mínimo para la aplicación de los objetivos del artículo 32, lo que no conlleva a que se excluya a la telefonía móvil e Internet móvil, que son servicios de telecomunicaciones. Aduce que si se partiera del supuesto de que el Transitorio VI es el que define los parámetros en materia de acceso universal, servicio universal y solidaridad, significaría que cualquier servicio de telecomunicaciones que se encuentre por fuera de lo dispuesto en el Transitorio, nunca podría ser sufragado con los recursos de FONATEL, lo que no es correcto.

Asegura que un proyecto que aborde los servicios que se reclaman en este recurso de amparo, y que se inscriba dentro de las metas del Plan Nacional de Desarrollo de Telecomunicaciones, sí podría ser sufragado por FONATEL, siempre que se cumpla con los restantes requerimientos. Por lo anterior, pide que se desestime el recurso.

11.-En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales

Redacta el Magistrado **Castillo Víquez**; y,

CONSIDERANDO:

I.-Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) La comunidad de Santa Ana de Nicoya no cuenta con los servicios de Internet ni telefonía celular. (Informe y prueba del ICE).

b) Estudios realizados por el Instituto Costarricense de Electricidad, establecen que no es factible brindar los servicios de Internet y telefonía celular por cuenta de la institución en Santa Ana de Nicoya, por cuanto éstos no son financieramente rentables. (Informe y prueba del ICE).

c) Ante la SUTEL no se ha presentado gestión alguna para financiar los servicios de telefonía celular e Internet para la comunidad de Santa Ana

de Nicoya, a cargo de FONATEL. (Informes de los recurridos y prueba aportada a los autos).

II.-Hechos no probados. Ninguno de relevancia para la resolución de este asunto.

III.-Sobre la importancia de la telefonía celular en la Sociedad Actual. Sin lugar a dudas, uno de los grandes avances tecnológicos de los últimos años ha sido el desarrollo de la telefonía celular o móvil. Desde la aparición de los primeros modelos de este tipo de teléfonos en la década de 1970, hasta el desarrollo de los llamados teléfonos inteligentes, estos se han convertido en uno de los elementos esenciales para la Sociedad de la Información, porque permiten al usuario mantenerse comunicado e informado, prácticamente en cualquier momento y lugar, eliminando así la dependencia de otros medios como la telefonía fija. En ese sentido, según el estudio Medición de la Sociedad de la Información, elaborado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones en marzo de 2010, para el año 2008 la penetración celular en los países en desarrollo superó el 50%, aumentando a 57% para el 2009. De igual forma, para finales del 2009, había 4.600 millones de abonados al servicio celular, lo que corresponde al 67% de la población mundial. Por otra parte, según estadísticas publicadas en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2009-2014, entre los años 2005 y 2007, el porcentaje de cobertura de la telefonía celular a nivel mundial se incrementó en 6 puntos porcentuales, siendo liderado dicho ranking por Europa, y colocándose América en tercer lugar, solo por detrás de Oceanía. De igual forma, en ese período la telefonía fija se estancó en aproximadamente 20%, con un crecimiento inferior al 1%. En lo que atañe a la región de América Latina, el país que mostró mejores resultados en cuanto a telefonía móvil fue Argentina, mientras que nuestro país ocupó la casilla 19 en ese rubro.

IV.-Ahora bien, en lo que respecta a Costa Rica, según estadísticas publicadas en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, para el año 2008 el país contaba con un total de 1,844.897 líneas telefónicas celulares, donde la densidad de líneas móviles activadas era de 37,42% clientes por cada 100 habitantes. Por otra parte, en el Compendio Estadístico del Sector de Telecomunicaciones, emitido

por la Rectoría de Telecomunicaciones, se señala que la demanda de los servicios de telefonía móvil había crecido un 35% en número de líneas en operación en el período comprendido entre el 2006 y el 2009, lo que conllevó a que la penetración móvil promedio aumentara aproximadamente de una a dos de cada tres personas en el 2009. La misma Rectoría de Telecomunicaciones del entonces Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones publicó la II Evaluación de la Brecha Digital en el Uso de los Servicios de Telecomunicaciones en Costa Rica, que tomó en cuenta los resultados del estudio denominado Acceso, Uso y Satisfacción de los Servicios de Telecomunicaciones en Costa Rica', elaborado entre los meses de noviembre y diciembre de 2010. En dicho documento se indicaba que el 82,3% de los entrevistados disponían del servicio de telefonía celular, siendo que en el 86,2% de los hogares de éstos, por lo menos un miembro contaba con dicho servicio. Si se comparan esos resultados con la encuesta sobre la Telefonía Móvil e Internet Móvil en Costa Rica, elaborada entre octubre y noviembre de 2011 por la misma Rectoría de Telecomunicaciones, se constata un aumento en los usuarios de la telefonía celular, pues en este último estudio el 94% de los entrevistados reportaban que en su hogar existía al menos un teléfono celular, mientras que el 82,4%, indicaban que contaban con dicho servicio. Asimismo, se señalaba que el 44% de los entrevistados afirmaba contar con el servicio de telefonía móvil desde hacía más de 2 años. Por otra parte, si se comparan las estadísticas mencionadas con las de la telefonía fija, se denota una disminución de ésta con respecto a la celular. Así, el Compendio Estadístico del Sector de Telecomunicaciones, señala que el servicio de telefonía fija presenta una tendencia a la baja, principalmente por el incremento de suscriptores a telefonía móvil, quienes en atención a las facilidades y ventajas que ofrece este último servicio, decidían cambiarse a éste. Así, la tasa de crecimiento de las líneas instaladas para el año 2009 era del 8% con respecto al 2006, siendo que además se observaba una disminución en el porcentaje de líneas residenciales en operación, con relación al total de éstas. Asimismo, el indicador de penetración media del servicio indicaba que para el 2006 existía una línea fija por cada 3 habitantes, mientras que para el 2009 el porcentaje había variado de 1 línea fija por cada 4 habitantes. En ese mismo sentido, en el documento denominado Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL). Contexto actual, tendencias clave, opciones y recomendaciones de

política, elaborado por la SUTEL, se indica que para el momento de la elaboración de tal informe, el crecimiento del acceso a la telefonía móvil que había entre las regiones, se había dado en forma más extensa que la telefonía fija, destacando la importancia de dicho auge, por cuanto existían tecnologías que utilizaban esa cobertura para ofrecer servicios de Internet móvil, aprovechando la estructura existente. Más adelante, en el citado documento se explica que el gran crecimiento de la telefonía celular en todo el mundo resultaba particularmente importante, debido a que la cobertura móvil se logra de manera más rápida y efectiva en costos que la cobertura fija, por lo que los operadores encontraban pocos problemas de rentabilidad para ofrecer esos servicios en zonas rurales. De lo expuesto anteriormente, se denota con claridad la importancia que ha venido ganando el servicio de telefonía celular entre la población del país, como un medio para garantizar la comunicación de las personas, incluso en detrimento de medios tradicionales, como la telefonía fija.

V.-En el caso en estudio, el recurrente cuestiona que en la comunidad de Santa Ana de Nicoya no se cuenta con el servicio de telefonía celular. Dicha afirmación es constatada a partir del informe rendido el 26 de julio de 2013 por la Apoderada General Judicial del Instituto Costarricense de Electricidad, en el que se indica que en el sitio no existe cobertura móvil, por cuanto el lugar se encuentra muy lejos y aislado por las colinas existentes en la zona, las que impiden tener línea vista para un tiraje de microondas. Asimismo, aduce que bajo las condiciones actuales, no resulta económicamente rentable brindar dicho servicio, por lo que debe ser financiado por medio del Fondo Nacional de Telecomunicaciones. Ahora, previo a entrar a analizar el fondo del reclamo del accionante, conviene entrar a realizar un análisis hermenéutico de una serie de normas que regulan el tema de las telecomunicaciones, con el fin de constatar si el servicio requerido por el accionante, puede o no ser financiado por medio del fondo mencionado.

VI. Tal y como lo señala la Sutel en su informe, con la apertura del mercado de telecomunicaciones en el año 2008, Costa Rica pasó de un modelo de monopolio estatal a uno de competencia, aunque con la presencia de un Estado Regulador fuerte. Precisamente, en atención a dicho cambio de modelo, y con el fin de evitar que grupos poblacionales

podieran ser excluidos de servicios públicos esenciales, en razón de su ubicación geográfica u otras particularidades, el legislador dispuso que en el sector de telecomunicaciones se respetarían los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, disponiendo, además, que por medio del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, el Poder Ejecutivo definiría las metas y prioridades necesarias para el cumplimiento de tales objetivos. Lo anterior, se refleja en lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley número 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, y los numerales 31, 32 y 33 de la Ley número 8642, Ley General de Telecomunicaciones, que al efecto disponen lo siguiente:

ARTÍCULO 3.-

Principios rectores

Las entidades públicas del Sector Telecomunicaciones considerarán los principios rectores del ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, definidos y vigentes en el Sector:

- a) Universalidad.
- b) Solidaridad
- c) Beneficio del usuario
- d) Transparencia.
- e) Competencia efectiva.
- f) No discriminación
- g) Neutralidad tecnológica.
- h) Optimización de los recursos escasos.
- i) Privacidad de la información
- j) Sostenibilidad ambiental.

ARTÍCULO 31.-

Servicio, acceso universal y solidaridad

El presente capítulo establece los mecanismos de financiamiento, asignación, administración y control de los recursos destinados al cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad. A la Sutel, le corresponde garantizar que los operadores y proveedores cumplan lo establecido en este capítulo y lo que reglamentariamente se establezca.

ARTÍCULO 32.-

Objetivos del acceso universal, servicio universal y solidaridad Los objetivos fundamentales del régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad son los siguientes:

- a) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes de las zonas del país donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable.
- b) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes del país que no tengan recursos suficientes para acceder a ellos.
- c) Dotar de servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a las instituciones y personas con necesidades sociales especiales, tales como albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad, población indígena, escuelas y colegios públicos, así como centros de salud públicos.
- d) Reducir la brecha digital, garantizar mayor igualdad de oportunidades, así como el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento por medio del fomento de la conectividad, el desarrollo de infraestructura y la disponibilidad de dispositivos de acceso y servicios de banda ancha.

ARTÍCULO 33.-

Desarrollo de objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad Corresponde al Poder Ejecutivo, por medio del Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, definir las metas y las prioridades necesarias para el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en el artículo anterior. Con este fin, dicho Plan deberá contener una agenda digital, como un elemento estratégico para la generación de oportunidades, el aumento de la competitividad nacional y el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento, que a su vez contenga una agenda de solidaridad digital que garantice estos beneficios a las poblaciones vulnerables y disminuya la brecha digital.

La Sutel establecerá las obligaciones; y también definirá y ejecutará los proyectos referidos en el artículo 36 de esta Ley, de acuerdo con las metas y prioridades definidas en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones.

VII.- Dado que en atención al modelo de competencia que existe actualmente en el sector de telecomunicaciones, algunos de los servicios públicos requeridos en diversas zonas del país no resultarían rentables para las empresas operadoras, lo que podría conllevar a que ninguna mostrara interés en brindarlos, el artículo 34 de la Ley General de Telecomunicaciones creó el Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), como un instrumento para garantizar los recursos de los proyectos destinados a garantizar los objetivos antes mencionados, así como las prioridades y metas definidas en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Conforme el numeral 35 de la Ley 8642, la Administración del FONATEL estaría a cargo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, quien asignaría los recursos del fondo de conformidad con el plan antes mencionado, en los términos del artículo 36 de la Ley General de Telecomunicaciones:

ARTÍCULO 36.-

Formas de asignación

Los recursos de Fonatel serán asignados por la Sutel de acuerdo con el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, para financiar:

a) Las obligaciones de acceso y servicio universal que se impongan a los operadores y proveedores en sus respectivos títulos habilitantes. Serán financiadas por Fonatel, las obligaciones que impliquen un déficit o la existencia de una desventaja competitiva para el operador o proveedor, según lo dispone el artículo 38 de esta Ley. La metodología para determinar dicho déficit, así como para establecer los cálculos correspondientes y las demás condiciones se desarrollará reglamentariamente. En cada caso, se indicará al operador o proveedor las obligaciones que serán financiadas por Fonatel.

b) Los proyectos de acceso y servicio universal según la siguiente metodología: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de esta Ley, la Sutel publicará, anualmente, un listado de los proyectos de acceso universal, servicio universal y solidaridad por desarrollar con cargo a Fonatel. El anuncio especificará, para cada proyecto, las localidades beneficiadas, la calidad mínima del servicio requerido, el régimen aplicable de tarifas, el período asignado, la subvención máxima, la fecha estimada de iniciación del servicio, el plazo de ejecución del proyecto y cualquier otra condición necesaria que se requiera en el cartel. Estos proyectos serán adjudicados por medio de un concurso público que llevará a cabo la Sutel. El operador o proveedor seleccionado será el que cumpla todas las condiciones establecidas y requiera la subvención más baja para el desarrollo del proyecto. El procedimiento establecido se realizará de conformidad con la Ley N.º7494, Contratación administrativa, de 2 de mayo de 1995, y sus reformas, y lo que reglamentariamente se establezca.

En las normas mencionadas se indica que la asignación de recursos para el financiamiento de proyectos por parte de FONATEL, deberá responder a los objetivos antes mencionados, así como a lo dispuesto por el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. En virtud de ello, conviene hacer alusión a lo que se indica en los ejes de telecomunicaciones y social, así como en el marco institucional de dicho documento, y en el transitorio VI de la Ley General de Telecomunicaciones.

a . Telecomunicaciones

Para avanzar en el aprovechamiento de los beneficios de la Sociedad de Información y el Conocimiento, el país debe hacer un esfuerzo importante de inversión en el desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones, de manera que permita contar con más y mejores servicios de telecomunicaciones para todos los sectores de la población. En ese sentido, el desarrollo de la infraestructura en este sector constituye una condición necesaria e indispensable a la que deberá brindarse una prioridad especial en cualquier proyecto país en materia de TIC, que promueva, al mismo tiempo, la generación de aplicaciones y contenidos de valor agregado que potencien su uso.

El país requiere de una plataforma de telecomunicaciones moderna, eficiente e inteligente, que responda a las necesidades del entorno, esté a tono con los últimos avances tecnológicos y sean fácilmente accesibles y asequibles a todos los sectores de la población, contribuyendo con ello a la reducción de la brecha digital. Este es solo el primer paso; sin embargo, es crucial para avanzar en la profundización de los beneficios de la SIC en Costa Rica.

Se trata de convertir las telecomunicaciones en una plataforma tecnológica estratégica, tal y como ha sido destacado por el grupo Estrategia Siglo XXI, de manera que permitan crear en el país un rasgo distintivo, significativo y durable como ventaja competitiva.

Con arreglo a lo señalado, el desarrollo de la infraestructura nacional de telecomunicaciones deberá atender a los siguientes lineamientos:

a.1 Tomar las medidas necesarias para garantizar que el país cuente con una infraestructura moderna de telecomunicaciones, y al mismo tiempo asegurar la prestación de servicios de calidad y la generación de aplicaciones de valor agregado, permitiendo la convergencia, la interoperabilidad entre los sistemas, la incorporación de tecnologías de avanzada y la seguridad en las comunicaciones.

a.5 El mecanismo para el otorgamiento de las concesiones para el uso del espectro en Costa Rica, deberá responder a un estudio profundo

de la experiencia que en esta materia han acumulado otros países, particularmente aquellos que han alcanzado niveles de penetración, cobertura y calidad de servicios sobresalientes. El modelo que se escoja debe garantizar el resguardo de los principios que guían la normativa en telecomunicaciones, el respeto de la normativa ambiental aplicable y los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, de manera tal que:

Asegure el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a habitantes de las zonas alejadas del país, donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable.

Se logre el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes del país que no tengan recursos suficientes para acceder a ellos.

(«) a.6 Garantizar el desarrollo de una infraestructura, que permita llevar los servicios de telecomunicaciones a todos los habitantes del país, cumpliendo con los objetivos y metas de acceso universal, servicio universal y solidaridad, y elevando la competitividad del país. («)

d. Social

Ningún objetivo de política pública tiene sentido si su finalidad no está determinada por la mejora en la condición de vida de su población meta. En materia de telecomunicaciones, esta será una regla inamovible, razón por la cual es imperativo asegurar el acceso a los beneficios de las TIC a todos los sectores de población. Así lo dispuso el Legislador en la Ley General de Telecomunicaciones, Transitorio VI, al señalar una serie de metas y prioridades en torno a acceso universal, servicio universal y solidaridad.

De ahí que el PNDT tenga, entre otras de sus finalidades, reducir la brecha digital, lograr la integración social y la introducción de nuevos servicios y tecnologías. Para tal efecto, se ejecutarán acciones destinadas a

promover el desarrollo de la infraestructura, especialmente en las zonas rurales y alejadas, que permitan el uso de las TIC en el campo educativo, en salud, en la esfera individual y, en general, para el desarrollo social de la población.

Con base en esta política, el PNDT en su parte social atenderá las siguientes líneas de acción:

d.1 Impulsar una estrategia dinámica para llevar los servicios y beneficios de las telecomunicaciones a todos los sectores de la población, especialmente a aquellos que por sus condiciones de vulnerabilidad económica y social no disponen de los recursos ni las condiciones para asegurarse dichos servicios. En este caso, el Fondo Nacional de Telecomunicaciones será el instrumento para atender las necesidades de estas poblaciones, no solo desde el punto de vista de acceso, sino, también, de uso de las telecomunicaciones, incluido todo lo relativo a capacitación y formación en tecnologías digitales.

(«) d.6 Incentivar la inversión privada y pública dirigida al desarrollo del servicio y acceso universal, para garantizar el derecho de la población a disponer de comunicaciones dentro de un marco justo, equitativo y solidario.

4.4.4 Marco institucional

Asegurar una institucionalidad fuerte y robusta, que tenga las condiciones para cumplir las disposiciones contenidas en la normativa sobre telecomunicaciones, así como las metas y acciones establecidas en el PNDT, es primordial para el desarrollo nacional en el campo de las TIC. Para ello, es importante tener claridad sobre las responsabilidades de cada una de las entidades del sector, sus mecanismos de coordinación interinstitucional y las herramientas que en el futuro requieran para mejorar su gestión.

Adicionalmente, el énfasis en este campo debe dirigirse a la fijación de objetivos de desarrollo organizacional que tiendan a elevar las capacidades de cada una de las entidades del sector, mejorando la capacitación del recurso humano, asegurando la autonomía de las

decisiones, profundizando la especialización temática e incorporando formas novedosas de gestión.

En atención a esto, la parte institucional estará guiada por las siguientes líneas de acción:

a. Estructura institucional

a.3. FONATEL

a.3.1 Ejecutar sin dilación los proyectos que permitan el cumplimiento de los objetivos y metas señalados en este Plan con cargo al Fonatel, especialmente los establecidos en el eje social.

TRANSITORIO VI.-

El primer Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones que se dicte deberá establecer, como mínimo, las siguientes metas y prioridades de acceso universal, servicio universal y solidaridad:

1) Servicio universal.

a) Que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija. La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet.

b) Que todos los usuarios finales puedan contar con acceso a Internet de banda ancha, posibilitando, a mediano plazo, el uso de tecnologías inalámbricas en las comunidades donde los costos para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura es elevada.

c) Que se ponga a disposición de los abonados al servicio telefónico una guía telefónica y se actualice, como mínimo, una vez al año. Asimismo, que se ponga a disposición de todos los usuarios finales, un servicio de información general sobre números de abonados. Todos los abonados al servicio telefónico disponible al público tendrán derecho a figurar en

dicha guía y conforme a las normas que regulan la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad.

d) Que los usuarios finales con discapacidad tengan acceso al servicio telefónico desde una ubicación fija y a los demás elementos del servicio universal citados en este transitorio, en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios finales.

e) Que, cuando así se establezca reglamentariamente, se ofrezcan a los usuarios finales que sean personas físicas, de acuerdo con condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias, opciones o paquetes de tarifas que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial, con el objeto de garantizar que las personas con necesidades sociales especiales, los habitantes de las zonas donde el servicio no es financieramente rentable, o las personas no cuenten con recursos suficientes, puedan tener acceso al servicio telefónico o hacer uso de este.

f) Que se apliquen, cuando proceda, opciones tarifarias especiales o limitaciones de precios, tarifas comunes, equiparación geográfica u otros regímenes similares, de acuerdo con condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias.

2) Acceso universal

a) Que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos en todo el territorio nacional, que satisfaga razonablemente las necesidades de los usuarios finales, en cobertura geográfica, número de aparatos, accesibilidad de estos teléfonos por los usuarios con discapacidades y calidad de los servicios, y que sea posible efectuar gratuitamente llamadas de emergencia desde los teléfonos públicos.

b) Que se establezcan centros de acceso a Internet de banda ancha en las comunidades rurales y urbanas menos desarrolladas y, en particular, en albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad y poblaciones indígenas.

c) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las escuelas y

los colegios públicos que sean parte de los Programas de Informática Educativa del Ministerio de Educación Pública.

d) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a los hospitales, clínicas y demás centros de salud comunitarios de la Caja Costarricense de Seguro Social.

e) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las instituciones públicas, a fin de simplificar y hacer más eficientes sus operaciones y servicios, e incrementar la transparencia y la participación ciudadana. Los planes de desarrollo de las telecomunicaciones subsiguientes deberán contener, como mínimo, lo establecido en este transitorio y las mejoras que procedan como resultado de los avances tecnológicos.’

VIII.- Ahora bien, en su informe la Supertendencia General de Telecomunicaciones indica que no resulta factible tramitar la petición del tutelado a cargo del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), pues el servicio de telefonía celular no se encuentra incluido dentro de la lista de servicios públicos esenciales prevista en el transitorio VI de la Ley General de Telecomunicaciones, no obstante, tomando en cuenta lo dispuesto en los considerandos anteriores, la Sala estima que dicha autoridad no lleva razón en su alegato por las razones que a continuación se expondrán. Tal y como se denota de la lectura de las normas transcritas de las leyes 8642 y 8660, así como del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, el legislador y el Poder Ejecutivo quisieron garantizar que no se presentaran situaciones que limitaran a las personas el acceso a las telecomunicaciones, en razón de su ubicación geográfica, situación económica, entre otros, pues de lo contrario se les colocaría en una situación de desigualdad con respecto a otras personas en el país. Así, si bien lleva razón la SUTEL al señalar que en el transitorio VI de la Ley General de Telecomunicaciones se establecieron una serie de metas y objetivos a cumplir por el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, lo cierto es que, tal y como lo señala el Ministro de Ciencia y Tecnología en su informe, lo que dicha norma dispone son parámetros mínimos que eventualmente pueden ser ampliados para garantizar un acceso real y efectivo a las telecomunicaciones, pues, tal y como menciona el funcionario de cita, el considerar que el Transitorio VI define los parámetros únicos en materia de acceso universal, servicio

universal y solidaridad, conllevaría a que cualquier otro servicio que se encontrara fuera de lo dispuesto por el transitorio mencionado, no podría ser financiado por medio de FONATEL, lo que implicaría desconocer la intención del legislador de garantizar el acceso a la mayor cantidad de la población a los distintos medios de comunicación. En ese sentido, de la lectura de los considerandos III y IV de esta sentencia, se desprende con claridad la importancia que ha venido adquiriendo la tecnología celular en los últimos años, hasta convertirse prácticamente en una de las principales formas de comunicación en la actualidad, incluso en detrimento de la telefonía fija, tal y como se denota de los diferentes estudios efectuados. En virtud de ello, la imposibilidad de que un proyecto para dotar de telefonía celular a la comunidad del recurrente sea financiado por FONATEL, únicamente por considerar que no está dentro de los supuestos establecidos en el transitorio VI de la Ley 8642, implicaría denegar la posibilidad de que un grupo de personas puedan acceder a un medio de telecomunicación de importancia, únicamente por su ubicación geográfica, situación que resultaría contradictoria con los principios que precisamente fundamentan la existencia del fondo mencionado. Ante dicho panorama, la Sala considera que el recurso debe ser acogido en cuanto a este extremo, con las consecuencias que se dirán en la parte dispositiva.

IX.-Como segundo punto, el recurrente acusa que en la comunidad de Santa Ana de Nicoya no se cuenta con el servicio de Internet. En sus informes, el Instituto Costarricense de Electricidad admite que efectivamente en la zona no existe en servicio de Internet, pues resulta imposible brindarlo bajo las condiciones actuales, pues implicaría una pérdida económica para la institución. Ahora bien, al conocer un asunto similar a este, la Sala señaló en su sentencia número 2012-17067 de las 9:05 del 7 de diciembre de 2012, lo siguiente:

III.-Sobre el fondo. Se encuentra plena e idóneamente demostrado que la casa que habita la recurrente que se encuentra ubicada en la comunidad de San Rafael de Paquera, no cuenta con Internet de Banda Ancha o Cobertura de Voz y Datos (Wimax). Asimismo, que no se encuentra programada ninguna obra de Telecomunicaciones a desarrollarse en la comunidad de San Rafael de Paquera que permita atender el requerimiento de la recurrente, debido a que el desarrollo

de algún proyecto de Telecomunicaciones en esa zona, adolece de rentabilidad y no representa desde el punto de vista financiero, un proyecto rentable para el ICE. También, consta que el Instituto Costarricense de Electricidad, como operador de la red pública y proveedor del servicio de telecomunicaciones, se encuentra facultado para realizar una valoración del servicio solicitado, a fin de determinar si la implementación del servicio resulta financieramente viable o no. El asunto que se plantea en este proceso, ya fue resuelto por este Tribunal en sentencia número 2012-015018 de las 10:05 horas del 26 de octubre de 2012, en la cual se consideró:

III.-CASO CONCRETO. Se encuentra plena e idóneamente demostrado que en la Urbanización Jorge Brenes Durán, de Golfito, no cuenta con Internet de Banda Ancha o Cobertura de Voz y Datos (Wimax). También, consta que el Instituto Costarricense de Electricidad no tiene programado el desarrollo de ninguna obra de telecomunicaciones que permita el acceso al servicio de Internet en esa comunidad (informe). Aunado a lo anterior, según apuntaron las autoridades públicas recurridas, como operador de la red pública y proveedor del servicio de telecomunicaciones, su representado se encuentra facultado para realizar una valoración del servicio solicitado, para determinar si la implementación del servicio resulta financieramente viable o no (informe).

Conviene, en primer término, señalar que es a la Superintendencia de Telecomunicaciones, a través del Fondo Nacional de Telecomunicaciones y no a este Tribunal, a la que le corresponde promover el acceso a los servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente, a precios asequibles y competitivos, a los habitantes de las zonas del país, donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable, asegurando la aplicación de los principios de universalidad y solidaridad en los servicios de telecomunicaciones (art. 32 de la Ley General de Telecomunicaciones).

Precisamente, por lo anterior, lo procedente es que la recurrente, a través de sus padres o representante legal, ocurra ante el proveedor del servicio o la Superintendencia de Telecomunicaciones a hacer valer sus

derechos, mediante la reclamación correspondiente (art. 48 de la Ley General de Telecomunicaciones). No obstante lo anterior, este Tribunal en un asunto similar al de estudio, reconoció que con independencia de las razones técnicas y financieras que se aducen para calificar el proyecto como no rentable, el ente recurrido posee iniciativa para formular un proyecto de desarrollo de telecomunicaciones como el que reclama la amparada (artículo 23 del Reglamento de Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad), los conocimientos técnicos y la información indispensable para procurar la inclusión de ese proyecto en el Plan Anual de Proyectos y Programas del

Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Sentencia No. 2011017704 de las 9:05 hrs. de 23 de diciembre de 2011). Desde esa perspectiva, la omisión que se apunta, lesiona el derecho constitucional a las telecomunicaciones de los afectados. Como corolario de lo expuesto, se impone acoger el recurso, con las consecuencias que se dirán.

VI.- Al no existir motivo alguno para variar el criterio externado en aquella oportunidad, lo pertinente es declarar con lugar el recurso y con las consecuencias que de seguido se dirán.´

Ahora bien, tomando en cuenta que del informe dado por la SUTEL se denota que no existe solicitud alguna planteada por el ICE para que se dote de internet a la comunidad de Santa Ana de Nicoya, por medio de FONATEL, estima la Sala que lo dicho en el precedente transcrito resulta plenamente aplicable para el caso concreto, y por ende acoge también el recurso en cuanto a este extremo, por constatarse la omisión alegada por el recurrente.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Teófilo de la Torre Argüello, o a quien ocupe su cargo como Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad, realizar las acciones que estén dentro del ámbito de sus competencias, para que dentro del plazo de SEIS MESES, contado a partir de la notificación de esta sentencia, se plantee un proyecto a cargo de FONATEL, a efectos de que se valore la posibilidad de instalar la infraestructura necesaria para brindar los servicios de Internet

y telefonía celular en la comunidad de Santa Ana de Nicoya. Asimismo, se ordena a Maryleana Méndez Jiménez, o a quien ocupe su cargo como Presidenta del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), realizar las acciones que estén dentro del ámbito de sus competencias para que dichas solicitudes sean valoradas, de forma que si resultan factibles, sean incluidas dentro de los proyectos financiados por FONATEL. Se advierte a los recurridos, o a quienes ocupen sus cargos, que de conformidad con lo establecido por el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se impondrá prisión de tres meses a dos años o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada dentro de un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a la Superintendencia de Telecomunicaciones y al Instituto Costarricense de Electricidad al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

Fernando Cruz C.

Presidente a.

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L.

Nancy Hernández L.

Rosa María Abdelnour G.

Ana María Picado B.

Ronald Salazar Murillo

DERECHO DE ACCESO A INTERNET Y TARIFA POR DESCARGA DE DATOS.

Exp:14-009414-0007-CO

Res. N° 2014-16365

SALA CONSTITUCIONAL DELA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas con un minutos del seis de octubre de dos mil catorce.-

Recurso de amparo que se tramita en expediente número14-009414-0007-CO, interpuesto por **[NOMBRE 01], cédula de identidad [Valor 01], contra EL MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA Y TELECOMUNICACIONES, Y LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES.**

RESULTANDO :

1.-Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 7:48 del 12 de junio de 2014, el recurrente interpone recurso de amparo contra la Superintendencia de Telecomunicaciones, y expresa que se encuentra inconforme con el cambio en el modelo tarifario propuesto por la recurrida para la modalidad de Internet móvil post-pago. Considera que resulta improcedente que SUTEL sea quien propone las modificaciones señaladas y, a su vez, sea quien emite la resolución final sobre estas. Estima que el modelo propuesto puede implicar un daño para quienes actualmente disfrutan de Internet móvil en la modalidad de post-pago, por lo que pide que se acoja el recurso, con sus consecuencias.

2.- Informa bajo juramento Gisella Kooper Arguedas, en su calidad de Ministra de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, que conforme lo dispuesto por el 73 dela Ley número 8660, los hechos alegados en este asunto son competencia dela Superintendencia de Telecomunicaciones, y no de la institución a su cargo. Por lo anterior, pide que se desestime el recurso.

3.- Informa bajo juramento Maryleana Méndez Jiménez, en su calidad de

presidenta del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), que mediante oficio número 2463-SUTEL-DGM-2014 del 28 de abril de 2014, la Dirección General de Mercados (DGM) de la SUTEL, comunicó al Consejo de la Superintendencia la propuesta tarifaria para la descarga de datos en el acceso del servicio de telefonía móvil. Señala que mediante acuerdo número 022-026-2014, adoptado en la sesión ordinaria número 026-2014 del 30 de abril de 2014, el Consejo de la SUTEL dispuso: “1. Dar por recibido y aprobar el oficio 2463-SUTEL-DGM-2014 mediante el cual la Dirección General de Mercados, presenta al Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones propuesta de posible fijación de tarifas por descarga de datos móviles en los servicios pre y post-pago. 2. Comunicar a la Dirección General de Mercados el presente acuerdo para que coordine lo pertinente al trámite de audiencia pública con la Dirección General de Atención al Usuario de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. 3. Solicitar a la Dirección General de Atención al Usuario de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos que realice el trámite de convocatoria e instrucción formal del proceso de audiencia pública para la propuesta de posible fijación de tarifas de datos móviles en los servicios de prepago y post-pago; y prepare la documentación con la información que se debe publicar en los diarios de circulación nacional, emisoras de radio e imprenta nacional, así como el documento borrador de la convocatoria, llevar a cabo las gestiones en las distintas sedes, elaborar el acta, informes y eventualmente las resoluciones de prevención de requisitos formales o de rechazo de oposiciones requeridas para el trámite de audiencia”. Manifiesta que el acuerdo de cita fue comunicado por oficio número 2765-SUTEL-SCS-2014 del 9 de mayo de 2014, siendo que la convocatoria a audiencia pública que se acordó para el 1 de julio de 2014, y se publicó en los periódicos La Nación y la República el 10 de junio de 2014, y en el Diario Oficial La Gaceta número 105 del 3 de junio de 2014. Agrega que a partir de la publicación en los diarios mencionados, la totalidad del expediente administrativo se encuentra a disposición de las personas interesadas en su consulta. Indica que en el expediente administrativo GCO-TMI-1069-2014 se tramita la propuesta para ampliar el actual esquema tarifario del servicio de Internet móvil, con la opción de adoptar un esquema de transferencia de datos kbyte (kB es la unidad usada para cuantificar la transferencia de datos). Afirma que con base en las competencias establecidas en la legislación respectiva,

le corresponde a la Superintendencia realizar de oficio los cambios tarifarios o formas de tasación de los servicios de telecomunicaciones, debido a que estas fijaciones deben regir para todo el mercado. Aduce que cualquier persona con un interés legítimo puede solicitar a la SUTEL una fijación tarifaria, aportando toda la documentación técnica necesaria que acredite la necesidad, y sirva de insumo para que la SUTEL lleve a cabo la fijación con base en lo dispuesto en el Reglamento de Fijación de las Bases y Condiciones para la Fijación de Precios y Tarifas, y siguiendo el procedimiento establecido en el Reglamento al Ley número 8642. Lo anterior, por cuanto las fijaciones tarifarias que efectúa la SUTEL son para un determinado mercado de servicios de telecomunicaciones, y no para un operador. Alega que de lo expuesto anteriormente, se desprende que la fijación tarifaria fue asignada por el legislador expresamente a la SUTEL, respetando los principios en los que está inmerso el ordenamiento jurídico vigente. Afirma que actualmente no existe una posición oficial sobre la tarifa de transferencia de datos móviles por kB, toda vez que se está ante una propuesta de fijación que apenas se encuentra en trámite. Agrega que será en la audiencia donde los interesados podrán hacer valer sus criterios, los que serán analizados por la SUTEL, luego de lo cual se emitirá un informe de las posiciones recibidas. Resalta que la convocatoria a la audiencia pública se realizó conforme a lo establecido en el artículo 73 inciso h) de la ley número 7593, que faculta a la SUTEL para realizar la fijación tarifaria conforme el procedimiento dispuesto en el artículo 36 de esa norma. Señala que la publicación se efectuó con un plazo de 20 días naturales de antelación a la fecha de la audiencia, se incorporó un extracto de la propuesta tarifaria, así como el cambio fundamental en que se basa el esquema adicional de fijación tarifaria del servicio de Internet, que es establecer el precio tope de kB de 0.0075 colones. La convocatoria consignó expresamente el número de expediente, la dirección física del lugar donde los usuarios podrían revisar el expediente, y la dirección electrónica donde se encuentra el informe que fundamenta la propuesta tarifaria. Explica que el régimen actual dispone claramente que le corresponde a la Superintendencia la determinación de los precios y las tarifas de los servicios de telecomunicaciones que se brinden en Costa Rica, mediante una metodología que incentive la competencia y la eficiencia en el uso de los recursos, siempre y cuando tales servicios no se presten en condiciones de competencia. Aduce que dado que

la SUTEL no ha determinado que existan condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva en el mercado de los servicios de internet móvil, lo procedente es que la institución de oficio fije las tarifas correspondientes a los servicios de cita, en aras de proteger a los usuarios finales e impedir que se presenten condiciones anticompetitivas. Alega que lo que será objeto de la audiencia pública, es la propuesta de fijación tarifaria para el servicio de internet móvil por transferencia de datos (kB), por lo que no se encuentra en discusión la forma en que los operadores o proveedores de esos servicios implementarán la nueva tarifa que se eventualmente se dicte. Por otra parte, agrega que la Superintendencia ha sido clara en que no se aplicará en forma retroactiva la tarifa propuesta. Por lo expuesto, pide que se desestime el recurso planteado.

4.- Por resoluciones de las 14:18 y las 14:25, ambas del 2 de julio de 2014, el Magistrado Instructor del presente asunto confirió audiencia al presidente de la Junta Directiva de la Academia Nacional de Ciencias, así como al presidente del Colegio de Profesionales en Ciencias Informáticas y Computación, para que informaran a la Sala si el nuevo modelo propuesto por la Superintendencia de Telecomunicaciones para el cobro por descarga del Internet móvil, podría constituirse o no en un impedimento para la mayor parte de la población en el país de acceder a Internet.

5.- Por resolución de las 14:28 del 2 de julio de 2014, el Magistrado Instructor del presente asunto tuvo como parte a la Defensora de los Habitantes.

6.- Informan bajo juramento Ana Karina Zeledón Lépiz, en su calidad de directora de Asuntos Económicos, y Catalina Delgado Agüero, en su calidad de directora de Asuntos Jurídicos, ambas de la Defensoría de los Habitantes, que rinden el informe requerido, por cuanto constituye un hecho público y notorio que, a la fecha, no se ha nombrado al jerarca de la Defensoría de los Habitantes, luego de la renuncia de la anterior Defensora. En cuanto al caso en estudio, indican que tanto la convocatoria a audiencia pública, como la información que sustenta la propuesta de SUTEL, adolecen de serias carencias y deficiencias que debilitan la iniciativa. En ese sentido, señalan que los argumentos con

los cuales SUTEL justifica la propuesta sometida a audiencia pública están contenidos en el oficio número 2463-SUTEL-DGM-2014, que constituye el único documento que se puso a disposición del público en la convocatoria. Lo anterior, implica que todo interesado en analizar la propuesta debe asumir que el documento de cita contiene los elementos necesarios para comprender y evaluarla. Aducen que al revisar el oficio mencionado, la Defensoría en contró debilidades y carencias en el planteamiento de SUTEL, que impiden valorar, con certeza, la justificación y las consecuencias del cambio propuesto en la tarifa de los servicios de Internet móvil. Manifiestan que de la lectura del oficio 2463-SUTEL-DGM-2014, se desprende que la aprobación del cobro del servicio de internet móvil por descarga es justificada por SUTEL con base en 2 grandes argumentos: a) El actual esquema de cobro para Internet móvil está generando congestión en las redes; y b) El esquema propuesto por SUTEL (opción de Internet por descarga) producirá beneficios a los consumidores. En cuanto al primero de los argumentos mencionados, afirman que la SUTEL explica que un 5% de los usuarios efectúa más del 45 % del tráfico, toda vez que dicha minoría logra descargar mucho más datos en menor tiempo y, al mismo precio, que la mayoría de los usuarios reciben un servicio de niveles de calidad menor, pese a que tienen un consumo menor. Con respecto a lo anterior, señalan que la SUTEL no aporta las fuentes de las que obtiene la información, ni desagrega los datos según cada operador. Asimismo, tampoco demuestra que haya realizado algún estudio que demuestre que lo descrito está ocurriendo en la realidad. Indican que la SUTEL sustenta su propuesta de tasación del servicio de Internet por descarga para todos los operadores, con datos que corresponden a un solo operador, el que no identifica, lo que no permite determinar si este tenía una participación importante o no cuando remitió la información a la Superintendencia, o si todos los operadores tenían una situación similar a éste en ese momento. De igual forma, la Sutele está usando datos del año 2012 para regular una situación en el año 2014, lo que no permite a los usuarios saber si dicha información sirve para medir la saturación de las redes en la actualidad. Consideran que debe tomarse en cuenta que para el año 2012 no había empezado a operar todavía la portabilidad numérica, lo que implica que, en ese momento, no era tan atractivo para los consumidores cambiar de operador, por cuanto perdía su número de teléfono celular. Lo anterior significa que para el

año 2014, la situación del operador que reportó los datos a la SUTEL en el año 2012 podría ser distinta, lo que impide tener un panorama claro de la situación actual. Por otra parte, manifiestan que para el momento en que el ICE remitió SUTEL los datos antes señalados, la participación de dicho operador en el mercado era de un 84 %, mientras que para septiembre de 2013 era del 68%, lo que deja ver que la información que utiliza la Superintendencia no corresponde a la situación actual del mercado. Finalmente, alegan que la SUTEL no aporta información ni logra probar los supuestos beneficios que el nuevo modelo de cobro producirá a los usuarios, toda vez que no indica las cifras, datos, estadísticas, simulaciones u otro elemento que demuestre la veracidad de la afirmación. Por lo expuesto, piden que se acoja el recurso, con sus consecuencias.

7.- Rinde informe Gabriel Macaya Trejos, en su calidad de presidente de la Junta Directiva de la Academia Nacional de Ciencias, que la Internet, como medio de acceso a la información, es un elemento central del ejercicio de una ciudadanía responsable, pues constituye una herramienta para mejorar las comunicaciones públicas, lo que permite alcanzar metas de transparencia y rendición de cuentas, así como enriquecerla democracia. En virtud de lo anterior, el acceso universal Internet constituye una aspiración central para el logro de una nueva ciudadanía activa y responsable, por lo que lo relativo a las tarifas de ese servicio, constituye un elemento central de la política pública, y no un asunto meramente técnico y de índole económico. Afirma que cabe esperar que la información que el ciudadano busque no haga más que aumentar con el tiempo, por lo que imponer tarifas por cantidad de información descargada es, desde su punto de vista, limitar seriamente el ejercicio ciudadano. Agrega que hay una clara tendencia a que el acceso al Internet con dispositivos móviles, sea cada vez mayor. Aduce que hay una clara necesidad de un estudio serio y profundo sobre la utilización de Internet, que contenga información actualizada al año 2014. Lo anterior, por cuanto los datos suministrados por la SUTEL no son suficientes para tener una idea clara de la situación actual de la evolución del acceso a la Internet. A su parecer, se debe trabajar por un modelo de política pública que fomente la equidad en el acceso a Internet, lo que no es favorecido por un sistema tarifario basado en la cantidad de información descargada. Considera que no

se pueden dictar políticas públicas dependiendo del supuesto abuso de unos cuantos usuarios que hacen un uso excesivo de los recursos, ya que lo procedente es buscar un mecanismo que limite dicha situación. Manifiesta que el uso de los recursos de Internet está en aumento constante, sobre todo en educación, por lo que fijar una tarifa de kilobyte significa que el cobro iría en aumento permanente, cuando lo que se debe promover es la eficiencia en las tecnologías. A manera de ejemplo, indica que el tamaño promedio de bajar una página web es actualmente de 1 a 2 megabytes, creciendo a una tasa anual de 30% a 40% desde el año 2008, por lo que medir la cantidad de información en kilobytes resulta anacrónico, ya que lo correcto, ante la realidad actual, es utilizar una medida en términos de megabytes o gigabytes. Alega que el modelo propuesto por la SUTEL no incentiva la inversión en tecnologías más eficientes, siendo que la necesidad de acceso a una cantidad cada vez mayor de información, y en general un mayor acceso por dispositivos móviles, aumentará de manera vertiginosa en los años venideros. Reitera que desde su punto de vista, limitar dicho acceso mediante tarifas de cobro por descarga, resulta inaceptable.

8.- Rinde informe John Richard Molina Núñez, en su calidad de vicepresidente del Colegio de Profesionales en Informática y Computación (CPIC), que, a su parecer, la propuesta de cobro por descarga en Internet móvil presentada por SUTEL, presenta los siguientes aspectos negativos: *"1. No es justificable que por un 5% que utiliza mal la red se dan aplicar medidas de cobro al otro 95% de los clientes. El tope de descarga establecido en 500 Mbps, no resulta proporcional si pretende subsanar los efectos del 5% de los usuarios de muy alto consumo. Tal medida resulta excesiva; 2. El cliente debería ser quien decida cual modalidad se adapta a sus necesidades y no el operador; 3. El proyecto pretende restringir el acceso a un servicio que como interés país, debes ser utilizado para acortar barreras de varios tipos: profesionales, de educación, desarrollo económico, etc; 4. Costa Rica se ha convertido en un productor de tecnología. Esta decisión conlleva a un riesgo, al desincentivar el consumo de internet móvil, lo cual sería un freno a su competitividad; 5. Existen esfuerzos en sectores de educación y economía que dependen del acceso a Internet; 6. Esta propuesta impacta leyes como Banca del Desarrollo, donde el acceso a Internet de ciudadanos en actividades como agricultura, que es por medio de Red3 G; 7. Se puede medir el impacto en la sociedad de dicha*

restricción; 8. No se estima pertinente el argumento de referencia con otros países donde se aplica de la misma forma, si se desea ver de ese modo, todos los países tienen ejército y nosotros no, siempre hemos sido innovadores en el desarrollo de nuestro país; 9. Existen soluciones técnicas comprobadas en otros países para resolver el consumo desmedido que algunos realizan; 10. El documento que hizo la SUTEL es omiso, no tiene suficiente documentación, la información es inentendible para los usuarios. Además de eso se basa en información sesgada, provista solamente por el ICE, y de aproximadamente dos años de antigüedad, por lo que no toma en cuenta la realidad actual del mercado, y mucho menos su evolución a futuro; 11. Sobre los contratos que los usuarios tienen con las operadoras; En el proyecto donde se proponen las nuevas tarifas, o al menos en la publicación que hace la SUTEL para la audiencia pública donde estas serían aprobadas, no queda claro, ni se menciona que pasará con las condiciones de los contratos que en este momento tienen los usuarios de telefonía móvil post-pago. Es decir, esos contratos se adquirieron mediante planes que ofrecen las operadoras, donde existen condiciones de precio y de cobro donde no se contemplan la modalidad de tarifas propuestas. Esta situación afectaría directamente en las condiciones de los planes y contratos que ya se encuentran adquiridos por los usuarios. El cambio de tarifas y modalidad de cobro por descarga de internet incrementaría el precio de los mismos, lo que considera puede constituirse en un factor de riesgo, y en una limitante para que los usuarios puedan acceder al servicio de internet; 12. Otro punto que llama la atención, es que en la propuesta tarifaria, se detalla un cobro por descarga, proponiendo un cambio al sistema de cobro actual, sin embargo no queda claro si este cambio va a constituir alguna mejora en el servicio, ya que evidentemente este tipo de cobro incrementará los costos según el uso que se realice. Por lo anterior sería oportuno que la propuesta de modificación del sistema tarifario, tenga relación y se vincule a un compromiso por parte de los operadores hacia la calidad según los criterios vigentes, y que sean garantizados por la SUTEL. Por otra parte, estima que la propuesta de la recurrida, presenta los siguientes aspectos positivos: "1. Las empresas de telecomunicaciones requieren ser sostenibles financieramente a fin de sostener un servicio de calidad en la infraestructura y garantizar que se va a realizar un uso adecuado del Internet. Es decir, la industria requiere invertir en redes robustas para dar un servicio de calidad, ante el crecimiento en el consumo de datos; 2. En Costa Rica durante el 2012, el internet móvil aportó el 11% de los ingresos de Claro, Movistar y el ICE (que incluye a

las operadoras virtuales Fullmóvil y Tuyo Móvil), según el último informe de la SUTEL; 3. El mercado actual de datos, ya actúa en competencia en la modalidad de prepago. Por ejemplo, las tarifas de mercado de Internet móvil en prepago (que se empezó a aplicar en el 2013), están por debajo del tope máximo establecido por la Superintendencia de Telecomunicaciones. Una experiencia que podría replicarse en la modalidad post-pago, en caso de que se aplique el cobro por descarga; 4. El modelo tarifario actual responde a una lógica de un entorno monopólico en el que solo la empresa estatal operaba, y debe adaptarse a un mercado de competencia. Propicia un ambiente de competencia donde la oferta es sumamente importante para captar clientes, por lo que una tendencia de este tipo está planeada para tener ganancias, no pérdidas.

9.- Por resolución de las 16:24 del 23 de julio de 2014, el Magistrado Instructor de este asunto, solicitó a la presidenta del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones que informara a la Sala si actualmente existía algún tipo de regulación establecida por dicha institución, para lo relativo a la “política de uso justo del Internet móvil”.

10.- Por resolución de las 10:36 del 24 de julio de 2014, el Magistrado Instructor de este asunto solicitó al presidente de la Asamblea Legislativa, copia certificada de las actas de la Comisión Permanente Especial de Control de Ingreso y Gasto Público de los días 3, 10 y 17 de julio de 2014, donde constan las comparecencias de los señores Alonso Castro Mateii, director del Centro de Informática de la Universidad de Costa Rica, Sr. Carlos Raúl Gutiérrez, expresidente de la Superintendencia de Telecomunicaciones, los representantes de la Asociación de Consumidores de Costa Rica, y los miembros del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, con respecto al tema de la propuesta del modelo de cobro tarifario por descarga en Internet móvil.

11.- Informa bajo juramento Maryleana Méndez Jiménez, en su calidad de presidenta del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, que mediante resolución número RCS-063-2014, adoptada según acuerdo número 014-021-2014 de la sesión ordinaria número 021-2014 del 2 de abril de 2014, la SUTEL estableció los criterios sobre la política de uso justo para los servicios de acceso a internet móvil.

12.- Por resolución de las 14:18 del 2 de julio de 2014, el Magistrado Instructor de este asunto solicitó a la presidenta del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, que aportara copia certificada de la resolución RCS-063-2014, por cuanto en el informe que había rendido con anterioridad, había aportado copia de la resolución número RCS-062-2014.

13.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala las 10:02 del 31 de julio de 2014, la Presidenta del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aportó copia certificada de la resolución número RCS-063-2014.

14.- En constancia del 5 de agosto de 2014, el Secretario de la Sala Constitucional indica que el presidente de la Asamblea Legislativa no aportó la documentación que le fuera requerida en el presente asunto.

15.- En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta la Magistrada **Hernández López** y,

I.-SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA INTERNET EN LA SOCIEDAD ACTUAL. Sin lugar a dudas, la Internet se ha constituido en uno de los grandes avances del siglo XX, pues su desarrollo generó una revolución en diversos campos. Si bien en un principio fue ideada con un propósito meramente militar, lo cierto es que su uso original ha dado un giro total, para convertirse no solo en un instrumento al alcance de gran parte de la población, sino, además ha llegado a ser una de las herramientas principales para el desarrollo de un nuevo concepto; la sociedad de la información, fruto de la globalización. En ese sentido, la Internet se ha convertido en una verdadera autopista de la información, por la que transitan a diario una cantidad inimaginable de datos de todos los tipos: visuales, sonoros, textuales, que han permitido a las personas conocer información de su interés de forma rápida, constituyéndose así en un medio de suma importancia para la educación. De igual forma, la Internet ha permitido dar un giro total en las comunicaciones a nivel mundial, pues por medio de instrumentos como el correo electrónico, o las video llamadas, permite que las personas puedan contactar a otras

que se encuentren a distancias considerables, en un plazo inimaginable años atrás, y con un costo sumamente bajo, lo que sin lugar a dudas, ha influenciado no solo las relaciones interpersonales, sino en la cooperación internacional en distintos aspectos, como el comercio, las relaciones entre Estados, entre otros. Lo señalado anteriormente, se ve reflejado en los datos proporcionados por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), que indican que en el año 2013 más de 2700 millones de personas utilizaban Internet, lo que representaba un 39% de la Población Mundial. Asimismo, se expresa que en países en desarrollo, el 31 % de la población tenía acceso a la red mundial, mientras que dicho porcentaje aumentaba al 39%, en países desarrollados. A nivel continental, Europa es la región que registra la tasa de penetración de Internet más elevada del mundo, con un 75%, mientras que América ocupaba el segundo lugar, con 61%. Las cifras externadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, también reflejaban que en el 2013, 41% de los hogares del mundo entero estaban conectados a Internet, siendo que en los países desarrollados la tasa de penetración de Internet alcanzaba el 78% de los hogares, porcentaje que disminuía sustancialmente en los países en desarrollo, donde la tasa mencionada llegaba al 28%. Finalmente, se externa en las estadísticas de la UIT, que el 90 % de los 1.100 millones de hogares no conectados a Internet, está situado en los países en desarrollo. Todo lo anterior, hace ver con claridad la importancia de la Internet en la sociedad actual, lo que se refleja en los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas, en la que se plantea que *“Ofrecer conectividad a Internet en el mundo en desarrollo, ayudará a concretar, los objetivos de salud, educación, empleo y reducción de pobreza”*.

II.-A nivel nacional, estadísticas del Banco Mundial indican que para el año 2009, 34,3 de cada 100 habitantes del país contaban con acceso a Internet, mientras que para el 2012, dicha cifra se había elevado a 47,5 de cada 100 habitantes. Por otra parte, en el Informe sobre Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones 2010-2012 de la Superintendencia de Telecomunicaciones, se indica que con la apertura del sector de telecomunicaciones, se dio un giro al funcionamiento del mercado de Internet, en virtud de la posibilidad de que nuevas empresas brindaran el servicio. Así, para el primer semestre de 2009, la SUTEL comenzó las autorizaciones para brindar el servicio de Internet, siendo que para

el cierre del año 2012, ya se encontraban registradas 60 empresas autorizadas para tal fin. Por otra parte, en el informe mencionado se resalta que entre los años 2010 a 2012, el mercado de Internet del país tuvo una tasa de crecimiento acumulado de 114%, en términos de suscripciones. Las suscripciones de Internet fijo presentaron una tendencia decreciente con respecto al total de suscripciones a Internet (fijo y móvil), pues pasó de representar un 63 % de la totalidad de suscripciones en el 2010, aun 33% en el 2012. Por el contrario, el servicio de acceso a Internet inalámbrico móvil, evidenció una tendencia creciente en cuanto al total de suscripciones, presentando una tasa de crecimiento acumulada de 282 %, que se vio reflejada en su peso dentro del total de suscripciones al servicio de Internet, que paso del 37% en el año 2010, al 67 % en el año 2012. Siguiendo con lo anterior, en el informe denominado Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones. Informe 2010-2013, la Superintendencia de Telecomunicaciones señala que para el año 2013, el país cerró con 7.111. 981 líneas celulares activas, lo que representó una penetración del 151 %, la más alta de Centro América. Dicho crecimiento se vio reflejado en el aumento de usuarios de internet móvil, que pasó de 606.215 personas en el año 2010 a 3.543.419 al cierre del 2013, lo que implica un 485 %. El 98 % de dichas conexiones se realizó desde un teléfono celular, mientras que el 2% restante por medio de data card. Ese mismo informe, revela que las suscripciones a Internet fijo inalámbrico crecieron un 25% entre los años 2010 y 2013, siendo que para ese año el 36 % de las viviendas contaban con ese servicio. Datos más recientes, publicados por SUTEL en el periódico La Nación del 7 de agosto de 2014, indican que el servicio de Internet móvil aumentó en términos de generación de ingresos en el año 2013, pues pasó del 10 al 26%. Asimismo, se explica que en la actualidad 75 de cada 100 ciudadanos utilizan Internet por medio de su teléfono celular, cifra que era de 13 de cada 100 ciudadanos en el año 2010. Por otra parte, el tráfico de datos también sufrió un incremento importante, toda vez que para el año 2013, de 7,1 millones de conexiones, un 50% tenía acceso a Internet, y un 50 % hacía uso de las terminales inteligentes. Ahora bien, a partir de las estadísticas mencionadas, es claro que se ha dado un crecimiento acelerado del número de usuarios de Internet en el país, lo que hace cada vez de mayor importancia, la necesidad de garantizar el acceso a la red mundial para la mayor parte de la población. Ante dicha situación, el legislador previó que para el sector de telecomunicaciones

(dentro del que se incluye la Internet), se garantizarían los principios de acceso universal, servicio universal y solidaridad, definiendo mediante el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, las metas y prioridades para el cumplimiento de dichos fines. Lo expuesto, se ve externado los principios rectores recogidos en los artículos 3 de la Ley número 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, y los numerales 31, 32 y 33 de la Ley número 8642, Ley General de Telecomunicaciones, que al efecto disponen lo siguiente:

ARTÍCULO 3.-

Principios rectores

Las entidades públicas del Sector Telecomunicaciones considerarán los principios rectores del ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, definidos y vigentes en el Sector:

- a) Universalidad.
- b) Solidaridad
- c) Beneficio del usuario
- d) Transparencia.
- e) Competencia efectiva.
- f) No discriminación
- g) Neutralidad tecnológica.
- h) Optimización de los recursos escasos.
- i) Privacidad de la información
- j) Sostenibilidad ambiental.

ARTÍCULO 31.-

Servicio, acceso universal y solidaridad

El presente capítulo establece los mecanismos de financiamiento, asignación, administración y control de los recursos destinados al cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad. Ala Sutel, le corresponde garantizar que los operadores y proveedores cumplan lo establecido en este capítulo y lo que reglamentariamente se establezca.

ARTÍCULO 32.-

Objetivos del acceso universal, servicio universal y solidaridad

Los objetivos fundamentales del régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad son los siguientes:

a) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes de las zonas del país donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable.

b) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes del país que no tengan recursos suficientes para acceder a ellos.

c) Dotar de servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a las instituciones y personas con necesidades sociales especiales, tales como albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad, población indígena, escuelas y colegios públicos, así como centros de salud públicos.

d) Reducir la brecha digital, garantizar mayor igualdad de oportunidades, así como el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y

el conocimiento por medio del fomento de la conectividad, el desarrollo de infraestructura y la disponibilidad de dispositivos de acceso y servicios de banda ancha.

ARTÍCULO 33.-

Desarrollo de objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad

Corresponde al Poder Ejecutivo, por medio del Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, definir las metas y las prioridades necesarias para el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en el artículo anterior. Con este fin, dicho Plan deberá contener una agenda digital, como un elemento estratégico para la generación de oportunidades, el aumento de la competitividad nacional y el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento, que a su vez contenga una agenda de solidaridad digital que garantice estos beneficios a las poblaciones vulnerables y disminuya la brecha digital.

La Sutel establecerá las obligaciones; y también definirá y ejecutará los proyectos referidos en el artículo 36 de esta Ley, de acuerdo con las metas y prioridades definidas en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones.

Por otra parte, en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, el Poder Ejecutivo dispuso que dicho documento debía establecer, como mínimo, una serie de prioridades de acceso universal, servicio universal y solidaridad, entre las que se destacan las siguientes:

1. Servicio Universal

a) Que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija. La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet.

b) Que todos los usuarios finales puedan contar con acceso a Internet de banda ancha, posibilitando, a mediano plazo, el uso de tecnologías inalámbricas en las comunidades donde los costos para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura es elevada.

2. Acceso universal.

(...)

b) Que se establezcan centros de acceso a Internet de banda ancha en las comunidades rurales y urbanas menos desarrolladas y, en particular, en albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad y poblaciones indígenas.

c) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las escuelas y los colegios públicos que sean parte de los Programas de Informática Educativa del Ministerio de Educación Pública.

d) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a los hospitales, clínicas y demás centros de salud comunitarios de la Caja Costarricense de Seguro Social.

e) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las instituciones públicas, a fin de simplificar y hacer más eficientes sus operaciones y servicios, e incrementar la transparencia y la participación ciudadana.

De igual forma, en el apartado de ejes, el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones establece una serie de líneas de acción en aspectos relativos a telecomunicaciones, economía, medio ambiente y aspectos sociales, que tienen como finalidad lograr que “el potencial del conocimiento y las TICS estén al servicio del desarrollo, fomentando la utilización de la información y del conocimiento para la consecución de los objetivos de desarrollo contenidos en la Declaración del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas, y enfrentar los nuevos desafíos que plantea la Sociedad de la Información”.

III.- Ahora bien, de lo expuesto anteriormente se denota, con claridad, la importancia que tiene el acceso a la Internet dentro del marco de

la Sociedad de la Información, de ahí que, incluso, has ido catalogado como un derecho fundamental por esta Sala en una serie de pronunciamientos, tales como los votos números 2010-10627 de las 8:31 del 18 de junio de 2010, y 2010-12790 de las 8:58 del 30 de julio de 2010, en los que se indicó, en lo que interesa, lo siguiente:

“V.-

B- Sobre los derechos fundamentales a la información y la comunicación.-

En este caso concreto, por el servicio público en cuestión –el servicio de telecomunicaciones- también están involucrados otros dos derechos fundamentales, el derecho a la comunicación y el derecho a la información. En cuanto a estos derechos, debe indicarse que, a la luz de la sociedad de la información y del conocimiento actual, el derecho de todas las personas de acceder y participar en la producción de la información, y del conocimiento, se vuelve una exigencia fundamental, por ello tal acceso y tal participación deben estar garantizados a la totalidad de la población. Si bien son derechos relacionados con otros, tales como la libertad de expresión, y la libertad de prensa, estos derechos tienen su particularidad propia. Asimismo, aunque se perfilan más claramente en la actualidad, tienen sus raíces en la Declaración Universal de Derechos Humanos, promulgada el 10 de diciembre de 1948, cuando señala en su artículo 19º que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgada el año 1969 (Pacto de San José), cuando indica que la libertad de pensamiento y expresión comprenden “...la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas...”. En este sentido, todas las entidades encargadas del servicio público de telecomunicaciones están en la obligación de respetar dichos derechos, claro está, una vez cumplidos los requisitos establecidos, tales como llenar un formulario de solicitud y pagar la tarifa correspondiente. En este caso, el ICE está obligado a prestar el servicio de Internet solicitado pese a las limitaciones técnicas, pues precisamente para ello fue encomendado de la prestación de un servicio público como las telecomunicaciones, para crear la infraestructura

necesaria, planificar la expansión de tal infraestructura y finalmente hacer accesible a la universalidad de habitantes del país el servicio público de telecomunicaciones que les posibilite ejercer sus derechos fundamentales a la comunicación y a la información. No debe entenderse que porque una zona está alejada, sea poco rentable la construcción de la infraestructura necesaria, o existe una limitante técnica que no permite la instalación del servicio, entonces existe una justificación válida para no prestar el servicio solicitado, pues la expansión de esta red es responsabilidad de la institución recurrida. Esto por cuanto, conforme se dijo, cuando un ente (público o privado, pero sobre todo cuando es público) ha sido encargado de la misión de prestación de un servicio público tiene la obligación de prestarlo de forma continua, adaptable, eficiente y por igual a todos los habitantes, máxime cuando dicho servicio público está asociado a otros derechos fundamentales, como sería en este caso, a los derechos a la comunicación y a la información.”

“V.- DERECHOS FUNDAMENTALES CONCLUCADOS. *En cuanto a este último punto, 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 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 Interneto 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 dela Declaraciónde los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Lo anterior, al sostener lo siguiente: “Considerando que de conformidad con el artículo 11 dela Declaraciónde 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. (...).”*

IV.-SOBRE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES Y EL DERECHO AL ACCESO AL INTERNET.

A partir del año 2008, con la apertura del mercado de Telecomunicaciones en el país, se dio un cambio en el esquema existente, pasando de un modelo de monopolio estatal a otro en el que existen varios competidores, pero con una fuerte intervención del Estado. La institución encargada de regular este mercado, es la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), que fue creada por el artículo el artículo 59 de la Ley número 8660 “Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones”, como un órgano de desconcentración máximo adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, con personalidad jurídica propia para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, realizar actividad contractual, administrar sus recursos y presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiriera para el cumplimiento de sus funciones. Ahora bien, dentro de un ámbito como el actual, en el que varias empresas brindan el servicio de Internet en el país, y dada la importancia que este tiene para la sociedad, conforme lo externado en los considerandos anteriores, es claro que la SUTEL no solo tiene la obligación de que la mayor parte de la población tenga acceso al servicio antes mencionado, sino, además, debe garantizar que éste se brinde en forma adecuada, de manera que permita una navegación óptima para los usuarios, esto, con base en los principios de universalidad de las telecomunicaciones, el de calidad de los servicios públicos, y las propias funciones que le fueron

asignadas por el legislador en los incisos f) e i) del artículo 60 de la Ley General de Telecomunicaciones, que establecen, como obligaciones de la Superintendencia: f) 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; i) Establecer y garantizar estándares de calidad de las redes y de los servicios de telecomunicaciones para hacerlos más eficientes y productivos. De igual forma, lo dispuesto anteriormente, tiene asidero en lo señalado por el inciso d) del numeral antes citado de la Ley de Telecomunicaciones, que establece la obligación de la SUTEL de garantizar los derechos de los usuarios del servicio público mencionado, así como en el derecho del consumidor protegido por el artículo 46 de la Constitución Política, y que fue desarrollado por esta Sala en la sentencia número 2611-95 de las 15:03 del 23 de mayo de 1995, al indicar, en lo que interesa, lo siguiente:

En efecto, el Estado, por mandato del artículo 50 constitucional, debe procurar el mayor bienestar de todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. También la adhesión de nuestro sistema jurídico al principio cristiano de justicia social (artículo 74 idem) hace que el sistema político y social costarricense, pueda definirse como un Estado de Derecho. La Sala en las sentencias números 1441-92 de las 13:45 horas del 2 de junio de 1992, 2757-93 de las 14:45 horas del 15 de junio de 1993, 0490-94 de las 16:15 horas del 25 de enero de 1994, entre otras, sostuvo que principios de orden público social justifican el amplio desarrollo que se promueve en torno a la protección de los derechos de los consumidores. Y se agregó textualmente en la primera de ellas que se cita lo siguiente:

“...es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal, y su participación en ese proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello relación en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos de que previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le

permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por los expresado, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor posible conocimiento del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistemación de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia.”

V.- SOBRE EL CASO CONCRETO.-

El voto de conformidad en este caso se ha logrado alrededor de la incorrección de lo actuado por la autoridad recurrida en relación con la audiencia pública relacionada con la fijación de un nuevo modelo tarifario para la Internet móvil modalidad de post-pago.- En una ocasión anterior, mediante la resolución, 2014-012698 de las once horas cuarenta y seis minutos del primero de agosto de dos mil catorce, esta Sala declaró sin lugar un amparo interpuesto en contra de un procedimiento de fijación tarifaria para descarga de datos en telefonía móvil pre-pago y post-pago.- En tal ocasión sin embargo, el reclamo se circunscribió a una supuesta falta de posibilidad de acceso al estudio base de la propuesta, así como condiciones de la audiencia que obstaculizaban la presencia física en ellas, por ejemplo, por horario o los lugares a realizarse.- En dicho proceso, se revisaron por el fondo los reclamos y se constató que el estudio base sí se había puesto a disposición y se tuvo por demostrado que la institución recurrida había hecho los esfuerzos necesarios para que los interesados pudieran conocer el planteamiento y emitir su criterio.- Sin embargo, este caso ha sido presentado bajo una perspectiva distinta al reclamarse un punto que es materialmente distinto aunque se refiere también a una audiencia de fijación de tarifas, y por esta razón entiende la Sala que la resolución emitida no es contradictoria con sus jurisprudencia. En efecto -entrando ya en el caso aquí en estudio, la mayoría de esta Sala concuerda en que si bien aún no se ha dictado acto alguno dentro de este trámite, el hecho de que la convocatoria a la audiencia pública sobre el tema se base en un estudio de mercado del

año 2012, y con datos de un solo operador, produce una base sesgada -por notoriamente insuficiente-, para dictar un acto adecuadamente fundamentado, que respete los parámetros de constitucionalidad, entre ellos los de proporcionalidad y razonabilidad, máxime tomando en cuenta lo vertiginoso de este Mercado de las telecomunicaciones en el que se presentan cambios relevantes cada vez con más rapidez y mayor profundidad, lo que afecta las proyecciones que del mismo puedan hacerse, como por ejemplo la portabilidad numérica que ha generado una movilidad del operador cuyo estudio se utiliza como base hacia otras operadoras. No se ha perdido de vista que el argumento de que la audiencia es precisamente para discutir y allegar información y que en el proceso va construyéndose poco a poco hasta completarse. No obstante, estima la mayoría que no resulta constitucionalmente aceptable sobrecargar a los usuarios con el grueso de la argumentación y la iniciativa, especialmente en una materia tan técnica en donde la información de los operadores no está disponible en su totalidad ni mucho menos es de fácil o libre acceso y más bien mucha de ella sólo puede accederse a través de Superintendencia de Telecomunicaciones. En ese sentido, dicho órgano, como autoridad estaba en la obligación de procurar la convocatoria con la mayor cantidad de información técnica suficiente y actualizada sobre la situación real del mercado, ya que de lo contrario se deja la carga más pesada en los hombros de personas interesadas que no tienen acceso a esa información -por ley- y que no están obligados a manejarla en su totalidad. Esta falla específica obliga a estimar el recurso, al considerar que una audiencia en la que la información es notoriamente insuficiente y desactualizada, sí produce una amenaza cierta real e inminente -en los términos que señala la jurisprudencia de esta Sala-, de que el resultado de la misma resulte en el dictado de un acto carente de suficiente razonabilidad. Derivado de lo anterior procede acoger el amparo exclusivamente por ese punto y ordenar la suspensión de la citada audiencia y disponer que la Sutel actualice la convocatoria con la información más actual disponible y de todos los operadores y que la ponga en conocimiento de los consumidores.

VI.- RAZONES ADICIONALES DE LAS MAGISTRADOS ARMIJO SANCHO Y CRUZ CASTRO CON REDACCION DEL PRIMERO.-

Los suscritos nos adherimos a la decisión tomada por la mayoría de esta Sala, en relación con la suspensión de la audiencia para la fijación de un modelo tarifario para la descarga de datos en el acceso al servicio de telefonía móvil post pago, por entender que tiene el defecto que le endilga la mayoría, pero además, estimamos que existen razones suficientes para ordenar a Maryleana Méndez Jiménez, en su calidad de Presidenta del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), o a quien ocupe su cargo, archive de inmediato el expediente No. GCO – TMI – 1069 – 2014, todo con base en las siguientes razones:

1.- El recurrente acudió ante esta Sala Constitucional pues considera que el cambio en el modelo tarifario propuesto por la Superintendencia de Telecomunicaciones para la modalidad de Internet móvil post pago, lesiona sus derechos fundamentales. La Sala Constitucional declaró con lugar el recurso en contra de la referida Superintendencia, sin embargo, ordenó - entre otros puntos - a la Presidenta de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), "(...) Garantizar que los operadores que brinden el servicio de Internet móvil en la modalidad post pago en el país, ofrezcan a los usuarios tanto la modalidad de cobro por velocidad que actualmente existe como la modalidad de cobro por descarga, en caso de que ésta llegue a ser aprobada, de forma que ambos modelos coexistan (...)". Esto se dispuso sin importar que en el expediente abierto al efecto se pueden apreciar suficientes criterios técnicos que afirman el grave perjuicio que la implantación de este modelo traería a los sectores de la población económicamente más vulnerables, a los estudiantes, a los habitantes de las zonas rurales, así como a la pequeña y mediana empresa. Igualmente, la recurrida señaló que la razón de proponer el cambio en la modalidad de cobro radica en el hecho de que un 5% de los usuarios del sistema consumen el 45 % de la red, lo que provoca su saturación, sin tener en cuenta que existen medidas y políticas de uso justo que permiten solucionar ese problema pero sin perjudicar a los sectores más vulnerables. Desde nuestro punto de vista, la Sala Constitucional sí cuenta con elementos para analizar si esta medida lesiona o amenaza los derechos fundamentales de los habitantes de la República. En primer lugar, resulta indiscutible que el acceso a Internet

es un derecho fundamental: así lo reconoció la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (al analizar el informe No. A/HRC/17/27 de 16 de mayo de 2011, elaborado por el Informante Especial FrankLa Rue, en el marco de la denominada “Primavera árabe”) y este Tribunal desde las sentencias Nos. 2010 – 10627 de las 08:31 hrs. de 18 de junio de 2010 y 2010 – 12790 de las 08:58 hrs. de 30 de julio de 2010. En segundo lugar, la fijación de un modelo tarifario que regirá en el país para la utilización del Internet móvil post pago, determinará en última instancia, quiénes tendrán o no acceso a la red: aquél que pueda o no pagar. Por consiguiente, un modelo tarifario más o menos justo en esta materia, conlleva necesariamente, el reconocimiento o no de un derecho fundamental a una espectro más o menos amplio de las personas. El hecho que el modelo no esté vigente y que su adopción todavía se encuentre en trámite, no justifica la decisión tomada por la mayoría de la Sala, y mucho menos una desestimatoria en este punto, pues dado lo contundente de los criterios técnicos externados, el sólo hecho que la Superintendencia de Telecomunicaciones estuviera anuente a valorar la posibilidad de implantar el modelo de cobro por descarga e iniciara el procedimiento, ya representa una amenaza al derecho de acceso a Internet, por lo que la admisión del recurso de amparo e intervención de este Tribunal se encuentra plenamente justificada en los artículos 10 y 48 de la Constitución Política, en relación con los ordinales 1, 2 y 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

2.- De la lectura de los informes rendidos ante esta Sala y de los elementos probatorios aportados se concluye que el modelo de cobro por descarga – tal y como está planteado - implica una regresión en los niveles de garantía del acceso al Internet en nuestro país. Según lo indicaron las Directoras del Área de Asuntos Económicos y de Asuntos Jurídicos, ambos de la Defensoría de los Habitantes, la propuesta hecha por la Superintendencia de Telecomunicaciones parte de premisas no demostradas, se basa en información desactualizada y no prueba que el nuevo sistema de cobro, efectivamente vaya a beneficiar a los consumidores o sea una opción mejor que la aplicada actualmente. En este sentido afirmaron lo siguiente:

“(…)las cifras que SUTEL utiliza para justificar la existencia de la saturación de las redes y su propuesta de tarifa de Internet por

descarga, no corresponden a la realidad del momento en que se sometió a audiencia pública la propuesta (junio 2014), ni reflejan necesariamente el comportamiento del consumo de los consumidores de Internet móvil en un mercado abierto, con varios operadores y con portabilidad numérica, a más de un año que ésta última empezara a operar. De la lectura integral del oficio 2463 – SUTEL – DGM – 2014 parece desprenderse que las cifras que usa SUTEL para justificar lo propuesto en éste, corresponden al ICE en el año 2012, únicamente (...) Resulta entonces que la propuesta de SUTEL para el cobro de Internet por descarga, que se fundamenta en al supuesta saturación de las redes de los operadores, se basa, en realidad, en datos que no corresponden a la situación actual del mercado, sino a la situación del ICE antes de la portabilidad, cuando tenía un 84 % del mercado (...) SUTEL afirma que las denuncias existentes demuestran la saturación de la red, pero las cifras que presenta son insuficientes y no permiten sostener ese argumento (...) SUTEL afirma que la opción del cobro de Internet por descarga producirá beneficios a los consumidores, pero no solo no lo demuestra en su estudio, sino que tampoco aporta los insumos mínimos que le permitan a los interesados verificar si ese supuesto beneficio es cierto (...) con la información que aporta SUTEL en la propuesta sometida a audiencia pública, es absolutamente imposible comprobar que, efectivamente, de aprobarse la propuesta, buena parte de los usuarios pagarán menos de lo que pagan ahora. Y, peor aún, también es absolutamente imposible determinar si, por el contrario, con la puesta en práctica de la propuesta, aún los usuarios “que consumen menos del promedio” podrían terminar pagando más de lo que pagan actualmente. Para demostrar buena parte de los usuarios de Internet móvil “pagarán menos de lo que pagan actualmente”, la SUTEL debió aportar al expediente la información necesaria y pertinente para cuantificar el impacto sobre el consumidor de la adopción de la tarifa por KB en comparación con la situación actual donde el servicio se cobra por velocidad de acceso. El ente regulador debió elaborar un comparativo de costos entre una y otra modalidad de cobro que visibilizara las estructuras de costos utilizadas en cada caso y por otra parte, utilizar el consumo promedio actual de los habitantes para obtener un aproximado del impacto sobre sus finanzas como usuarios del servicio (...)”(ver informe en el Sistema Costarricense de Gestión de los Despachos Judiciales) (el énfasis no pertenece al original).

Paralelamente, el Dr. Gabriel Macaya Trejos, en su condición de

Presidente de la Junta Directiva de la Academia Nacional de Ciencias fue enfático al señalar que el modelo propuesto es desactualizado y, además, limita seriamente el acceso a Internet:

*“(...) el acceso universal a Internet es una aspiración central para el logro de una nueva ciudadanía activa y responsable. Las tarifas de Internet son así un elemento central de la política pública, y no un asunto meramente técnico o de análisis económico. Cabe esperar que la cantidad de información que el ciudadano busque en el ejercicio de su ciudadanía no haga más que aumentar con el tiempo. **Imponer tarifas por cantidad de información descargada es, desde nuestro punto de vista limitar seriamente el ejercicio ciudadano.** Hay una clara tendencia que el acceso a Internet con dispositivos móviles sea cada vez mayor (...) Hay una clara necesidad de un estudio serio y profundo sobre la utilización de Internet y a la información actualizado al año 2014. **Los datos suministrados por la SUTEL no son suficientes para tener una idea clara de la situación actual de la evolución del acceso a Internet(...)** Se debe trabajar por un modelo de política pública en el acceso a Internet que fomente el acceso y la equidad. Un sistema tarifario basado en cantidad de información descargada no favorece la equidad en el acceso. No se pueden dictar políticas públicas dependiendo del supuesto abuso de unos cuantos usuarios que hacen un uso excesivo de los recursos. **Antes de penalizar al conjunto de usuarios cobrándoles por descarga, debe buscarse un mecanismo que limite el supuesto abuso de pocos grandes usuarios.** El uso de los recursos de Internet está en aumento constante sobre todo en educación, al fijar una tarifa de kilobyte significa que el cobro iría en aumento permanente cuando lo que se debe promover es la eficiencia en las tecnologías. A manera de ejemplo, el tamaño promedio de bajada de una página web es actualmente de 1 a 2 megabytes creciendo a una tasa anual de 30% a 40% desde el 2008. **Esta realidad hace que medir la cantidad de información en kilobytes sea anacrónico reflejando más la realidad actual una base en términos de megabytes o gigabytes.** El modelo propuesto por la SUTEL no incentiva la inversión en tecnologías más eficientes. La necesidad de acceso a la cantidad cada vez mayor de información, y en general un mayor acceso por dispositivos móviles, aumentará de manera vertiginosa en los años venideros. **Desde nuestro punto de vista limitar este acceso mediante tarifas de cobro por descarga es inaceptable(...)**” (ver informe en el Sistema Costarricense de Gestión de los Despachos*

Judiciales) (el énfasis no pertenece al original).

De otra parte, pese a que el Máster John Richard Molina Nuñez, Vicepresidente del Colegio de Profesionales en Informática y Computación, señaló como posibles elementos positivos de la propuesta el aumento de la competitividad en el mercado y la generación de mayores ganancias a las operadoras, fue claro al indicar:

*“(...) En Costa Rica debemos (sic) la Internet como espacio democrático, de todos, como un bien común, un patrimonio de la humanidad (...) **No es justificable que por un 5% que utiliza mal la red se deban aplicar medidas de cobro al otro 95 % de los clientes.** El tope de descarga establecido en 500 Mbps, no resulta proporcional si pretende subsanar los efectos del 5% de los usuarios de muy alto consumo. Tal medida resulta excesiva (...) El proyecto pretende restringir el acceso a un servicio que como interés país debe ser utilizado para acortar barreras de varios tipos: profesionales, de educación, desarrollo económico etc.(...) Costa Rica se ha convertido en un productor de tecnología. Esta decisión conlleva a un riesgo (sic), al desincentivar el consumo de Internet (sic) móvil, lo cual sería un freno a su competitividad (...) Existen esfuerzos en sectores de educación y economía que dependen del acceso a Internet (...) Esta propuesta impacta leyes como Banca de Desarrollo, donde el acceso a Internet de ciudadanos en actividades como agricultura es por medio de Red 3G (...) **El documento que hizo la SUTEL es omiso, no tiene suficiente documentación, la información es inentendible para los usuarios. Además de esto se basa en información sesgada, provista solamente por el ICE, y de aproximadamente dos años de antigüedad, por lo que no toma en cuenta la realidad actual del mercado, y mucho menos su evolución a futuro(...)**” (ver informe en el Sistema Costarricense de Gestión de los Despachos Judiciales) (el énfasis no pertenece al original).*

También debe tenerse presente el criterio del Ingeniero Alonso Castro Mattei, Director del Centro de Informática de la Universidad de Costa Rica, externado en su comparecencia ante la Comisión Especial Permanente para el Control del Ingreso y el Gasto Público de la Asamblea Legislativa, en la sesión ordinaria No. 12 de 17 de julio de 2014:

“(...) Ellos, con datos del 2012 indican que el promedio de consumo de los

costarricenses es menor a un gigabyte; aproximadamente 500 megabytes y esa es, justamente, la base que ellos proponen como tarifa plana y, a partir de ahí, empezarían a cobrar por exceso. Y lo que se aduce es (...) que el 5% de los usuarios de la red están utilizando consumos, ellos llaman abusivos, yo llamaría alto consumo o necesidades de consumo especiales de red, porque no podemos decir que eso es abuso (...) tanto Claro como Movistar, en el 2013, de acuerdo con los datos recientemente publicados, indicaron que el promedio de consumo de los usuarios de ellos es 1.5 gigabytes. **Eso quiere decir tres veces lo que Sutel está proponiendo como base, para empezar a cobrar por exceso, lo cual quiere decir que todos los usuarios, el promedio de los usuarios, vamos a tener que pagar un extra, porque nadie está consumiendo la tercera parte, que es lo que Sutel propone(...)** Si ustedes ven esos gráficos que están oscuros, en el medio, por ejemplo, mi consumo son 2 gigas por mes, ese es un alto consumo desde el punto de vista técnico. Con 2 gigas al mes usted puede hacer muchas cosas. Ya vamos a ver qué se puede hacer con eso; pero, ¿qué pasa con, por ejemplo, las zonas rurales en donde no tenemos conexiones de banda ancha y muchas escuelas y colegios, inclusive lo señala el último Informe de Prosic, utilizan la conexión móvil para poder trabajar; para poder descargar información; para tener acceso a la información. Qué pasa con los que están en el medio que consumen dos o tres gigas, cuatro o cinco gigas inclusive, hasta diez gigas que no podríamos decir en tiempos de tecnología como el que vivimos en este momento, que eso es exceso de consumo. ¿Qué es lo que han querido decir? Cualquiera que consume más del promedio está excediendo, está abusando y eso no es necesariamente cierto. Lo que sí es cierto es que también, existe un pequeño grupo de personas que están ahí a la derecha, que están consumiendo muchísimo más, que lo que en promedio consumimos los demás. Pero ese podría ser, que atienda a otro tipo de problemas (...) Entonces, vean que lo número uno que deberíamos hacer es además, conocer bien cuál es el promedio de consumo, eso no lo conocemos. **Los datos no han sido actualizados, no sabemos además, qué es lo que están haciendo esos usuarios en esos rangos de mayor consumo. Esos datos tampoco, de hecho se han declarado confidenciales, entonces, tampoco es acceso para que todos puedan ver qué es lo que está sucediendo ahí(...)**”(acta disponible en http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Actas.aspx?Id_Sesion=35020 –consultada el 21 de agosto de 2014-) (el énfasis no pertenece al original).

Ante las preguntas del Diputado Arguedas Mora sobre si la propuesta de modificación tarifaria incorpora las necesidades de las zonas rurales y de escasos recursos, así como su impacto en el sector educativo y las pequeñas y medianas empresas, el especialista contestó:

*“(...) Tanto el estudio de Prosik, que se hizo el año pasado, Luis posee los datos exactos, yo no recuerdo los porcentajes, pero el estudio decía que el 95% de los docentes del país y, especialmente, en zonas rurales, acceden todos los días a Internet a través de sus teléfonos móviles para buscar información, para cualquier cosa. Si eso es así y además, vemos estudios de Maiti (sic) en Michigan y otras universidades muy importantes, que indican **que las zonas de menores recursos y las zonas rurales es donde hay mayor uso de las redes móviles, por una simple razón; es donde hay más pobreza, hay menos computadoras, no hay banda ancha en las casas, entonces, utilizan los teléfonos para estar conectados; diríamos que una propuesta así como está, desde luego que va a afectar a los docentes y muchachos que están en los colegios, también, evidentemente, la propuesta no estaría pensada para ese sector de la población(...)** Además, son impactos que se dan en cualquier otro sector; número uno, como ustedes pudieron ver en la gráfica, cuando se aprobó el cobro de Internet móvil por prepago, hubo una disminución de luz (sic), porque eso es automático, cuando usted cobra de esa forma hace que todo se desacelere, entonces, va a haber mucho menos gente intentando acceder a Internet y teniendo acceso a la información (...) Segundo, evidentemente, si esa es la única forma de conexión que hay en algunos centros educativos, inclusive, don Luis Guillermo dijo que iban a buscar opciones para poder quitar los Data Cards de algunas escuelas y darles mejor conectividad; los Data Cards se cobran igual que la red móvil, no es que el teléfono y el Data Card se cobran de manera diferente, y qué decir, que si en esos lugares esa es la conexión que tienen, evidentemente, se van a ver afectados en el proceso (...) si hay zonas donde tenemos Pymes, que para poder hacer sus transacciones bancarias o para poder estar haciendo investigaciones o sus planillas utilizan redes de ese tipo, evidentemente, eso les va a generar algunos costos extra que yo no podría atreverme a decir si van o no a afectar el crecimiento, pero sí es algo que hay que considerar (...) Ese es el gráfico del Prosik, que es del estudio del 2013 y es, justamente, donde ustedes ven que los docentes de las escuelas utilizan; ahí están los datos correctos, 88.6% utilizan el teléfono celular diariamente y de ese 88%*

un 81.8 lo usa para navegar en Internet. Vean que ese es un número muy grande; es grande el porcentaje de los docentes que están utilizándolo para diferentes labores. Evidentemente, si usted empieza a cobrarles eso va a tener una disminución, y eso impacta, también, el proceso educativo. Yo lo veo porque mi madre es educadora y uno de las cosas que pone a hacer a los chicos en clase es a buscar “saquen todos sus teléfonos, vamos a hacer una investigación sobre este tema, conéctense a la red”, evidentemente, eso no va a pasar cuando usted empieza a hacer conexiones de ese tipo(...) Es un colegio público (...) Es un colegio acá en San José, no es en Área Rural, es el Colegio de Cedros de Montes de Oca (...) Lo que va a pasar cuando usted empieza a hacer cobro por descarga es que **los que puedan pagar, si solo hace eso, no hace todo lo demás, los que puedan pagar van a tener más acceso a la información, más acceso a las herramientas; van a poder utilizar video conferencias.** El mismo Ministerio de Educación puso este programa, no sé qué, en línea. ¿Cómo se llama? Educándose en línea o... Profe en línea, exactamente, y los estudiantes lo usan desde sus móviles. Si ahora usted le va a decir: “Diay, no, es que es tan caro que usted no lo puede usar, solo los que puedan pagar”. Entonces, usted mismo está contradiciéndose. El gobierno dice: “Vamos a poner Gobierno Digital. Vamos a poner todo para móvil”, y de repente te dicen: “Ahora, te voy a joder, porque no podés usar la red móvil”. Es como un doble discurso en el que estamos chocando (...) Diputado Solís Fallas: Solo para ratificar algo que usted dijo. No necesariamente cobrar por descarga va a afectar a gente adinerada, porque hay gente que porque no está en la última milla, usa este mecanismo móvil para bajar datos, descargar datos y puede ser que haya una regresividad; una perversa regresividad: que las personas que están en zonas alejadas, por ejemplo, que han usado más el móvil para descargar sean las más afectadas por el incremento en las descargas. Señor Alonso Castro Mattei: Sí, señor, totalmente, porque si usted lo ve en las zonas donde hay menores coberturas y donde están las redes más deficientes es en las zonas rurales (...)”(acta disponible en http://www.asamblea.go.cr/Centro de Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Actas.aspx?Id_Sesion=35020—consultada el 21 de agosto de 2014-) (el énfasis no pertenece al original).

Aunado a todo lo expuesto, se debe tomar en cuenta que ya la Superintendencia de Telecomunicaciones abordó la problemática que supuestamente generó la propuesta que el recurrente considera

contraria a sus derechos fundamentales, pero utilizando métodos que no restringen desproporcionadamente el derecho de acceso a Internet, no afectan a poblaciones vulnerables, tampoco obstaculiza el crecimiento de la pequeña y mediana empresa o del sector tecnológico de nuestra economía. En efecto, mediante la resolución No. RCS- 063 - 2014 se autorizó en forma temporal la aplicación de las denominadas “condiciones de uso justo” en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil, propuesta que no obvia la responsabilidad de los operadores de ampliar la capacidad de sus redes y de los usuarios de no utilizar las mismas de forma abusiva:

“(...) las condiciones u obligaciones (de hacer y no hacer) establecidas en los contratos respecto de uso justo del servicio tienen el resultado y efecto de la medida comunicada por el ICE y manifestada por el resto de operadores, guardando el mismo fin que las cláusulas indicadas: controlar el consumo intensivo o extraordinario por parte de un pequeño porcentaje de clientes de su red móvil, considerada desproporcionada respecto de la totalidad de clientes y los recursos o capacidad de la red. Se trata de un desincentivo a la conducta de los usuarios en el uso del servicio contratado, lo que repercute o se enmarca necesariamente en las condiciones de prestación y calidad del servicio como derechos del usuario final (...)” (ver resolución No. RCS - 063 - 2014 en el Sistema Costarricense de Gestión de los Despachos Judiciales).

Esta iniciativa demuestra que existen otras opciones para contrarrestar el uso excesivo de la red, factor que, según la Superintendencia, generó la propuesta de modificación del modelo tarifario, las cuales son menos perjudiciales para las mayorías y restringen en menor medida el derecho fundamental de acceso al Internet. En consonancia con lo descrito, el Ingeniero Alonso Castro Mattei, Director del Centro de Informática de la Universidad de Costa Rica, en la comparecencia antes referida, expuso una propuesta alternativa integrada por siete medidas:

“(...) Antes de decidir cobrar, deberíamos por ejemplo, pensar en políticas de uso justo de internet. ¿Qué quiere decir? Que una vez que yo establecí que el promedio es un giga, lo multiplico por cinco, voy a establecer a partir de ahí el cobro, en vez de hacer cobro por exceso, ahí empieza hacer políticas de uso justo de la red. Es decir, si usted se abusa, yo lo freno. Si usted

está consumiendo más, por ejemplo, en el primer día, usted ya consumió el 50% de sus datos, yo le bajo la velocidad y en vez de dejarle su enlace en cinco megas, se lo pongo a dos. Y si sigue excediendo en la cantidad de datos que consume, se lo vuelvo a bajar, hasta que le dejo un enlace de velocidad tan..., que todavía te permite enviar correos y hacer cosas básicas, pero ya no hacer descargas masivas. Y eso lo que permite es que se libere para todos los demás la red. Además de eso, después de que usted tiene un uso justo de la red, y aplica ese tipo de cosas, ya puede pensar en paquetes de uso personalizado. Ahora sí, **no lo que Sutel está proponiendo que es, “a todo el problema que tengo; cobrémosle más a todos”, porque, ¿para qué sirve el uso justo? Para que usted pueda frenar a las personas que están haciendo un alto consumo de la red y no a todos, que es lo que están pretendiendo hacer(...)** Después de eso, si yo soy una persona de alto consumo; por ejemplo, la base del país, sabemos que es cinco Gigas y yo soy un alto consumo; yo, de una vez podría ir y decirle a un operador que me haga el favor, como sé que yo consumo cinco veces eso, “hágame un paquete especial para que no me estén frenando, sino que yo puedo pagar ese exceso”. Vean que hasta la quinta cosa es que estamos pensando hacer cobro por descarga, además, usted puede, como se hace en muchos otros países, aplicar tarifas por zonas horarias, es decir, la red telefónica. Si ustedes revisan los datos, está descargada en las madrugadas, entonces, yo podría decirle que si usted lo que necesita es descargar, porque solo eso tiene para descargar lo que quiera, hágalo en unas horas donde los demás estamos durmiendo; hay sistemas automáticos que usted puede dejar descargando, no es que usted tenga que estar despierto en la madrugada, y usted descarga cuando la red está vacía; de hecho, ese es el uso eficiente de la red, y cuando la red está llena porque todos estamos conectados, si usted descarga yo le cobro más caro; por ejemplo, ese tipo de cosas se puede hacer (...). La propuesta en alternativas son siete puntos; número uno, necesitamos un estudio de consumo promedio, tanto en postpago y prepago y tener una fórmula automática de actualización, porque si usted me dice que hoy son cinco Gigas pero el comportamiento de las redes es que cada vez hay más video-conferencias, más alta definición, más de todo, entonces, si a usted lo mantienen en quinientos Megas, dentro de diez años todavía vamos a tener como la ley que dice, que está vigente, que si usted llega con su caballo a un restaurante y los estaciona al frente, el restaurante tiene que darle de comer a su caballo y si no le da de comer les cobran veinte colones de multa. Entonces, si ponemos un tope, dentro de diez años

vamos a estar en el mismo tope. Lo segundo es, trabajar todo el tema de redes de acceso dedicado; fibra óptica y ver (...) Tercero; un tema que no hemos mencionado. Imagínense que el 50% de la gente está, esta es la última filmina, está en 3G. El 50% del país todavía está en GSM y eso quiere decir que hay una barrera muy grande de acceso a los teléfonos inteligentes ¿Cuánto cuesta un teléfono inteligente? Puede toda la ciudadanía tener un teléfono inteligente, una Tablet o una computadora, deberíamos de hacer algo para tratar de abaratar eso y que haya un uso muchísimo mejor y extensivo de las aplicaciones y de acceso a la información. La cuarta sería, como lo explicaba antes, aplicar las políticas de uso justo en la red, con base en el estudio de consumo promedio, usted dice “a partir de aquí empiezo a frenar”. Quinto sería, los paquetes de uso personalizados o cobro por excedente, que es lo único que a Sutel se le ha ocurrido hasta el momento “cobrémosle a todos”; a partir de ahí usted podría exigir calidad del servicio, ahora sí. En este momento, y es algo importante que ustedes tengan claro, aunque ustedes quieran y aunque Sutel quiera, usted no puede exigir calidad de servicio, porque hay un problema físico en las redes; si usted quiere lo exige, pero lo que el técnico le va a decir es, que es imposible, que no le puede asegurar calidad de servicio a como están las cosas ahorita. Siete. Todo el tema de zonas horarias, ofertas comerciales que usted podría utilizar para mejorar el estado de la red (...)” (acta disponible en http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Actas.aspx?Id_Sesion=35020—consultada el 21 de agosto de 2014-) (el énfasis no pertenece al original).

En relación con las medidas alternativas, la Superintendencia de Telecomunicaciones está obligada, por medio del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL) a desarrollar proyectos que permitan el acceso a Internet a la mayor cantidad de la población, evitando así el crecimiento de la brecha digital y coadyuvando al desahogo de las redes móviles de Internet, según lo detalló el Ingeniero Castro Mattei en su comparecencia:

“(…) Si por ejemplo los fondos de Fonatel se ejecutaran cómo (sic) se debería de estar ejecutando, deberíamos de estar llevando ya, como hace una gran cantidad de países en el mundo, fibra óptica a las escuelas y colegios. Y dando dicho servicio de internet inalámbrico a esas escuelas. Entonces, de fijo, ningún muchacho va a querer gastar su saldo conectado

a una red móvil cargándola, porque van a estar usando una red Wi-Fi y eso va a descargar (...) aún mejor la fibra óptica le asegura que usted en cincuenta años va a poder seguir creciendo y creciendo en transmisión de datos, porque la fibra ni siquiera se está usando ahorita al 10% de la capacidad mundial de lo que se puede transmitir a través de fibra óptica, entonces, si se hiciera un trabajo de invertir, por ejemplo, ese presupuesto que tiene Fonatel y llevar fibra a todas esas zonas donde hay estudiantes y dar banda ancha de verdad, eso es automático, va a provocar que la red móvil se descargue, porque así funciona, así ha funcionado en muchos países; así lo hace Japón en este momento (...)”(acta disponible en http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Actas.aspx?Id_Sesion=35020–consultada el 21 de agosto de 2014-).

Así las cosas, en este asunto quedó plena e idóneamente demostrado que la propuesta tarifaria para la descarga de datos en el acceso al servicio de telefonía móvil (expediente No. GCO – TMI – 1069 – 2014):a) se basa en datos desactualizados y que no reflejan la realidad del mercado costarricense,b)obstaculiza el acceso a Internet por parte de los estudiantes en los centros educativos del país, así como de los habitantes de zonas rurales y de escasos recursos,c)resta dinamismo al crecimiento de las pequeñas y medianas empresas, e igualmente impacta el sector tecnológico de la economía y,d)existen medidas que afectan menos el derecho fundamental de acceso a internet, las cuales se pueden implementar con el propósito de solucionar los problemas que – aparentemente – generan congestión de la red móvil.

3.- En función de todo lo expuesto declaramos con lugar el recurso de amparo en contra de la Superintendencia de Telecomunicaciones, anulamos el procedimiento sobre la propuesta tarifaria para la descarga de datos en el acceso al servicio de telefonía móvil y ordenamos a Maryeana Méndez Jiménez, en su calidad de Presidenta del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), o a quien ocupe su cargo, archive de inmediato el expediente No. GCO – TMI – 1069 – 2014

VII.- RAZONES SEPARADAS DEL MAGISTRADO RUEDA LEAL.

1.-Sobre el derecho constitucional al libre crecimiento de la Internet.

Coincido plenamente con la relevancia constitucional que atribuye la sentencia al acceso y uso de la Internet, como servicio esencial y de interés público para potenciar el conocimiento y la comunicación como un derecho fundamental de la población.

En efecto, lo que en el medioevo significó la imprenta de Guttemberg, viene ahora a representar la Internet, en una escala incluso mayor por su bajo costo y el entorno tecnológico superior que la rodea.

Se trata de una revolucionaria tecnología de la comunicación que ha facilitado la interconexión entre los seres humanos así como la rápida difusión y democratización del conocimiento. La Internet ha permitido que personas de todo nivel económico puedan conocer los acontecimientos nacionales e internacionales, los avances científicos, los diversos destinos del mundo y el universo. Ha conseguido que la transparencia en la gestión pública haya alcanzado un nivel superior y ha propiciado que a través de la comunicación de ideas, críticas y aspiraciones políticas, la gesta de cambios en las diversas sociedades y regímenes, aun los autocráticos, se aceleren y verifiquen. En el ámbito académico, ha generado una serie de instrumentos que posibilitan nuevas metodologías educativas, sobre todo en la educación a distancia, de lo que ha resultado una ampliación del espectro formador y un avance de la sociedad del conocimiento.

En todo este proceso, factores fundamentales han sido el relativo bajo costo de la Internet y la libertad de su gestión, esta última tan solo sometida a ciertas limitaciones (como la regulación de nombre de dominio, el pago de cierta tarifa accesible, la protección a la intimidad), las cuales, no obstante, en ningún caso pueden afectar el núcleo esencial del derecho al libre crecimiento de la Internet, porque en él subyace la base para que esta evolución de la Humanidad que estamos viviendo, antes que ralentizarse, se potencie y extienda lo más que se pueda, conforme a los avances tecnológicos. De ahí que un deber básico del

Estado sea salvaguardar las características primarias en que se originó la Internet, toda vez que se está ante el pilar de la moderna sociedad de la información.

De ahí que toda limitación a la libertad de crecimiento de la Internet –ya sea merced a un acto, una amenaza o una omisión–, en tanto implica un freno a la evolución misma del ser humano y la sociedad, esto es al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, deba ser objeto de un rígido control, no sea que los avances logrados a la fecha se vean frustrados por diversos ánimos y pretensiones particulares tendentes a menguar dicha libertad y el democrático acceso al conocimiento.

De lo anterior deriva que, con miras a lograr un balance entre los diversos derechos en juego, toda medida tendente a variar los costos del servicio de Internet, deba ser sustentada en adecuados, actualizados y amplios estudios técnicos, en los que el lucro de algunos guarde equilibrio con los pilares de la Internet que han propiciado su relevancia actual: su acceso democrático a todos los estratos de la sociedad y su libertad de gestión. Esto implica, con más detalle, el inexorable respeto de cualesquiera medidas tarifarias a los principios rectores incorporados en el artículo 3 de la Ley General Telecomunicaciones:

“ARTÍCULO 3.-

Principios rectores

La presente Ley se sustenta en los siguientes principios rectores:

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.”

Así las cosas, el derecho al libre crecimiento de la Internet se bifurca en dos vertientes constitucionales, una individual y otra social.

Por un lado, desde la perspectiva estrictamente individual, la naturaleza constitucional de tal derecho deviene de su condición sine qua non para el desarrollo de derechos constitucionales “tradicionales” en el marco de un contexto hasta hace poco nada convencional: la moderna sociedad de la información basada en la Internet. Con lo anterior quiero señalar que derechos como la libertad de expresión y de opinión, de asociación y reunión (que ahora se pueden efectuar de manera virtual), la libertad de petición (ejercida por medios electrónicos), el libre acceso

a la información pública (que obliga a la Administración a suministrarla en la red), la libertad de comercio (ámbito en el que una eficiente Internet resulta crucial) y, en general, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, exigen para su adecuado desenvolvimiento un reconocimiento y protección del derecho a libre desarrollo de la Internet, toda vez que las limitaciones al último significan reducciones a los primeros. Además, en el marco de la ponderación de derechos constitucionales, igualmente se debe destacar la necesidad de tomar en consideración puntos de equilibrio entre el derecho al libre desarrollo de la Internet con otros derechos constitucionales, como la intimidad y la propiedad intelectual.

Por el otro, desde un punto de vista social, el significado constitucional del libre crecimiento de la Internet se evidencia por su incidencia en el contenido protector de diversos derechos constitucionales de raigambre social. Así, atinente al derecho a que el Estado procure el mayor bienestar de todos los habitantes, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza, sin duda resulta de relevancia que el bienestar, la producción y la riqueza generada a través de la Internet parta de un sistema que vele por un justo y solidario acceso a la misma, de manera que ese recurso no se convierta en un factor de privilegio para unos cuantos. Desde la perspectiva del derecho a la educación, la Internet abre espacios para una modernización y mayor democratización de la enseñanza, facilitándole al alumnado y el profesorado el acceso a materiales y fuentes de conocimiento, así como permitiendo la impartición de clases y conferencias por medios virtuales, lo que supone romper barreras geográficas y temporales en beneficio de grupos sociales con necesidades específicas como indígenas, adultos mayores, jefas de hogar, niños y adolescentes. Atinente a la familia, la Internet, bien utilizada, abre espacio a una mayor interacción y unión familiar, verbigracia cuando barreras como la distancia geográfica resultan fácilmente superadas mediante programas informáticos que usan la red. Asimismo, el teletrabajo, como modalidad del trabajo, solo resulta práctico si se cuenta con un eficiente acceso a la Internet. En lo concerniente al ambiente, la Internet se ha convertido en una eficaz herramienta para su protección, dado que permite la célere difusión de reportajes, estudios y denuncias, amén que transparenta la gestión pública y fomenta el interés del público en el tema.

2.- Sobre el caso concreto.

Con base en lo expuesto, subrayo que toda modificación en los costos del servicio de Internet, requiere previamente de adecuados, actualizados y amplios estudios técnicos, en los que el lucro de las empresas suministradoras del servicio guarde equilibrio con los pilares de la Internet que han propiciado su relevancia actual: su acceso democrático a todos los estratos de la sociedad y su libertad de gestión.

Correlacionado con lo anterior, la audiencia pública referida en los ordinales 36 y 81 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, a los efectos de que no se convierta en una mera formalidad y que los usuarios cuenten con la información suficiente para plantear sus alegatos de hecho y de derecho, exige que los estudios que sustenten la solicitud de modificación de tarifas o de la metodología para calcularlas sean completos, actuales y de una profundidad técnica adecuada.

Los estudios previos deben tender a demostrar, entre otros aspectos, que el servicio no se va a brindar de manera contraria a los principios rectores incorporados en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones.

En el caso de marras, el estudio técnico que sirve de base a la audiencia pública justificó la necesidad de una fijación tarifaria con el argumento de que un grupo reducido de usuarios acaparan el recurso y lo sobreutilizan, lo que afecta la calidad de servicio que recibe el resto de los usuarios. Sin embargo, la necesidad de fijación tarifaria, como hizo ver la representante de la SUTEL en la audiencia oral, es multicausal. Según indicó dicha funcionaria, entre los motivos que la justifican se encuentran: una demanda alta de los usuarios, consumos atípicos (usuarios abusivos), la instalación de infraestructura y elementos asociados a la rentabilización de inversiones. Esta información, se dijo en la audiencia, no fue incluida dentro de los estudios técnicos que sirvieron de base a la propuesta de marras, por cuanto se trataban de elementos de conocimiento general.

Lo anterior permite llegar a dos conclusiones iniciales: primero, que la propuesta carece de los estudios técnicos necesarios que la justifiquen; segundo, que el público carecía de información actual, completa y

profunda para participar adecuadamente en la audiencia pública.

Por lo demás, toda variación debe respetar los términos de contratación acordados de previo hasta el vencimiento del contrato respectivo, como estipula el artículo 45 inciso 13 de la Ley General de Telecomunicaciones, cuando indica como derecho del usuario *“recibir servicios de calidad en los términos estipulados previamente y pactados con el proveedor, a precios asequibles”* o el inciso 28, que obliga a que la información esté en español.

Así las cosas, se observa que la solicitud para ampliar el actual esquema tarifario del servicio de Internet móvil con un cobro por descarga con una tarifa por KB de $\text{C}\$0.0075$, aporta como estudio técnico el oficio 2463-SUTEL-DGM-2014 de 28 de abril de 2014, suscrito por la Jefe de la Dirección General de Mercados de SUTEL

Este documento parte del siguiente razonamiento: el 5% de los usuarios de internet móvil consumen el 45% del tráfico total, los grandes consumidores del tráfico local hacen un uso extraordinario del recurso (entiéndase abusan del mismo), ergo ese 5% de los usuarios hacen un uso extraordinario del recurso.

Tal argumentación no es más que un sofisma, porque en ninguna parte del documento se define qué es un uso extraordinario de la Internet móvil. Resulta perfectamente viable pensar más bien que el 95 % subutiliza la Internet móvil, es decir, no explota la verdaderas capacidades de la misma, las cuales van más allá de mandar mensajes y correos electrónicos, puesto que deben incluir las posibilidades actuales de interconexión y intercambio de datos que ofrece la Internet, tales como el acceso a páginas Web y contenidos multimedia, así como las llamadas a través de la Internet, entre otras. Ciertamente, el acceso a lo anterior debe operar de manera proporcionada a la capacidad del sistema; empero, tal consideración no puede convertirse en un instrumento ni para conminar a la mayoría de la población a una subutilización de la Internet móvil, ni para justificar la deficitaria inversión en recursos tecnológicos por parte de las suministradoras del servicio. Pretender anclar el uso de la Internet móvil a un servicio de baja calidad o a que su uso eficiente sea privilegio de unos pocos,

necesita inexorablemente de la demostración previa de la optimización de los recursos ya existentes por parte de las empresas suministradoras del servicio, lo que en la especie no ha ocurrido. Muy por el contrario, la premisa de que no se ha dado la debida inversión en la Internet móvil, o que el consumidor ha tenido que acudir a la Internet móvil merced a la baja calidad de la Internet fija, merece una consideración particular, que las comprenda y analice. Piénsese en los centros educativos que sin Internet fija o con una pero de velocidad deprimente, se ven compelidos a desarrollar sus estrategias educativas mediante la Internet móvil, sea a través de teléfonos inteligentes, sea por medio de datacards.

Es decir, la calidad del servicio de Internet no puede atribuírsele automáticamente al uso que le haga cierto porcentaje de la población, puesto que el congestionamiento de la red es multicausal: también debe analizarse la inversión hecha por las empresas suministradoras del servicio para procurar una Internet móvil de calidad, no sea que se castigue al consumidor por culpa de la deficitaria inversión de las empresas suministradoras del servicio.

De este modo, el estudio base del cambio sugerido adolece de una visión unilateral y arbitraria, la cual hace recaer las deficiencias del servicio sobre las espaldas del consumidor, sin que sopesa la responsabilidad que podrían tener las empresas operadoras del servicio por una eventual deficitaria o insuficiente inversión.

Amén del defecto señalado, la SUTEL fundamenta su propuesta en estudios desactualizados y provenientes de un solo operador. Así, en el oficio 2463-SUTEL-DGM-2014 se indica:

“El crecimiento exponencial del tráfico mencionado anteriormente, posee la particularidad que se registra o es generado por un bajo número de usuarios (5%) que efectúan más del 45% del tráfico, lo que incide de manera negativa y directa en la calidad del servicio que experimenta el 95% restante de los usuarios, cuya utilización del servicio es menor o igual al tráfico promedio, toda vez que dicha minoría logra descargar mucho más datos en menor tiempo y al mismo precio que la mayoría de los usuarios, quienes en la realidad reciben un servicio con niveles de calidad menores, pese a la menor descarga de datos que realizan.” (Página 7)

Tal patrón de consumo corresponde al año 2012, según la cifra proporcionada por uno de los operadores.

De este modo, la información antedicha corresponde al periodo anterior a la portabilidad numérica. Con la llegada de la portabilidad numérica, varió significativamente la participación de los operadores en el mercado, lo que significa que la información que haya proporcionado cualquiera de ellos, dejó de ser representativa de la realidad. Por ejemplo, el ICE pasó de tener una participación en el mercado del 84% a un 68%, según los datos suministrados, hecho que podría incidir en una reducción del uso de la red de dicha compañía, lo que, sin embargo, no es examinado en modo alguno.

Además, en caso de la información hubiese sido proveída por otro operador, sería necesario cuestionarla no solo por su desactualización, sino también por la representatividad de la compañía en el mercado móvil.

Debe hacerse énfasis en la necesidad de contar con información reciente para efectuar este tipo de cálculos tarifarios. La relevancia de contar con datos actualizados se hace conspicua en otro punto del oficio de la SUTEL, en particular, cuando analiza el plan de consumo (punto 4). En el documento se indica:

“El servicio de descarga de datos mediante la telefonía móvil es utilizada de modo muy disímil por parte de los diferentes usuarios del servicio. En efecto, a partir de la información correspondiente al consumo de datos en kB en telefonía móvil prepago realizado por clientes del ICE durante los diez primeros meses del año 2012 se concluye que la descarga promedio es de apenas 407.807 kBytes, existiendo una descarga máxima que supera los 81GBytes.”

Nuevamente, la SUTEL acude a datos de un único proveedor y, además, reitera el error de asumir la vigencia actual de los datos de 2012. En dicho año, el consumo de Internet móvil pudo haber sido efectivamente de unos 500 Mb, como se manifiesta en el resto de la propuesta. Sin embargo, una constante que se ha verificado en el campo de la informática es que el aumento vertiginoso en la capacidad

de los medios, el tamaño de los archivos y programas, y la capacidad de transferencia de datos, conlleva a que los diversos componentes sean cada vez más económicos de producir, lo que a su vez acarrea que sean más abundantes, poderosos y transparentemente integrados en nuestras vidas diarias

Para el caso concreto, esto significa que el consumo promedio de los usuarios de Internet móvil pudo haberse duplicado entre el 2012, año en que fueron recopilados los datos, y el 2014, cuando la SUTEL realizó la propuesta.

Lo interesante del caso es que la SUTEL utilice datos desactualizados, a pesar de que está plenamente consciente de que ha existido un aumento en el uso de la red de internet móvil, pues había señalado previamente en dicho oficio:

“Es importante resaltar, que el servicio de internet móvil ha tomado una relevante importancia que se ve reflejada en el vertiginoso crecimiento del uso de datos, inducido en gran medida con la masificación del uso de terminales inteligentes (smartphones) y la penetración del internet móvil mediante data cards. Como consecuencia de dicho crecimiento, las redes móviles deben soportar cada día más tráfico de datos, lo cual se refleja en su crecimiento a un ritmo exponencial.” (Página 7)

Pareciera entonces que existe más bien una oferta de servicio que no ha logrado adaptarse a una demanda que ha crecido vertiginosamente y que, contra toda lógica, la autoridad que está llamada a promover el acceso democrático de la Internet a todos los estratos de la sociedad y su libertad de gestión, más bien promueve un modelo tarifario que lo limita y tolera la falta de inversión, todo ello en detrimento del uso eficiente de la Internet.

No debe dejarse de lado que la Internet ha potenciado la participación ciudadana informada, la eficacia y eficiencia administrativa y, en general, la difusión cultural. Téngase presente la existencia de programas como el gobierno digital; el acceso a las discusiones de la Asamblea Legislativa, a la legislación vigente y la jurisprudencia de nuestros tribunales; o la realización de trámites, desde el pago de impuestos hasta inscripciones

registrales, todo ello a través de internet. Además, como ya indiqué en el considerando anterior, el derecho constitucional al libre crecimiento de la funge como condición sine qua non para el desarrollo de diversos derechos constitucionales, tanto individuales (la libertad de expresión y de opinión, de asociación y reunión, la libertad de petición. el libre acceso a la información pública, la libertad de comercio y, en general, el derecho al libre desarrollo de la personalidad) como sociales (adecuada distribución de la riqueza, educación, familia y ambiente, entre otros)

Ante esta abrumante realidad, la SUTEL debe responder con la misma consigna que el resto de la Administración y velar por la existencia de un modelo tarifario que impulse su acceso democrático a todos los estratos de la sociedad y la libertad de gestión de la Internet.

En virtud de lo expuesto, estimo procedente el amparo en todos sus extremos, por lo que anulo el acuerdo del Consejo de la SUTEL número 022-026-2014, adoptado en la sesión ordinaria número 026-2014 del 30 de abril de 2014.

VIII. NOTA SEPARADA DE LA MAGISTRADA HERNÁNDEZ LÓPEZ

He concurrido con mi voto a conformar mayoría en este asunto en el que se ordena la suspensión de la audiencia con el fin de que, antes de seguir adelante con el proceso de fijación del modelo tarifario en cuestión, se cumplan ciertos requisitos que estimo constitucionalmente ineludibles.- Por ello, considero oportuno explicar que si bien mi línea de votación en materia de audiencias públicas ha sido la de considerar que la materia es competencia propia de la jurisdicción contencioso administrativa, por tratarse del control de legalidad ordinaria, en este caso he hecho una excepción, considerando que, como se indicó supra, se alegaba una posible afectación a un derecho fundamental como lo es el acceso al Internet y por sus especiales características, con afectación a otros derechos fundamentales interdependientes del mismo.

Además de lo anterior, estimo que el modelo tarifario que se adopte, debe basarse en estudios técnicos suficientemente actualizados y comprensivos de todos los elementos necesarios para dictar un acto informado y para que los usuarios tengan acceso a la información relevante y considero igualmente que debe estar en armonía con

los nuevos principios que orientan la prestación de los servicios de telecomunicaciones, que cambiaron su estructura monopólica por un sistema de competencia efectiva, con el Estado ejerciendo un papel de regulador del funcionamiento. Así, desde mi punto de vista, toda actuación de los órganos competentes, en su papel de intervención debe tener esto presente y orientarse a dar contenido a los principios que inspiran la libre competencia, pero sin dejar de lado el equilibrio necesario que debe darse a los derechos de las operadoras con los derechos e intereses de los usuarios participantes.

Desde tal punto de vista, tengo serias dudas sobre el beneficio para el mercado de las telecomunicaciones, de una intervención de este Tribunal, aconsejando, recomendando u ordenando la adopción de un modelo específico o de determinar que uno es mejor que otro. Por un principio de autocontención, estimo que no debe la Sala, sino el órgano técnico, entrar a determinar cuáles de los modelos que se sugieren son adecuados o inadecuados, no sólo por lo técnico del tema, sino por lo cambiante del mismo, de acuerdo a la dinámica de la tecnología.- Lo que sí puede la Sala es señalar el marco general de actuación, dentro del cual, debe conducirse el acto para que esté acorde con las normas y principios constitucionales. En ese sentido –y dado que en este tema está envuelto el derecho a que las autoridades públicas regulen los servicios públicos de acuerdo a ciertos principios constitucionales de forma razonable y proporcionada, considero, en general, que el órgano técnico no puede desatender las distintas opciones que se han planteado para corregir el supuesto defecto del modelo tarifario vigente y que, debe adoptar aquella solución que mejor equilibre los intereses de todas las partes. También me queda claro de la audiencia citada que la revisión del modelo tarifario actual es una necesidad pues, de no corregirse la situación que está presentando en la actualidad, es decir de no hacer nada o hacerlo tardíamente, implica el riesgo de saturar más el servicio, en perjuicio de todos los usuarios, la competitividad del país y el mercado de los operadores.

IX. RAZONES DIFERENTES DE LOS MAGISTRADOS CASTILLO VÍQUEZ Y SALAZAR ALVARADO.

1 . Tras realizar un análisis de los elementos aportados a los autos, se

desprende que el modelo cuestionado por el recurrente presenta elementos que pueden ser catalogados tanto de forma negativa como positiva. En ese sentido, del informe del Vicepresidente del Colegio de Profesionales en Informática y Computación, se denota que el modelo de cobro por descarga presenta ventajas como el hecho de que las empresas de telecomunicaciones realicen mayores inversiones para garantizar un servicio de calidad, la posibilidad de que se presente un mercado que actúe en competencia, y que garantice precios menores a los establecidos por el tope máximo fijado por la SUTEL, tal y como sucede en la modalidad prepago. Asimismo, se pasaría a un modelo de mercado en competencia, donde las ofertas resultarían sumamente importantes para captar clientes. Por otra parte, en lo que respecta los aspectos negativos del modelo propuesto, cabe destacar lo señalado por el presidente de la Junta Directiva de la Academia Nacional de Ciencias, en el sentido de que la imposición de tarifas por cantidad de información descargada, podría conllevar a una limitación al acceso al Internet, tomando en cuenta que éste se da cada vez con mayor frecuencia por medio de dispositivos móviles. Por otra parte, dado que el uso de los recursos de Internet está en constante aumento, sobre todo en educación, fijar una tarifa de kilobyte implicaría que el cobro iría en aumento permanente, lo que podría tener una incidencia negativa, sobre todo si se toma en cuenta que medir la cantidad de información en kilobytes resulta anacrónico, ya que lo correcto ante la realidad actual, es utilizar una medida en términos de megabytes o gigabytes. También, en su informe el vicepresidente del Colegio de Profesionales en Informática y Computación, establece que entre los efectos negativos que podrían derivarse de la propuesta de cobro por descarga en Internet móvil, se encuentra la posibilidad de que se desincentive su consumo, lo que constituiría un freno a la competitividad del país como productor de tecnología, posibles afectaciones en sectores de la educación y economía que dependen del acceso a Internet, e impacto a leyes como la Banca del Desarrollo, donde el acceso a Internet de personas en actividades como la agricultura, es por medio de la Red 3 G, entre otros. Finalmente, conviene hacer alusión a lo señalado por el Ingeniero Alonso Castro Mattei, director del Centro de Informática de la Universidad de Costa Rica, en la comparecencia que dicho servidor tuvo ante la Comisión Especial Permanente para el Control del Ingreso y el Gasto Público, en la sesión número 12 del 17 de

julio de 2014. Durante dicha sesión, el Ingeniero Castro indicó que la Superintendencia de Telecomunicaciones propone que la base de la tarifa plana sea de 500 megabytes, partiendo de datos del año 2012, lo que, en su criterio, resulta irrazonable, tomando en cuenta que compañías como Claro y Movistar señalaron que para el año 2013, el promedio de consumo de sus usuarios era de 1,5 gigabytes, es decir, 3 veces más de lo que la SUTEL proponía como base para empezar a cobrar por exceso. Lo anterior conllevaría a que el promedio de los usuarios tendrían que empezar a cancelar un porcentaje extra, tomando en cuenta lo propuesto por SUTEL. Por otra parte, el funcionario mencionado cuestiona que el modelo propuesto no parte de datos actualizados con respecto al consumo actual de los usuarios del Internet móvil en la modalidad post pago, por lo que no existe claridad con respecto a los rangos reales de consumo. También expresa que, a partir del momento en que se aprobó el cobro por descarga de internet móvil en la modalidad prepago, se dio una leve disminución en el uso, lo que conllevaría a que el cobro de Internet por descarga, desaceleraría el uso que la gente hace del servicio. De igual forma explica que en zonas rurales donde no existen conexiones de banda ancha, muchos centros educativos utilizan la conexión móvil para poder trabajar, descargar y tener acceso a información, por lo que podría darse una afectación para éstas con el nuevo modelo propuesto. En ese sentido, el servidor de cita indica en lo que interesa, lo siguiente:“(...). Tanto el estudio de Prosik, que se hizo el año pasado, Luis posee los datos exactos, yo no recuerdo los porcentajes, pero estudio decía que el 95 % de los docentes del país y, especialmente, en zonas rurales, acceden todos los días a Internet a través de sus teléfonos móviles para buscar información, para cualquier cosa. Si eso es así y además, vemos estudios de Maiti en Michigan y otras universidades muy importantes, que indican que las zonas de menores recursos y zonas rurales es donde hay mayor uso de redes móviles, por una simple razón; es donde hay más pobreza, hay menos computadoras, no hay banda ancha en las casas, entonces, utilizan los teléfonos para estar conectados; diríamos que una propuesta así como esta, desde luego que va a afectar a los docentes y muchachos que están en los colegios (...). Ese es el gráfico del Prosik, que es del estudio del 2013, y es, justamente, donde ustedes ven que los docentes de las escuelas utilizan; ahí están los datos correctos, 88.6% utilizan el teléfono celular diariamente y de se 88%, un 81.8 lo usa para navegar en Internet. Vean que ese es un número muy

grande; es grande el porcentaje de docentes que están utilizándolo para diferentes labores. Evidentemente, si usted empieza a cobrarles eso va a tener una disminución, y eso impacta, también el proceso educativo. Yo lo veo porque mi madre es educadora y una de las cosas que poner a hacer a los chicos en clase es buscar “saquen todos sus teléfonos, vamos a hacer una investigación sobre este tema, conéctense a la red”, evidentemente, eso nova a pasar cuando usted empieza a hacer conexiones de ese tipo.” También explica que el modelo propuesto puede llegar a afectar a las PYMES, ya que existen zonas donde para poder hacer sus transacciones bancarias, realizar investigaciones o el pago de planillas, dichas empresas utilizan la red móvil, por lo que el cobro por descarga generaría costos extra que podrían desacelerar su crecimiento. Por último, y ante la consulta del diputado Gerardo Vargas Varela, con respecto a la incidencia del modelo de cobro propuesto en la brecha digital, el Ingeniero Castro indicó lo siguiente:“(...). Lo que va a pasar cuando usted empieza a hacer cobro por descarga es que los que puedan pagar, si solo hacen eso, no hace todo lo demás, los que puedan pagar van a tener más acceso a la información, más acceso a las herramientas; van a poder utilizar video conferencias. El mismo Ministerio de Educación puso este programa, no sé qué en línea. ¿Cómo se llama?. Educándose en línea o... Profe en línea, exactamente, y los estudiantes lo usan desde sus móviles. Si ahora usted le va a decir: “Diay, no, es que es tan caro que usted no lo puede usar, solo los que pueden pagar”. Entonces, usted mismo están contradiciéndose. El gobierno dice: “Vamos a poner Gobierno Digital. Vamos a poner todo para móvil”, y de repente te dicen: “Ahora, te voy a joder, porque no podés usar la red móvil.” Es como un doble discurso en el que estamos chocando. Ahora, si bien el Tribunal no puede entrar a determinar si la forma en que está planteado el modelo tarifario establecido por la SUTEL resulta correcto o no, pues ello implica un análisis de una serie de elementos técnicos que escapan de la competencia de esta jurisdicción, y que exceden la naturaleza sumaria del recurso de amparo, lo cierto es que, a partir de lo establecido líneas atrás, esta Sala estima que el modelo de cobro por descarga en Internet móvil no puede constituirse en la única opción a ofrecer por las empresas que comercializan tal servicio. Lo anterior, ya que aun y cuando el modelo de cita presenta aspectos positivos, también tiene efectos negativos, en especial para varios sectores de la sociedad que recurren al Internet móvil para realizar parte de sus labores diarias, quienes verían limitado su acceso a la red mundial, generándose así una afectación que

resulta ilegítima, tomando en cuenta los criterios externados por este Tribunal con respecto al derecho de las personas a acceder a Internet. Ante dicho panorama, lo procedente es que la Superintendencia de Telecomunicaciones garantice que los operadores que brinden el servicio de Internet móvil en la modalidad post pago en el país,, ofrezcan a los usuarios tanto la modalidad de cobro por velocidad que actualmente existe, como la modalidad de cobro por descarga, en caso de que ésta llegue a ser aprobada, o eventualmente, otra modalidad que pueda implicar una combinación de elementos de las dos anteriores, que pueda llegar a darse conforme las condiciones de mercado, u otra modalidad que pueda implicar una combinación de las 2 anteriores, conforme las condiciones del mercado, de forma que todos los modelos coexistan. Lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el último párrafo del artículo 46 de la Constitución Política, que garantiza el derecho de libre elección de los consumidores, entendiendo a éste como la posibilidad de los usuarios contar con diversas opciones de productos o servicios en el mercado, con el fin de poder escoger aquel que se adapte de mejor forma a sus necesidades y posibilidades

2.-Sobre las políticas de uso justo de internet móvil. Aun y cuando la Superintendencia de Telecomunicaciones no lo señala expresamente en su informe, de la lectura de las actas de las sesiones de la Comisión Especial Permanente para el Control del Ingreso y el Gasto Público, números 9 y 10 de los días 26 de junio de 2014 y 3 de julio de 2014, se desprende que una de las razones principales que fundamentan la solicitud en el cambio en el cobro en la modalidad de Internet móvil post pago, radica en el hecho de que un 5% de los usuarios de dicho sistema consumen el 45 % de la red, lo que provoca una saturación de ésta, afectando la calidad del servicio que reciben el resto de los usuarios. Sobre el particular, debe indicarse que a criterio de este Tribunal dicho argumento resulta contraria al principio de proporcionalidad, pues tal y como señala en su informe el vicepresidente del Colegio de Profesionales en Informática y Computación, resulta excesivo que se pretendan aplicar medidas de cobro a la totalidad de los clientes de la modalidad post pago, por las acciones negativas de un porcentaje reducido de los usuarios. En ese sentido, considera esta Sala que para poder frenar los abusos en que incurren parte de los clientes de las compañías telefónicas, la Sutel debió recurrir a otro tipo de instrumentos que fueran dirigidos únicamente

al porcentaje de usuarios antes mencionados, tales como la *“Política de uso justo para los servicios de acceso a internet móvil”*, establecida en la resolución número RCS-063-2014, adoptada en la sesión ordinaria número 021-2014 del 2 de abril de 2014. Así, sobre el particular, en la comparencia antela Comisión Especial Permanente para el Control del Ingreso y el Gasto Público, el Ingeniero Castro Mattei indicó, en lo que interesa lo siguiente: *“Antes de decidir cobrar, deberíamos por ejemplo, pensar en políticas de uso justo de internet. ¿Qué quiere decir?. Que una vez que yo establecí que el promedio es de un giga, lo multiplico por cinco, voy a establecer a partir de ahí el cobro, en vez de hacer cobro por exceso, ahí empieza hacer políticas de uso justo de la red. Es decir, si usted se abusa, yo lo freno. Si usted está consumiendo más, por ejemplo, en el primer día, usted ya consumió el 50% de sus datos, yo le bajo la velocidad y en vez de dejarle su enlace de cinco megas, se lo pongo en dos. Y si sigue excediendo en la cantidad de datos que consume, se lo vuelvo a bajar, hasta que le dejo un enlace de velocidad tan..., que todavía te permite enviar correos y hacer cosas básicas, pero ya no hacer descargas masivas. Y eso lo que permite es que se libere para todos los demás la red. (...). Ahora sí, no lo que Sutel está proponiendo que es, “a todo el problema que tengo; cobrémosle más a todos”, porque ¿para que sirve el uso justo?. Para que usted pueda frenar a las personas que están haciendo un alto consumo de la red y no a todos, que es lo que están pretendiendo hacer.* El señor Castro también realiza otras propuestas para frenar el uso abusivo por parte de algunos usuarios, tales como el establecimiento de paquetes especiales por parte de los operadores, o la fijación zonas horarias para descarga, u otras ofertas comerciales. Ahora bien, todo lo anterior lleva a este Tribunal a considerar que la Superintendencia de Telecomunicaciones cuenta con la posibilidad de establecer distintos instrumentos, tendientes a limitar los efectos negativos derivados del consumo abusivo de un grupo reducido de usuarios, a las que puede y debe recurrir, con el fin de evitar la utilización de políticas que afecten a otros usuarios que realizan un uso responsable de la red. Vale aclarar que al momento de implementar estos instrumentos, la autoridad accionada deberá procurar que en su puesta en práctica, se garantice que los usuarios cuenten con las elementos esenciales del debido proceso, en caso de que lleguen a ser sancionados, ello con fundamento en el derecho de defensa consagrado por el artículo 39 de la Carta Fundamental

3. - Sin demérito de lo externado en los considerandos anteriores, y aun y cuando no está relacionado directamente con el alegato principal de este asunto, conviene recordar que con la apertura del mercado de telecomunicaciones en el año 2008 Costa Rica pasó de un modelo de monopolio estatal, a uno de competencia, aunque con la presencia de un Estado Regulador fuerte. Precisamente, en atención a dicho cambio de modelo, y con el fin de evitar que grupos poblacionales pudieran ser excluidos de servicios públicos esenciales, en razón de su ubicación geográfica u otras particularidades, el legislador dispuso que en el sector de telecomunicaciones se respetarían los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, señalando además, que por medio del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, el Poder Ejecutivo definiría las metas y prioridades necesarias para el cumplimiento de tales objetivos. Con el fin de cumplir lo anterior, el artículo 34 de la Ley General de Telecomunicaciones creó el Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), como un instrumento para garantizar los recursos de los proyectos destinados a garantizar los objetivos antes mencionados, así como las prioridades y metas definidas en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Conforme el numeral 35 de la Ley 8642, Administración del FONATEL estaría a cargo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, quien asignaría los recursos del fondo de conformidad con el plan antes mencionado, en los términos del artículo 36 de la Ley General de Telecomunicaciones. Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior, esta Sala estima necesario recordar a la Superintendencia de Telecomunicaciones su obligación por medio del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, de desarrollar proyectos que permitan el acceso a Internet a la mayor cantidad de población, dentro de un lapso razonable, con el fin de evitar que crezca la brecha digital en el país, al limitarse la posibilidad a personas que habitan en zonas rurales, o que carezcan de medios económicos suficientes, de tener un acceso a la red mundial. Asimismo, lo anterior podría permitir un desahogo de las redes móviles de Internet, tal como lo explicó el Ingeniero Castro Mattei en la comparecencia antes mencionada, al indicar lo siguiente:“(…)Si por ejemplo los fondos de Fonatel se ejecutaran cómo se debería de estar ejecutando, deberíamos de estar llevando ya, como hace una gran cantidad de países en el mundo, fibra óptica a las escuelas y colegios. Y dando dicho servicio de internet inalámbrico a esas escuelas. Entonces, de fijo, ningún muchacho va a querer gastar su saldo

conectado a una red móvil cargándola, porque van a estar usando una red Wi-Fi y eso va a descargar”.

4.- Así, en razón de lo externado en los considerandos anteriores, lo procedente es acoger el recurso únicamente en cuanto a Superintendencia de Telecomunicaciones y disponer que dicho ente debe: a) garantizar que los operadores que brinden el servicio de Internet móvil en la modalidad post pago en el país, ofrezcan a los usuarios tanto la modalidad de cobro por velocidad que actualmente existe, como la modalidad de cobro por descarga en caso de que ésta llegue a ser aprobada, u otra modalidad que conforme las condiciones del mercado puedan implicar una combinación de elementos de las dos anteriores, de forma que todos los modelos coexistan y b) disponer que haga uso de la “Política para uso justo para los servicios de acceso a Internet móvil”, establecida en la resolución número RCS-063-2014, adoptada en la sesión ordinaria número 021-2014 del 2 de abril de 2014, o cualquier otro instrumento que se estime pertinente como medio para regular el uso abusivo por parte de los usuarios del sistema de cobro por velocidad de Internet móvil post pago,, eso sí, garantizando el respeto de los elementos esenciales del debido proceso.

X.-NOTA SEPARADA DE LOS MAGISTRADOS CASTILLO VÍQUEZ, RUEDA LEAL, HERNANDEZ LÓPEZ Y SALAZAR ALVARADO SOBRE LOS CONTRATOS SUSCRITOS POR LOS USUARIOS DEL INTERNET MÓVIL POST PAGO ACTUALMENTE VIGENTES.-

Los suscritos entendemos además que un elemento que debe dejarse claramente definido en todo este proceso de revisión de modelo tarifario, es el relativo a la situación de los contratos de Internet móvil post pago suscritos por los usuarios, previo a la eventual entrada en vigencia del sistema de cobro por descarga. Sobre el particular, debe indicarse que si bien la Superintendencia de Telecomunicaciones ha sostenido en distintos medios que dichos documentos deberán respetarse durante el lapso en que se encuentren vigentes, lo cierto es que no existe claridad con respecto a ello en la propuesta en estudio. En virtud de dicha situación, esta Sala estima procedente señalar que en atención al principio de seguridad jurídica, reconocido en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia de este Tribunal, la Sutel deberá

garantizar que los contratos que se encuentren vigentes, al momento en que eventualmente entre en rigor el nuevo sistema de cobro por descarga, deberán ser respetados por los operadores que brinden el servicio, durante todo el lapso que les reste, siendo que únicamente podrán ser variados, cuando medie la aceptación expresa del usuario.

PORTANTO

Por mayoría se declara con lugar el recurso y se ordena a Maryleana Méndez Jiménez, en su condición de Presidenta del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, o a quien en su lugar ocupe ese cargo, suspender la audiencia dispuesta por el Consejo de la SUTEL en el acuerdo número 022-026-2014, adoptado en la sesión ordinaria número 026-2014 del 30 de abril de 2014, para que en un plazo de cuatro meses, contado a partir de la notificación de esta sentencia, la SUTEL realice la convocatoria correspondiente con la información actualizada de todos los operadores del mercado y esta sea puesta en conocimiento de los consumidores. Los Magistrados Armijo y Cruz, en voto conjunto, dan razones adicionales. El Magistrado Rueda agrega razones particulares, por cuanto el estudio técnico base de la propuesta impugnada únicamente hace referencia al argumento de que un grupo reducido de usuarios acapare el recurso, pero omite referirse a los problemas derivados de la instalación de infraestructura y a elementos asociados a la rentabilización de inversiones; además, desarrolla el concepto del derecho constitucional al libre crecimiento de la Internet. La Magistrada Hernández pone nota. Los Magistrados Castillo y Salazar se apartan del criterio de la mayoría y declaran con lugar el recurso ordenando lo siguiente: a) Garantizar que los operadores que brinden el servicio de Internet móvil en la modalidad post pago en el país, ofrezcan a los usuarios tanto la modalidad de cobro por velocidad que actualmente existe, como la modalidad de cobro por descarga, en caso de que ésta llegue a ser aprobada, u otra modalidad que conforme las condiciones del mercado, pueda implicar una combinación de elementos de las 2 anteriores, de forma que todos los modelos coexistan. Lo anterior no impide que, en el futuro, se puedan desarrollar otros modelos cuando así lo determinen las necesidades del mercado; b) Disponer la utilización de la “Política de uso justo para los servicios de acceso a internet móvil”, establecida en

la resolución número RCS-063-2014, adoptada en la sesión ordinaria número 021-2014 del 2 de abril de 2014, o cualquier otro instrumento que estime pertinente, como medio para regular el uso abusivo por parte de los usuarios del sistema de cobro por velocidad en Internet móvil post pago, garantizando el respeto de los elementos esenciales del debido proceso; Asimismo, los magistrados Castillo Víquez, Rueda Leal, Hernández López y Salazar Alvarado determinan que los contratos se encuentren vigentes, al momento en que eventualmente entre en rigor el nuevo sistema de cobro por descarga en la modalidad de internet móvil post pago, deberán ser respetados por los operadores que brinden el servicio, durante todo el lapso que les reste . Se advierte a la recurrida, o a quien ocupe su cargo, que de conformidad con lo establecido por el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se impondrá prisión de tres meses a dos años o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada dentro de un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a la Superintendencia de Telecomunicaciones al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese esta resolución a Maryleana Méndez Jiménez, en su condición de presidenta del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, o a quien en su lugar ocupe ese cargo, en forma personal. En cuanto al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones se declara sin lugar el recurso. El Magistrado Jinesta salva el voto y declara sin lugar el recurso

Gilbert Armijo S.

Presidente

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L.

Nancy Hernández L.

Luis Fdo. Salazar A.

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO JINESTA El Magistrado Jinesta Lobo declara sin lugar el recurso, en todos su extremos, por las razones siguientes:

I.-NATURALEZA SUMARIA, BREVE, CÉLERE, RÁPIDA, SENCILLA Y EXPEDITA DEL PROCESO DE AMPARO. El proceso de amparo es de concepción y factura, exclusivamente, latinoamericana, específicamente, mexicana, a partir de ahí pasó a ser una institución adjetiva aceptada mundialmente. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá el 5 de mayo de 1948, estableció, tempranamente, en su ordinal 18 lo siguiente:

*“Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de **un procedimiento sencillo y breve** por el cual la justicia ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente” (el resaltado no es del original)*).

Como se ve la Declaración Americana de los Derechos y Deberes, fue sumamente clara al preceptuar que el proceso de amparo debe ser un proceso “sencillo y breve”. Luego, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su ordinal 25.1, reiterará esa idea al señalar lo siguiente:

*“1. Toda persona tiene derecho a un **recurso sencillo y rápido** o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que los ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención (...)” (el destacado no es del original)*.

En definitiva, el proceso de amparo fue diseñado y concebido para conocer y resolver pretensiones por violaciones directas e inmediatas del contenido esencial de un derecho fundamental o humano, de manera sumaria, célere, rápida, expedita, breve y sencilla. Cuando no se infringe directa o inmediatamente el contenido esencial de un derecho constitucional o humano, existen otras vías más reposadas y prolongadas para el esclarecimiento de la verdad real u objetiva. En el

Derecho procesal común existe una diferencia esencial entre lo que se denomina la *summaria cognitio* y la *plena cognitio*, la cognición sumaria de un asunto supone resolver con fundamento en las alegaciones y las pruebas aportadas por las partes al momento de interponer el proceso, de contestar o rendir informe y, excepcionalmente, requerir una prueba para mejor resolver. La cognición sumaria es la que rige en el proceso de amparo. Por su parte la cognición plena, propia de los procesos ordinarios ante la jurisdicción de legalidad, supone un gran apertura en cuanto al producción, ofrecimiento y evacuación de la prueba, por cuanto, se trata de procesos más prolongados y reposados. El proceso de amparo no puede ser desnaturalizado convirtiéndolo en uno de cognición plena u “ordinariándolo”, por cuanto, responde a inequívocos principios básicos de celeridad, sencillez y brevedad.

II.- ABUSO, DESNATURALIZACIÓN Y PERVERSIÓN DEL PROCESO DE AMPARO.

La intención desviada de algunas personas de obtener una respuesta más célere y rápida a sus expectativas y pretensiones sin acudir a la jurisdicción ordinaria, esto es, eludiendo el cauce procesal normal que corresponde ser observado, ha producido el fenómeno de la perversión, desnaturalización y abuso del amparo, convirtiéndolo en un canal formal ordinario, plenario, lento, alambicado, fragmentado y complejo, en el que se pretende evacuar toda suerte de pruebas y criterios técnicos y científicos en una determinada materia y que el respectivo Tribunal Constitucional proceda a contrastarlos o avalarlos. De otra parte, algunos Tribunales Constitucionales encargados de conocer el amparo, no han resistido la tentación de incursionar en cuestiones de mera legalidad, usurpando y sustituyendo las funciones constitucionales de la jurisdicción ordinaria, en contra de lo prescrito constitucionalmente, con el fin de asumir un protagonismo exacerbado, sustituyendo las sedes naturales de resolución de los conflictos de interés, lo que ha degenerado en un verdadero “gobierno y administración de los jueces constitucionales”. En los sistemas de justicia constitucional, como el costarricense, donde el amparo, en principio, no es subsidiario o residual, sea no es necesario agotar, previamente, las instancias ordinarias, por lo que tiene un inconveniente carácter principal, el abuso y la perversión del amparo es de grado superlativo. En efecto, cualquier persona prefiere acudir primero o concomitantemente, con la sede administrativa o jurisdiccional ordinaria, a un amparo, con el

propósito de obtener una respuesta más rápida y ahorrarse, por su simplicidad, sencillez, sumariada y gratuidad, una serie de costos. De ahí el esfuerzo, de algunas personas por revestir su pretensión con la apariencia de ser una “cuestión amparable”, es decir, de infracción a un derecho fundamental o humano, cuando lo cierto del caso es que tales derechos, por su carácter básico o fundamental, tienen una textura abierta y elástica que permean, transversalmente, todo y el entero ordenamiento jurídico, de lo que se aprovechan algunos para dar a entender que el asunto debe ser conocido y resuelto por un Tribunal Constitucional y no por la jurisdicción ordinaria. El deslinde entre la órbita de legalidad y de constitucionalidad, ciertamente, es complejo y difícil, pero esencialmente, un Tribunal Constitucional debe conocer y resolver una cuestión como “amparable”, cuando, se infrinja directa e inmediatamente, sea evidente y notoriamente, el contenido esencial de un derecho fundamental o humano. De lo contrario, si un Tribunal Constitucional no hace el esfuerzo de deslinde necesario, terminará conociendo y resolviendo todo tipo de pretensiones, incluso las de legalidad, por cuanto, todas tienen asidero, en último término, en alguna norma constitucional o derecho fundamental o humano, asumiendo un protagonismo exacerbado que desborda sus competencias. Todo Tribunal Constitucional debe resistir la tentación de incursionar en la legalidad, bajo la apariencia de estarse violando un derecho fundamental o humano, puesto que, de lo contrario sustituye y usurpa las funciones que también, constitucionalmente, le fueron otorgadas al juez ordinario, provocando un estado de incerteza o de inseguridad al no deslindar la legalidad de la constitucionalidad o de las “cuestiones amparables”, con lo que la ciudadanía entenderá que, siempre y para todo efecto, deberá plantear un proceso de amparo, con los consiguientes estragos y efectos negativos para la jurisdicción constitucional por estar y ser abarrotada. El proceso de amparo, esencialmente, ha sido desnaturalizado y desvirtuado, convirtiéndolo en una especie de justicia paralela y alternativa a la ordinaria, pervirtiendo y torciendo sus fines y propósitos fundamentales.

III.-DETERMINACION DE LA CORRECCIÓN, ADECUACIÓN, PROPORCIONALIDAD O IDONEIDAD TÉCNICA, CIENTÍFICA Y FINANCIERA DE UN MODELO TARIFARIO: CUESTIÓN DE MERA LEGALIDAD DE CONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. En este proceso de amparo se impugna por el recurrente el modelo tarifario propuesto, de oficio, por la SUTEL para la descarga o transferencia de datos en la telefonía móvil post-pago. Tal y como lo indique en sentencias precedentes lo planteado es una cuestión de estricta legalidad ordinaria y no de constitucionalidad, por las razones que se detallan a continuación.

Primera: El proceso de amparo como se indicó es un cauce procesal sumario, célere, expedito, breve y sencillo, no fue diseñado, como los procesos ordinarios o de cognición plenaria ante la jurisdicción de legalidad, para evacuar pruebas o criterios técnicos, sobre todo, cuando existen posiciones, supuestamente fundadas en la técnica y la ciencia, contrapuestas y respecto de las cuales este Tribunal debe decidir cuál es la correcta. El proceso de amparo fue concebido para conocer y resolver de cuestiones donde se quebrante de manera evidente, manifiesta, palmaria, directa e inmediata el contenido esencial de los derechos fundamentales, puesto que, la intervención de este Tribunal Constitucional en la materia debe ser célere, rápida y efectiva. El proceso de amparo, por su carácter sumario, expedito y breve, no fue diseñado con las reposadas formas del proceso ordinario o de cognición plena, donde los jueces de legalidad conocen y resuelven las discrepancias de orden técnico y científico, mediante la evacuación abundante y numerosa de pruebas periciales y técnicas que las partes interesadas deben aportar o que el órgano jurisdiccional ordinario o de legalidad debe disponer con cargo a las costas procesales que deben sufragar aquellas, por cuanto, es, ante todo, a diferencia de los procesos ordinarios, gratuito.

Segunda: Este Tribunal Constitucional carece de los conocimientos e instrumentos técnicos y científicos para determinar cuál es el modelo tarifario para la descarga o transferencia de datos en la telefonía móvil post-pago, sobre todo cuando existen criterios divergentes y discrepantes, que apoyan y atacan tal modelo tarifario. De otra parte, este Tribunal Constitucional no cuenta con los conocimientos

financieros y económicos para determinar si un modelo tarifario, en particular, es el idóneo o necesario para una adecuada y justa regulación del mercado de las telecomunicaciones. La intervención de un Tribunal Constitucional, en tal materia podría causar serios, graves, profundos e incalculables trastornos y dislocaciones de índole técnico o financiero y del mercado de las telecomunicaciones, en particular de la telefonía móvil.

Tercera: Si se observa detenidamente y con cuidado la argumentación de los miembros de este Tribunal Constitucional que acogen, total o parcialmente, la pretensión, se constata, fácilmente, que han decidido conocer y resolver una cuestión de mera legalidad que le corresponde a los jueces ordinarios encargados de fiscalizar la legalidad de la función administrativa (jurisdicción contencioso-administrativa, artículo 49 constitucional), siendo que esta jurisdicción constitucional no puede usurpar tales funciones o sustituirlos. En efecto, nótese como, en las argumentaciones para acoger, total o parcialmente, el amparo, se citan de manera constante los artículos de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones y de la Ley General de Telecomunicaciones. En efecto, de la primera (Ley de Fortalecimiento), son citados los principios rectores del artículo 3º, en particular, la universalidad, solidaridad, beneficio del usuario, la competencia efectiva, la no discriminación, etc. Respecto de la segunda ley citada (General de Telecomunicaciones), en la argumentación de quienes acogen total o parcialmente el recurso, refieren a los conceptos de servicios de acceso universal y solidario, contenidos en los numerales 31, 32 y 33. De igual forma, se citan artículos de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (artículos 36 y 81). No conformes con lo anterior, también, citan, para fundar sus argumentaciones, el Plan Nacional de Desarrollo de la Telecomunicaciones del Poder Ejecutivo, en lo relativo al servicio de acceso universal y solidario e, incluso, el “Reglamento para la fijación de las bases y condiciones para la fijación de precios y tarifas”. Nótese que a la luz de ese bloque de legalidad infra-constitucional, la SUTEL debe proceder a garantizar servicios de acceso universal, solidarios y, sobre todo, de calidad, oportunos y eficientes y “a precios asequibles y competitivos a los habitantes”. Lo anterior refuerza mi argumentación en el sentido que de manera evidente y notoria, la corrección, adecuación,

proporcionalidad, idoneidad de un modelo tarifario es una cuestión de legalidad ordinaria y no de constitucionalidad que no debe discutirse en la sede constitucional, como si se tratara de una instancia administrativa superior de la autoridad reguladora en la materia. Nótese que la facultad de un ente regulador de fijar o establecer un modelo tarifario, que por cierto ni siquiera se encuentra aprobado, por cuanto, para ese fin es la audiencia, es una típica potestad discrecional que tiene los límites que impone el ordenamiento jurídico infra constitucional, como lo son los principios generales del derecho, los hechos determinantes, los conceptos jurídicos indeterminados, el análisis de costo-beneficio, la evaluación del impacto regulatorio, etc. Sobre el particular, el artículo 49 Constitucional le atribuye de manera razonablemente implícita a la jurisdicción contencioso-administrativa, el control de los límites de las facultades discrecionales de carácter administrativo, lo que es plena y absolutamente confirmado por los numerales 15, 16, 17, 131, 156, 160, 161 y 216 de la Ley General de la Administración Pública de 1978 y, ahora, más recientemente, por los ordinales 20, 122, 127 y 128 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de 2006 –entrado en vigencia en 2008-. Al respecto, basta la cita del artículo 15, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública al atribuirle a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento y resolución de los límites de la discrecionalidad, cuando preceptúa que “El Juez ejercerá contralor de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional y sobre la observancia de sus límites”. Cabe advertir que el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública establece, entre los límites expresos de la discrecionalidad administrativa, las reglas unívocas o de aplicación exacta de la ciencia o de la técnica. De otra parte, el propio ordinal 17 de la Ley General de la Administración Pública indica, expresamente, que uno de los límites de la discrecionalidad administrativa que debe verificar el juez contencioso-administrativo son los “derechos del particular”, dentro de los cuales se encuentra el derecho fundamental de acceso a la internet o red de redes que este Tribunal Constitucional ya ha reconocido. En definitiva, el control de los límites de la discrecionalidad administrativa de todo órgano o ente administrativo, incluso de uno eminentemente regulador, es una cuestión que le atañe, exclusiva y excluyentemente, a la jurisdicción contencioso-administrativa, que fue la diseñada y concebida para ese fin y no a la jurisdicción constitucional.

Cuarta: Este amparo supone la coexistencia de criterios técnicos y científicos divergentes y opuestos, tanto los que, total o parcialmente, sustentan la propuesta planteada por la SUTEL, como los diversos de personas presuntamente expertas en la materia que ofrecen toda suerte de datos técnicos, científicos, estadísticos y financieros para adversar la propuesta, cuyo contraste y corroboración resulta imposible de efectuar por este Tribunal Constitucional en un proceso sumario, célere, breve, expedito y sencillo. Determinar si con fundamento en ciertos criterios de personas supuestamente expertas en la materia el modelo tarifario propuesto es incompleto u omiso, desactualizado o desfasado, inconveniente o inoportuno o no, es una cuestión que excede las competencias de este Tribunal Constitucional en el marco de un proceso sumario, breve, célere y sencillo. En suma, este Tribunal Constitucional, encargado de la supremacía constitucional y de aplicar el parámetro de constitucionalidad, no cuenta con los elementos e insumos suficientes para determinar si un modelo tarifario específico propuesto logra el equilibrio de las condiciones de legalidad establecidas por el ordenamiento infra-constitucional tales como que garantice un servicio de acceso universal y solidario, de calidad, oportuno, eficiente y a precios asequibles y competitivos para los habitantes del país, se trata, como se dijo, de cuestiones de estricta legalidad que escapan a la competencia esencial de un Tribunal Constitucional, sin que sea admisible privilegiar los supuestos conocimientos privados del juez constitucional –que por lo especializado de la materia resultan imposible que sean suficientes- o de supuestos expertos que al externar una opinión adversan y desautorizan el sustento técnico y científico de la propuesta de la autoridad recurrida.

Quinta: En el presente proceso de amparo, el intento de disfrazar la pretensión como una “cuestión amparable”, surge a partir de la invocación del presunto debilitamiento del derecho de acceso a internet o a la red de redes, proclamado por este propio Tribunal en sentencias antecedentes redactadas por el suscrito juez constitucional. Empero, estimo que la propuesta de un modelo tarifario, que ni siquiera ha sido discutido, afinado y finalmente determinado, después de una audiencia pública en la que son admisibles toda suerte de oposiciones técnica y científicamente fundadas, no lesiona directa o inmediatamente el contenido esencial del referido derecho, pese a que algunas opiniones

de personas expertas indican que podría afectar a ciertos grupos en desventaja o desestimular el uso de la internet. El argumento peregrino utilizado para acoger al amparo, equivale a afirmar que el costo inevitable que supone el ejercicio de otros derechos fundamentales provoca, necesariamente, la lesión directa e inmediata a su contenido esencial. De otra parte, el acceso a internet se logra a través de diversos medios –interfaces- no solo mediante los teléfonos inteligentes de tercera generación o de otras ulteriores.

Ernesto Jinesta L.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE RECTIFICACIÓN EN REDES SOCIALES

Exp: 15-006906-0007-CO Res. N° 2015008472

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cinco minutos del diez de junio de dos mil quince .

Recurso de amparo que se tramita en expediente número 15-006906-0007-CO, interpuesto por **[NOMBRE 01], cédula de identidad [Valor 01]**, contra **[NOMBRE 02] EN SU CONDICIÓN DE DIRECTOR DE RADIO GIGANTE Y EL PROGRAMA LA VOZ DEL PUEBLO.**

RESULTANDO:

1.-Por escrito presentado en la Secretaría de la Sala a las 09:24 horas del 19 de mayo de 2015, el recurrente interpone recurso de amparo por violación a su derecho de rectificación y respuesta y manifiesta, en resumen, lo siguiente: que el recurrido dirige el programa “La voz del pueblo” en Radio Gigante en el cual, desde el 09 y, además, el 12 de mayo de 2015, se han hecho manifestaciones falsas, entre ellas que él, en su calidad de Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad renunciaría a su cargo por motivos de salud. Dice que el 13 de mayo de 2015 solicitó una rectificación de las noticias, sin embargo, no solo no se le brindó la oportunidad correspondiente, sino que además fue reiterada la manifestación señalada y se agregó que el Presidente de la República haría el anuncio de la renuncia al regresar de un viaje a Estados Unidos, por lo que tuvo que presentar una nueva solicitud de rectificación el día 14 de mayo de 2015. Considera que con la divulgación de este tipo de noticias se le afecta en lo personal; pero también se afecta la estabilidad de la institución que representa. En virtud de lo anterior, solicita se declare con lugar el recurso, con sus consecuencias.

2.-Por resolución de las 11:39 horas del 19 de mayo de 2015, se le previno al recurrente que aportada la personería jurídica vigente de Radio Gigante, así como, la dirección exacta señalada por su representante

legal o agente residente para efectos de notificación.

3.-Por escrito presentado en la Secretaría de la Sala a las 14:15 horas del 21 de mayo de 2015, el recurrente refiere que de conformidad con la información que consta en el Registro Público, Radio Gigante y/o Programa Radial la Voz del Pueblo, no están constituida como personas jurídicas y, por tanto, son nombres de fantasía. En consecuencia [Nombre 02] es el director tanto de la radio como del programa y actúa en su condición de persona física pues, así se desprende, de la información que publicita el Registro Público y la página web:<http://lavozdelpueblo1.blogspot.com/> . Así, refiere que reitera la dirección indicada en el escrito inicial y, en la cual, se le notificó notarialmente la solicitud de rectificación y respuesta, cuya respuesta no ha recibido aún.

4.-Por resolución de las 16:17 horas del 21 de mayo de 2015, se le concedió audiencia a [Nombre 02] en su condición de Director de Radio Gigante y el Programa La Voz del Pueblo, sobre los hechos acusados por el recurrente. Resolución notificada al señor Walter [Nombre 02], a las 11:45 horas del 25 de mayo de 2015.

5.-Por constancia suscrita por el Técnico Judicial 3 encargado de la tramitación del expediente y el Secretario, ambos de la Sala Constitucional, indican que no aparece que, del 25 al 27 de mayo de 2015, el señor Walter [Nombre 02], en su condición de Director de Radio Gigante y el Programa La Voz del Pueblo, haya presentado escrito o documento alguno a fin de rendir el informe que se le solicitó en la resolución dictada a las 16:17 horas del 21 de mayo de 2015.

6.-En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado **Salazar Alvarado**; y,

CONSIDERANDO:

I.-Asunto preliminar. En vista de que [Nombre 02], en su condición de Director de Radio Gigante y el Programa La Voz del Pueblo omitió rendir informe dentro del plazo fijado por este Tribunal en la resolución de las

11:39 horas del 19 de mayo de 2015, se procede a analizar el presente asunto con base en lo expuesto por el recurrente y la prueba aportada en autos.

II.-Objeto del recurso. El recurrente acusa que [Nombre 02], en su condición de Director de Radio Gigante y el Programa La Voz del Pueblo, violentó su derecho de rectificación y respuesta. Lo anterior, por cuanto el 13 y 14 de mayo de 2015, solicitó la rectificación de publicaciones realizadas por el comunicador desde el 09 de mayo, reiteradas el 12 de mayo de 2015 y, a la fecha que acude en amparo, no se le dado respuesta a sus peticiones.

III.-Hechos probados. De importancia para la resolución del presente recurso, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos de relevancia:

1. Desde el 09 de mayo de 2015, el señor Walter [Nombre 02] publicó en sus perfiles sociales información respecto a la supuesta renuncia de-Presidente Ejecutivo de Instituto Costarricense de Electricidad- por problemas de salud (véase al respecto copia de la publicación remitida por el recurrente).

2. El 13 de mayo de 2015, el recurrente notificó en forma personal al señor Walter [Nombre 02] –Director de Radio Grande y del Programa La Voz del Pueblo-, una solicitud de rectificación y aportó el texto que quería fuese publicado (véase al respecto copia del acta de notificación remitida por el recurrente).

3. El 12 de mayo de 2015, el señor Walter [Nombre 02], publicó en sus perfiles sociales información respecto a la una supuesta confirmación de la renuncia de [Nombre 01]–Presidente Ejecutivo de Instituto Costarricense de Electricidad- por problemas de salud (véase al respecto copia de la publicación remitida por el recurrente).

4. El 14 de mayo de 2015, el recurrente notificó personalmente al señor Walter [Nombre 02] –Director de Radio Grande y del Programa La Voz del Pueblo- una solicitud de rectificación y aportó el texto que quería fuese publicado (véase al respecto copia del acta de notificación remitida por

el recurrente).

IV.-Sobre el derecho de rectificación y respuesta. En el ordenamiento costarricense, el instituto del derecho de rectificación y respuesta, surge a partir del artículo 29, de la Constitución Política; el 14, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, el numeral 66 y siguientes, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Sobre este derecho, el artículo 29, de la Carta Fundamental dispone que:

“...Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (*“Pacto de San José de Costa Rica ”* del 22 de noviembre de 1969, ratificado por Ley No. 4534 de 23 de febrero de 1970), por su parte, establece lo siguiente:

“Artículo 14.- Derecho de Rectificación o Respuesta.

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley .

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

De su parte, la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece lo siguiente :

“Artículo 66.-

*El recurso de amparo garantiza el derecho de rectificación o respuesta que se deriva de los artículos 29 de la Constitución Política y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a toda persona afectada por **informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio**, por medios de difusión que se dirijan al público en general, y, consecuentemente, para efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establece esta Ley.*

En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirá de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido”.

Esta Sala, en sentencia número 1996-2773 de las 10:57 horas del 7 de junio de 1996, reiterada en la sentencia 2014-017808 de las 14:30 horas del 29 de octubre de 2014, sobre la naturaleza de este derecho dispuso:

*“(…) La Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone (artículo 66) que el recurso de amparo garantiza el derecho de rectificación o respuesta que se deriva de los artículos 29 de la Constitución Política y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a toda persona afectada por **informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio**, por medios de difusión que se dirijan al público en general, y, consecuentemente, para efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta. La misma Ley regula (artículo 69) el ejercicio de ese derecho ante el órgano de comunicación autor de la publicación que se propone rectificar o contestar, y luego, mediante el recurso de amparo, ante la Sala Constitucional. La hipótesis típica para ejercer el derecho es que la persona sea afectada o aludida por **informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio por un medio de difusión dirigido al público en general**. Es decir, este derecho está relacionado lógicamente y cronológicamente con otro -el de libertad de expresión- cuyo ejercicio no está, en realidad, limitado por aquel, sino que causa una situación típica en que el derecho de rectificación o respuesta es pasible de manifestarse. Tal manifestación, como ya se indicó, se produce directamente ante el órgano que, en ejercicio de su propia libertad, ha hecho la publicación impugnada: órgano a quien se ofrece la ocasión de reconocer entonces -por sí, esto es, sin que el asunto adquiera proporciones litigiosas- el derecho que esgrime el petente, suministrando el medio para que el punto de vista de éste sea del conocimiento público. La Ley de la Jurisdicción Constitucional pauta el procedimiento y las condiciones en*

que ha de desarrollarse regularmente esa fase de la relación entre el órgano de comunicación y la persona interesada en ejercer el derecho de rectificación o respuesta, sometiéndola a ciertos requisitos: por ejemplo, dispone que el interesado debe formular la solicitud al dueño o director del órgano, que es el llamado a decidir el curso que ha de darse a la petición, y que ésta ha de hacerse -dentro de los cinco días naturales posteriores a la publicación... que se propone rectificar o contestar- (artículo 69). La referencia al dueño o director del órgano implica que este derecho no se ejercita ante el autor de la información, porque no es a éste a quien toca decidir la suerte de la petición: por ende, si más tarde el asunto se plantea ante esta Sala mediante el recurso de amparo, de nada sirve dirigirlo contra el autor de la información, si él no es el dueño o el director del órgano. La previsión del plazo para pedir deja librado a la diligencia del petente el ejercicio del derecho: la Ley le requiere, además, para que acompañe su solicitud con el texto de su rectificación o respuesta redactada en la forma más concisa posible y sin referirse a cuestiones ajenas a ella. Lo que sigue corre por cuenta del órgano de comunicación, cuyo dueño o director enfrenta de momento dos cuestiones de importancia: primero, si el interesado está en posición de ejercer el derecho, o si, por el contrario, no es titular de éste en la situación concreta; segundo, si la información es de las que justifican el ejercicio del derecho, es decir, si se da en concreto el caso de la persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio. En cuanto a la primera cuestión, recuérdese que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al regular esta materia (artículo 14), enfatiza que es titular del derecho toda persona puesta por el medio de difusión en situación de padecer informaciones de aquel carácter: es indiferente, pues, si esa persona es un privado o es un funcionario público; en este último caso, la titularidad del derecho se reconoce en cuanto la información le afecte personalmente. La segunda cuestión la aclara notablemente la misma Convención (en el artículo 14), que prescribe que el derecho consiste en efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta: sea, la rectificación o respuesta del afectado por la información -no la del medio, de quien realmente no se pide que rectifique nada, sino solo que publique el punto de vista del derechohabiente-. De aquí se sigue lógicamente que es este último el que en principio ha de apreciar si la información es inexacta o agraviante. La inexactitud es una significativa falta de correspondencia o de fidelidad con los hechos sobre los que la información versa: se da, por caso, si se omiten hechos importantes para la

formación de un juicio equilibrado, o se incluyen otros que no son ciertos, o deliberadamente o involuntariamente se presentan de tal manera que se induce al lector a percibirlos de cierto modo con exclusión de otros razonablemente posibles, o en condiciones que pueden alterar la ponderación objetiva y correcta que de lo acontecido llegare a tener el público. Por lo que toca al agravio que el derechohabiente resiente, de lo que se trata es de que la información divulgada, por su contenido, características y forma de manifestación, sea adecuada -razonablemente- para que aquel decline o desmerezca en el aprecio o la consideración que los demás le tienen. Esto puede acaecer tanto si la información se refiere a él en lo puramente personal, como si tiene por objeto el ejercicio de la actividad que él personalmente despliega como actividad profesional, es decir, si incide en la opinión que los demás pueden tener acerca de la manera en que hace su trabajo, o -lo que es igual- en su prestigio profesional. En fin: la Ley somete al medio de difusión a un plazo muy corto para reconocer el derecho de rectificación o respuesta (el plazo es de tres días a contar del efectivo ejercicio del derecho), y le prescribe además que el texto de la persona afectada sea publicado y destacado en condiciones equivalentes a las de la publicación que lo motiva. La inmediatez es esencial porque se trata de que el derechohabiente tenga posibilidad real de que la gente a la que ha llegado la información pueda formar una opinión o un juicio mejor fundado y por ende más equilibrado a partir de versiones distintas y contrastantes de la misma situación, y que esa posibilidad no se esfume por completo a causa del carácter naturalmente efímero del fenómeno de la información y la comunicación. De allí que no queda librado al arbitrio del medio la oportunidad o el momento para divulgar ese texto, y que el derecho se infrinja si se excede el plazo legal. Otro tanto sucede -y por parecido orden de razones- si la rectificación o respuesta se publica en condiciones o con características que no guarden relación con la publicación que la origina. Se comprende fácilmente que un notorio desequilibrio en las características y la forma de divulgar la información inicial y la rectificación o respuesta del interesado, puede hacer casi tan inútil el ejercicio de este derecho como si nada se hubiese publicado" II.- En relación al presente asunto, esta Sala no considera que el órgano de comunicación recurrida se haya extralimitado en la reducción que hizo, según lo dicho por el recurrente, del texto enviado, ni que haya obviado su obligación de hacer la publicación en condiciones equivalentes a las de la publicación que motivó la respuesta. Sobre este último aspecto, ha de

tomarse en cuenta que la equivalencia de condiciones no significa que la respuesta deba publicarse en exactamente en el mismo lugar del periódico en que apareció la publicación que la motivó, pues ello significaría eliminar la facultad del medio de diseñar su línea editorial. Es propio de los periódicos que hayan secciones determinadas según la naturaleza y el tema de la noticia, y corresponde a quienes lo dirigen determinar que noticias tienen mayor relevancia que otras, y cuales han de ser los titulares que aparezcan en portada. Por ello, la equivalencia no implica, necesariamente, que una publicación que por su importancia fue objeto de un titular en portada deba ser respondida, por quién cree tener derecho a ello con otro titular en portada. La obligación del medio de comunicación de publicar o difundir la respuesta como resultado del ejercicio del derecho de respuesta, cuando es procedente, no puede significar la pérdida la capacidad para diseñar la presentación del material informativo que tiene el medio de comunicación. Desde este punto de vista, es desmesurada la petición del recurrente y suficiente el espacio que le fue otorgado para la publicación de su respuesta. Finalmente, la reducción del texto tuvo como objetivo limitar la respuesta a directamente relacionado con la publicación que la motivó, pues lo dicho en esta última respecto al recurrente quedó aclarado en la respuesta que le fue publicada. En consecuencia, el recurso resulta inadmisibles y así debe declararse. (El destacado no es parte del original).

V.-Sobre el caso concreto. El recurrente alegó que Walter [Nombre 02], quien es Director de Radio Gigante y el Programa La Voz del Pueblo, se rehusó a rectificar las notas publicadas en sus perfiles de redes sociales del 09 y 12 de mayo de 2015. Al respecto, en primer lugar, conviene indicar que el derecho de rectificación fue ejercido en tiempo, pues el recurrente presentó las solicitudes dentro de los cinco días naturales siguientes a los días de las publicaciones, en los términos dispuestos en el artículo 69, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Ahora bien, propiamente con respecto a las publicaciones, de la prueba aportada en autos, se desprende que el comunicador, el 09 de mayo de 2015, indicó lo siguiente:

“... Según informaciones confidenciales se confirma la renuncia de [Nombre 01] como presidente del ICE Problemas de salud han afectado a dicho funcionario el cual al no tener vacaciones

pendientes pidió una semana completa de permiso sin goce de salario y no asistió al ICE desde el 1 al 6 de mayo de este año. En las sesiones de la Junta Directiva OBREGON no se presentó y se da por un hecho que el Presidente Luis Guillermo Solís Rivera ha aceptado la renuncia del Presidente del ICE. Ampliaremos esta información en próximas horas”.

En cuanto a ese escrito, el recurrente remitió, el 13 de mayo de 2015, un documento al señor [Nombre 02], por medio del cual, solicitó la rectificación de los datos publicados y, como texto a publicar, dispuso el siguiente:

“No es cierto que [Nombre 01] haya presentado su renuncia al cargo de Presidente Ejecutivo del ICE. Tampoco es cierto que se encuentre afectado de salud.

ES FALSA LA INFORMACION DIVULGADA SOBRE EL PRESIDENTE EJECUTIVO DEL ICE

Sin cumplir con los principios éticos del periodismo que exigen verificar la información y aplicar el equilibrio informativo, se divulgó en seis perfiles de [Nombre 02] en Facebook, un rumor sobre el Presidente Ejecutivo del ICE, Ing. [Nombre 01]n, procedente de una fuente anónima como si fuera información veraz. Por tanto, sobre dicha información se aclara:

-No es cierto que don [Nombre 01] haya renunciado como Presidente Ejecutivo del ICE.

-No es cierto que don [Nombre 01] presente problemas de salud.

-No es cierto que pidió permiso sin goce salarial por complicaciones de salud.

-No es cierto que el Presidente Luis Guillermo Solís ha aceptado la renuncia.

El Presidente Ejecutivo del ICE seguirá al frente de una de las instituciones mas emblemáticas de Costa Rica, con el compromiso de fortalecer el modelo sostenible, solidario y de visionario, impulsado desde 1949 y que constituye un ejemplo para el mundo”.

Ahora bien, la publicación del 12 de mayo de 2015, en lo que interesa al amparado, textualmente, lo siguiente:

“CONFIRMADO. EL PRESIDENTE EJECUTIVO DEL ICE CARLOS OBREGON ABANDONARA LA INSTITUCIÓN A FINALES DE MES. EL ANUNCIO LO HARÁ EL PRESIDENTE SOLÍS A SU REGRESO DE EEUU. HOY DON TEOFILO DE LA TORRE VISITO LA PRESIDENCIA EJECUTIVA DEL ICE VARIAS HORAS LO QUE NOS HACE PENSAR QUE DON TEO PIDRIA (sic) ASUMIR A PARTIR DEL 1 DE JUNIO LA DIRECCIÓN DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD”.

En cuanto a ese escrito, el recurrente remitió, el 14 de mayo de 2015, un documento al señor [Nombre 02], por medio del cual, solicitó la rectificación de los datos publicados y, como texto a publicar, dispuso el siguiente:

“Nuevamente debo rectificar otro mensaje falso que publiqué el día 12 de mayo en Facebook, bajo mi perfil. No es cierto que don [Nombre 01] abandona el ICE a fin de mes. Tampoco es cierto que el Presidente Solís lo anunciará próximamente.

ES FALSA LA INFORMACIÓN QUE PUBLIQUÉ SOBRE EL PRESIDENTE EJECUTIVO DEL ICE

Se divulgó falsamente el día 12 de mayo del año en curso -como una noticia confirmada-, que don [Nombre 01] abandona su cargo como Presidente Ejecutivo del ICE a fin de mes. También se divulgó falsamente que el Presidente Solís haría el anuncio a su regreso del viaje a Estados Unidos.

Rectifico que don [Nombre 01] seguirá al frente del ICE, con el compromiso de fortalecer el modelo sostenible, solidario y de visionario, impulsado desde 1949 y que constituye un ejemplo para el mundo”.

En este caso, tal y como se desprende de los documentos citados, resulta claro que si bien, algunos extremos del texto que el recurrente pretende rectificar resultan ser una solicitud de retractación, lo cierto del caso, es que evidentemente la pretensión principal del interesado es que el comunicador involucrado rectifique información que resulta a su juicio inexacta. Así, lo que procedía en este caso, si el comunicador

consideraba que la publicación contenía comentarios o afirmaciones que excedían el límite de lo razonable, era editar la respuesta del interesado respetando la naturaleza del acto; es decir, el cometido de la persona interesada -según lo dispuesto en el artículo 69, inciso c), de la Ley de la Jurisdicción Constitucional- (véase en similar sentido la sentencia 2013-014679 de las 14:30 horas del 06 de noviembre de 2013). Ahora bien, en vista de que el recurrido no rindió el informe que le fue solicitado por esta Sala por resolución de las 16:17 horas del 21 de mayo de 2015 (notificada -según actas- a las 11:45 hora del 25 de mayo de 2015), se tiene por acreditado que el señor [Nombre 02] no publicó la versión del interesado. Razón por la cual, se acreditó que el comunicador incurrió en la acusada vulneración del derecho de rectificación y respuesta del recurrente; y, por ende, lo procedente es declarar con lugar el recurso, en los términos dispuestos en la parte dispositiva de esta sentencia.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso. Se le ordena a [Nombre 02], en su condición de Director de Radio Gigante y el Programa La Voz del Pueblo, publicar, con respecto a la solicitud de rectificación planteada por el señor [Nombre 01] el 13 de mayo de 2014, el siguiente texto:

- 1. "Que no es cierto que él -[Nombre 01]- haya presentado su renuncia al puesto que ostenta como Presidente del Instituto Costarricense de Electricidad"*
- 2. Que no es cierto que se encuentre afectado por razones de salud.*
- 3. Que no es cierto que haya gestionado un permiso sin goce salarial por complicaciones en su estado de salud.*
- 4. Que no es cierto, que el señor Luis Guillermo Solís, en su condición de Presidente de la República, haya aceptado su supuesta renuncia"*

Por su parte, respecto a la solicitud de rectificación presentada el 14 de mayo de 2015, deberá publicar el siguiente texto:

- 1. "Que no es cierto que él -[Nombre 01]- abandonará el Instituto*

Costarricense de Electricidad a fin de mes.

2. Que no es cierto que el señor Luis Guillermo Solís, en su condición de Presidente de la República, anunciará su renuncia próximamente, luego de su viaje a Estados Unidos”.

Lo anterior, deberá publicarlo, en condiciones equivalentes a las publicaciones originales; y, además, dentro de los tres días siguientes a la comunicación de esta sentencia. Se condena a [Nombre 02] al pago de las costas, daños y perjuicios causados, extremos que se liquidarán en ejecución de sentencia en la vía civil. Comuníquese.

Gilbert Armijo S.

Presidente

Ernesto Jinesta L. Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

Nancy Hernández L.

Luis Fdo. Salazar A.

Alicia Salas T

Exp : 17-000191-0007-CO

Res. N° 2017011212

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las doce horas con quince minutos del catorce de julio de dos mil diecisiete.

Recurso de amparo que se tramita en el expediente **N° 17-000191-0007-CO**, interpuesto por NOMBRE01, cédula de identidad VALOR01, y OTROS contra la **SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES (SUTEL) y OTROS.**

RESULTANDO:

1.-Por escrito recibido en la Sala el 6 de enero de 2017, el accionante Porras Castillo interpone un recurso de amparo. Manifiesta que mediante los acuerdos Nos. 023-049-2013 y 006-009-2013, el Consejo de la SUTEL homologó los documentos: "Anexo de Planes Móviles post pago", "Contrato Marco para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones Movistar y el Anexo para la Identificación del cliente y servicios contratados" y el "Contrato Universal para la prestación de servicios de telecomunicaciones y su Anexo de servicio postpago Telefonía Móvil Celular", a las marcas Kolbi, Movistar y Claro, respectivamente, los cuales establecen una cláusula de política de uso justo. Considera que los planes de telefonía móvil "postpago" de Movistar y Claro limitan la velocidad de Internet a niveles en los que se vuelve casi imposible el acceso a Internet. Afirma que Movistar limita la velocidad a 128kbps y Claro limita la velocidad a 256kbps, penalización que ocurre después de un consumo base estipulado en los contratos de adhesión. Señala que, según Kolbi, la política de uso justo no aplica en la tecnología 3G, sólo en la tecnología LTE; es decir, el operador permite navegar, ilimitadamente, y sin penalizaciones (sobre la velocidad) dentro de la red 3G. Aduce que en el voto No. 2010-010627 de las 8:31 horas de 18 de junio de 2010, la Sala Constitucional declaró que el acceso a Internet es un derecho fundamental, por tratarse de un vehículo indispensable

y necesario para transitar en la sociedad de la información. Agrega que, según la sentencia, por tratarse de un servicio público, está sujeto a los principios constitucionales de eficiencia, eficacia, igualdad, continuidad y adaptabilidad. Argumenta que el principio rector de neutralidad tecnológica, dispuesto en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones, impide a los prestadores del servicio de Internet discriminar el acceso de los internautas. Añade que, al declararse el acceso a Internet como derecho fundamental, indispensable para ejercer la libertad de pensamiento y de expresión, consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se entiende que el acceso a Internet debe ser garantizado y protegido. Solicita que se declare con lugar el recurso y se ordene la anulación de la política de uso justo, dentro de los contratos de adhesión de los operadores de telefonía móvil.

2.- Por resolución de las 11:50 horas del 9 de enero de 2017, se dio curso al amparo.

3.- Por escrito recibido en la Sala el 16 de enero de 2017, el recurrente Porras Castillo amplía sus argumentos. Remite al informe A/HRC/17/27 de la Organización de las Naciones Unidas, a la resolución A/HRC/20/L.13 del 29 de junio de 2012 del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y a la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet (OEA) del 1 de junio de 2011. Reitera su pretensión.

4.- Por escrito recibido en la Sala el 20 de enero de 2017, informa bajo juramento Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, en su condición de Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), que es cierto que el Consejo de la Sutel homologó el “Anexo de Planes Móviles post pago” al contrato de la marca Kolbi mediante acuerdo 023-049-2013. También reconoce que dicho Consejo homologó el “Contrato Marco para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones Movistar y el Anexo para la Identificación del cliente y servicios contratados” mediante acuerdo 006-009-2013. Ambos documentos contienen cláusulas sobre políticas de uso justo. Aclara que el “Contrato Universal para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones” y el anexo denominado “Contrato de servicios postpago de telefonía móvil”,

ambos del operador Claro CR Telecomunicaciones S.A., fueron aprobados en sesión ordinaria 076-2014 del 10 de diciembre de 2014 del Consejo, mediante acuerdo N° 019-076-2014. Este también regula una cláusula sobre política de uso justo. Indica que dicha cláusula disminuye la velocidad, mas no impide el acceso al servicio de Internet móvil. Indica que la Sala emitió la sentencia N° 10627-2010 del 18 de junio de 2010; no obstante, esta se refiere a Internet fijo, que no es objeto del amparo. Aclara que los servicios de telecomunicaciones se consideran “disponibles al público”, lo cual viene a marcar la apertura de los servicios de telecomunicaciones a la competencia. (Ley N° 8642). Lo anterior se deriva del compromiso adquirido en el Anexo 13 del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. En relación con el principio de neutralidad tecnológica, explica que de conformidad con el mismo se refiere a posibilidad que tienen los operadores/proveedores de servicios de telecomunicaciones, para elegir las tecnologías por medio de las cuales brindan sus servicios; en ningún caso hace referencia a la discriminación o limitación del acceso del servicio de Internet (artículo 3 inciso h) de la Ley General de Telecomunicaciones). Explica la aplicación de la política de uso justo. Al respecto, señala que las redes de telefonía e Internet móvil cuentan con recursos que son compartidos entre todos los usuarios que utilizan en determinado momento la misma infraestructura, especialmente en lo que respecta al segmento de red entre la radiobase y el terminal móvil. Los planes de telefonía móvil sin límite de consumo suelen propiciar la aparición de clientes que hacen un uso intensivo de la red móvil, al acaparar los recursos de la misma por largos periodos de tiempo, impidiendo a otros usuarios acceder a la red con buenas condiciones de prestación del servicio, afectando su eficiencia y buen funcionamiento. Según lo anterior, el uso excesivo por parte de algunas personas de los recursos de una red compartida, impacta de forma directa la posibilidad de acceso y uso en condiciones normales a los demás usuarios (mayoría), afectando los niveles de calidad de estos servicios. En virtud de lo anterior, y con el fin de proteger los derechos de los usuarios, para que puedan acceder en igualdad de condiciones a los servicios de Internet móvil, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, mediante acuerdo 014-021-2014, tomado en la sesión ordinaria N°021-2014 del día 02 de abril del 2014, emitió la resolución número RCS-063-2014, titulada “Autoriza en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los

contratos de servicios de acceso a Internet móvil”, por medio de la cual se fijaron las condiciones que regulan el consumo excesivo de descarga de datos, con el objetivo de reducir la congestión de redes y así evitar que se vea afectada la calidad del servicio para una mayoría de usuarios. Dicha resolución resolvió aprobar en forma temporal el establecimiento de condiciones o prestación específica de la obligación contractual denominada “Política de Uso Justo” de los operadores ICE, Telefónica y Claro. Desprende de dicha resolución que los operadores citados poseen la facultad para aplicar dichas condiciones si se cumplen los lineamientos establecidos en la misma. Enfatiza que la resolución no establece una limitación total del servicio de Internet móvil, sino que lo que se hace es una disminución de la velocidad contratada. No obstante, el servicio se continúa prestando de forma ilimitada. De conformidad con la resolución mencionada, la velocidad a la que se reduce el acceso al servicio de Internet, una vez superado el límite de descarga, debe ser determinada por los operadores, e indicada en los contratos de adhesión suscritos por los usuarios finales, aplicando las razones de equidad, igualdad y razonabilidad de la medida, siendo que se reduzca a una velocidad que tienda a una carga equitativa, y que la calidad del servicio contratado no sea degradada al punto que se impida el funcionamiento del servicio y a su vez desaliente la continuación del consumo excesivo de parte del usuario, y que este realice un consumo normal y moderado. Cita el punto 8 del apartado de la resolución, denominado “*Condiciones de la política de uso justo o medidas similares*”, donde se establece el criterio en el que deben basarse los operadores, para determinar si un usuario incurre en consumo abusivo. Según dicho punto, un informe de la Dirección General de Calidad había establecido que un 5% de los usuarios efectúan un consumo extraordinario del servicio de Internet móvil para la modalidad de pospago, los cuales acaparan alrededor de un 35% de los recursos y capacidad de las redes de los operadores. En ese punto se indicó que el límite o umbral debía ajustarse a 1) la capacidad o velocidad contratada y 2) el porcentaje de descarga excesiva en relación con otros usuarios que se encuentran en su condición. Se señaló que el umbral debía ser establecido tomando en cuenta su aplicación al 20% de los clientes de consumo extraordinario, excesivo e intensivo. Es por lo anterior que el consumo de un usuario se considera como excesivo cuando sobrepasa el límite o umbral de descarga contratado durante un ciclo de facturación. Este límite o

umbral es definido en los contratos de adhesión, que se establecen entre los citados operadores y los usuarios. Cita el punto 2 a) de la resolución: “(...) Este límite o umbral debe responder a la finalidad de la política y orientarse al porcentaje de clientes que hacen un uso extraordinario o excesivo de la red (...)” y el punto 2 f), en cuanto a que debe prevenirse a los usuarios cuando el consumo mensual alcance el 80% de los GBytes establecidos como límite o umbral e indicar la velocidad a la cual se le estaría disminuyendo el servicio. Aclara que la velocidad de acceso al servicio de Internet móvil no determina la calidad del mismo, dado que puede existir servicio de alta velocidad que no cumplan con los umbrales de calidad establecidos en el Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios, así como servicios de baja velocidad que cumplan con dichos umbrales. Cita a manera de ejemplo los indicadores de pérdida de paquetes, que se encuentran regulados en los artículos del 95 y 96 del citado reglamento. En cuanto al acceso a Internet móvil con la velocidad restringida, señala que dicha reducción no implica la restricción al acceso del servicio de Internet móvil. Explica la relación entre velocidad de descarga y el tiempo que se requiere para navegar en Internet. Define la velocidad de transferencia de datos e indica que la velocidad de transferencia en el sentido de descarga (*download*) determina la rapidez con la que es posible obtener un archivo de Internet. A mayor velocidad de descarga, el contenido deseado será desplegado de manera más rápida. A partir de datos de la página *HTTP Archive Report* en cuanto al tamaño promedio de una página web, realiza cálculos sobre el tiempo que demoraría descargar tal página con diferentes velocidades de descarga. Realiza el mismo cálculo con un mensaje de texto de *WhatsApp*. Transcribe una tabla ejemplificativa sobre el tiempo de descarga para un determinado archivo a diferentes velocidades. Aclara que a menor velocidad, mayor es el tiempo de espera, lo que no implica la imposibilidad de acceder al servicio. Acota que la velocidad de transferencia de datos máxima se verá determinada inicialmente por la capacidad inherente a la tecnología de telefonía móvil que se utilice. Posteriormente, se verá afectada por la cobertura, plan seleccionado, manejo de la red del operador y características del terminal. Afirma que en la actualidad funcionan tres tecnologías de telefonía móvil en Costa Rica. Presenta una tabla con las velocidades de navegación teóricas máximas alcanzables por cada una. El definir qué tipo de tecnología móvil se utiliza en un determinado momento

dependerá de las especificaciones técnicas, terminal seleccionado, su configuración, el uso que se le esté dando al mismo, disponibilidad de la red por parte del operador y la administración de la misma que este haya implementado. Las tecnologías con velocidades de navegación más altas permiten al operador conectar a más usuarios de manera simultánea para una velocidad determinada. Transcribe una tabla sobre los niveles de cobertura de los tres operadores de red. Afirma que múltiples operadores a nivel mundial han implementado las políticas de uso justo, que permiten reducir la velocidad, una vez superado un límite de consumo. Señala que la práctica de limitar la velocidad de descarga busca desalentar el consumo excesivo por parte del usuario, de forma que este realice un consumo normal y moderado. Cita ejemplos de otros países. A partir de ellos, manifiesta que no existe un criterio técnico estandarizado a nivel mundial para determinar en qué proporción se debe disminuir la velocidad de navegación, una vez que se ha sobrepasado un determinado umbral de consumo. Esta práctica busca lograr mayor equidad de acceso en mejores condiciones de servicio para todos. En cuanto a Costa Rica, las velocidades a las cuales se reduce el servicio son superiores a los máximos que se pueden prestar a través de la red 2G (GSM), que es la que presenta menores capacidades para el uso de este servicio. Indica que las velocidades denunciadas por el recurrente (128 kbps de Movistar y 256 kbps de Claro) se encuentran por encima de las prácticas de otros operadores a nivel mundial e incluso se podría afirmar que, con las citadas velocidades, el cliente tendría la capacidad para comunicaciones de Voz sobre IP (VoIP). Transcribe una tabla sobre los anchos de banda ocupados por llamadas de VoIP. Explica que, dependiendo del uso del servicio de Internet móvil, la velocidad de transferencia de datos impacta directamente en el tiempo de carga de información por el terminal. No obstante, en ningún momento se limita o interrumpe la disponibilidad del servicio, tan solo se aumentan los tiempos de espera para que los datos sean entregados. Acota que la experiencia del usuario a una determinada velocidad es relativa al tipo de aplicaciones que esté ejecutando en un determinado momento. Explica que la experiencia será prácticamente la misma para mensajes de texto tipo *WhatsApp*, independientemente de la velocidad recibida (mensajes en órdenes de milisegundos); sin embargo, el tiempo de espera será superior para que se despliegue una página WEB completa. Se refiere a Internet móvil

como un servicio disponible al público. Menciona que la Sala se refirió en la sentencia N° 2010-010627 de las 8:30 horas del 18 de junio de 2010 al aprovisionamiento de un servicio de Internet fijo, al cual no se aplican políticas de uso justo, debido a que en dichas redes no se da una competencia por la obtención de recursos de red para poder comunicarse equivalente a la que se presenta en las redes móviles. Lo anterior ya que una sola radiobase de telefonía móvil suele dar servicios a cientos de usuarios de forma simultánea, haciendo uso de determinadas bandas del espectro radioeléctrico que corresponden a un recurso escaso. Es así como se puede afirmar que una radiobase ofrece recursos limitados de espectro radioeléctrico, potencia y cobertura, los cuales deben compartirse de manera simultánea. Para una misma zona de cobertura, estas redes deben dar servicio a una cantidad de usuarios variable; con el fin de garantizar un servicio adecuado para todos, se establecen políticas que buscan dar un acceso equilibrado a la red. Por otro lado, las redes fijas no están sujetas a limitantes de espectro radioeléctrico y permiten un desarrollo administrado por el operador acorde a su capacidad. Si bien existen redes fijas cuyo medio de acceso es compartido, las posibles restricciones son dimensionadas fácilmente por el operador, quien procede a instalar equipos adicionales. Refiere que la Superintendencia ha insistido en incorporar a nuestra legislación el concepto de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, tesis que explica. Relata que la reforma de 2008 excluyó los servicios de telecomunicaciones de la clasificación de servicios públicos definida en el artículo 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en virtud de la apertura del mercado y la prestación de estos servicios (telecomunicaciones), por parte de sujetos privados, rompiéndose el monopolio estatal existente hasta ese momento. Transcribe la definición de los servicios de telecomunicaciones del artículo 6 numeral 23) de la Ley No. 8642, Ley General de Telecomunicaciones. Aclara que al encontrarnos frente a la comercialización de un servicio disponible al público, caracterizado normativamente como una actividad económica de interés general (artículo 74 de la Ley No. 7593), se genera en consecuencia el pago de una prestación a favor del proveedor del servicio y surge entre ambos sujetos –el prestatario y el usuario o cliente del servicio- una relación contractual mercantil que se encuentra dentro del ámbito de regulación del derecho privado, en virtud de la actividad desarrollada, la celebración

de un acto de comercio y la naturaleza de la obligación pecuniaria que se genera por la actividad comercial (precio o tarifa). Cita el dictamen N° 185 del 25 de agosto de 1995 de la Procuraduría General de la República para diferenciar entre un precio público (tarifa) y una tasa (de naturaleza tributaria). Refiere que la obligación pecuniaria del usuario es un precio que considera para su establecimiento una serie de aspectos sociales, ambientales, económicos y jurídicos; su imposición no es una mera aplicación del poder de imperio de la administración, a diferencia de las obligaciones de naturaleza tributaria. Caracteriza el régimen actual por ser más ágil, flexible y desarrollarse en un ambiente de competencia, del cual participan activamente sujetos de naturaleza pública y privada. Adicionalmente, surge la fijación de un precio o tarifa, con el objeto de que estos partícipes activos del mercado puedan ofrecer y prestar su servicio de telecomunicaciones, recibiendo a cambio una contraprestación pecuniaria por parte de sus clientes, la cual inclusive podría eventualmente ser establecida por los mismos proveedores, en caso de presentarse las condiciones idóneas de mercado. El proceso para su fijación, encuentra fundamento normativo en el artículo 3 y los definidos del 29 al 35, todos de la Ley No. 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Transcribe el numeral 52 de la Ley 8642 en cuanto al régimen sectorial de competencia de la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones. En cuanto a la neutralidad tecnológica, cita el inciso h del ordinal 3 de la Ley General de Telecomunicaciones. Afirma que la neutralidad tecnológica no constituye una prohibición impuesta a los operadores para controlar la conexión de los usuarios a las redes públicas de telecomunicaciones, ni puede entenderse tampoco como un derecho de los usuarios de tener acceso a Internet de forma indiscriminada, como lo sugiere el recurrente. Por el contrario, el principio de neutralidad tecnológica brinda a los operadores la flexibilidad necesaria para que estos puedan utilizarlas tecnologías que consideren más adecuadas con el fin de brindar sus servicios al usuario final con condiciones adecuadas de calidad y precio. Considera que el recurrente interpreta subjetiva e incorrectamente los alcances de dicho principio. Disputa que sean vinculantes los instrumentos internacionales citados por el tutelado. Además, no son aplicables a la materia en estudio. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

5.-Mediante resoluciones de las 14:51 horas del 22 de febrero de 2017 y 10:20 horas del 1 de marzo de 2017, la Sala solicitó prueba para mejor resolver.

6.-Mediante escrito recibido en la Sala el 7 de marzo de 2017, informa bajo juramento Juan Manuel Cordero González, en su condición de Defensor Adjunto de los Habitantes de la República. Manifiesta que la Defensoría de los Habitantes emitió un informe especial que tuvo como punto de partida el análisis del oficio N°1384-SUTEL-CS-2017. En dicho informe, se pronunció sobre la decisión adoptada por la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) de aplicar la Política de Uso Justo para el Servicio de Internet Móvil (oficio DH-181-2017). Declara que la intervención de la Defensoría de los Habitantes inició cuando el ICE anunció que a partir del 1° de marzo aplicaría esta política. Alega que a la fecha no han recibido respuesta de la SUTEL en relación con el informe y recomendaciones emitidos. Explica que a partir de lo que la Superintendencia manifieste, se valoraría si es pertinente realizar ulteriores acciones. Transcribe el informe especial, donde la Defensoría concluía a partir del oficio N°1384-SUTEL-CS-2017 que, para tratar con el problema de la congestión en las redes móviles, SUTEL consideraba como estrategia prioritaria la “política de uso justo” junto con las iniciativas generadas para aprobar el cobro por descarga, dejando de lado otras estrategias que la misma SUTEL ha identificado como medulares e impostergables para solucionar el problema de saturación del servicio. El informe señala que en el oficio, SUTEL no presenta evidencia de que haya ejecutado las recomendaciones emanadas al Consejo Directivo del oficio N° 2042-SUTEL-DGC-2014, las cuales consistían en ampliar la capacidad de las redes para reducir al máximo los niveles de congestión detectados y así cumplir con las velocidades comercialmente ofrecidas; para atender dicho aumento de capacidad, se sometió a valoración del Consejo requerir a los operadores el uso de las alternativas de *offloading* señaladas en el informe. Además, instruir a los operadores que con el fin de reducir la incidencia de reclamaciones ante la SUTEL, consideraran la capacidad de las redes para la comercialización de nuevos servicios. El informe especial concluye que las limitaciones al acceso a Internet como la “política de uso justo” y el cobro por descarga deben ser sometidas a un riguroso escrutinio tomando en cuenta la doctrina y jurisprudencia de los derechos humanos. Ese escrutinio debe empezar

por el análisis público, abierto y transparente de los fundamentos, alcances y mecanismos de aplicación de esta política. Se indica que no fue posible poner en práctica el cobro por descarta para Internet móvil por problemas en esos temas. El informe especial indica que la “política de uso justo” fue aprobada por la SUTEL en 2014, sin que sus fundamentos, justificación y alcances fueran previamente conocidos por el público. Aclara que incluso el estudio técnico que recomienda la aplicación de dicha política fue declarado confidencial por la SUTEL. Recalca que la SUTEL justifica la política con los mismos fundamentos utilizados en 2014, haciendo presumir que nada ha cambiado en el servicio de Internet móvil; la SUTEL tampoco ha presentado evidencia sobre los efectos positivos de esta, a pesar del tiempo transcurrido, poniendo en tela de duda la temporalidad de la misma. A causa de esto, la Defensoría recomendó al Consejo Directivo de la Superintendencia de Telecomunicaciones lo siguiente: 1) dejar sin efecto la resolución RCS-063-2014 que autoriza en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil. 2) En caso de que se considere necesaria la aplicación de la política, se recomienda diseñar una propuesta que se fundamente en información y las condiciones respectivas de mercado para 2017. 3) Someter la propuesta que se diseñe a audiencia pública y poner a disposición de los habitantes toda la información que sea necesaria para valorar adecuadamente los alcances, fundamentos y justificación de tales medidas. Concuera con el recurrente sobre el acceso a Internet como un derecho fundamental, indispensable para ejercer la libertad de pensamiento y expresión del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Considera que la insistencia de la SUTEL en reducir la naturaleza jurídica del acceso a Internet a un “servicio de telecomunicaciones disponible al público” por haber sido así declarado en la Ley General de Telecomunicaciones carece de interés y efecto jurídico. Con respecto a la velocidad de Internet de la cual se queja el recurrente, declara que está a la espera del análisis solicitado a la Academia Nacional de las Ciencias sobre las posibilidades efectivas de utilizar Internet con la velocidad de 128kbps, que es la velocidad aplicada por el Instituto Costarricense de Electricidad en la implementación de la “Política de uso justo”.

7.- Mediante escrito recibido en la Sala el 8 de marzo de 2017, informa bajo juramento Carlos Vargas Castillo y Elena Gabriela Barrantes Sliesarieva, por su orden Director y Profesora, ambos de la Escuela de Ciencias de la Computación e Informática de la Universidad de Costa Rica. En cuanto a la posibilidad de determinar técnicamente una velocidad mínima del servicio de Internet móvil para que el acceso a Internet sea funcional, acotan que el término “acceso funcional” no tiene una definición precisa y que puede interpretarse de diferentes formas. Responderán tomando en cuenta dos aspectos deferentes: la experiencia del usuario y la capacidad de realizar ciertas tareas específicas. Respecto a la experiencia del usuario, funcional debería referirse a que la persona usuaria perciba una navegación fluida: *“En el campo de la Interacción Humano-Computador este es un problema que ha sido estudiado por largo tiempo (...) y existen principios bien establecidos sobre límites de tiempo para lograr una percepción aceptable de la interacción con cualquier sistema computacional tradicional (...). Dichos principios han sido aplicados a los nuevos dispositivos y sistemas móviles. Por ejemplo, en el año 2015, Google publicó un modelo de rendimiento centrado en el usuario llamado RAIL (Response, Animation, Idle, Load)(...) que mide la experiencia del usuario al navegar con base a cuatro variables [tiempo de respuesta, velocidad de animación, tiempo ociosos y tiempo de carga]. Además, publicaron herramientas para medir la experiencia del usuario con sistemas en línea, como ayuda para los desarrolladores (...). Este modelo [o cualquier otro modelo similar] es importante para esta respuesta porque define límites de tiempo que si se sobrepasan dañan en diferente medida la experiencia de navegación del usuario. Así, por ejemplo, el usuario debe recibir una retroalimentación en menos de 100 ms luego de presionar un botón antes de que perciba discontinuidades en la navegación. Es por esto que típicamente cuando las páginas WEB están cargando, muestran avances parciales, para que la persona continúe teniendo la sensación de que algo está ocurriendo.”* Aplican lo dicho anteriormente a los ejemplos puestos por la SUTEL en su informe: *“Según lo indicado por SUTEL en su informe No. 00589-SUTEL-UJ-2017, tomado en cuenta las estadísticas de la página HTTP Archive Report, el tamaño de la página WEB promedio (para el 02 de diciembre de 2016), tenía un peso de 2479 kB. También de acuerdo con el mismo informe, con una conexión de 2Mbps dicha página cargaría completamente unos 10 segundos, mientras que con una conexión de 128 kbps lo lograría en*

aproximadamente 2,6 minutos. Haciendo una sobresimplificación y suponiendo que se pudiera llevar a cabo un "llenado" uniforme conforme arriben los datos, y manteniendo el umbral de 100 ms de RAIL, tenemos que la página de 2479 kB puede ser dividida en porciones de aproximadamente 24 kB así que cada segundo el usuario vería la pantalla "llenarse" de alrededor del 9% de la página y percibiría poca discontinuidad. En cambio, con 128 kbps, cada 100 ms se obtienen a lo más 1.6 kB, en un segundo se obtendría a lo más 16 kB, mucho menos del 1% de la página. Esta cantidad de bits sería casi invisible para el usuario, con lo que la percepción sería de que la página "no está cargando", y perjudicando significativamente la percepción de la navegación. Adicionalmente, en muchos sitios, una carga de 2,6 minutos será interrumpida por considerar que falló la transmisión, con lo que el usuario nunca logrará acceder a dicha página bajo estas velocidades." Desde el punto de vista de realizar ciertas tareas específicas, indican que diferentes aplicaciones tienen diferentes necesidades de ancho de banda, calidad de transmisión, retardos y otros aspectos. Para poder determinar la velocidad de acceso funcional bajo este criterio, se deben conocer las características de uso de las aplicaciones, que varían por persona. Explican: *"Para un usuario que requiere comunicaciones por videovía Skype frecuentemente para realizar su trabajo, las características serán diferentes que para aquel usuario que revisa más que nada Facebook y correo electrónico para mantenerse en contacto con la familia. Es por esto que no existe un criterio unificado de cuánto es la velocidad de acceso funcional para cualquier usuario."* Resumen que la pregunta sobre la velocidad mínima para un Internet funcional pasaría por definir qué es lo que se desea garantizar: la experiencia general del usuario, la provisión de ciertos servicios dados, la protección del ancho de banda del operador u otros. Una vez definido, se deben decidir los límites que se desean implementar, lo que requiere una caracterización de las necesidades funcionales, realizando un estudio de patrones de consumo y tratando de apegarse a un promedio ponderado (no un mínimo, que aplica a usuarios que hacen muy poco uso de Internet). La segunda pregunta se refería a cómo se realizaría la determinación de la velocidad mínima del servicio de Internet móvil para que el acceso a Internet sea funcional. Señalan que, si se desea caracterizar el acceso por tipo de aplicación, se debe realizar un estudio estadístico de los patrones de consumo de los clientes de cada operador, tomando en cuenta varias variables (horas de consumo pico, aplicaciones utilizadas,

tipo de tráfico, tipo de dispositivo, entre otros). Con independencia del resultado, el mínimo debe ser constantemente revisado hacia arriba, dado que los requerimientos de ancho de banda de los usuarios de dispositivos móviles muestran una tendencia creciente, con una tasa de crecimiento acumulativo anual de entre 40 y 50%. Dado este crecimiento inevitable de la demanda, se hace necesario que todos los operadores consideren seriamente la inversión en ampliación de capacidad, también de forma regular. En cuanto a la existencia de alternativas técnicas diferentes a la política de uso justo, para desestimular el uso excesivo de Internet móvil por parte de los usuarios, indican que se pueden utilizar diferentes estrategias, tanto en el criterio para aplicarlo como en la acción de restricción de uso. Presentan una tabla con algunas políticas de uso justo de empresas de telecomunicaciones alrededor del mundo. La misma permite apreciar que no existe consenso en cuanto a las condiciones para aplicarla, ni a las acciones que se toman: por ejemplo, el umbral de uso excesivo varía ampliamente y las acciones varían desde la cancelación de la cuenta hasta pequeñas disminuciones de velocidad, a ser aplicadas solo en presencia de congestión. Acotan que cualquier operador de telecomunicaciones tiene la capacidad de limitar el uso de datos en dispositivos móviles mediante varias acciones, como limitar el ancho de banda por tipo de tráfico, limitar el tipo de tráfico, limitar el ancho de banda por aplicación, limitar las aplicaciones permitidas, limitar el ancho de banda por periodos cortos, entre otros. Señalan que se pueden usar métodos más selectivos que simplemente el uso de una cantidad específica de bytes y una acción de restricción que afecta el resto del ciclo. Sugieren que se avise a los usuarios con tiempo y se ponga a su disposición herramientas de inspección sobre la cantidad de uso (en KBytes, por ejemplo), que el operador ha registrado sobre el dispositivo del usuario. Estiman que se podría aplicar políticas más enfocadas, en lugar de afectar al total de la población que usa Internet móvil.

8.-Mediante resolución de las 9:26 horas del 6 de abril de 2017, la Sala otorgó audiencia a las partes sobre los informes rendidos y la prueba aportada por la Defensoría de los Habitantes y la Escuela de Ciencias de la Computación e Informática de la Universidad de Costa Rica.

9.-Por escrito recibido en la Sala el 19 de abril de 2017, informa bajo

juramento Gilbert Camacho Mora, en su condición de Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Cita un voto de minoría de la Sala, el cual examinó la resolución RCS.063-2014. Señala que la SUTEL ha emitido los siguientes acuerdos: 032-014-2017 del 15 de febrero de 2017, 013-017-2017 del 1 de marzo de 2017 y 001-020-2017 del 8 de marzo de 2017. En ellos, la SUTEL comunicó a los operadores cómo se debe aplicar la resolución RCS-063-2014, indicando, entre otras cosas: a) que hay contratos en los cuales no se consignó la política de uso justo; b) que los operadores deben abstenerse de aplicar las condiciones de uso justo de forma indiscriminada a todos sus usuarios, ya que deben respetar las condiciones particulares de cada uno de los contratos; c) que los operadores se deben abstener de aplicar condiciones de uso justo que afecten la velocidad originalmente contratada a aquellos usuarios con condiciones de permanencia mínima vigente, que hayan firmado contratos con condiciones de descarga ilimitada no sujeta a políticas de uso justo, o que los contratos sean omisos en cuanto a la capacidad de descarga contratada y velocidad a la que se reduciría el servicio de datos una vez aplicadas dichas políticas; d) que operadores únicamente pueden aplicar políticas de uso justo cuando se cumpla a cabalidad los términos y condiciones establecidos en resolución RCS-063-2014, es decir, que se haya consignado con claridad en el contrato; e) se podrá aplicar políticas de uso justo a aquellos usuarios que hayan suscrito contratos de adhesión no sujetos a plazos de permanencia mínima o cuyas permanencias se encuentren vencidas, y se les haya informado de previo sobre las nuevas condiciones o restricciones; f) Si el contrato de adhesión indica de forma clara y expresa la velocidad de descarga y capacidad contratada del servicio de Internet móvil según la resolución RCS063-2014, el operador puede aplicar a partir del 1° de marzo de 2017 dichas regulaciones de consumo. Si el usuario final no está de acuerdo y decide finalizar el contrato suscrito, debe cancelar el monto correspondiente a la penalización por retiro anticipado según lo establecido en las resoluciones RCS-3642014 y RCS253-2016; g) Que si en el contrato de adhesión suscrito no se estableció ninguna limitación en la descarga de datos, ni la velocidad a la cual se disminuiría el servicio una vez que se llegue al límite de consumo, o bien, se indicó de forma expresa que la descarga de datos móviles era ilimitada, no sujeta a políticas de uso justo, el operador no puede modificar las condiciones originalmente pactadas y aplicar la

política de uso justo durante el plazo de permanencia mínima estipulado en el contrato de adhesión. Informa sobre el procedimiento y los oficios que ha emitido la SUTEL en el expediente administrativo 232331-2017-SI, con motivo de la solicitud de información que le hiciera la Defensoría de los Habitantes (oficio DH-DAEC-0073-2017). Al respecto, concluye que la SUTEL ya se ha referido a lo dicho por la Defensoría, según la prueba que aporta. En relación con el informe de la Escuela de Ciencias de la Computación e Informática de la Universidad de Costa Rica, indica que se determinó que no existe una definición precisa de qué debe entenderse por “acceso funcional”. De ahí, estima que no resulta correcto afirmar que la navegación a 128 kbps torne el servicio inutilizable. Reitera lo indicado en el oficio N° 589-SUTEL-UJ-2017, en el que se ejemplificó que dicha velocidad resultaba funcional para el servicio de voz sobre IP. Afirma que el servicio de música por “streaming” conocido como Spotify permite escuchar música en “calidad normal” para móvil con únicamente 96 kbps. Incluso, aplicaciones que se considerarían más demandantes, como el video “streaming” de YouTube, ofrecen opciones para las conexiones más lentas (como marcación telefónica o “dial-up”)y, en la actualidad, ofrece videos con una resolución de 144p. Reconoce que es posible que un servidor cierre la conexión con tiempos de carga superiores. No obstante, estima que dicha eventualidad dependerá de la configuración del servidor y la experiencia deseada, con la cual se haya configurado para el usuario. Considera que los desarrolladores (Google, YouTube, etc.) pueden conocer la existencia de conexiones de 64, 128 y 115 kbps y toman las consideraciones pertinentes para permitir la navegación. Afirma que la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), emitió la recomendación G.1010 (11/01), titulada “Categorías de calidad de servicio para los usuarios de extremo deservicios multimedia”. En dicho documento se indicaron las velocidades de datos típicas para aplicaciones de audio y video. Transcribe una tabla al respecto y concluye, con base en ella, que una velocidad de 128 kbps está comprendida entre los umbrales planteados por la UIT para las aplicaciones de audio y video. Estima que se simplificó de manera excesiva el concepto de RAIL (Response, Animation, Idle, Load), que se refiere a las tareas que realiza un usuario durante el uso de una aplicación o página de Internet. Si bien es cierto, toma en cuenta el tiempo de carga de un sitio web, deja este factor en cuarto lugar para una acción.

Pone una tabla sobre tiempos de espera y reacción del usuario para el modelo RAIL de Google. Precisa que el supuesto umbral de 100 ms para determinar la demora de carga de una página web, se refiere a las acciones que se desarrollan con base en la estructura de la página y el código ya desplegado en el dispositivo. Por el contrario, en cuanto al tiempo de carga de una página, la misma fuente utilizada por la UCR recomienda establecer el umbral de 1 segundo, sin que esto implique el requerimiento de la carga completa de la página Web. En consecuencia, según lo indicado por Google, se considera que el umbral de comparación aceptable es de 1 segundo para los componentes básicos que permiten el uso de una página web. Detalla particularidades del mercado de Internet móvil. Al respecto, indica que los principales sitios de Internet ofrecen versiones destinadas para terminales móviles, las cuales tienen en promedio un 50% menos de tamaño que sus sitios convencionales destinados a equipos de escritorio. Según datos de la página *HTTP Archive Report* para el 1 de abril de 2017, los 100 sitios más visitados del mundo tienen un tamaño promedio de 1687 kB para su versión de escritorio, mientras que tan solo un promedio de 800 kB en su versión móvil. Hace una aproximación del tiempo de descarga para la página completa: la versión de escritorio requeriría 6,7 segundos a 2 Mbps y 105,4 segundos a 128 kbps. No obstante, el tiempo de carga para las versiones móviles se reduce 3,2 segundos a 2 Mbps y 50 segundos a 128 kbps. Tomando en consideración que el tiempo de 1 segundo establecido por RAIL para cargarla estructura básica de una página WEB, con un límite máximo de 10 segundos, señala que un sitio web adecuadamente optimizado tendrá su estructura elemental, que está dada por la combinación de *HTML*, *Stytsheets* y *Fonts*, pues generalmente las imágenes y videos son solo “decorativos” y los *Scripts* están destinados a comandos que se ejecutan para una determinada acción. De esta forma, para un sitio móvil se tiene que la estructura base tendrá un tamaño de 121 kB, el cuales cargado en 0.5 segundos a 2 Mbps y en 7,7 segundos a 128 kbps. Según los resultados obtenidos, la velocidad de 128 kbps cumple con estar por debajo del umbral de 10 segundos del modelo de rendimiento, pues no se pretende la descarga completa del sitio. De acuerdo con el modelo RAIL, para más de 10 segundos: *“Más de 10 000 ms: El usuario está frustrado y probablemente abandone la tarea puede ser que vuelva o no.”* Como consecuencia, si bien la experiencia no será óptima, se puede considerar tolerable y, en

todo caso, no se podría asumir que esta velocidad resultaría inutilizable. Afirmar que el umbral de 10 segundos fue utilizado por *Nielsen-Norman Group*, líder en la experiencia del usuario a nivel mundial. Según Nielsen, el usuario puede tolerar un tiempo de carga de entre 1 y 10 segundos; más allá de 10 segundos le llevará a abandonar la página. Reitera que la práctica de reducir la velocidad de navegación una vez que se alcanza el cupo contratado es implementada y aplicada en la actualidad por múltiples operadores a nivel mundial. La práctica de limitar la velocidad de descarga busca desalentar la continuación del consumo excesivo por parte del usuario considerado abusivo, de forma que este realice un consumo normal y moderado y no afecte a los demás. Presenta una tabla con los umbrales aplicados por operadores de otros países. Enfatiza que la resolución busca desincentivar a una minoría de usuarios que acaparan una gran proporción de los recursos de las redes de telefonía móvil de los operadores, de modo que el servicio se brinde en condiciones adecuadas para la mayoría de los usuarios. Acota que la resolución no establece la velocidad mínima que deben seleccionar los operadores, sino que exige que la velocidad elegida desaliente el consumo excesivo, pero permita el uso del servicio. Considera que la velocidad mínima de 128 kbps permite una navegación adecuada para muchas aplicaciones. A pesar de ello, expresa que el ICE anunció que la velocidad a la que reduciría la navegación sería 256 kbps, que representa el doble de la velocidad analizada. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

10.- Por escrito recibido en la Sala el 20 de abril de 2017, se apersona Mario Pacheco Loaiza, en su condición de apoderado general judicial de Telefónica de Costa Rica TC S.A., e indica que ostenta interés legítimo en este proceso, con base en el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por lo que solicita ser tenido como parte. Estima que el recurso debe ser rechazado de plano por falta de legitimación activa, por la ausencia de una lesión o amenaza individualizada o individualizable. Describe el derecho de acceso a Internet. En ese sentido, concluye que es un derecho prestacional y programático. Afirmar que la penetración de Internet en el país es alta, llegando a 87%. Cita el documento *"Libertad de Expresión e Internet"* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se indica que *"...está prohibida la interrupción del acceso a Internet, (...), la negación del derecho de acceso a Internet a modo*

de sanción y las medidas de reducción de la velocidad de navegación de Internet o de partes de esta con fines diferentes a la gestión razonable del tráfico.” Indica que el uso justo es parte de la gestión razonable del tráfico, medida que garantiza el acceso a Internet a todos los usuarios en forma equitativa y no discriminatoria. Además, la Ley General de Telecomunicaciones, al establecer un régimen abierto y de competencia de los diversos servicios de telecomunicaciones, entre ellos el Internet móvil, estableció a través de la creación del FONATEL la herramienta por excelencia con la cual el Estado debe velar por el aseguramiento, entre otros, del derecho fundamental que aquí se discute. Detalla proyectos de FONATEL. Estima que no es posible pretender que los operadores de telefonía celular, además de estar obligados por la citada Ley a cofinanciar FONATEL, deban por cuenta propia asegurar el uso discrecional y en muchos casos abusivo del servicio móvil por parte de ciertos usuarios que, ante la eventual inexistencia de las razonables medidas de gestión de tráfico, generarían, por el contrario, un deterioro en el uso del resto de usuarios. Afirma que las condiciones se encuentran establecidas en los contratos. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

11.- Por escrito recibido en la Sala el 21 de abril de 2017, el recurrente Porras Castillo reitera sus argumentos y aporta prueba.

12.- Mediante escrito recibido en la Sala el 5 de mayo de 2017, informa bajo juramento Carlos Vargas Castillo y Elena Gabriela Barrantes Slesarieva, por su orden Director y Profesora, ambos de la Escuela de Ciencias de la Computación e Informática de la Universidad de Costa Rica, que el “acceso funcional” a Internet puede interpretarse de diferentes formas. La capacidad de realizar ciertas tareas específicas se ve afectada dependiendo de la tarea; para ese caso, no se discutió ninguna velocidad en particular. Sin embargo, para el caso del acceso funcional desde el punto de vista del usuario, reitera lo indicado con respecto a la velocidad 128 kbps. Para el caso de 256 kbps, la carga de la página en cuestión duraría aproximadamente 1.3 minutos. En cuanto a la experiencia del usuario, cada 100 ms se obtendría a lo más 3.2 kB, en un segundo se obtendría a lo más 32 kB, alrededor del 1.3% de la página. Por tanto, la percepción de navegación aún se ve afectada, aunque en menor medida. Señalan que la calidad de servicio depende en gran medida de la tarea realizada. Para el caso de multimedios, por la

naturaleza de su contenido, se acentúa el efecto de las bajas velocidades, tanto en 128 como en 256 kbps.

13.- Por escrito recibido en la Sala el 8 de mayo de 2017, se apersona José Luis Navarro Vargas, en su condición de apoderado general judicial del Instituto Costarricense de Electricidad, a fin de constituirse como parte interesada, según el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Explica la política de uso justo. Afirma que dicha política no impide el acceso a Internet, sino que consiste en establecer niveles de consumo a partir de los cuales el proveedor del servicio únicamente reduce la velocidad a la que puede navegar el cliente en la red, hasta completar el ciclo mensual de facturación. Al iniciar un nuevo ciclo de facturación, se le restituye la velocidad originalmente contratada. Tal medida fue autorizada por la SUTEL mediante resolución RCS-063-2014 del 2 de abril de 2014. Previo a ello, el regulador homologó contratos que incluían dicha cláusula. Describe el funcionamiento de la política de uso justo. Afirma que en un sistema de tarifa plana y consumo ilimitado, como el vigente en Costa Rica para el servicio de Internet móvil pospago, los usuarios promedio terminan pagando una parte desproporcionada de los costos generales de la red. Cita a la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos de América en apoyo de dicha afirmación. Afirma que la medida es una práctica normal del mercado, cuando no existe una metodología de cobro por descarga. Ejemplifica las estrategias en política de uso justo de los operadores a nivel regional. Describe la política de uso justo en América Latina. Afirma que la aplicación de políticas de uso justo es una práctica usual y necesaria en el mercado de las telecomunicaciones de América Latina. Indica que la oferta de servicios de telecomunicaciones implica la realización de grandes inversiones y la superación de costos millonarios para mantener e incrementar el acceso por parte de la población. Detalla que el enorme crecimiento en el número de usuarios de Internet y el uso generalizado de aplicaciones y plataformas que requieren mayor capacidad de las redes, se manifiesta claramente en el aumento del tráfico de datos. Provee datos en cuanto al aumento del tráfico de datos móviles. Considera que Costa Rica debe enfrentar los retos que presenta el crecimiento exponencial del consumo de datos y la necesidad de conectar a un número mayor de personas. Entre 2010 y 2015, el número de usuarios de Internet creció en más del 60% y, según

la SUTEL, el consumo de datos aumentó un 209% entre el 2013 y el 2015. Lo anterior se ha dado con niveles de precios para los servicios móviles que, según el Foro Económico Mundial, son de los más asequibles en América Latina, y en un entorno regulatorio donde el esquema de fijación tarifaria reduce considerablemente los márgenes de ganancia del sector y la certidumbre para efectuar inversiones. Manifiesta que su representado optó durante aproximadamente 3 años por realizar cuantiosas inversiones en su red móvil, las cuales en los últimos dos años superaron los \$125 millones. Sin embargo, el aumento exponencial del tráfico de Internet ha tornado infructuosas estas inversiones en ampliaciones y mejoras de la red, razón por la cual el ICE decidió implementar la política de uso justo a partir del 1 de marzo de 2017, lo que fue comunicado a los clientes. Relata que el ICE realizó pruebas de los usos más comunes en Internet a la velocidad de 128 Kbps de previo a la aplicación de la política de uso justo. También se realizaron pruebas al subir dicha velocidad el 26 de abril de 2017 a 256 kbps. Los resultados indicaron que podía utilizarse *WhatsApp*, *Facebook*, navegar en Internet y utilizar el correo electrónico. En vista de las mejoras significativas experimentadas durante la aplicación de la política de uso justo, su representado realizó ajustes técnicos a nivel de la red móvil e incrementó la velocidad reducida de 128 kbps a 256 kbps a partir del 4 de abril de 2017, lo que fue comunicado a los usuarios. Afirma que la política de uso justo del ICE garantiza la prestación del servicio de Internet móvil con calidad a todos los usuarios, está aprobado por SUTEL, informa a los usuarios sobre el consumo y asigna volumen de consumo suficiente para el disfrute del servicio. Recuerda que dicha política es temporal y facultativa, por lo que en la medida en que los usuarios ajusten sus hábitos de consumo y se establezca el volumen de tráfico a nivel de la red, las mismas podrían dejar de aplicarse. Nota que el recurrente no apuntó una amenaza o afectación material de derechos fundamentales. Explica que los contratos de adhesión deben ser sometidos a homologación de la SUTEL, entre ellos, los del ICE. Se adhiere a la respuesta de la SUTEL al respecto. Cita precedentes constitucionales. Estima que ha aplicado la política de uso justo conforme a derecho, como una medida necesaria, idónea y proporcional, para regular de manera razonable, el uso intensivo por parte de algunos clientes en perjuicio de la colectividad de usuarios, en tutela del principio rector de beneficio al usuario final desde una vertiente social-

colectiva, y no individualista, en armonía con los demás principios rectores establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones. Refiere que la resolución N° 2010-010627 no es aplicable a este caso. Explica los servicios de telecomunicaciones, según la nueva legislación (Ley General de Telecomunicaciones). Indica que es un servicio catalogado como un servicio de telecomunicaciones disponible al público, prestado por el ICE y otros dos operadores en un mercado en competencia. Resalta que el cliente puede seleccionar el operador. Establece que el principio de neutralidad tecnológica no hace referencia a la limitación del acceso al servicio de Internet. Resalta que la política de uso justo busca garantizar y proteger el acceso a Internet Móvil. Comparte la respuesta de la SUTEL. Observa que la Declaración de Principios de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información se refiere a la importancia de que la gestión de Internet garantice la distribución equitativa de recursos, facilite el acceso a todos y garantice un funcionamiento estable y seguro (apartado B6, punto 48). Cita el texto “*Libertad de Expresión e Internet*”, antes mencionado. Considera que la modulación del ejercicio de algunos derechos bajo ciertas circunstancias, en beneficio de la colectividad, no necesariamente constituye violación a derechos fundamentales. Provee datos estadísticos sobre conexiones fijas y móviles a Internet. Con base en ellos, considera que la política de uso justo se aplica a una pequeña porción de clientes pospago, cuyo uso es intensivo. Se refiere a la posición de la Sala en cuanto a aspectos de índole técnico, afirmando que la disputa de criterios técnicos o científicos está reservada para otras sedes. Indica que la Defensoría de los Habitantes aportó un escrito dirigido a otro expediente. En cuanto al informe de la UCR, afirma que los diferentes proveedores de aplicaciones publican datos de referencia en sus páginas web. Se refiere a la velocidad requerida por *Netflix*. Manifiesta que son erróneas las apreciaciones del presidente de la Academia Nacional de Ciencias, en cuanto a que ver una película en HD a 128 kbps tardaría 21 años. Según un simulador, esto duraría 7,75 días. Indica que la velocidad para utilizar *Spotify* puede ser de 96 kbps, 160 kbps o 320 kbps. *Skype*, que es una plataforma que permite llamadas requiere un mínimo de 30 kbps para llamada de voz, la velocidad recomendada es 100 kbps; para llamada video, la mínima es 128 kbps y la recomendada 300 kbps. Detalla los requisitos de velocidad de otros proveedores. Apunta que sí se puede escuchar música y realizar llamadas con velocidades entre 128 kbps y 256 kbps.

Afirma que es posible enviar mensajes de WhatsApp con una velocidad de 64 kbps. Reconoce que una página web de 2.5 MB demoraría 2,6 minutos en descargar. Sin embargo, apunta que las páginas web para teléfonos móviles tienen niveles técnicos diferentes. Presenta un cuadro comparativo sobre la duración de descarga de la página del periódico La Nación, en su versión para computadora personal y para móvil. Concluye que no son equiparables. Considera que los dispositivos móviles son usados para recibir información y consumir entretenimiento, no así para producir contenido ni diseñar páginas web, por lo que estima que carece de fundamento afirmar que el límite de velocidad “va a ser un desincentivo para el desarrollo del país”, como indicó la Academia Nacional de Ciencias. Describe las pruebas técnicas realizadas por el ICE, en las cuales se logró descargar o cargar archivos satisfactoriamente a velocidades de 128 kbps y 256 kbps. Expresa que la regulación tarifaria vigente en Costa Rica impone la tarifa plana como única opción en el servicio de Internet postpago, y el cobro por consumo en el servicio prepago, lo que genera una desigualdad a favor de los clientes postpago (21%) en contra de los clientes prepago (79%). Esta asimetría tarifaria, unida a la naturaleza compartida de la conectividad, ha propiciado que las acciones de los usuarios postpago con mayores niveles de consumo afecten el desempeño y la experiencia de uso de todos los demás. Indica que la política de uso justo no implica negación o suspensión del acceso al servicio de Internet móvil. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

14.- Por escrito recibido en la Sala a las 16:01 horas del 10 de mayo de 2017, se apersona al proceso David Walsh, en su condición de *General Counsel de GSM Association (GSMA)*, para presentar coadyuvancia pasiva. Señala que las políticas de uso justo están dirigidas especialmente a un pequeño porcentaje de usuarios intensivos, con el objetivo principal de administrar un recurso escaso y, en cumplimiento de la Ley General de Telecomunicaciones, proteger los derechos de la mayoría de los usuarios. Reitera los datos de la SUTEL, en cuanto a que solo el 5% de los usuarios finales consumen una proporción significativa de recursos y capacidad (alrededor del 35%) y que, por tanto, se ven alcanzados por prácticas de uso justo, cuando alcanzan el límite de datos establecidos libremente por el contrato comercial. Los usuarios intensivos no son representativos del grueso de los usuarios y menos aún de los usuarios

de la base de la pirámide, que aún no ha conocido los beneficios que Internet móvil trae aparejados. Las tecnologías móviles deben lidiar con limitaciones diferentes a aquellas de las tecnologías fijas. El Internet móvil está sujeto a restricciones en el ancho de banda que son mucho más estrictas que aquellas aplicables a las fijas. Esto se ve exacerbado por el hecho de que, en las redes inalámbricas, el tráfico de datos y voz comparten el ancho de banda. Por lo tanto, el exceso de tráfico de datos puede degradar el negocio central de los proveedores de servicios inalámbricos en una medida no posible para otras tecnologías de banda ancha. Esta situación también se ve acentuada por la aparición de aplicaciones que requieren cada vez más ancho de banda. Señala que estas diferencias también se ven reflejadas en el plano económico. Las tarifas planas –establecidas inicialmente para Internet fija por parte de ARESEP, y luego homologadas al Internet móvil por la SUTEL a partir de la RCS615-2009 a pesar de ser servicios diferentes-se volvieron más ineficientes a medida que el consumo de ancho de banda comenzó a variar ampliamente por parte de los usuarios. En consecuencia, aduce que los usuarios de la base de la pirámide, cuyos consumos de datos móviles son mucho menores, terminan subsidiando en modo cruzado el consumo de los usuarios intensivo. Es por ello que las políticas de uso justo favorecen un modelo de acceso equitativo y, por ende, propiamente justo, donde los usuarios que menos consumen ya no subsidian a los usuarios intensivos, distribuyendo los costos de modo equitativo y generando ofertas segmentadas que atiendan a sectores con menos ingresos y generando ofertas sustentables para que los operadores móviles puedan asegurarla sostenibilidad a largo plazo en la prestación del servicio. Es en este contexto que, en la actividad de telecomunicaciones, bajo determinadas circunstancias y para ciertos supuestos, es usual y normal la gestión y el control del tráfico móvil de datos. No hacerlo generaría efectos negativos en la experiencia en la calidad de los servicios de los propios usuarios móviles. Afirma que los operadores móviles solicitaron la homologación de las modificaciones a sus contratos marco y de adhesión por ese interés general. Arguye que los usuarios móviles tienen acceso a la información relativa a las condiciones de contratación de forma clara, transparente y oportuna, respetando las obligaciones y siguiendo los principios establecidos por la SUTEL. Indica que el compromiso de los operadores móviles, por medio de la homologación de sus contratos marcos y de adhesión a la

SUTEL, consiste en informar a los usuarios la velocidad a la que se reduce el acceso al servicio, aplicando los principios de equidad, igualdad, razonabilidad, necesidad, legitimidad, a fin de que la velocidad tienda a una carga equitativa entre todos los usuarios, y que la calidad de los servicios contratada no sea degradada, al punto que se impida el funcionamiento del servicio y a su vez se desaliente la continuación del consumo excesivo por parte de los usuarios intensivos. Apunta que la resolución de la SUTEL obliga a los operadores a publicar en su página web, así como en sus nuevos contratos marco y de adhesión -ahora homologados- el límite o umbral de consumo a partir del cual se aplicarán las políticas de uso justo. La situación también es comunicada a los usuarios afectados por medio de SMS. Explica que no existe en la región regulación prohibitiva de las políticas de uso justo, que son aplicadas en casi todos los países de América Latina y del mundo. Refiere que son escasos los reguladores extranjeros que han llevado a cabo estudios respecto de las medidas de uso justo. Remite al regulador de Hong Kong, la *Office of the Communications Authority (OFCA)*, que publicó sus “Guías para la Implementación de Políticas de Uso Justo”, que desde 2013 son obligatorias. Afirmo que el objetivo de estas guías es prevenir el uso excesivo de recursos de red por parte de clientes individuales. Indica que la OFCA reconoce la necesidad que tienen los operadores móviles de prevenir los posibles abusos o usos indebidos y/o excesivos de los paquetes de datos móviles por parte de ciertos usuarios “atípicos”, a los fines de que otros puedan también tener la oportunidad de hacer uso pleno de la capacidad y acceso a los servicios móviles ofrecidos. Por otro lado, la OFCA destaca la temporalidad y excepcionalidad de las medidas de uso justo, toda vez que las restricciones son aplicadas solo durante un periodo de servicio, por lo general un mes, las cuales se levantan y las condiciones de acceso se restauran en su totalidad, de modo automático, al inicio del nuevo periodo. Afirmo que el regulador de la India, la *Telecom Regulatory Authority of India (TRAI)* presentó un borrador en enero de 2016 para su “Directiva sobre la Prestación de Servicios de Banda Ancha de Modo Transparente”, que fue aprobada en octubre de 2016, conteniendo condiciones similares a las establecidas por la SUTEL en su resolución. Indica que la política de uso justo se aplica en casi todos los países de América Latina. Resalta que los planes de Costa Rica, con cupos máximos de hasta 20 GB, corresponden a las mejores condiciones identificadas en la mayor parte de los mercados

de la región, que suelen ser más restrictivos en las condiciones de sus ofertas, luego de alcanzado el tope de datos para la velocidad máxima, mientras que en Costa Rica el acceso a Internet móvil se mantiene ilimitado durante todo el ciclo. Presenta ejemplos de ofertas de Internet por varios operadores en América Latina y el mundo. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

15.- Por escrito recibido en la Sala el 31 de mayo de 2017, se apersona al proceso Edgar del Valle Monge, en su condición de Gerente Legal con facultades de apoderado general judicial de Claro CR Telecomunicaciones S.A., a fin de constituirse como tercero interesado, a la luz del artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Indica que ha existido un crecimiento acelerado en el uso del Internet móvil. Señala que entre los años 2010 y 2015, el número de usuarios de Internet en Costa Rica se incrementó en más del 60% y, según la SUTEL, el consumo de datos aumentó un 209% entre el 2013 y el 2015. Según la consultora *Sandvine*, el 5% de los usuarios pueden llegar a utilizar el 50% de la capacidad disponible de las redes. Afirma que esta problemática surge en virtud de la mora regulatoria del regulador que no ha (i) liberado las tarifas de forma tal que permita a los operadores crear diferentes opciones para los clientes ajustados y personalizados, según el nivel y perfil de consumo que estos realizan, lo que obliga a tener ofertas estandarizadas que permiten que una pequeño porcentaje de usuarios abuse y degrade el servicio en perjuicio de la gran mayoría de clientes, (ii) en su defecto, tampoco ha actualizado el esquema tarifario para incluir modalidades de cobro basadas en el consumo y no en tarifas planas, las cuales resultan injustas para la gran mayoría de clientes. Esto ocasiona que unos pocos usuarios sean responsables de los costos más relevantes de proveer el servicio que finalmente pagan todos los usuarios, generando una situación de desbalance en el mercado, presionando a los operadores, quienes ven limitada la posibilidad de monetizar dicho consumo para asegurar el retorno a la inversión que se requiere para la existencia misma de un mercado de telecomunicaciones fuerte y competitivo como lo establece el DR-CAFTA y la misma Ley General de Telecomunicaciones. Señala que eso ha obligado a los operadores a implementar herramientas como la PUJ para dar un servicio continuo en caso de congestión y evitar un colapso de la red ante la demanda intensiva del servicio. Expresa que

la SUTEL ha avalado la aplicación de esta medida y ha homologado los contratos universales por servicios de telecomunicaciones que incluyen la posibilidad de aplicar dicha herramienta. Estima que no es necesaria ni pertinente su autorización, al tratarse de una medida comercial, técnica de resorte exclusivo de los operadores. Explica la finalidad de la política de uso justo. Recalca que dicha práctica no limita el acceso a Internet, sino que procura democratizar y hacer eficiente el uso de un recurso escaso de manera tal que la gran mayoría de usuarios no se vea afectados por conductas abusivas de un pequeño grupo. Considera que el derecho de acceso a Internet no significa el derecho a una velocidad determinada o condiciones definidas. Indica que se han realizado pruebas a nivel técnico de los usos más comunes en Internet (*WhatsApp*, *Facebook*, navegación en sitios Web y uso de correo electrónico) a la velocidad de 256 Kbps, según las cuales el cliente va a poder mantener un servicio funcional. Enfatiza que la reducción de la velocidad no significa la negación del servicio. Menciona que los operadores han efectuado inversiones millonarias en el crecimiento y mejora de las redes móviles pero sin que estas resulten capaces de satisfacer la altísima demanda que existe por el Internet móvil, sin que se implementen mecanismos de cobro sostenibles y equilibrados que permitan facturar por lo que cada usuario consume realmente, tal como se realiza en aquellos servicios y bienes regulados como electricidad, agua, combustible, etc., y como se hace en todas partes del mundo. Expresa que los operadores procuran informar de manera clara a los clientes y educar sobre el manejo de consumo de datos. Acota que la resolución RCS063-2014 reconoce y reafirma una posibilidad que ya existía y se venía aplicando por algunos operadores (no era el caso de CLARO). Además, aclara que la política de uso justo no es un castigo, sino que se trata de una condición comercial-contractual y de gestión técnica destinada a garantizar un uso eficiente de los recursos escasos. Dicha posibilidad se encuentra recogida tanto en la regulación y los contratos de adhesión como en las carátulas de los mismos. Los contratos se encuentran homologados por SUTEL y constituyen ley entre las partes. Considera que esta no es la sede para discutir la legalidad de un contrato o una cláusula. Comparte la posición de la SUTEL en su informe, referida a los hechos 1 a 4. Discute sobre el acceso a Internet como un derecho fundamental. Estima que la jurisprudencia de la Sala se ha referido al servicio de Internet fijo, lo que es diferente. Señala que el mercado de telefonía móvil se ha abierto a

la competencia con la Ley General de Telecomunicaciones. Afirma que se trata de un servicio de telecomunicaciones disponible al público, y no de un “servicio público”. Estima que el principio de neutralidad tecnológica no se refiere a la accesibilidad al servicio de Internet, por lo que es ajeno a la política de uso justo. Manifiesta que existe falta de legitimación activa por falta de una lesión concreta al actor. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

16.-Por escrito recibido en la Sala el 1 de junio de 2017, Mario Pacheco Loaiza, en la condición indicada, expresa que el 23 de mayo publicó el Gobierno en su página web un artículo intitulado *“Costa Rica, Campeón de América Latina en acceso a Internet”*, que hace referencia a un estudio denominado *“Estado de la banda ancha en América Latina y el Caribe 2016”*, divulgado por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL). Resaltan logros del Estado en la materia. Indica, entre otros, que el país asumió posiciones de liderazgo en categorías estratégicas del acceso a Internet en América Latina, al pasar de 24 a 60 el porcentaje de hogares conectados, y superar el 95% de penetración en la banda ancha móvil. En la modalidad de la banda ancha móvil, Costa Rica tuvo una penetración de un 95,5%, medido en suscripciones por cada cien habitantes. Le sigue Brasil, con menos de 90%, y Uruguay, con menos del 80%. En cuanto al ritmo del acceso a Internet, medido por la cantidad de suscriptores, Costa Rica creció un 440% entre el 2010 y el 2015. La modalidad de conexión más usada fue la móvil, que registró un aumento de un 688% en este periodo, mientras la banda ancha fija creció un 46%. Considera que se demuestra que el derecho de acceso a Internet está tutelado en nuestro país y que la política de uso justo constituye un elemento más que ha contribuido a garantizar dicho derecho fundamental, asegurando un acceso equitativo de calidad para la generalidad de los usuarios y una variedad de planes que se ajustan a las necesidades de cada individuo. Resalta que el Internet móvil ha contribuido de forma más significativa a garantizar el derecho de acceso a Internet.

17.-Mediante resolución N° 2017-7245 de las 9:45 horas del 19 de mayo de 2017, la Sala acumuló el expediente 17-004259-0007-CO a este expediente.

18.-Por escrito recibido en la Sala a las 8:12 horas del 17 de marzo de 2017, el recurrente Valdelomar Valerín interpone recurso de amparo contra el ICE y la SUTEL. Indica que se ha visto afectado por la política de uso justo de Internet, aplicada por el instituto recurrido. Expone que adquirió un plan de telefonía celular y datos con un costo de 25000,00 colones mensuales. Alega que la velocidad de 128 Kbps no se ajusta a sus necesidades reales para carga o descarga de datos, lo que provoca que sea excesivo el tiempo de espera para esos efectos. Explica que trató de acceder a la página medidor.kolbi.cr para conocer su velocidad real, pero tardó aproximadamente 1 minuto 11 segundos en responder con un mensaje de error, según el cual *“no se puede acceder a este sitio”*. Agrega que aplicaciones como *Whatsapp, Facebook, Youtube* y otras tardan mucho en cargar datos, por lo que debe cerrarlas, lo que en consecuencia le impide usar el Internet móvil. Reclama que esta situación le perjudica como usuario del servicio Kolbi del ICE. Con base en lo anterior, estima lesionado su derecho de acceso al Internet.

19.-Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 19:21 horas de 4 de abril de 2017, rinde informe bajo juramento Gilbert Camacho Mora, en su condición de Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Cita un voto de minoría de la Sala, el cual examinó la resolución RCS063-2014. Indica que para proteger los derechos de los usuarios, para que puedan acceder en igualdad de condiciones a los servicios de Internet móvil, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, mediante acuerdo 014-021-2014, tomado en la sesión ordinaria N° 021-2014 de 2 de abril de 2014, emitió la resolución número RCS-063-2014, titulada *“Autoriza en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil”*. En esa resolución se fijaron las condiciones que regulan el consumo excesivo de descarga de datos con el objetivo de reducir la congestión de redes y así evitar que se vea afectada la calidad del servicio para una mayoría de usuarios. Acota que los operadores de redes y proveedores de servicios han enfrentado un problema de congestión de tráfico en sus redes debido a la proliferación de aplicaciones de alto consumo de capacidad y el uso intensivo de algunos usuarios del servicio de Internet móvil, sobre todo en redes móviles que congestionan el tráfico de la red en detrimento de la experiencia y los niveles de servicio de la gran mayoría de usuarios.

Menciona que la resolución bajo análisis señala que existe un 5% de usuarios que acapara alrededor del 35% de la capacidad y recursos de las redes. En el *sub examine*, los operadores móviles, ante la situación descrita y previo a la aplicación de las políticas de uso justo como práctica común, solicitaron la homologación de las modificaciones a sus contratos de adhesión. Arguye que con el fin de proteger el derecho de los usuarios a tener acceso a información clara, veraz y oportuna previo a la contratación de los servicios de telecomunicaciones, según lo dispuesto en el artículo 45 inciso 1) de la Ley General de Telecomunicaciones, la Superintendencia avaló que se incluyeran en los contratos de adhesión debidamente homologados cláusulas, mediante las cuales se informara a los usuarios que los servicios de datos móviles tenían asociados una capacidad limitada de descarga, la cual, una vez alcanzada, reduciría la velocidad de navegación. Agrega que el régimen de garantías fundamentales de la Ley General de Telecomunicaciones establece que la Superintendencia de Telecomunicaciones debe aprobar los contratos de adhesión de los servicios de telecomunicaciones; el “Reglamento sobre el régimen de protección al usuario final de los servicios de telecomunicaciones” dispone los contenidos mínimos de dichos contratos y el “Reglamento de prestación y calidad de los servicios” establece una serie de condiciones mínimas para la prestación de los servicios. Los operadores están obligados a informar adecuadamente las condiciones del servicio y ninguna disposición puede ser abusiva. Añade que en el ordenamiento jurídico costarricense no hay ninguna disposición que prohíba de modo expreso la gestión comercial de los operadores de telecomunicaciones, como la gestión de tráfico o las políticas de uso justo; sin embargo, estas deben aplicarse de manera tal que no lesionen el ordenamiento jurídico de telecomunicaciones, en especial los derechos de los usuarios. Considera que la medida, además, cumple los requisitos regulatorios de equidad, igualdad de trato y buena fe, en el sentido de que el trato que debe darse a los usuarios, está obligado a considerar la condición de aquellos que realizan un uso desmedido y desproporcionado, respecto de los que hacen un uso racional de la red y su servicio contratado. Recalca que el artículo 34 del “Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones” y el ordinal 23 del “Reglamento de prestación y calidad de los servicios” permiten al operador o proveedor aplicar medidas, cuando el cliente utilice el

servicio de telecomunicaciones de forma que ocasione alteraciones en el funcionamiento de la red o degrade la calidad de los servicios. Esto acredita que existen reglamentos que permiten aplicar medidas sobre aquellos clientes cuyo comportamiento, durante el disfrute de los servicios, los afecten de forma negativa, por lo cual hay normas reglamentarias que autorizan a los operadores, incluso, a desconectar el servicio en supuestos de congestión por uso intensivo. Indica que mediante acuerdo 014-021-2014 de la sesión ordinaria 0212014 celebrada el 2 de abril de 2014, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad la resolución RCS-063-2014: "Autoriza en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil". Señala que los antecedentes y respaldo de los informes respectivos que dan fundamento a esa resolución, se encuentran dentro del expediente: GCO-DGC-ETM-305-2014. Destaca que con el fin de proteger los derechos de los usuarios, la citada resolución, en la parte dispositiva D) inciso 6), estableció que las políticas de uso justo resultan aplicables a los nuevos contratos de servicios que se suscriban siempre que dichas condiciones sean expresamente consentidas por los usuarios; asimismo que también aplica a los contratos vigentes no sujetos a un plazo de permanencia mínima o cuando dicho plazo se haya vencido, y en caso de que los usuarios no estén de acuerdo con dichas políticas, podrían rescindir los contratos. Expresa que de conformidad con la resolución RCS-063-2014 a las personas que hacen un uso abusivo del servicio de Internet, o bien superen el límite de descarga, se les reduce la velocidad del acceso al servicio de Internet, pero no se les limita el acceso al mismo. El límite de descarga lo determinan los operadores y se estipula en los contratos de adhesión suscritos por los usuarios finales, aplicando las razones de equidad, igualdad y razonabilidad de la medida, de manera que se reduzca a una velocidad que tienda a una carga equitativa y que la calidad del servicio contratado no sea degradada al punto que se impida el funcionamiento del servicio, pero que a su vez desaliente la continuación del consumo excesivo de parte del usuario. El objetivo es que los usuarios realicen un consumo normal y moderado de acuerdo con el plan contratado. Expone que una adecuada política de uso justo introduce límites racionales que en forma objetiva constituyen un mecanismo de selección o filtro del pequeño grupo de usuarios intensivos, a quienes se les aplica la medida de incentivo (reducción

velocidad), lo que no afecta al resto de usuarios, que son la gran mayoría. Por eso, se construye a partir del promedio de consumo del 5% de usuarios que consumen el 35% de recursos de la red. Manifiesta que lo expuesto evidencia que la resolución RSC-063-2014 beneficia a los usuarios, por ser una herramienta que se aplica cuando se da un uso desmedido, excesivo o abusivo de los servicios de Internet móvil, que afecta el funcionamiento de la red en perjuicio de los usuarios. Menciona que esas medidas son prácticas internacionalmente aceptadas y adoptadas en muchos mercados regulados, en los cuales han sido avaladas incluso por organizaciones de usuarios. Aclara que la resolución RCS-063-2014 le impuso una serie de obligaciones a los operadores en beneficio de los usuarios, como la obligación de informar, como parte de su oferta comercial, sobre los máximos de consumo, comunicar a los usuarios cuando su consumo se encuentra cercano al límite de consumo a partir de los cuales se aplicarían las reducciones de velocidad, así como la información que debe completarse en los contratos de adhesión para informar a los usuarios sobre las condiciones de uso de dicha política. Manifiesta que en términos generales, el objetivo de la gestión de tráfico es evitar fallas en la red, responder a situaciones de congestión, ayudar a mantener un nivel de calidad óptimo para los usuarios, y combatir amenazas contra la seguridad. Arguye que, en el ámbito internacional, en países donde también el acceso a Internet es derecho fundamental, se reconoce que la gestión del tráfico razonable es necesaria para garantizar que la conectividad del usuario final no se vea afectada por la congestión de la red, pero pide transparencia respecto a las prácticas de gestión del tráfico. De ahí el interés de la SUTEL en promover el cumplimiento del derecho de información veraz y completa. Arguye que la Asociación Internacional de Usuarios de Telecomunicaciones INTUG (*International Telecommunications Users Group*) acepta la gestión de tráfico desde que esta sea empleada por los proveedores de servicios, con la finalidad de llevar a cabo una asignación óptima de los recursos de la red, de tal forma que, se logre mantener la calidad del servicio a todos los usuarios, especialmente durante periodos de congestión, considerando el creciente número de usuarios conectados. Describe cómo se incorporó la aplicación de esa política en los contratos de adhesión que las empresas operadoras ofrecen a los usuarios. Explica que los operadores de servicios de telecomunicaciones incluyeron en los contratos de adhesión, la posibilidad de comercializar

los servicios de datos móviles por velocidades, sujetas a un límite máximo de descarga a partir del cual se aplicaría una reducción de velocidad. Menciona que dicha resolución no establece una limitación total del servicio de Internet móvil, sino que lo que se hace es una disminución de la velocidad contratada. Afirma que con el fin de que los usuarios tomen decisiones de consumo informadas, los operadores tienen el deber de advertir al abonado sobre los alcances de estas medidas y la forma de aplicación, así como la obligación de entregar copia del contrato de adhesión y publicarlo en su sitio WEB, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de Servicios de Telecomunicaciones". Indica que la reducción de la velocidad no implica la restricción al acceso del servicio de Internet móvil. En lo que respecta al intercambio de datos en el servicio de Internet, la unidad básica de medición corresponde al "bit" (simbolizada como "b"), que igualmente consiste en la unidad básica de información en computación o telecomunicaciones digitales y puede tener únicamente dos valores (0 o 1 generalmente). Todo tipo de contenido al ser enviado por una red de Internet móvil es convertido en una secuencia de bits para poder ser transmitido. Los bits se agrupan en conjuntos que se conocen como bytes (simbolizados como "B" y equivalentes a 8 bits). La velocidad de transferencia de datos se define como la cantidad de bits por segundo que se transfieren entre los dispositivos clientes y los servidores y se suele medir como kilobits/segundo (kbps) o Megabits/segundo (Mbps). En general, despreciando otros factores técnicos como el retardo, se puede afirmar que la velocidad de transferencia en el sentido de descarga (download), determina la rapidez con la que es posible obtener un archivo de Internet a través de la red del operador de servicios. En consecuencia a mayor velocidad de descarga, el contenido deseado será desplegado en el dispositivo de manera más rápida. Según datos de la página HTTP Archive Report (<http://httparchive.org/about.php>), sitio en línea encargado de recopilar información técnica de más de medio millón de las direcciones de Internet más populares en el mundo, muestra que el tamaño de la página WEB promedio (para el 02 de diciembre de 2016), tiene un peso de 2479 KB. Explica que al tomar como referencia el tamaño promedio de una página WEB de 2479 KB, una conexión de 2 Mbps demoraría unos 10 segundos cargando la información mientras que a una conexión de 128 kbps le tomaría

aproximadamente 2,6 minutos. Por otro lado, un mensaje de texto de *WhatsApp* sin emoticones, de unos 130 caracteres (tamaño de un mensaje de texto convencional) que ocupa aproximadamente 400 Bytes se transmite en 1,6 milésimas de segundo a 2Mbps y por su parte para una conexión a 128 kbps tardaría 25 milésimas de segundo. Remite a una tabla para las velocidades de Internet móvil comercialmente disponible en el país y extra de ella que las diferencias entre las velocidades de acceso a la red, corresponden a los tiempos de espera para la obtención (descarga) de los datos, de modo que a menor velocidad, mayor es el tiempo de espera, lo cual no implica la imposibilidad de acceder al servicio. Expone que tomando la velocidad más alta comercializada por los operadores, según se aprecia en la tabla anterior, existe una diferencia de alrededor de 39 veces el tiempo que toma mostrarse una página WEB con una conexión de 5 Mbps al compararla con una de 128 kbps. Plantea que, técnicamente, la proporción se mantiene con el ejemplo de un texto de *WhatsApp*; sin embargo, la percepción del tiempo que se demoró la red en realizar las tareas por parte del usuario, varía debido al tamaño de los archivos que se deben intercambiar con la red. Añade que un cliente no percibiría diferencia en el caso del mensaje de *WhatsApp*, pero sí apreciaría un cambio al navegar páginas WEB. Indica que la velocidad de transferencia de datos máxima se verá determinada inicialmente por la capacidad inherente a la tecnología de telefonía móvil que se utilice y, posteriormente, se verá afectada por la cobertura, plan seleccionado, manejo de la red del operador y características del terminal. Señala que en Costa Rica funcionan tres tecnologías de telefonía móvil y remite a una tabla con las velocidades de navegación teóricas máximas alcanzables por cada una. Acota que definir qué tipo de tecnología móvil se utiliza en un determinado momento, dependerá de las especificaciones técnicas terminal seleccionado, su configuración, el uso que se le esté dando al mismo, disponibilidad de la red por parte del operador, y la administración que de la misma este haya implementado. Acotan que las tecnologías con velocidades de navegación más altas permiten al operador conectar a más usuarios de manera simultánea para una velocidad determinada. Remite a una tabla que donde se comparan las imágenes de los niveles de cobertura disponibles en el país por parte de los tres operadores de red y alega que ante esa situación, múltiples operadores a nivel mundial han implementado las

políticas de uso justo que permiten reducir la velocidad, una vez superado un límite de consumo. Manifiesta a manera de ejemplo que Vodafone España limita la velocidad de los planes denominados “Vodafone Yu” a 16 kbps una vez que se consumió la cantidad de datos contratada” y Virgin Mobile, en Estados Unidos reduce la velocidad restringiendo el acceso a únicamente la tecnología 2G” (115 kbps). TIM de Italia reduce la navegación hasta 32 kbps” y Otelio en Alemania limita la velocidad a 64 kbp. Menciona que no existe un criterio técnico estandarizado a nivel mundial para determinar en qué proporción se debe disminuir la velocidad de navegación, una vez que se ha sobrepasado un determinado umbral de consumo y que el “*throttle*”, como se le conoce a esa práctica por su nombre en inglés, busca lograr mayor equidad de acceso en mejores condiciones de servicio para todos. Arguye que en el caso de Costa Rica, las velocidades a las cuales se reduce el servicio, son superiores a los máximos que se pueden prestar a través de la red 2G (GSM), que es la que presenta menores capacidades para el uso de este servicio. Plantea las estrategias de información y divulgación de los derechos y deberes de los usuarios que la SUTEL ha desarrollado. Expone información relativa a la aplicación de medidas similares en otros países. Informa sobre los siguientes documentos emitidos por el Consejo de la SUTEL: acuerdo 032-014-2017 de 15 de febrero de 2017, acuerdo 013-017-2017 de 1º de marzo de 2017 y acuerdo 001-020-2017 de 8 de marzo de 2017. Indica que mediante esos acuerdos, la SUTEL comunicó a los operadores cómo se debe aplicar la resolución RCS-063-2014, aprobada por el Consejo de la SUTEL en la sesión ordinaria 021-2014 celebrada el 2 de abril de 2014. Señala que, de manera resumida, el Consejo comunicó lo siguiente:

“1. Que esta Superintendencia tiene conocimiento que algunos usuarios suscribieron contratos de adhesión sujetos a un periodo de permanencia mínima en los cuales se consignó que no aplicaba (N/A) un tope en la descarga de datos, y se omitió informar la velocidad a la cual se disminuiría el servicio una vez que se supere el límite de consumo es decir se comercializaron servicios con condiciones de descarga ilimitada no sujeta a la aplicación de las políticas de uso justo. 2. Que el operador debe abstenerse de aplicar las condiciones de uso justo de forma indiscriminada a todos sus usuarios ya que debe respetar las condiciones particulares de cada uno de los contratos con especial énfasis en aquellos con plazos de

permanencia mínima vigentes, por cuanto debe respetar el principio de información clara veraz y oportuna, misma que se brindó de previo a la contratación de los servicios, y se consignó en los contratos suscritos por los usuarios, aspectos determinantes en sus decisiones de consumo. 3. Que los operadores se deben abstener de aplicar condiciones de uso justo que afecten la velocidad originalmente contratada a aquellos usuarios con condiciones de permanencia mínima vigente que hayan firmado contratos con condiciones de descarga ilimitada no sujeta a políticas de uso justo, o que los contratos sean omisos en cuanto a la capacidad de descarga contratada y velocidad a la que se reduciría el servicio de datos una vez aplicadas dichas políticas. 4. Que los operadores únicamente pueden aplicar políticas de uso justo cuando se cumpla a cabalidad los términos y condiciones establecidos en resolución RCS-063-2014, es decir cuando en los contratos de adhesión se haya consignado de forma clara y veraz que el servicio contratado se encontraba sujeto a políticas de uso justo y se hubiera señalado la forma en la que estas se aplicarían o cuando se informara con un mes de antelación la modificación de las nuevas condiciones en aquellos contratos que no se encontraban sujetos a permanencia mínima o cuando dicho plazo ya se hubiera cumplido. 5. Que en relación con los contratos de adhesión que no se encuentren sujetos a plazo de permanencia mínima: Se podrá aplicar políticas de uso justo a aquellos usuarios que hayan suscrito contratos de adhesión no sujetos a plazos de permanencia mínima o cuyas permanencias se encuentren vencidas, y se les haya informado de previo sobre las nuevas condiciones o restricciones (nueva capacidad de descarga velocidad a la cual se disminuiría una vez que se llegue al límite de consumo y cualquier otro elemento que afecte la decisión de consumo) según los términos y plazos establecidos en el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones. En caso de que este grupo de usuarios no se encuentre de acuerdo con las nuevas condiciones pueden rescindir del contrato sin ningún tipo de penalización. 6. Que sobre los contratos de adhesión que se encuentran sujetos a plazos de permanencia mínima: Si el contrato de adhesión indica de forma clara y expresa la velocidad de descarga y capacidad contratada del servicio de Internet móvil según la resolución RCS-063-2014 el operador puede aplicar a partir del 1° de marzo del 2017 dichas regulaciones de consumo por cuanto las condiciones se encuentran debidamente aprobadas por el usuario mediante la suscripción del contrato. Si el usuario final no está de acuerdo y decide finalizar el contrato

suscrito debe cancelar el monto correspondiente a la penalización por retiro anticipado, según lo establecido en las resoluciones RCS-364-2014 y RCS-253-2016. 7. Que si en el contrato de adhesión suscrito no se estableció ninguna limitación en la descarga de datos, ni la velocidad a la cual se disminuiría el servicio una vez que se llegue al límite de consumo según los espacios dispuestos en el contrato para dicho efecto; o bien se indicó de forma expresa que la descarga de datos móviles es ilimitada no sujeta a políticas de uso justo el operador no puede modificar las condiciones originalmente pactadas y aplicar la política de uso justo, durante el plazo de permanencia mínima estipulado en el contrato de adhesión. No obstante una vez cumplido el plazo de permanencia mínima, el ICE podrá informarte al usuario sobre la modificación contractual según lo establecido en el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones y el usuario tendrá la posibilidad de continuar con el servicio con las nuevas condiciones o bien rescindir el mismo sin penalización alguna en caso de no encontrarse conforme con éstas.”

20.- Por escrito recibido en la Sala el 5 de abril de 2017, informa bajo juramento Carlos Manuel Quesada Obregón, en su condición de Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad. Explica la política de uso justo. Afirma que dicha política no impide el acceso a Internet, sino que consiste en establecer niveles de consumo, a partir de los cuales el proveedor del servicio únicamente reduce la velocidad a la que puede navegar el cliente en la red hasta completar el ciclo mensual de facturación. Señala que al iniciar un nuevo ciclo de facturación, se le restituye la velocidad originalmente contratada. Tal medida fue autorizada por la SUTEL mediante resolución RCS-063-2014 del 2 de abril de 2014. Previo a ello, el regulador homologó contratos que incluían dicha cláusula. Describe el funcionamiento de la política de uso justo. Afirma que en un sistema de tarifa plana y consumo ilimitado, como el vigente en Costa Rica para el servicio de Internet móvil postpago, los usuarios promedio terminan pagando una parte desproporcionada de los costos generales de la red. Cita la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos de América en apoyo de dicha aseveración. Afirma que la medida es una práctica normal del mercado, cuando no existe una metodología de cobro por descarga. Ejemplifica las estrategias en política de uso justo de los operadores a

nivel regional. Describe que la política de uso justo en América Latina es una práctica común. Indica que en Costa Rica, por disposición de la SUTEL no se aplica el cobro por descarga en la telefonía móvil pospago. Refiere que entre 2014 y 2015 se dio un crecimiento del 68% del consumo y entre el 2015 y 2016 creció un 38%, lo que vuelve necesaria la implementación de políticas de uso justo. Comenta que esas políticas se materializan como condiciones contractuales del servicio de acceso a Internet. Menciona que la resolución RCS-063-2014 procura asegurar y mejorar la calidad y desempeño del servicio. Agrega que el ICE ha venido aplicando la política de uso justo en los servicios pospago desde el 1° de marzo de 2017, lo cual fue comunicado tanto mediante la página web como a través de medios de comunicación. Asimismo, señala que informaron que las mismas constituían una enmienda a los contratos vigentes, brindando la posibilidad de que el cliente se manifestara en contra. Añade que también envía mensajes de texto cuando alcanza el 80% y el 100%, momento en el cual podrá seguir trasegando datos de manera ilimitada solo que a una velocidad reducida. Relata que se han realizado pruebas de los usos más comunes en Internet a velocidad 128 Kbps, según las cuales el cliente va a poder mantener un servicio funcional y que a lo sumo experimentaría un incremento en el tiempo. Los resultados indicaron que podía utilizarse *WhatsApp*, *Facebook*, navegar en Internet y utilizar el correo electrónico. Alega que en vista de las mejoras significativas experimentadas durante la aplicación de la política de uso justo, su representado realizó ajustes técnicos a nivel de la red móvil e incrementó la velocidad reducida de 128 kbps a 256 kbps a partir del 4 de abril de 2017. Afirma que la política de uso justo del ICE garantiza la prestación del servicio de Internet móvil con calidad para todos los usuarios, está aprobado por SUTEL, informa a los usuarios sobre el consumo y asigna volumen de consumo suficiente para el disfrute del servicio. Recuerda que dicha política es temporal y facultativa, por lo que en la medida en que los usuarios ajusten sus hábitos de consumo y se establezca el volumen de tráfico a nivel de la red, las mismas podrían dejar de aplicarse. Admite que el 6 de julio de 2016 el recurrente suscribió con el ICE un plan que le permite disfrutar de 750 SMS, 600 minutos de voz y acceso a Internet a 2 Mbps, con una permanencia mínima de 24 meses por un costo mensual de ₡24.000,00. Señala que el recurrente tiene una capacidad de transferencia asignada de 5 GB y un consumo promedio de 21.5 GB, casi 4 veces la

capacidad asignada a todos los clientes con ese mismo plan, en adición al comunicado del 27 de enero, el 8 de marzo le fue enviado un SMS, mediante el cual se le informó que se procedería con la aplicación de la política de uso justo, así como una invitación a modular sus hábitos de consumo informándose sobre la misma en la página Web. Menciona que, posteriormente, se le enviaron tres mensajes, el primero a las 21:55:27 de 14 de marzo cuando se encontraba dentro del 80% del consumo asignado a su plan, el segundo mensaje enviado a las 10:07:51 del 15 de marzo al haberse consumido el 90% del consumo asignado, y el tercer mensaje enviado ese mismo día a las 10:48:32 donde se le informaba que al haberse superado el 100% de la capacidad mensual de datos asignada, por lo cual seguiría navegando a la velocidad de 128 Kbps hasta el nuevo periodo de facturación. Manifiesta que, lo anterior, no significa que una vez alcanzado el umbral asignado, no pueda seguir descargando datos más allá de dicho valor referencial por el resto del ciclo de facturación, inclusive, duplicar o triplicar esa capacidad, solo que a menor velocidad, pero siempre la descarga va a ser ilimitada. Arguye que en relación con el acceso al sitio “medidor.kolbi.cr”, esa aplicación fue creada principalmente para hacer test de velocidad desde una PC o computadora de escritorio y, además, la misma fue dada de baja, razón por la cual, cuando el recurrente trató de acceder a ella, luego de un determinado lapso de tiempo, va a obtener el mensaje “no se puede acceder a este sitio”. Menciona que si bien el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una resolución para la “promoción, protección y el disfrute de los derechos humanos en Internet”, mediante la cual dispuso que el acceso a Internet es un derecho básico de todos los seres humanos y anima a todos los países a proveer a sus ciudadanos de acceso a la red, esa declaración debe ser entendida como una excitativa a los estados miembros a promover, a través de las políticas públicas, el desarrollo de facilidades para garantizar a sus ciudadanos dicho acceso. Destaca que la modulación del ejercicio de algunos derechos bajo ciertas circunstancias, en beneficio de la colectividad, no necesariamente constituye violación a derechos fundamentales. Provee datos estadísticos sobre conexiones fijas y móviles a Internet. Con base en ellos, considera que la política de uso justo se aplica a una pequeña porción de clientes pospago, cuyo uso es intensivo. Expresa que la regulación tarifaria vigente en Costa Rica impone como única opción en el servicio de Internet pospago

la tarifa plana, y en el servicio prepago el cobro por consumo, lo que genera una desigualdad a favor de los clientes pospago (21%) en contra de los clientes prepago (79%). Añade que esta asimetría tarifaria, unida a la naturaleza compartida de la conectividad, ha propiciado que las acciones de los usuarios pospago con mayores niveles de consumo afecten el desempeño y la experiencia de uso de todos los demás. Acota que la política de uso justo no implica negación o suspensión del acceso al servicio de Internet móvil. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

21.-Mediante resolución N° 2017-7235 de las 9:45 horas del 19 de mayo de 2017, la Sala acumuló el expediente 17-003364-0007-CO a este expediente.

22.-Por escrito recibido en la Sala el 1 de marzo de 2017, el accionante Sibaja Miranda interpone recurso de amparo. Manifiesta que mantiene relación comercial con la institución recurrida desde hace varios años, específicamente, con su subsidiaria de telecomunicaciones Kolbi, por haber suscrito un contrato de telefonía denominado CONECTADOS, según el cual paga 50 mil colones mensuales. Indica que el 1 de marzo de 2017, se enteró, por los medios de comunicación escrita, sobre la política de “uso justo de Internet”, la cual indica que a pesar de que contractualmente se haya pactado en las cláusulas las condiciones de velocidad y de carga y descarga de datos de la red, así como la cantidad de banda de Internet con que el consumidor cuenta, de forma unilateral y arbitraria, por medio de esa política, se va a imponer una disminución de la descarga de Internet cuando la marca comercial considere que se excedió la descarga adecuada. Manifiesta que esto no es solo un tema contractual, sino constitucional, ya que dicha medida fue aprobada por la Superintendencia de Telecomunicaciones, en informe declarado confidencial y que nunca fue sometido a consulta pública. Alega que, además, se violan principios constitucionales como la seguridad jurídica, la certeza plena y el principio de interdicción de la arbitrariedad, ya que los administrados no saben a qué atenerse frente a las potestades de imperio del Estado, tanto así que aun existiendo contratos de por medio, son irrespetados los derechos fundamentales de los usuarios y no se les permite defenderlos, imponiéndoles sus políticas de forma arbitraria y lesiva. Solicita que se declare con lugar el recurso, con las consecuencias legales que esto implique.

23.-Por escrito recibido en la Sala el 13 de marzo de 2017, informa bajo juramento Gilbert Camacho Mora, en la condición señalada. Reitera los argumentos expresados en otros informes. En cuanto al caso concreto del recurrente SibajaMiranda, indica que el tema de la audiencia pública está regulado en el artículo 73 inciso h) de la Ley N° 7593. Afirma que los contratos de las tres operadoras fueron homologados por la SUTEL, lo cuales incluían la cláusula de uso justo. Afirman que la resolución RCS-063-2014 establece los lineamientos para promover una adecuada aplicación de las medidas que adopten comercialmente los operadores, en relación con las cláusulas de uso justo homologadas en los contratos de adhesión. Concluye que dicha resolución no debe ir a audiencia pública, por no encontrarse en ninguno de los supuestos establecidos por esa norma. En cuanto a la confidencialidad del informe, manifiesta que el Conejo de la SUTEL conoció mediante el oficio 2042-SUTEL-DGC-2014 el informe referida al “Aumento de Reclamaciones por velocidad de conexión en el servicio de Internet móvil”, en el cual se evidenciaba el comportamiento de los usuarios de consumo extraordinario sobre dichos servicios. Explica que ese informe fue uno de los insumos para fundamentar la resolución RCS-063-2014. Aclara que dicho informe no es confidencial. Explica que se adjunta a ese informe el documento denominado “Aumento de reclamaciones por velocidad de conexión en el servicio de Internet Móvil”, que es uno de los documentos preparado por la Dirección de Calidad para fundamentar la resolución RCS-063-2014. Además, señala que en el expediente administrativo constan todos los documentos que motivan la resolución RCS-063-2014, dentro de los cuales está el oficio 2042-SUTEL-DGC-2014. Apunta que en el expediente administrativo consta la resolución RCS-062-2014, denominada “*Se resuelve sobre la confidencialidad de piezas del expediente GCO-DGC-ETM-305-2014 y del informe contenido en el oficio 2040-SUTEL-DGC-2014*”. Explica que dicha resolución indica las razones por las cuales se declara confidencial una serie de información proporcionada por las operadoras. Agrega que el informe declarado confidencial se basa en datos de tráfico de todos los usuarios de las redes móviles; con vista en la privacidad de esos datos, se declaró confidencial dicho informe. Refiere al artículo 43 de la Ley General de Telecomunicaciones, en cuanto al tratamiento de datos de tráfico y localización. Finalmente, informa que mediante los acuerdos 032-014-2017 del 15 de febrero de 2017, 013-017-2017 del 1 de marzo

de 2017 y 001-020-2017 del 8 de marzo de 2017, el Consejo de la SUTEL comunicó a los operadores cómo se debe aplicar la resolución RCS-063-2014. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

24.-Por escrito recibido en la Sala el 20 de marzo de 2017, informa bajo juramento Carlos Manuel Quesada Obregón, en la condición señalada. Reitera los argumentos expresados en otros informes. En cuanto al recurrente Sibaja Miranda, reconoce que el tutelado suscribió el 13 de setiembre de 2014 un plan pospago conectado 5 a 24 meses con una velocidad de 5 Mbps. En enero de este año, lo renovó por 24 meses más al suscribir el plan Conectado 6, con velocidad máxima de 6 Mbps. Afirma que el ICE decidió implementar la política de uso justo a partir del 1 de marzo de 2017, informando a los clientes con un mes de antelación por los medios de prensa masivos, con la posibilidad de rescindir anticipadamente el contrato sin penalización en caso de no aceptación de las nuevas condiciones. Adicionalmente, se les invitó a informarse sobre acciones para disfrutar de su servicio de Internet móvil pospago haciendo un uso racional de los recursos de red y sin perjudicar la experiencia de servicio de los demás clientes. Reitera que la definición del límite de descarga no constituye una actuación arbitraria de su representado, pues fue fijado con base en motivos de equidad y razonabilidad, luego de haber realizado a nivel técnico pruebas de los usos más comunes en Internet a una velocidad de 128 Kbps, en donde se comprobó que el cliente puede mantener un servicio funcional, eventualmente lo que puede llegar a experimentar es un incremento en el tiempo de espera para acceder al contenido o información. Contrario a lo que alega el recurrente, explica que el oficio 2042-SUTEL-DGC-2014 no es confidencial; lo único declarado como tal dentro de la resolución RCS-062-2014, a solicitud de los operadores, son los datos de tráfico de todos los usuarios de las redes móviles, en razón de salvaguardar la privacidad de las comunicaciones. En cuanto a la consulta pública, del artículo 73 inciso h) de la Ley N° 7593 de la ARESEP concluye que no es necesaria la celebración de alguna audiencia. Considera que la política de uso justo es una forma de modular un derecho sin suprimirlo. Alega que el servicio de telecomunicaciones forma parte de un mercado abierto a la competencia, por lo que dejó de ser un “servicio público”, en los términos del ordinal 4 de la Ley General de la Administración Pública. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

25.-Por escrito recibido en la Sala el 7 de abril de 2017, el recurrente Sibaja Miranda enfatiza que la política de uso justo no salió a consulta pública, lo que estima lesivo de los derechos de los usuarios. Considera que el ICE reconoce que dicha política es lesiva y desproporcionada, al aumentar la velocidad de 128 Kbps a 256 Kbps.

26.-Por escrito recibido en la Sala el 28 de abril de 2017, se apersona Mario Pacheco Loaiza al proceso N° 17-003364-0007-CO, en la condición señalada. Expone los mismos argumentos. En cuanto a los reclamos concretos del recurrente Sibaja Miranda, indica que el reclamo planteado es materia de legalidad por ser un tema contractual. Considera que el derecho de acceso a Internet no implica utilizar infinitamente un servicio a toda costa, sino que se trata de garantizar el acceso equitativo a toda la población. Reitera que es un tema de legalidad, que debe ser visto en sede ordinaria.

27.-En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el **Magistrado Rueda Leal**; y,

CONSIDERANDO:

I.-SOBRE COADYUVANCIAS. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, quien tuviere un interés legítimo en el resultado del recurso podrá apersonarse e intervenir en él como coadyuvante del actor o del demandado. En atención a lo anterior, este Tribunal estima que las solicitudes de coadyuvancia planteadas por Telefónica de Costa Rica TC S.A., General Counsel de GSM Association y Claro CR Telecomunicaciones S.A. deben ser admitidas, con la advertencia de que el resultado del sub examine no va dirigido de modo directo a los coadyuvantes, sino solo a las partes.

II.-OBJETO DEL RECURSO. La parte accionante acusa que la SUTEL ha homologado las cláusulas sobre política de uso justo que contienen los contratos de los operadores de Internet móvil pospago. Estima que la aplicación de dicha política por parte de los operadores limita la velocidad de navegación en la Internet a tal grado que la vuelve

inoperante, lesionando así sus derechos fundamentales, en particular el acceso a la Internet. Asimismo, afirma que la política de uso justo fue aprobada sin que mediara audiencia pública y utilizando un informe declarado confidencial.

III.-HECHOS PROBADOS. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos, según lo prevenido en el auto inicial:

a) El 11 de setiembre de 2013, mediante acuerdo 023-049-2013 de la sesión ordinaria 049-2013, el Consejo de la SUTEL homologó el *“Anexo de Planes Móviles post pago”* al contrato de adhesión del Instituto Costarricense de Electricidad, cuyo punto 26 establecía la política de uso justo. (Ver resolución RCS-063-2014).

b) El 13 de febrero de 2013, mediante acuerdo 006-009-2013 de la sesión ordinaria 009-2013, el Consejo de la SUTEL homologó el *“Contrato Marco para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones Movistar y el Anexo para la Identificación del cliente y servicios contratados”* de Telefónica de Costa Rica TC S.A., cuya cláusula 30 establecía las políticas de uso justo. (Ver resolución RCS-063-2014).

c) El 2 de noviembre de 2011, mediante acuerdo 008-082-2011 de la sesión ordinaria 082-2011, el Consejo de la SUTEL homologó el *“Contrato Universal para la prestación de servicios de telecomunicaciones y su Anexo de servicio postpago Telefonía Móvil Celular”* de Claro C.R. Telecomunicaciones S.A., cuya cláusula cuadragésima establecía la política de uso justo. (Ver resolución RCS-063-2014).

d) Mediante acuerdo 014-021-2014 de la sesión ordinaria 021-2014 del 2 de abril de 2014, el Consejo de la SUTEL aprobó la resolución N° RCS-063-2014, denominada *“Autoriza en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil”*. La política de uso justo permite al operador disminuir la velocidad de Internet móvil del usuario por el resto del ciclo de facturación, una vez que dicho cliente ha alcanzado el umbral de descarga contratado. Esta resolución delega en los operadores la determinación de la

velocidad a la que será disminuido el acceso a Internet en aplicación de la mencionada política. (Hecho incontrovertido).

e) La resolución N° RCS-063-2014 estableció medidas a cargo de los operadores a fin de evitar la congestión en las redes. En concreto, resolvió:

“6. ORDENAR a los operadores, el Instituto Costarricense de Electricidad, Telefónica de Costa Rica TC S.A. y a Claro C.R. Telecomunicaciones S.A., atender las siguientes medidas;

a) Intensificar sus esfuerzos para ampliar la capacidad de sus redes para reducir al máximo los niveles de congestión detectados, de forma que se pueda cumplir con las velocidades comercialmente ofrecidas incluso en la hora cargada media, los operadores del servicio de Internet Móvil que la política de uso justo es una medida considera como remedio temporal para la problemática de la congestión de redes derivada del consumo extraordinario de un porcentaje pequeño de clientes, la cual debe acompañarse de otras medidas incluyendo las de largo plazo.

b) Para atender dicho aumento de capacidad se requiere a los operadores valorar el uso de las alternativas de offloading.

c) (...)”

f) Un 5% de los usuarios efectúa un consumo del servicio de Internet móvil para la modalidad de postpago, que acapara alrededor de un 35% de los recursos y la capacidad de las redes de los operadores. (Ver informe rendido y prueba aportada).

g) El recurrente Valdelomar Valerín suscribió el 6 de julio de 2016 un contrato con el ICE que incluye el uso del Internet móvil. El ICE le aplicó la política de uso justo a dicho tutelado, reduciendo su velocidad a 128 Kbps. (Ver informe rendido).

h) El recurrente Sibaja Miranda suscribió el 13 de setiembre de 2014 con el ICE un plan postpago Conectado 5 a 24 meses con una velocidad de 5 Mbps. En enero de este año lo renovó por 24 meses más, al suscribir

el plan Conectado 6 con velocidad máxima de 6 Mbps. (Ver informe rendido).

i) Los usuarios del ICE fueron informados por medios masivos y mensajes de texto sobre la aplicación de la política de uso justo. (Ver informe rendido).

j) El oficio 2042-SUTEL-DGC-2014 no es confidencial. (Hecho incontrovertido).

IV.-HECHOS NO PROBADOS. La Sala no pudo corroborar que el tutelado Porras Castillo tuviera un contrato de Internet móvil con algún operador ni que se le hubiera indicado la aplicación de la política de uso justo. Por otro lado, tampoco se pudo tener por demostrado que el recurrente Sibaja Miranda hubiera requerido algún informe a las autoridades accionadas ni que el acceso al mismo le hubiera sido negado por motivos de confidencialidad.

V.-SOBRE EL CASO CONCRETO. En el *sub examine*, la parte accionante plantea que el Consejo de la SUTEL homologó las cláusulas de aplicación de la denominada “política de uso justo” de Internet que contienen los contratos de los operadores de telefonía móvil. Alega que la reducción de velocidad que se aplica en virtud de dicha política, dificulta o imposibilita el acceso a Internet. Asimismo, acusa que la aprobación de la política de uso justo requería una audiencia pública. Por su parte, el representante de la SUTEL indicó que se habían aprobado contratos con cláusulas de uso justo para los tres operadores de telefonía móvil. Al respecto, argumentó que dicha cláusula disminuye la velocidad de Internet, pero no impide su acceso. Explicó que las redes de telefonía e Internet móvil cuentan con recursos que son compartidos por todos los usuarios que en determinado momento utilizan la misma infraestructura, y que los planes de telefonía móvil sin límite de consumo suelen propiciar la aparición de clientes que hacen un uso intensivo de la red móvil al acaparar los recursos de la misma por largos periodos de tiempo, impidiendo con ello a otros usuarios acceder a la red con buenas condiciones de prestación del servicio, afectando su eficiencia y buen funcionamiento. Con el fin de proteger los derechos de los usuarios, el Consejo de la SUTEL aprobó la resolución N° RCS-063-2014

del 2 de abril de 2014, que autorizó en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil. Dicha resolución, la cual está dirigida a los operadores y –por lo tanto– carece del carácter de una normativa de aplicación general, permite una disminución de la velocidad contratada, cuando el usuario sobrepase el límite de descarga en un ciclo de facturación. Indicó que tal disminución se aplica únicamente durante el tiempo restante del ciclo de facturación y que no se impide el acceso a Internet; la velocidad únicamente se disminuye a aquella acordada con el operador, lo que no implica la imposibilidad de acceder al servicio.

A fin de resolver los reclamos constitucionales planteados por los accionantes, el análisis de la Sala seguirá la siguiente estructura. Primero, se retomará el tratamiento que la jurisprudencia de este Tribunal ha brindado al tema del acceso a Internet, recordando que se trata de un derecho fundamental reconocido por esta sede. Partiendo de ese hecho, en el siguiente acápite se aclaran algunas obligaciones del Estado y de la SUTEL, relacionadas con el acceso a Internet, que han sido establecidas normativamente y reconocidas por la jurisprudencia de esta Sala. Con estas aclaraciones, este Tribunal procederá a conocer el reclamo de fondo. En un primer considerando, se tratará el tema de la posibilidad de establecer una política de uso justo y su relación con un acceso funcional a Internet. De seguido, la Sala analizará la aplicación del principio de razonabilidad y proporcionalidad a la política de uso justo. Finalmente, la Sala resolverá sobre la alegada necesidad de realizar una audiencia pública para el establecimiento de la política de uso justo.

VI.-SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL ACCESO A INTERNET COMO DERECHO FUNDAMENTAL. Como base para los considerandos subsiguientes, es necesario recordar la importancia que la Sala ha dado en su jurisprudencia al acceso a Internet:

“ I.-SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA INTERNET EN LA SOCIEDAD ACTUAL. Sin lugar a dudas, la Internet se ha constituido en uno de los grandes avances del siglo XX, pues su desarrollo generó una revolución en diversos campos. Si bien en un principio fue ideada con un propósito meramente militar, lo cierto es que su uso original ha dado un giro total, para convertirse no solo en un instrumento al alcance de gran parte de

la población, sino, además ha llegado a ser una de las herramientas principales para el desarrollo de un nuevo concepto; la sociedad de la información, fruto de la globalización. En ese sentido, la Internet se ha convertido en una verdadera autopista de la información, por la que transitan a diario una cantidad inimaginable de datos de todos los tipos: visuales, sonoros, textuales, que han permitido a las personas conocer información de su interés de forma rápida, constituyéndose así en un medio de suma importancia para la educación. De igual forma, la Internet ha permitido dar un giro total en las comunicaciones a nivel mundial, pues por medio de instrumentos como el correo electrónico, o las video llamadas, permite que las personas puedan contactar a otras que se encuentren a distancias considerables, en un plazo inimaginable años atrás, y con un costo sumamente bajo, lo que sin lugar a dudas, ha influenciado no solo las relaciones interpersonales, sino en la cooperación internacional en distintos aspectos, como el comercio, las relaciones entre Estados, entre otros. Lo señalado anteriormente, se ve reflejado en los datos proporcionados por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), que indican que en el año 2013 más de 2700 millones de personas utilizaban Internet, lo que representaba un 39% de la Población Mundial. Asimismo, se expresa que en países en desarrollo, el 31 % de la población tenía acceso a la red mundial, mientras que dicho porcentaje aumentaba al 39%, en países desarrollados. A nivel continental, Europa es la región que registra la tasa de penetración de Internet más elevada del mundo, con un 75%, mientras que América ocupaba el segundo lugar, con 61%. Las cifras externadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, también reflejaban que en el 2013, 41% de los hogares del mundo entero estaban conectados a Internet, siendo que en los países desarrollados la tasa de penetración de Internet alcanzaba el 78% de los hogares, porcentaje que disminuía sustancialmente en los países en desarrollo, donde la tasa mencionaba llegaba al 28%. Finalmente, se externa en las estadísticas de la UIT, que el 90 % de los 1.100 millones de hogares no conectados a Internet, está situado en los países en desarrollo. Todo lo anterior, hace ver con claridad la importancia de la Internet en la sociedad actual, lo que se refleja en los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas, en la que se plantea que “Ofrecer conectividad a Internet en el mundo en desarrollo, ayudará a concretar, los objetivos de salud, educación, empleo y reducción de pobreza”.

II.-A nivel nacional, estadísticas del Banco Mundial indican que para el año 2009, 34,3 de cada 100 habitantes del país contaban con acceso a Internet, mientras que para el 2012, dicha cifra se había elevado a 47,5 de cada 100 habitantes. Por otra parte, en el Informe sobre Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones 2010-2012 de la Superintendencia de Telecomunicaciones, se indica que con la apertura del sector de telecomunicaciones, se dio un giro al funcionamiento del mercado de Internet, en virtud de la posibilidad de que nuevas empresas brindaran el servicio. Así, para el primer semestre de 2009, la SUTEL comenzó las autorizaciones para brindar el servicio de Internet, siendo que para el cierre del año 2012, ya se encontraban registradas 60 empresas autorizadas para tal fin. Por otra parte, en el informe mencionado se resalta que entre los años 2010 a 2012, el mercado de Internet del país tuvo una tasa de crecimiento acumulado de 114%, en términos de suscripciones. Las suscripciones de Internet fijo presentaron una tendencia decreciente con respecto al total de suscripciones a Internet (fijo y móvil), pues pasó de representar un 63 % de la totalidad de suscripciones en el 2010, aun 33% en el 2012. Por el contrario, el servicio de acceso a Internet inalámbrico móvil, evidenció una tendencia creciente en cuanto al total de suscripciones, presentando una tasa de crecimiento acumulada de 282 %, que se vio reflejada en su peso dentro del total de suscripciones al servicio de Internet, que paso del 37% en el año 2010, al 67 % en el año 2012. Siguiendo con lo anterior, en el informe denominado Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones. Informe 2010-2013, la Superintendencia de Telecomunicaciones señala que para el año 2013, el país cerró con 7.111.981 líneas celulares activas, lo que representó una penetración del 151 %, la más alta de Centro América. Dicho crecimiento se vio reflejado en el aumento de usuarios de internet móvil, que pasó de 606.215 personas en el año 2010 a 3.543.419 al cierre del 2013, lo que implica un 485 %. El 98 % de dichas conexiones se realizó desde un teléfono celular, mientras que el 2% restante por medio de data card. Ese mismo informe, revela que las suscripciones a Internet fijo inalámbrico crecieron un 25% entre los años 2010 y 2013, siendo que para ese año el 36 % de las viviendas contaban con ese servicio. Datos más recientes, publicados por SUTEL en el periódico La Nación del 7 de agosto de 2014, indican que el servicio de Internet móvil aumentó en términos de generación de ingresos en el año 2013, pues pasó del 10 al 26%. Asimismo, se explica que en la actualidad 75 de cada 100 ciudadanos utilizan Internet por medio de su teléfono celular, cifra que era de 13 de cada 100 ciudadanos en el año 2010.

Por otra parte, el tráfico de datos también sufrió un incremento importante, toda vez que para el año 2013, de 7,1 millones de conexiones, un 50% tenía acceso a Internet, y un 50 % hacía uso de las terminales inteligentes. Ahora bien, a partir de las estadísticas mencionadas, es claro que se ha dado un crecimiento acelerado del número de usuarios de Internet en el país, lo que hace cada vez de mayor importancia, la necesidad de garantizar el acceso a la red mundial para la mayor parte de la población. Ante dicha situación, el legislador previó que para el sector de telecomunicaciones (dentro del que se incluye la Internet), se garantizarían los principios de acceso universal, servicio universal y solidaridad, definiendo mediante el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, las metas y prioridades para el cumplimiento de dichos fines. Lo expuesto, se ve externado los principios rectores recogidos en los artículos 3 de la Ley número 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, y los numerales 31, 32 y 33 de la Ley número 8642, Ley General de Telecomunicaciones, que al efecto disponen lo siguiente:

ARTÍCULO 3.-

Principios rectores

Las entidades públicas del Sector Telecomunicaciones considerarán los principios rectores del ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, definidos y vigentes en el Sector:

- a) Universalidad.*
- b) Solidaridad*
- c) Beneficio del usuario*
- d) Transparencia.*
- e) Competencia efectiva.*
- f) No discriminación*
- g) Neutralidad tecnológica.*

h) Optimización de los recursos escasos.

i) Privacidad de la información

j) Sostenibilidad ambiental.

ARTÍCULO 31.-

Servicio, acceso universal y solidaridad

El presente capítulo establece los mecanismos de financiamiento, asignación, administración y control de los recursos destinados al cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad. A la Sutel, le corresponde garantizar que los operadores y proveedores cumplan lo establecido en este capítulo y lo que reglamentariamente se establezca.

ARTÍCULO 32.-

Objetivos del acceso universal, servicio universal y solidaridad

Los objetivos fundamentales del régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad son los siguientes:

a) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes de las zonas del país donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable.

b) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes del país que no tengan recursos suficientes para acceder a ellos.

c) Dotar de servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a las instituciones y personas con necesidades sociales especiales, tales como albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad, población

indígena, escuelas y colegios públicos, así como centros de salud públicos.

d) Reducir la brecha digital, garantizar mayor igualdad de oportunidades, así como el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento por medio del fomento de la conectividad, el desarrollo de infraestructura y la disponibilidad de dispositivos de acceso y servicios de banda ancha.

ARTÍCULO 33.-

Desarrollo de objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad

Corresponde al Poder Ejecutivo, por medio del Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, definir las metas y las prioridades necesarias para el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en el artículo anterior. Con este fin, dicho Plan deberá contener una agenda digital, como un elemento estratégico para la generación de oportunidades, el aumento de la competitividad nacional y el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento, que a su vez contenga una agenda de solidaridad digital que garantice estos beneficios a las poblaciones vulnerables y disminuya la brecha digital.

La Sutel establecerá las obligaciones; y también definirá y ejecutará los proyectos referidos en el artículo 36 de esta Ley, de acuerdo con las metas y prioridades definidas en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones.

Por otra parte, en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, el Poder Ejecutivo dispuso que dicho documento debía establecer, como mínimo, una serie de prioridades de acceso universal, servicio universal y solidaridad, entre las que se destacan las siguientes:

1. Servicio Universal

a) Que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija. La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y

permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet.

b) Que todos los usuarios finales puedan contar con acceso a Internet de banda ancha, posibilitando, a mediano plazo, el uso de tecnologías inalámbricas en las comunidades donde los costos para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura es elevada.

2. Acceso universal.

(...)

b) Que se establezcan centros de acceso a Internet de banda ancha en las comunidades rurales y urbanas menos desarrolladas y, en particular, en albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad y poblaciones indígenas.

c) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las escuelas y los colegios públicos que sean parte de los Programas de Informática Educativa del Ministerio de Educación Pública.

d) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a los hospitales, clínicas y demás centros de salud comunitarios de la Caja Costarricense de Seguro Social.

e) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las instituciones públicas, a fin de simplificar y hacer más eficientes sus operaciones y servicios, e incrementar la transparencia y la participación ciudadana.

De igual forma, en el apartado de ejes, el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones establece una serie de líneas de acción en aspectos relativos a telecomunicaciones, economía, medio ambiente y aspectos sociales, que tienen como finalidad lograr que “el potencial del conocimiento y las TICS estén al servicio del desarrollo, fomentando la utilización de la información y del conocimiento para la consecución de los objetivos de desarrollo contenidos en la Declaración del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas, y enfrentar los nuevos desafíos que plantea la Sociedad de la Información”.

III.- Ahora bien, de lo expuesto anteriormente se denota, con claridad, la importancia que tiene el acceso a la Internet dentro del marco de la Sociedad de la Información, de ahí que, incluso, has ido catalogado como un derecho fundamental por esta Sala en una serie de pronunciamientos, tales como los votos números 2010-10627 de las 8:31 del 18 de junio de 2010, y 2010-12790 de las 8:58 del 30 de julio de 2010, en los que se indicó, en lo que interesa, lo siguiente:

“V.-B- Sobre los derechos fundamentales a la información y la comunicación.-

En este caso concreto, por el servicio público en cuestión –el servicio de telecomunicaciones- también están involucrados otros dos derechos fundamentales, el derecho a la comunicación y el derecho a la información. En cuanto a estos derechos, debe indicarse que, a la luz de la sociedad de la información y del conocimiento actual, el derecho de todas las personas de acceder y participar en la producción de la información, y del conocimiento, se vuelve una exigencia fundamental, por ello tal acceso y tal participación deben estar garantizados a la totalidad de la población. Si bien son derechos relacionados con otros, tales como la libertad de expresión, y la libertad de prensa, estos derechos tienen su particularidad propia. Asimismo, aunque se perfilan más claramente en la actualidad, tienen sus raíces en la Declaración Universal de Derechos Humanos, promulgada el 10 de diciembre de 1948, cuando señala en su artículo 19º que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgada el año 1969 (Pacto de San José), cuando indica que la libertad de pensamiento y expresión comprenden “...la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas...”. En este sentido, todas las entidades encargadas del servicio público de telecomunicaciones están en la obligación de respetar dichos derechos, claro está, una vez cumplidos los requisitos establecidos, tales como llenar un formulario de solicitud y pagar la tarifa correspondiente. En este caso, el ICE está obligado a prestar el servicio de Internet solicitado pese a las limitaciones técnicas, pues precisamente para ello fue encomendado de la prestación de un servicio público como las telecomunicaciones, para crear la infraestructura

necesaria, planificar la expansión de tal infraestructura y finalmente hacer accesible a la universalidad de habitantes del país el servicio público de telecomunicaciones que les posibilite ejercer sus derechos fundamentales a la comunicación y a la información. No debe entenderse que porque una zona está alejada, sea poco rentable la construcción de la infraestructura necesaria, o existe una limitante técnica que no permite la instalación del servicio, entonces existe una justificación válida para no prestar el servicio solicitado, pues la expansión de esta red es responsabilidad de la institución recurrida. Esto por cuanto, conforme se dijo, cuando un ente (público o privado, pero sobre todo cuando es público) ha sido encargado de la misión de prestación de un servicio público tiene la obligación de prestarlo de forma continua, adaptable, eficiente y por igual a todos los habitantes, máxime cuando dicho servicio público está asociado a otros derechos fundamentales, como sería en este caso, a los derechos a la comunicación y la información.”

“V.-DERECHOS FUNDAMENTALES CONCLUCADOS. *En cuanto a este último punto, 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 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. (...)" (Resolución N° 2014-16365 de las 11:01 horas del 6 de octubre de 2014).

Efectivamente, el acceso a Internet se ha convertido en un elemento característico e imprescindible de la sociedad actual. La Internet constituye una herramienta que potencia de manera incalculable el ejercicio de otros derechos fundamentales: democratiza el conocimiento al poner una cantidad inmensurable de información al alcance de cualquier persona; facilita la participación de los ciudadanos en la gestión estatal, fomentando la transparencia en la gestión pública; establece medios para que las personas puedan ejercer su libertad de expresión; constituye una herramienta de trabajo para muchas profesiones, incluso ajenas a la rama de las tecnologías de la información, etcétera.

VII.-SOBRE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO Y LA SUTEL, RELACIONADAS CON EL ACCESO A INTERNET. Debido a su relevancia en nuestra sociedad, surge un deber del Estado de salvaguardar y procurar el despliegue pleno de ese derecho de acceso a la Internet. Esta obligación no solo implica que se debe proteger a las personas frente a amenazas que busquen limitar injustificadamente dicho derecho, sino que conlleva también la obligación del Estado de velar por su progresivo crecimiento y mejoramiento, así como la implementación de nuevas tecnologías que potencien el derecho de acceso a Internet.

En el ámbito nacional, gran parte de la responsabilidad por el desarrollo

de Internet recae en la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL). Al efecto, la jurisprudencia recién citada toca el tema al establecer:

“ IV.-SOBRE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES Y EL DERECHO AL ACCESO AL INTERNET. A partir del año 2008, con la apertura del mercado de Telecomunicaciones en el país, se dio un cambio en el esquema existente, pasando de un modelo de monopolio estatal a otro en el que existen varios competidores, pero con una fuerte intervención del Estado. La institución encargada de regular este mercado, es la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), que fue creada por el artículo el artículo 59 de la Ley número 8660 “Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones”, como un órgano de desconcentración máximo adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, con personalidad jurídica propia para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, realizar actividad contractual, administrar sus recursos y presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiriera para el cumplimiento de sus funciones. Ahora bien, dentro de un ámbito como el actual, en el que varias empresas brindan el servicio de Internet en el país, y dada la importancia que este tiene para la sociedad, conforme lo externado en los considerandos anteriores, es claro que la SUTEL no solo tiene la obligación de que la mayor parte de la población tenga acceso al servicio antes mencionado, sino, además, debe garantizar que éste se brinde en forma adecuada, de manera que permita una navegación óptima para los usuarios, esto, con base en los principios de universalidad de las telecomunicaciones, el de calidad de los servicios públicos, y las propias funciones que le fueron asignadas por el legislador en los incisos f) e i) del artículo 60 de la Ley General de Telecomunicaciones, que establecen, como obligaciones de la Superintendencia: f) 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; i) Establecer y garantizar estándares de calidad de las redes y de los servicios de telecomunicaciones para hacerlos más eficientes y productivos. De igual forma, lo dispuesto anteriormente, tiene asidero en lo señalado por el inciso d) del numeral antes citado de la Ley de Telecomunicaciones, que establece la obligación de la SUTEL de garantizar los derechos de los usuarios del servicio público mencionado, así como en

el derecho del consumidor protegido por el artículo 46 de la Constitución Política, y que fue desarrollado por esta Sala en la sentencia número 2611-95 de las 15:03 del 23 de mayo de 1995(...)”

Por su relación con lo anterior y su relevancia para este caso, la Sala no duda en transcribir algunas de las obligaciones asignadas legalmente a dicha instancia:

“Artículo 60.-

Obligaciones fundamentales de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)

Son obligaciones fundamentales de la Sutel: (...)

c) Promover la diversidad de los servicios de telecomunicaciones y la introducción de nuevas tecnologías.

d) Garantizar y proteger los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones.

e) Velar por el cumplimiento de los deberes y derechos de los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones.

f) 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. (...)

i) Establecer y garantizar estándares de calidad de las redes y de los servicios de telecomunicaciones para hacerlos más eficientes y productivos. (...)

Artículo 73. Funciones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)

Son funciones del Consejo de la Sutel:

a) 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 la Constitución Política.

b) Imponer, a los operadores y proveedores, la obligación de dar libre acceso a sus redes y a los servicios que por ellas presten, en forma oportuna y en condiciones razonables, transparentes y no discriminatorias, a los prestadores y usuarios de los servicios de telecomunicaciones, a los generadores y receptores de información y a los proveedores y usuarios de servicios de información, de conformidad con lo que reglamentariamente se indique.

c) Incentivar la inversión en el Sector Telecomunicaciones, mediante un marco jurídico que garantice transparencia, no discriminación, equidad y seguridad jurídica, a fin de que el país obtenga los máximos beneficios del progreso tecnológico y de la convergencia. (...)

k) Establecer los estándares mínimos de calidad de las redes públicas y los servicios de telecomunicaciones disponibles al público y fiscalizar su cumplimiento. (...)

o) Homologar los contratos de adhesión entre proveedores y abonados, según las competencias establecidas por ley.

Artículo 76.-

Inspección

Con el objeto de garantizar la integridad y calidad de las redes y los servicios de telecomunicaciones, así como las demás obligaciones que se impongan por medio de esta Ley, la Sutel podrá inspeccionar las condiciones de uso y explotación de las redes y los servicios de telecomunicaciones, así como los demás equipos, aparatos e instalaciones. De igual manera, corresponderá a la Sutel la inspección de las redes de radiodifusión y televisión, cuando estas sirvan de soporte para ofrecer servicios de telecomunicaciones.

(...)

La Sutel podrá efectuar cualquier acción directa de supervisión, verificación, inspección o vigilancia respecto de los operadores y proveedores, quienes estarán obligados a prestarle total colaboración, para facilitarle las labores que le faculta esta Ley. ” (Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos).

VIII.-SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UNA POLÍTICA DE USO JUSTO Y EL ACCESO FUNCIONAL A INTERNET. En el caso de marras se discute la homologación por parte de la SUTEL de los contratos marco y de adhesión de Internet móvil de los operadores telefónicos que contienen la aplicación de la política de uso justo, así como la aprobación de la resolución número RCS-063-2014 del 2 de abril de 2014, titulada *“Autoriza en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil”*. Se reclama que la implementación de dicha política afecta los derechos fundamentales de los usuarios.

Al respecto, la Sala pudo verificar que la SUTEL, en ejercicio de sus competencias, procedió a homologar los contratos que las operadoras han sometido a su conocimiento. Así, mediante acuerdo 023-049-2013 de la sesión ordinaria 049-2013, el Consejo de la SUTEL homologó el 11 de setiembre de 2013 el *“Anexo de Planes Móviles post pago”* al contrato de adhesión del Instituto Costarricense de Electricidad, cuyo punto 26 establecía la política de uso justo. De la misma manera, el 13 de febrero de 2013, mediante acuerdo 006-009-2013 de la sesión ordinaria 009-2013, dicho Consejo homologó el *“Contrato Marco para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones Movistar y el Anexo para la Identificación del cliente y servicios contratados”* de Telefónica de Costa Rica TC S.A., cuya cláusula 30 establecía las políticas de uso justo. Lo mismo ocurrió el 2 de noviembre de 2011, cuando dicho Consejo homologó el *“Contrato Universal para la prestación de servicios de telecomunicaciones y su Anexo de servicio postpago Telefonía Móvil Celular”* de Claro C.R. Telecomunicaciones S.A., cuya cláusula cuadragésima establecía la política de uso justo (acuerdo 008-082-2011 de la sesión ordinaria 082-2011). Finalmente, la Sala también pudo tener por probado que el Consejo de la SUTEL aprobó la resolución N° RCS-063-2014, denominada

“Autoriza en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil”, mediante acuerdo 014-021-2014 de la sesión ordinaria 021-2014 del 2 de abril de 2014. Así, es un hecho incontrovertido que la SUTEL ha aprobado la aplicación de la política de uso justo. Dicha política conlleva, entre otros, a que se autorice al operador la disminución de la velocidad de Internet móvil del usuario por el resto del ciclo de facturación, una vez que este último ha alcanzado el umbral de capacidad contratado.

Por su importancia para la resolución del *sub examine*, se debe destacar que este Tribunal pudo corroborar que, en aplicación de la mencionada política, la resolución N° RCS-063-2014 de la SUTEL delegó en los operadores la determinación de la velocidad a la cual sería disminuido el acceso a Internet.

Este elemento es esencial, toda vez que su análisis a la luz de la jurisprudencia transcrita y de las normas atinentes, permite concluir que se está en presencia de una lesión a los derechos fundamentales de los usuarios.

Efectivamente, la transcripción de la jurisprudencia relacionada con Internet tiene la finalidad de hacer hincapié en la relevancia constitucional que dicha red tiene para la sociedad contemporánea, toda vez que no se trata únicamente de uno de los mayores avances tecnológicos de las últimas décadas, sino que se ha constituido en una herramienta vital para el ejercicio del derecho humano al acceso a la Internet así como para el desarrollo de otros derechos fundamentales. Precisamente, a nivel global se ha visto cómo Internet ha venido jugando un papel trascendental en la transmisión del conocimiento, en la educación, en el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho al trabajo (entre muchos otros derechos fundamentales); incluso, ha sido determinante en la denuncia de regímenes dictatoriales, constituyéndose así en un instrumento que promueve la democratización y la libertad.

De esta manera, Internet cumple hoy en día una función similar a los libros, periódicos, estaciones de radio y televisión y demás medios de información y de comunicación que facilitan el intercambio de ideas y la difusión del conocimiento, incluso haciéndolo con tal nivel de profunda

intensidad, inmediatez y dinamismo que ha venido a redefinir la manera en que tal función opera en este siglo. En ese tanto, una restricción a Internet podría significar una lesión a la libertad de expresión, en los términos establecidos en el artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, siendo extensiva la prohibición establecida en su punto 3:

“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.”

Para este Tribunal queda fuera de cuestionamiento que el acceso a Internet es un derecho fundamental y, como tal, merece plena tutela en esta sede. Además, el Estado costarricense se encuentra en la obligación de promover su democratización, procurando disminuir la llamada brecha digital.

Teniendo presente la relevancia constitucional que tiene Internet en nuestra sociedad, es claro que el Estado y –como parte de él– la SUTEL tienen la obligación de velar por que se garantice un acceso mínimo a dicha red. Si bien la SUTEL ha expresado que los recursos de las redes de Internet móvil son limitados, lo que justifica la aplicación de la política de uso justo a las personas que hacen un uso extraordinario de él, no menos cierto es que tal política no puede lesionar el mínimo irreductible de un derecho, también denominado contenido esencial. El desconocimiento de este mínimo, el cual permite un acceso funcional a Internet, significaría la denegatoria del derecho mismo, porque desde el punto de vista de su efectividad termina por vaciarlo de contenido. Como se explicará con más detalle *infra*, la política de uso justo no es una sanción, sino un mecanismo de gestión de tráfico. En ese tanto, es contrario al principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad que el contenido esencial de un derecho fundamental desaparezca, cuando existen otros métodos capaces de llegar al mismo resultado (evitar el consumo intensivo), sin necesidad de coartar desmesuradamente a las personas de tal derecho.

Es en este sentido que la ley ha establecido la obligación fundamental de la SUTEL de *“garantizar y proteger los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones”, “establecer y garantizar estándares de calidad de las redes y de los servicios de telecomunicaciones para hacerlos más eficientes y productivos” y “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”* (artículo 60, incisos d), f) e i), citados *supra*).

Igualmente, compete al Consejo de la SUTEL *“ k)“establecer los estándares mínimos de calidad de las redes públicas y los servicios de telecomunicaciones disponibles al público y fiscalizar su cumplimiento.”* (artículo 70, inciso k), citado *supra*).

Según se dijo, la determinación de la velocidad mínima funcional quedó a cargo de los operadores. Sin embargo y con base en las consideraciones y normas mencionadas, por concernir de modo directo al contenido esencial de un derecho fundamental, la Sala estima que es competencia de la SUTEL la determinación de una velocidad mínima, que permita un acceso funcional y de calidad a Internet en resguardo de los derechos fundamentales de los usuarios. Más aún, vista la incuestionable evolución y progreso de las tecnologías de la información, el mínimo funcional en cuestión constituye un concepto dinámico que debe actualizarse conforme avance la diversidad de elementos tecnológicos que afectan a la Internet, como la riqueza de recursos (por ejemplo multimedia) que se ofrecen, los medios transmisión de datos, la capacidad de compresión de datos, la tecnología de los teléfonos inteligentes, entre otros. De ahí que tal mínimo deba ser revisado periódicamente a fin de procurar su vigencia y evitar que se convierta en un obstáculo al avance de la sociedad del conocimiento en libertad.

Esta obligación de actualización periódica se encuentra vinculada con un tema que ya ha sido tratado por la Sala, pero que es necesario enfatizar a raíz de los elementos observados en este proceso. Este Tribunal recuerda a la SUTEL la imperiosa necesidad de trazar las políticas relacionadas con tecnologías de la información y la comunicación con base en información actualizada, debido a su impetuoso crecimiento. Este es un hecho indisputable y las propias partes reconocen.

Por ejemplo:

“Según el Índice de Red Visual de Cisco, en América Latina el tráfico de datos móviles en 2016 fue 17 veces mayor que el registrado en el 2011. Tan sólo el año pasado, el crecimiento en dicho rubro fue de 66 por ciento, con respecto al año anterior, y se espera que para el 2021 siga creciendo a una tasa anual de 45 por ciento. (...) Entre los años 2010 y 2015, el número de usuarios de Internet creció en más del 60% y, según la SUTEL, el consumo de datos aumentó un 209% entre el 2013 y el 2015.” (Escrito del ICE).

La necesidad de utilizar datos actuales es de conocimiento de la SUTEL, toda vez que en la sentencia 2014-16365 de las 11:01 horas del 6 de octubre de 2014, esta Sala declaró con lugar un recurso en su contra, precisamente, por no proveer información técnica suficiente y actualizada:

“En ese sentido, dicho órgano [la SUTEL], como autoridad estaba en la obligación de procurar la convocatoria con la mayor cantidad de información técnica suficiente y actualizada sobre la situación real del mercado, ya que de lo contrario se deja la carga más pesada en los hombros de personas interesadas que no tienen acceso a esa información –por ley- y que no están obligados a manejarla en su totalidad. Esta falla específica obliga a estimar el recurso, al considerar que una audiencia en la que la información es notoriamente insuficiente y desactualizada, o sí produce una amenaza cierta real e inminente -en los términos que señala la jurisprudencia de esta Sala-, de que el resultado de la misma resulte en el dictado de un acto carente de suficiente razonabilidad.”

Por ello, llama la atención y provoca extrañeza que la SUTEL invoque en su informe rendido bajo juramento en este amparo (a los efectos no solo de defender la política de uso justo como concepto general sino de justificar las velocidades concretas mínimas con que la misma se debe aplicar) la recomendación G.1010 (11/01) “Categorías de calidad de servicio para los usuarios de extremo de servicios multimedios” de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) para concluir que “...una velocidad de 128 kbps está comprendida entre los umbrales planteados por la UIT para las aplicaciones de audio y video.” La Sala nota que dicho documento fue aprobado en noviembre de 2001, es decir, tiene

más de 15 años de antigüedad; difícilmente podría argüirse que las posibilidades y necesidades informáticas han permanecido inalteradas desde el año 2001 a la fecha, cuando, en estos momentos, la tecnología de los teléfonos inteligentes, la capacidad de compresión de datos y los medios transmisión de datos, entre otros factores, permiten a la ciudadanía acceder a una riqueza de recursos que no se daba con tal facilidad, celeridad y agilidad hace 15 años (el documento se encuentra disponible en la dirección <https://www.itu.int/rec/T-REC-G.1010-200111-I/es>). De ahí que las velocidades mínimas, incluso las de otras latitudes, que se mantienen en los estándares de hace 15 años, llamen poderosamente la atención de esta Sala y, consecuencia de lo expuesto, resulte aún más imperioso el desarrollo de **estudios técnicos actualizados** para definir una velocidad funcional mínima que en verdad sea adecuada a estos momentos.

En cuanto a la velocidad ofrecida por los operadores en aplicación de la política de uso justo, este Tribunal solicitó el criterio técnico de la Escuela de Ciencias de la Computación e Informática de la Universidad de Costa Rica. Dicha instancia expuso la dificultad de definir qué se considera un acceso funcional, toda vez que debe identificarse el objeto que se desea garantizar: la experiencia general del usuario, la provisión de ciertos servicios dados, la protección del ancho de banda del operador u otros.

En la prueba aportada por la citada escuela, dicha instancia técnica valoró una conexión de Internet con velocidad de velocidad 128 kbps, que es la menor utilizada en aplicación de la política de uso justo. El resultado de esa valoración fue que una página promedio –se acota que el tamaño de la “página promedio” fue determinado por la propia SUTEL- requeriría 2,58 minutos o 154,94 segundos para descargar a través de la conexión de 128 kbps y que tal duración era percibida por el usuario como si la página no estuviera cargando. En respuesta a esa prueba, la SUTEL indicó que la UCR había utilizado inadecuadamente los parámetros de valoración de la velocidad, los cuales se habían desprendido del modelo *RAIL* (*Response, Animation, Idle, Load*) de *Google*.

Atinente a este tema, la Sala observa que no obstante las observaciones citadas párrafos atrás, la determinación de una “velocidad en concreto”

que permita el acceso funcional a Internet deriva en una discusión técnica sobre los parámetros, métodos de cálculo y normas de medición para definir ese punto. Debido a su complejidad, la valoración de estudios técnicos y peritajes y, con ello, las disputas sobre la determinación de una velocidad *específica*, debe ser conocida en la vía ordinaria. Se recuerda que el proceso de amparo es una vía sumarísima y expedita, cuya naturaleza jurídica riñe con procesos probatorios complejos.

A pesar de lo expuesto, según se explicó con detalle en los párrafos anteriores, la Sala estima que sí existe una lesión a los derechos fundamentales de los usuarios en el hecho de que la SUTEL delegara en los operadores la determinación de la velocidad de acceso a Internet en aplicación de la política de uso justo. Este Tribunal reitera que esta última se encuentra directamente referida al contenido esencial del derecho fundamental de acceso a la Internet, por lo que su determinación concreta se encuentra sustraída de las competencias de los operadores, de este modo recayendo en la SUTEL la obligación de establecer, en defensa de los derechos de los usuarios, la velocidad mínimamente aceptable para no vaciar de contenido el referido derecho. La Sala destaca que no se opone a la aplicación de la política de uso justo; en ese tanto, la declaratoria contenida en este considerando no implica su derogación. Sin embargo, ella sí debe ser aplicada atendiendo los parámetros expuestos en este y los acápites subsiguientes. En consecuencia, se declara con lugar el reclamo y se ordena a la SUTEL determinar la velocidad mínima de conexión a Internet que servirá de base para la aplicación de la política de uso justo, esto conforme a los términos que se exponen en los considerandos siguientes y en la parte dispositiva de este voto.

IX.-SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD A LA POLÍTICA DE USO JUSTO. La Sala no objeta el establecimiento de lineamientos para la aplicación del uso justo –tales como los determinados en la resolución RCS-063-2014– siempre y cuando, como ya se indicó, ellos respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Ahora bien, la existencia de lineamientos implica correlativamente el deber de la SUTEL de velar por su cumplimiento, toda vez que dicha fiscalización se traduce en una garantía para el efectivo despliegue de los derechos fundamentales

invocados. En ese sentido, se retoman las normas ya citadas:

Artículo 73. Funciones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)

Son funciones del Consejo de la Sutel:

a) 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 la Constitución Política. (...)

k) Establecer los estándares mínimos de calidad de las redes públicas y los servicios de telecomunicaciones disponibles al público y fiscalizar su cumplimiento. (...)

Artículo 76.-

Inspección

Con el objeto de garantizar la integridad y calidad de las redes y los servicios de telecomunicaciones, así como las demás obligaciones que se impongan por medio de esta Ley, la Sutel podrá inspeccionar las condiciones de uso y explotación de las redes y los servicios de telecomunicaciones, así como los demás equipos, aparatos e instalaciones. De igual manera, corresponderá a la Sutel la inspección de las redes de radiodifusión y televisión, cuando estas sirvan de soporte para ofrecer servicios de telecomunicaciones.

(...)

La Sutel podrá efectuar cualquier acción directa de supervisión, verificación, inspección o vigilancia respecto de los operadores y proveedores, quienes estarán obligados a prestarle total colaboración, para facilitarle las labores que le faculta esta Ley. " (El subrayado es agregado).

La Sala nota que la resolución RCS-063-2014 establece parámetros para

la aplicación de la política de uso justo a cargo de los operadores. En la parte resolutoria sobresalen varios puntos de importancia sobre la política de uso justo:

a) debe ser proporcional y razonable. No puede suspenderse o terminar el servicio; tampoco se puede reducir el servicio a niveles en los que la calidad y el acceso a Internet dejen de ser funcionales.

b) el uso justo debe aplicarse en la medida en que se produzca congestión en la red.

c) se debe planificar y diseñar una política de gestión en función de las necesidades técnicas que se den en la red en concreto. La política de uso justo no puede utilizarse para la monetización de la congestión.

d) los operadores y proveedores del servicio de acceso a Internet deberían ser capaces de demostrar que la aplicación de la política de uso justo o gestión de tráfico responde a necesidades reales y que las medidas resultan efectivas.

e) informar debidamente a potenciales clientes.

La Sala considera necesario referirse a los puntos señalados en los siguientes términos. Según lo expuesto por la autoridad recurrida, la política de uso justo de Internet móvil tiene la finalidad de descongestionar la red a través de la disminución de la velocidad de los usuarios considerados extraordinarios. En principio, la implementación de la política parte del siguiente hecho: la existencia de un 5% de usuarios que acapara un 35% de los recursos de la red. Dicho uso de la red ocasiona problemas en el servicio que afecta al otro 95% de los usuarios. La política de uso justo aprobada por la SUTEL tiene la finalidad de limitar el acceso a la red de los usuarios intensivos, de manera que ella se descongestione en beneficio de los demás usuarios.

Este punto, según la resolución N° RCS-063-2014, se relaciona con el umbral establecido para la aplicación de la política de uso justo. Dicho umbral deberá ajustarse a: 1) la capacidad o velocidad contratada y 2) el porcentaje de descarga excesiva en relación con otros usuarios que

se encuentran en su condición. Por otro lado, el punto de partida para la determinación del umbral es la existencia de un 5% de usuarios que efectúa un consumo extraordinario del servicio de Internet móvil.

La Sala resalta que el umbral debe responder al propósito por el cual fue establecido. La política de uso justo tiene por finalidad descongestionar las redes al limitar el consumo intensivo de ciertos usuarios. Ahora bien, el buen funcionamiento de las redes no es una obligación que recaiga de manera exclusiva en los usuarios, sino que también exige que tanto los operadores como la SUTEL asuman su papel en el esfuerzo por mejorar y ampliar las capacidades de las redes. De parte de los operadores, nótese que en la misma resolución N° RCS-063-2014 se les ordena:

“ a) Intensificar sus esfuerzos para ampliar la capacidad de sus redes para reducir al máximo los niveles de congestión detectados, de forma que se pueda cumplir con las velocidades comercialmente ofrecidas incluso en la hora cargada media, los operadores del servicio de Internet Móvil que la política de uso justo es una medida considera como remedio temporal para la problemática de la congestión de redes derivada del consumo extraordinario de un porcentaje pequeño de clientes, la cual debe acompañarse de otras medidas incluyendo las de largo plazo.

b) Para atender dicho aumento de capacidad se requiere a los operadores valorar el uso de las alternativas de offloading.”

Tomando en cuenta las obligaciones de la SUTEL, estatuidas en los artículos 60 y 73 citados supra, se puede entrever que la calidad del servicio de Internet móvil dependerá al menos de tres instancias: los usuarios, los operadores y el Estado, a través de la SUTEL. Cada una de esas instancias debe asumir sus obligaciones respectivas. De manera simplificada, se puede decir que los usuarios deberán efectuar un uso adecuado de las redes, los operadores deberán velar por la calidad del servicio y el mejoramiento de las redes, y el Estado debe coadyuvar con la reglamentación, supervisión y desarrollo del servicio.

La Sala estima que el buen funcionamiento del servicio debe ser la norma; correlativamente, la excepción se presenta en los momentos de congestión y mal funcionamiento del servicio. En otras palabras,

una red que de modo permanente se halla congestionada y es incapaz de brindar el servicio requerido por sus usuarios regulares, no podrá achacar la congestión y el mal funcionamiento a tales usuarios regulares.

Partiendo de lo anterior, se puede concluir que si la política de uso justo pretende evitar la congestión –situación extraordinaria- y así garantizar un buen servicio para la mayoría de los usuarios, entonces su aplicación no puede ser ordinaria y frecuente, sino que debe ser solo cuando realmente se requiera, esto es en la medida en que se produzca congestión en la red . Este resultado también se desprende de la aplicación del principio constitucional de razonabilidad. Según la Sala ha expresado en múltiples ocasiones, dicho principio significa:

“En tal sentido, la Sala considera que la medida impugnada se encuentra acorde al principio de razonabilidad. Este último está compuesto por los siguientes componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, la autoridad competente debe elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aunque una medida sea idónea y necesaria, será irrazonables si lesiona el contenido esencial de otro derecho fundamental, si lo vacía de contenido.” (Resolución N° 2013-1276 de las 14:50 horas del 29 de enero de 2013, criterio reiterado en la resolución N° 2016-2706 de las 16:15 horas del 23 de febrero de 2016).

Al aplicar verbigracia el criterio de necesidad expuesto en la jurisprudencia transcrita, se tiene que no se justificaría la aplicación de la política de uso justo cuando no haya congestión en las redes, como podría suceder en horas de poca demanda del servicio. La disminución de la velocidad únicamente puede darse para descongestionar el servicio. Si no hay congestión, tampoco habrá necesidad de una disminución. Como señala la propia resolución N°RCS-063-2014: *“Debería aplicarse en la medida en que se produzca congestión en la red para evitar situaciones abusivas.”* Con respecto a esta última frase, la Sala considera pertinente

realizar una aclaración. Es claro que no corresponde a este Tribunal, a la SUTEL o a los operadores decidir qué uso le debe dar un ser humano a la Internet, toda vez que eso se ubica dentro de la esfera de su libertad personal. En ese sentido, la Sala estima incorrecto referirse a los usuarios intensivos de Internet –aquellos que descargan un volumen mayor de datos- como usuarios “abusivos”. La connotación negativa que tiene el término “abusivo” invita a pensar que las personas que hacen un mayor uso de Internet actúan de manera incorrecta, cuando lo cierto es que puede tratarse de usuarios que aprovechan mejor las ventajas que ofrece dicha tecnología. En ese tanto, etiquetarlos de “abusivos” desincentivaría a quienes ahora más bien subutilizan la Internet, llevando a que continúen sin explotar a cabalidad el potencial de esa red.

Esta diferenciación terminológica es de importancia. Una consecuencia de ella se nota en la naturaleza de la política de uso justo. Por tratarse de usuarios intensivos –que pueden estar haciendo un uso correcto de Internet- y no de abusivos, la política de uso justo debe entenderse como un mecanismo de gestión de tráfico y no como una sanción. Es decir, la persona que se ve afectada por dicha política no está siendo objeto de una pena, sino de una restricción en procura de evitar la congestión de la red.

Así las cosas, por tratarse de un mecanismo de gestión de tráfico que pretende descongestionar la red, la política de uso justo solo puede ser aplicada en la medida en que haya congestión en ella. Si no existe congestión, por no tratarse de horas pico u otros motivos, entonces no habrá tampoco necesidad de ni se justificará aplicar la política a los usuarios intensivos. Una interpretación distinta equivaldría, a que la restricción vehicular en el casco central de San José fuera aplicada a las tres de la madrugada, es decir cuando fuera del todo innecesaria la medida a los efectos del propósito que persigue.

Además, la naturaleza de la política de uso justo obliga a que se respete el núcleo esencial del derecho de acceso a Internet. Recuérdese que las personas que son objeto de dicha política no están siendo sancionadas, sino que están viendo disminuida la velocidad de su conexión para descongestionar la red. En momentos de aplicación de la política,

los usuarios intensivos tendrán derecho de acceso a Internet –si bien reducido en su velocidad-, al igual que los otros usuarios. Si tal disminución llegara a impedir el acceso a Internet, entonces se estaría en presencia de una lesión a sus derechos fundamentales por violación al principio de razonabilidad. Efectivamente, según la jurisprudencia transcrita párrafos atrás, dicho principio requiere que la medida sea necesaria –requisito que se incumpliría si la política de uso justo se aplicara cuando no hay congestión en las redes, según se expuso supra- y que también respete la proporcionalidad en sentido estricto, toda vez que restringir la velocidad de Internet a niveles que imposibiliten su uso funcional significaría vaciar al derecho de su contenido.

Menos aún es procedente asimilar la situación del Internet móvil pospago a la del Internet móvil prepago, toda vez que este último utiliza un esquema tarifario de cobro por volumen, situación que excluye la posibilidad de aplicar la política de uso justo, como la propia SUTEL reconoce en la resolución RCS-063-2014.

X.-Se recuerda que tanto el informe de la SUTEL como la resolución N° RCS-063-2014 acuden al 5% de los usuarios de consumo intensivo para justificar la aplicación de la política de uso justo.

Las premisas anteriores permiten llegar a la siguiente conclusión. Vistas las obligaciones tripartitas (usuarios, operadores y Estado) y determinando que el uso extraordinario de los usuarios será paliado mediante la aplicación de la política de uso justo, entonces también puede establecerse que si no se alcanza la funcionalidad del servicio al aplicar la política de uso justo a ese 5% de los usuarios, entonces el problema no será de los usuarios, sino que se encontrará en el servicio. Surgirá ahí el deber de los operadores de mejorar y garantizar dicha funcionalidad y de la SUTEL en cuanto a velar por su mejora. Nótese que la propia resolución RCS-063-2014 insta a los operadores, por un lado, a ampliar la capacidad de sus redes y, por otro, a considerar la capacidad real de sus redes al momento de comercializar nuevos servicios. Se reitera, la aplicación de la política de uso justo es la excepción y a la SUTEL corresponde velar tanto por su aplicación adecuada como por la calidad del servicio que provean los operadores. La Sala recuerda la importancia del desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones,

según su propia jurisprudencia:

“IV.-RELEVANCIA DE LA INFRAESTRUCTURA DE TELECOMUNICACIONES PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. COMPROMISOS PREVIOS ASUMIDOS POR EL ESTADO COSTARRICENSE. *El Estado costarricense forma parte de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), organismo especializado de la Organización Mundial de las Naciones Unidas, desde el 13 de septiembre de 1936. Mediante la Ley No. 8100 de 4 de abril de 2002, se aprobaron la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ginebra 22 de diciembre de 1992) y el instrumento de enmienda a la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Kyoto 1994). En la Constitución de la UIT figuran objetivos tales como los de mejoramiento y empleo racional de toda clase de telecomunicaciones, aumentar el rendimiento de los servicios de telecomunicación, acrecentar su empleo y generalizar al máximo su utilización por el público, promover la extensión de los beneficios de las nuevas tecnologías de telecomunicaciones a todos los habitantes del planeta, la creación, el desarrollo y el perfeccionamiento de las instalaciones y redes de telecomunicación en los países en desarrollo por todos los medios que se disponga, etc. (artículo 1). El artículo 6 de la Constitución de la UIT, en lo relativo a la ejecución de los instrumentos de la unión, obliga a los Estados miembros a observar y atenerse a las disposiciones de la Constitución, el Convenio y los Reglamentos administrativos. Entre las resoluciones adoptadas por la Conferencia de Plenipotenciarios –órgano previsto en la Constitución de la UIT, conformado por delegados de cada uno de los Estados partes y que se reúne cada cuatro años-, hay varias que destacan la relevancia de la infraestructura en telecomunicaciones, así en la No. 22 se reconoce “que el desarrollo de la infraestructura y los servicios de telecomunicaciones/TIC es una condición sine qua non del desarrollo social y económico”, en la No. 25 se considera que “un mayor desarrollo de las infraestructuras nacionales de las telecomunicaciones/tecnologías de la información y la comunicación (TIC) permitirá reducir las brechas digitales a escala nacional y mundial”, en la No. 71 (Plan Estratégico de la Unión para 201-2015), se indica que la “Meta Estratégica del Sector de Desarrollo de las Telecomunicaciones de la UIT” tiene como una de sus vertientes “promover la disponibilidad de infraestructura y fomentar un entorno propicio para el desarrollo de infraestructuras TIC (...)” y luego*

se indica que “para aprovechar plenamente el potencial que ofrecen las telecomunicaciones/TIC es necesario que los gobiernos y otras partes (...) creen una infraestructura subyacente que sea lo suficientemente robusta como para superar las dificultades y a la vez aprovechar las oportunidades”, en la No. 139 se enfatiza “la función indispensable de la infraestructura de las telecomunicaciones/TIC (...) para alcanzar la meta de la integración digital y permitir un acceso sostenible, generalizado y asequible a la información mundial”. De otra parte, en el concierto internacional, existen varias declaraciones que destacan la importancia de la creación, mejora y desarrollo de la infraestructura en telecomunicaciones como factor clave para el desarrollo social y económico, tales como la “Declaración de Florianópolis” de 21 de junio de 2000, la “Declaración de Principios de Ginebra” (Primera Fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información) de 12 de diciembre de 2003 y su “Plan de Acción”, el “Compromiso de Túnez” (Segunda Fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información) de 18 de noviembre de 2005 y su “Agenda”. Específicamente el “Plan de Acción” de la “Declaración de Principios de Ginebra” en el punto C.2 denominado “Infraestructura de la información y la comunicación: fundamento básico para la Sociedad de la Información”, se indica lo siguiente: “9. La infraestructura es fundamental para alcanzar el objetivo de la integración en el ámbito digital, propicia el acceso universal, sostenible, ubicuo y asequible a las TIC para todos, teniendo en cuenta las soluciones pertinentes ya aplicadas en los países en desarrollo y en los países con economías en transición para ofrecer conectividad y acceso a zonas distantes y zadas en los ámbitos regional y nacional”. Cabe aclarar que Costa Rica participó en la Declaración de Principios de Ginebra y su Plan de Acción con una nutrida participación de siete delegados. En definitiva, la construcción, desarrollo, mejoramiento y ampliación de una infraestructura sólida y robusta de telecomunicaciones ha sido enunciada en diversos instrumentos del Derecho Internacional Público como un compromiso y una obligación indeclinable de los Estados nacionales, que no puede estar al arbitrio de los gobiernos locales territoriales internos, por cuanto, podría generar asimetrías, con la consiguiente falta de normalización y de un desarrollo nacional de las telecomunicaciones que provoca serios perjuicios para que los habitantes pueden gozar de los beneficios de la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento.

V.-IMPORTANCIA, INTERÉS PÚBLICO Y VOCACIÓN NACIONAL DE LA INFRAESTRUCTURA DE LAS TELECOMUNICACIONES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL.

A partir de un análisis sistemático del ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional vigente, es factible concluir que la infraestructura, en materia de telecomunicaciones, tiene una relevancia que excede la esfera de lo local o cantonal, asumiendo un claro interés público y, desde luego, erigiéndose como una cuestión que atañe a la órbita de lo nacional con, incluso, proyecciones en el terreno del Derecho Internacional Público al suponer su desarrollo el cumplimiento de una serie de obligaciones internacionales asumidas previamente por el Estado costarricense. En primer término, como lo ha indicado este Tribunal Constitucional, el tema de las telecomunicaciones tiene gran relevancia constitucional, tanto que en el artículo 121, inciso 14), subinciso c), de la Constitución se indica que los “servicios inalámbricos” o el espectro electromagnético forma parte del dominio público constitucional y concretamente es un bien propio de la Nación, siendo que no puede ser desafectado o salir del dominio del Estado. La Ley General de Telecomunicaciones No. 8642 de 4 de junio de 2008 –en adelante LGT-, al enunciar los principios rectores en este sector, indica en su artículo 3°, inciso i), que debe haber una “optimización de los recursos escasos”, destacando que la utilización de las infraestructuras de telecomunicaciones debe ser “(...) 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”. Precisamente, la optimización, utilización ponderada, expansión y mejora de la infraestructura y redes en materia de telecomunicaciones, obedece a los fines manifiestos de ese cuerpo normativo, tales como los de asegurar la aplicación de los principios de acceso universal, eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura y solidaridad en las telecomunicaciones (artículo 2° LGT). De otra parte, el artículo 32, inciso d), LGT establece con claridad meridiana que el objetivo del acceso y servicio universales y de la solidaridad, se logra, entre otros medios, a través del “desarrollo de la infraestructura”, dado que, sólo con una infraestructura robusta y plenamente desarrollada logra reducir la brecha digital, disfrutar de los beneficios de la Sociedad de la Información y del Conocimiento (sic), la conectividad y la disponibilidad de dispositivos de acceso y servicios de banda ancha. Por su parte la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593 de 9 de agosto de 1993, en su artículo 74, modificado por

la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones No. 8660 de 8 de agosto de 2008, hizo una declaratoria de interés público de la infraestructura y las redes en telecomunicaciones al preceptuar lo siguiente: "Considérase una actividad de interés público el establecimiento, la instalación, la ampliación, la renovación y la operación de las redes públicas de telecomunicaciones o de cualquiera de sus elementos". Tal declaratoria tiene grandes repercusiones, por cuanto, se reconoce, por ley, que el tema de la infraestructura en la materia reviste un claro e inequívoco interés público o general que trasciende la esfera de lo local o regional a lo interno del país, para proyectarse en el ámbito nacional e internacional, al permitirle al Estado costarricense cumplir, de buena fe, una serie de obligaciones y compromisos asumidos en el contexto del Derecho Internacional Público. Cabe advertir que el interés público es definido por el artículo 113, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública de 1978 "como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados"; por su parte, el párrafo 2 del numeral citado de la LGAP de 1978 dispone, claramente, que "El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto". (...) La declaratoria de interés público efectuada por el artículo 74 de la Ley de la ARESEP, tiene, a su vez, asidero constitucional suficiente y legítimo en el numeral 45, párrafo 1°, de la Constitución Política, al establecer el principio de la intangibilidad relativa del patrimonio, al admitir la figura de la expropiación "por interés público legalmente comprobado". Una segunda consecuencia que se extrae de la declaratoria de interés público, es que el tema de construcción, ampliación o desarrollo y mejora de la infraestructura en materia de telecomunicaciones tiene una clara e inequívoca vocación nacional. De modo que es el Estado y sus órganos los que asumen la rectoría y dirección en la materia a la que deben someterse todos los entes públicos menores para lograr objetivos como el acceso y servicios universales, la reducción de la brecha digital por razones de solidaridad, la interconexión y conectividad necesarias que le permitan a todos los costarricenses, independientemente de la localidad, distrito, cantón o región donde habiten, gozar de los beneficios y ventajas de la Sociedad de la Información y del Conocimiento (sic). El legislador nacional, lejos de "localizar" el tema de la infraestructura en telecomunicaciones lo nacionalizó expresa e inequívocamente. Reflejo de lo anterior, son la creación (sic) del "Sector Telecomunicaciones" previsto por el artículo 38 de la citada Ley de Fortalecimiento y Modernización de

las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, al disponer lo siguiente: “Créase el Sector de Telecomunicaciones, dentro del marco de sectorización del Estado. Estará constituido por la Administración Pública, tanto la centralizada como la descentralizada, así como por las empresas públicas que desarrollen funciones o actividades relacionadas con las telecomunicaciones” a tenor de esta norma el sector de las telecomunicaciones tiene un carácter transversal y, por ende, nacional, por cuanto, incluye a todo el universo de los entes públicos, incluidos, los descentralizados territorialmente como las municipalidades. (...) De otra parte, la naturaleza nacional de las telecomunicaciones queda reforzada al crearse la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), a la que le corresponde una serie de competencias de inequívoca índole nacional, así, conforme a los artículos 59 y 60 de la Ley de Creación de la ARESEP, le corresponde“(...) regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones (...)” para todo lo cual “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 esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables”. El “Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones” 2009-2014, por su parte, establece que “Para avanzar en el aprovechamiento de los beneficios de la Sociedad de Información y Conocimiento, el país debe hacer un esfuerzo importante de inversión en el desarrollo de infraestructura de telecomunicaciones de manera que permita contar con más y mejores servicios de telecomunicaciones para todos los sectores de la población. En este sentido, el desarrollo de la infraestructura en ese sector constituye una condición necesaria e indispensable a la que deberá brindarse una prioridad especial en cualquier proyecto país en materia de TIC (...)” y luego especifica que para lograr el desarrollo de la infraestructura nacional de telecomunicación deberá atender los siguientes lineamientos: “a.1 Tomar las medidas necesarias para garantizar que el país cuente con una infraestructura moderna de telecomunicaciones, y al mismo tiempo asegurar la prestación de servicios de calidad y la generación de aplicaciones de valor agregado, permitiendo la convergencia, la interoperabilidad entre los sistemas, la incorporación de tecnologías de avanzada y la seguridad en las comunicaciones” y “a.6 Garantizar el desarrollo de una infraestructura que permita llevar los servicios de telecomunicaciones a todos los habitantes del país, cumpliendo con los objetivos y metas de acceso

universal, servicio universal y solidaridad (...): " (Sentencia N°2014-8483 de las 9:05 horas del 13 de junio de 2014).

Finalmente, la Sala enfatiza el derecho de los usuarios a contar con información suficiente y de calidad, lo que también se desprende de la resolución N° RCS-063-2014. Sería improcedente, verbigracia, denominar un contrato de acceso a Internet como "ilimitado", cuando dicho acceso en realidad se halla sometido a la política de uso justo, la cual precisamente constituye un límite al acceso (por ejemplo, al permitir una disminución de la velocidad de navegación en ciertas circunstancias). Este aspecto también encuentra sustento en el artículo 46 de la Constitución Política, que estatuye "(...) Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. (...)" (el subrayado es agregado). En ese tanto, es deber de la SUTEL velar por que la información relacionada con la aplicación de la política de uso justo sea veraz y adecuada, a fin de que los usuarios y consumidores puedan tomar decisiones según sus intereses.

XI.-EN CUANTO A LA AUDIENCIA PÚBLICA, redacta el Magistrado Salazar Alvarado. Finalmente, la parte accionante acusa que la política de uso justo no fue sometida a audiencia pública, de previo a su aprobación. Al respecto, la mayoría de esta Sala ha rechazado los asuntos relacionados con el ordinal 9 de la Constitución Política con base en las siguientes consideraciones:"(...) *Si bien es cierto este Tribunal ha reconocido el derecho a participar efectivamente en los procesos de adopción de decisiones relacionadas con la prestación de esos servicios públicos, al modificar el artículo 9 de la Constitución Política, el constituyente derivado quiso dar positividad al principio de participación y así acercar a los administrados al proceso de toma de decisiones estatales, como parte de lo que la doctrina llama "mecanismos de corrección" de la democracia representativa. Así, el Constituyente reformador dejó los medios, alcance y oportunidad de la participación ciudadana a la normativa infraconstitucional, salvo en casos excepcionales. En ese sentido, la sede natural para vigilar su cumplimiento, es la justicia ordinaria y no la jurisdicción constitucional. Por esa razón, son ajenas y lejanas a la competencia de este Tribunal, las cuestiones que se plantean en este caso, a saber, el acceso a*

información que se echa de menos. En suma, le corresponde entonces, al contralor de legalidad y no a este Tribunal Constitucional, determinar si las actuaciones y conductas administrativas desplegadas (activas u omisas), por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, se ajustan o no, al ordenamiento jurídico infra constitucional. Bajo esta inteligencia, descarta esta Sala que se haya producido el agravio reclamado” (ver, entre otras, sentencia N° 2014-015219 de las 11:45 horas del 12 de septiembre de 2014). Así las cosas, lo correspondiente es desestimar dicho extremo, con base en los reiterados precedentes de la mayoría de este Tribunal en materia de participación ciudadana.

XII.-Con respecto al recurrente Porras Castillo, la Sala no pudo tener por demostrado que él tuviera un contrato de Internet móvil con algún operador o que le hubiese sido informado que su acceso a Internet móvil sería afectado por la aplicación de la política de uso justo. Ante la ausencia de una lesión o amenaza a sus derechos, procede declarar sin lugar su recurso.

Por su parte, se tuvo por probado que el recurrente Sibaja Miranda suscribió el 13 de setiembre de 2014 con el ICE un plan pospago Conectado 5 a 24 meses con una velocidad de 5 Mbps. En enero de este año lo renovó por 24 meses más, al suscribir el plan Conectado 6 con velocidad máxima de 6 Mbps. Asimismo, el recurrente Valdelomar Valerín suscribió el 6 de julio de 2016 un contrato con el ICE que incluye el uso del Internet móvil. El ICE le aplicó la política de uso justo a dicho tutelado, reduciendo su velocidad a 128 Kbps. La Sala considera que ambos fueron afectados por la política de uso justo, sea por la amenaza de su aplicación, sea por su aplicación efectiva. La estimatoria realizada en esta sentencia restituye a los tutelados Sibaja Miranda y Valdelomar Valerín en el goce de sus derechos, pues se procura que la velocidad de acceso a Internet sea funcional y deba ser revisada periódicamente, lo que evita situaciones como las reclamadas, en el sentido de que tal velocidad es “inoperante”. Asimismo, en beneficio de esos amparados se restringe la aplicación de dicha política a las situaciones de congestión y a los usuarios intensivos.

XIII.-Con respecto a la alegada confidencialidad de un “informe” expuesta por el accionante Sibaja Miranda, la Sala no pudo tener por

probado que él solicitara el acceso a un informe y que este le fuese negado. Asimismo, los recurridos indicaron que el oficio 2042-SUTEL-DGC-2014, el cual sirvió de base a la resolución RCS-063-2014, no es confidencial. En virtud de lo expuesto, se desestima el reclamo.

XIV.-Nota del Magistrado Cruz Castro. Siendo el acceso a internet un derecho fundamental, no puede quedar al arbitrio de los proveedores del servicio los que definan la periodicidad y la velocidad mínima funcional para determinar el uso justo del servicio. La definición de esos extremos tiene una clara incidencia sobre la naturaleza y vigencia del derecho fundamental de acceso al internet. En un mercado de pocos proveedores, que casi podrían funcionar como un oligopolio, el órgano rector de ese servicio, no puede delegar materias tan relevantes al criterio de los operadores del servicio. La rectoría de Sutel incluye, casualmente, la definición de temas tan relevantes. Si existiera un mercado que marca los puntos de equilibrio justo entre consumidores y proveedores del servicio, la existencia de un órgano rector del servicio, estaría sobrando, pero casualmente, como las relaciones entre consumidores y proveedores deben ser reguladas y controladas, se impone que en materia tan relevante, el órgano rector del sector, ejerza las potestades que inevitablemente le corresponden.

XV.-NOTA DEL MAGISTRADO CASTILLO VÍQUEZ

Además de las razones que se dan en la sentencia, agrego las siguientes para declarar con lugar los recursos de amparo incoados. Como es bien sabido, los derechos fundamentales no son absolutos, sino que están sujetos a límites y limitaciones. Esta particular, ha sido reconocida tanto por la doctrina como por el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas), así como por la legislación y la jurisprudencia. En este sentido, no es posible hablar de un derecho fundamental de acceso al Internet de forma irrestricta, sino que el Estado, mediante Ley formal, puede establecer limitaciones cuando hay motivos objetivos y razonables.

Por otra parte, también se ha reconocido que los derechos fundamentales tienen un contenido esencial, el cual no puede ser afectado ni siquiera por el legislador en uso de la potestad constituyente –poder

reformador- o legislativa. La doctrina del núcleo duro o contenido esencial de los derechos humanos surge en Alemania con base en lo dispuesto por el artículo 19 de su Constitución. Ahora, si bien no existe un acuerdo a nivel general sobre que comprende el contenido esencial de un derecho fundamental, para su determinación resultan de utilidad los métodos que ha utilizado el Tribunal Constitucional español en su jurisprudencia. En ese sentido, en la sentencia número STC 11/1981 del 8 de abril de 2011, el Tribunal definió al contenido esencial como *“aquella parte del contenido de un derecho sin el cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga... se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo que resulta más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”*. De lo expuesto anteriormente, se desprende que el primero de los métodos se refiere a la naturaleza jurídica del derecho, preexistente al momento en que es regulado por el legislador, de manera que las facultades y posibilidades de actuación necesarias para el titular, hacen reconocible el contenido del derecho, de forma que si el legislador lo priva de dichas facultades, lo deja irreconocible y lo desnaturaliza, dicha actuación es contraria al Derecho de la Constitución. Por otra parte, el segundo método corresponde a los intereses jurídicos que deben ser protegidos en cuando dan fundamento al derecho, de forma tal que el contenido se lesiona cuando el derecho es sometido a limitaciones que impiden su práctica, lo dificultan más allá del límite de lo razonable, o lo despojan de la necesaria protección. En el caso que nos ocupa, tal y como acertadamente se afirma en la sentencia, cuando se reduce la velocidad a un nivel tal que el acceso al Internet no es funcional, entonces se afecta el contenido esencial de este derecho.

También comparto el argumento de la sentencia, en el sentido que el *minimum in omnibus* que garantice un acceso a Internet de manera funcional no debe ser determinado, en este momento histórico, por las operadoras del servicio, sino por el Estado, toda vez que dentro de sus funciones está el garantizar a todos los habitantes de la República un ejercicio efectivo del derecho fundamental.

Asimismo, hay que tener presente que también se afecta el derecho de los consumidores a recibir un servicio eficaz, eficiente y veraz. En esta dirección, no puedo dejar de lado que el Estado debe de proteger a la parte más débil, en este caso, a los usuarios del servicio. Hay que tener presente que en lo referente a los derechos de los consumidores y usuarios, la Sala Constitucional, adoptando como marco de referencia el último párrafo introducido al numeral 46 de la Constitución mediante Ley n.º 7607 de 29 de mayo de 1996, ha perfilado un nuevo principio: *in dubio pro consumptore*, a favor de consumidores y usuarios, ya que los considera la parte más débil de la cadena productiva, requiriendo por ello de una especial protección del Estado frente a los productores y proveedores. *“En efecto, el Estado, por mandato del artículo 50 constitucional, debe procurar el mayor bienestar de todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. También la adhesión de nuestro sistema jurídico al principio cristiano de justicia social (artículo 74 idem) hace que el sistema político y social costarricense, pueda definirse como un Estado de Derecho. La Sala en las sentencia números 1441-92 de las 13:45 horas del 2 de junio de 1992, 2757-93 de las 14:45 horas del 15 de junio de 1993, 0490-94 de las 16:15 horas del 25 de enero de 1994, entre otras, sostuvo que principios de orden público social justifican el amplio desarrollo que se promueve en torno a la protección de los derechos de los consumidores. Y se agregó textualmente en la primera de ellas que se cita lo siguiente: ‘...es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal, y su participación en ese proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello la relación en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos de que previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por los expresados, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor*

posible conocimiento del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia”. (Las negritas no corresponden al original). Vid. voto n.º 4463-96 de la S.C.

Aunado a lo expuesto líneas atrás, no puede pasar desapercibido el hecho de que el Internet móvil ha tenido un crecimiento exponencial en el país, particularmente a partir de la apertura del mercado de telecomunicaciones. En ese sentido, en el informe sobre Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones 2010-2012 de la Superintendencia de Telecomunicaciones, se establece que, entre los años 2010 a 2012, el mercado de Internet del país tuvo una tasa de crecimiento acumulado de 114%, en términos de suscripciones. Así, las suscripciones de Internet fijo presentaron una tendencia decreciente con respecto al total de suscripciones a Internet (fijo y móvil), pues pasó de representar un 63 % de la totalidad de suscripciones en el 2010 a un 33% en el 2012. Por el contrario, el servicio de acceso a Internet inalámbrico móvil, evidenció una tendencia creciente en cuanto al total de suscripciones, presentando una tasa de crecimiento acumulada de 282 %, que se vio reflejada en su peso dentro del total de suscripciones al servicio de Internet, que paso del 37% en el año 2010 al 67 % en el año 2012. Siguiendo con lo anterior, en el informe denominado *Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones. Informe 2010-2013*, la Superintendencia de Telecomunicaciones establece que para el año 2013 el país cerró con 7.111. 981 líneas celulares activas, lo que representó una penetración del 151 %, la más alta de Centro América. Dicho crecimiento se vio reflejado en el aumento de usuarios de Internet móvil, que pasó de 606.215 personas en el año 2010 a 3.543.419 al cierre del 2013, lo que implica un 485 %. El 98 % de dichas conexiones se realizaron desde un teléfono celular, mientras que el 2% restante por medio de data card. Ese mismo informe revela que las suscripciones a Internet fijo inalámbrico crecieron un 25% entre los años 2010 y 2013, siendo que para ese año el 36 % de las viviendas contaban con ese servicio. Por otra parte, datos publicados por SUTEL en el periódico La Nación del 7 de agosto de 2014, establecen que el servicio de Internet móvil aumentó en términos de generación de ingresos en el año 2013, pues pasó del

10 al 26%. Asimismo, se explica que para esa época, 75 de cada 100 ciudadanos utilizan Internet por medio de su teléfono celular, cifra que era de 13 de cada 100 ciudadanos en el año 2010. Datos más recientes publicados por SUTEL en el documento denominado Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones Costa Rica 2015, revelan que en el año 2012, 57 de cada 100 personas gozaban de los beneficios del Internet vía celular, sin embargo, para el 2015 dichos datos habían pasado a 101 de cada 100 habitantes. Por otra parte, dicho documento revelaba que el tráfico de datos había presentado un incremento del 209% entre los años 2013 y 2015, lo que reflejaba un cambio en los hábitos del usuario, particularmente en el uso de mensajería instantánea, descarga de archivos, streaming de música y video, envío de fotografías, entre otros. Lo anterior, llevó a que el país se colorara en el primer lugar de Latinoamérica en lo que respecta a la penetración de acceso a Internet móvil. En ese mismo sentido, en una nota periodística publicada en el diario La Nación del 14 de marzo de 2016, se externa que conforme datos de la SUTEL, el uso de Internet móvil se había cuadruplicado entre el primer trimestre del 2013 y el segundo trimestre de 2015. Lo anterior, se veía reflejado en el hecho de que las llamadas de voz vía teléfono celular presentaban un marcado decrecimiento, mientras que el uso de datos había crecido en virtud de la popularidad de aplicaciones como *WhatsApp*, que permitían la comunicación entre los usuarios sin necesidad de realizar llamadas. Finalmente, cabe destacar que conforme un informe emitido por la Comisión para América Latina y el Caribe (CEPAL), Costa Rica se convirtió en el país número uno de la región centroamericana en el acceso a Internet mediante dispositivos móviles, lo que se reflejaba en el hecho de que se había dado un aumento del 440% de los suscriptores de ese servicio.

Así las cosas, de lo externado líneas atrás, se desprende, con claridad, que el Internet móvil, particularmente por medio de celulares, constituye uno de los medios principales por los que la población tiene acceso a la red mundial, situación que denota su importancia en el país. Lo anterior, se ve particularmente reflejado en el hecho de que en algunas comunidades que por su distancia o recursos económicos no tienen la posibilidad de contar con Internet fijo, la modalidad antes mencionada se constituye en el único medio por el cual puedan acceder a dicho servicio público.

Finalmente, el suscrito estima necesario plantear algunas consideraciones con respecto al acceso al Internet y el Fondo Nacional de Telecomunicaciones. En ese sentido, tal y como se indicó líneas atrás, con la apertura del mercado de telecomunicaciones en el año 2008, Costa Rica pasó de un modelo de monopolio estatal, a uno de libre competencia, aunque con la presencia de un Estado Regulador fuerte. Precisamente, en atención a dicho cambio de modelo, y con el fin de evitar que grupos poblacionales pudieran ser excluidos de servicios públicos esenciales, en razón de su ubicación geográfica u otras particularidades, el legislador dispuso que en el sector de telecomunicaciones se respetarían los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, disponiendo, además, que por medio del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones el Poder Ejecutivo definiría las metas y prioridades necesarias para el cumplimiento de tales objetivos. Lo anterior, se refleja en lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley número 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, y los numerales 31, 32 y 33 de la Ley número 8642, Ley General de Telecomunicaciones.

Cabe señalar, que en vista del modelo de libre competencia que hay actualmente en el sector de telecomunicaciones, algunos de los servicios públicos requeridos en diversas zonas del país no resultarían rentables para las empresas operadoras, lo que podría conllevar a que ninguna mostrara interés en brindarlos, el artículo 34 de la Ley General de Telecomunicaciones creó el Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), como un instrumento para garantizar los recursos de los proyectos destinados a garantizar los objetivos antes mencionados, así como las prioridades y metas definidas en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Conforme al numeral 35 de la Ley 8642, la Administración del FONATEL estaría a cargo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, quien asignaría los recursos del fondo de conformidad con el plan antes mencionado, en los términos del artículo 36 de la Ley General de Telecomunicaciones:

ARTÍCULO 36.-

Formas de asignación

Los recursos de Fonatel serán asignados por la Sutel de acuerdo con el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, para financiar:

a) Las obligaciones de acceso y servicio universal que se impongan a los operadores y proveedores en sus respectivos títulos habilitantes.

Serán financiadas por Fonatel, las obligaciones que impliquen un déficit o la existencia de una desventaja competitiva para el operador o proveedor, según lo dispone el artículo 38 de esta Ley. La metodología para determinar dicho déficit, así como para establecer los cálculos correspondientes y las demás condiciones se desarrollará reglamentariamente. En cada caso, se indicará al operador o proveedor las obligaciones que serán financiadas por Fonatel.

b) Los proyectos de acceso y servicio universal según la siguiente metodología: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de esta Ley, la Sutel publicará, anualmente, un listado de los proyectos de acceso universal, servicio universal y solidaridad por desarrollar con cargo a Fonatel. El anuncio especificará, para cada proyecto, las localidades beneficiadas, la calidad mínima del servicio requerido, el régimen aplicable de tarifas, el período asignado, la subvención máxima, la fecha estimada de iniciación del servicio, el plazo de ejecución del proyecto y cualquier otra condición necesaria que se requiera en el cartel. Estos proyectos serán adjudicados por medio de un concurso público que llevará a cabo la Sutel. El operador o proveedor seleccionado será el que cumpla todas las condiciones establecidas y requiera la subvención más baja para el desarrollo del proyecto. El procedimiento establecido se realizará de conformidad con la Ley N.º 7494, Contratación administrativa, de 2 de mayo de 1995, y sus reformas, y lo que reglamentariamente se establezca.

Con fundamento en lo dispuesto en la normativa respectiva, la asignación de recursos para el financiamiento de proyectos por parte de FONATEL, debe responder a los objetivos antes mencionados, así como a lo dispuesto por el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Precisamente, en los ejes de telecomunicaciones y social de ese documento, y en el transitorio VI de la Ley General de Telecomunicaciones, se establece, en lo que interesa:

Con arreglo a lo señalado, el desarrollo de la infraestructura nacional de telecomunicaciones deberá atender a los siguientes lineamientos:

a.5 El mecanismo para el otorgamiento de las concesiones para el uso del espectro en Costa Rica, deberá responder a un estudio profundo de la experiencia que en esta materia han acumulado otros países, particularmente aquellos que han alcanzado niveles de penetración, cobertura y calidad de servicios sobresalientes. El modelo que se escoja debe garantizar el resguardo de los principios que guían la normativa en telecomunicaciones, el respeto de la normativa ambiental aplicable y los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, de manera tal que:

- Asegure el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a habitantes de las zonas alejadas del país, donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable. (...)

a.6 Garantizar el desarrollo de una infraestructura, que permita llevar los servicios de telecomunicaciones a todos los habitantes del país, cumpliendo con los objetivos y metas de acceso universal, servicio universal y solidaridad, y elevando la competitividad del país.

. Social

Ningún objetivo de política pública tiene sentido si su finalidad no está determinada por la mejora en la condición de vida de su población meta. En materia de telecomunicaciones, esta será una regla inamovible, razón por la cual es imperativo asegurar el acceso a los beneficios de las TIC a todos los sectores de población. Así lo dispuso el Legislador en la Ley General de Telecomunicaciones, Transitorio VI, al señalar una serie de metas y prioridades en torno a acceso universal, servicio universal y solidaridad.

De ahí que el PNDT tenga, entre otras de sus finalidades, reducir la brecha digital, lograr la integración social y la introducción de nuevos servicios

y tecnologías. Para tal efecto, se ejecutarán acciones destinadas a promover el desarrollo de la infraestructura, especialmente en las zonas rurales y alejadas, que permitan el uso de las TIC en el campo educativo, en salud, en la esfera individual y, en general, para el desarrollo social de la población.

Con base en esta política, el PNDT en su parte social atenderá las siguientes líneas de acción:

d.1 Impulsar una estrategia dinámica para llevar los servicios y beneficios de las telecomunicaciones a todos los sectores de la población, especialmente a aquellos que por sus condiciones de vulnerabilidad económica y social no disponen de los recursos ni las condiciones para asegurarse dichos servicios. En este caso, el Fondo Nacional de Telecomunicaciones será el instrumento para atender las necesidades de estas poblaciones, no solo desde el punto de vista de acceso, sino, también, de uso de las telecomunicaciones, incluido todo lo relativo a capacitación y formación en tecnologías digitales.

(...)

d.6 Incentivar la inversión privada y pública dirigida al desarrollo del servicio y acceso universal, para garantizar el derecho de la población a disponer de comunicaciones dentro de un marco justo, equitativo y solidario.

TRANSITORIO VI.-

El primer Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones que se dicte deberá establecer, como mínimo, las siguientes metas y prioridades de acceso universal, servicio universal y solidaridad:

1) Servicio universal.

a) Que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija. La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para

acceder de forma funcional a Internet.

b) Que todos los usuarios finales puedan contar con acceso a Internet de banda ancha, posibilitando, a mediano plazo, el uso de tecnologías inalámbricas en las comunidades donde los costos para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura es elevada.

2) Acceso universal

b) Que se establezcan centros de acceso a Internet de banda ancha en las comunidades rurales y urbanas menos desarrolladas y, en particular, en albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad y poblaciones indígenas.

c) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las escuelas y los colegios públicos que sean parte de los Programas de Informática Educativa del Ministerio de Educación Pública.

d) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a los hospitales, clínicas y demás centros de salud comunitarios de la Caja Costarricense de Seguro Social.

e) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las instituciones públicas, a fin de simplificar y hacer más eficientes sus operaciones y servicios, e incrementar la transparencia y la participación ciudadana.

Ahora bien, de lo expuesto se denota, con claridad, que el Fondo Nacional de Telecomunicaciones tiene como finalidad garantizar que se cumpla el principio de universalidad en el acceso al servicio de Internet para la población, especialmente para las personas que habitan en lugares que por su lejanía o condiciones sociales no tienen la posibilidad acceder o costear un servicio de carácter privado, de forma tal que se disminuya la brecha digital entre los diversos sectores de la población.

XVI.- Los Magistrados Cruz Castro y Rueda Leal, con redacción del último , declaran con lugar el recurso en cuanto a la audiencia pública. En su jurisprudencia, esta Sala ha enfatizado la importancia de la participación ciudadana en el gobierno como manifestación propia del sistema democrático. Al respecto, verbigracia, véase la resolución 2013-017305 de las 11:32 horas del 20 de diciembre de 2013:

“V.- Sobre el derecho constitucional al gobierno participativo. El derecho a la participación ciudadana en la toma de decisiones se ha convertido en uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el sistema democrático. En nuestro país, el legislador constitucional recogió este derecho en el artículo 9 de la Constitución Política al disponer que el Gobierno de la República sea popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Este mandato de la Ley Fundamental ha orientado un posterior desarrollo normativo constitucional e infraconstitucional. Así, se ha establecido una serie de mecanismos que buscan que el derecho al gobierno participativo pueda ser aplicado en forma efectiva, y no quede únicamente en el papel, tales como el referéndum para la aprobación o derogación de leyes y reformas parciales a la Constitución, o la iniciativa popular en la formación de leyes (véase, entre otras, la sentencia número 2005-05649 de las 14:39 horas del 11 de mayo del 2005). El derecho al gobierno participativo, elevado a rango constitucional mediante la reforma propiciada por Ley N° 8364 de 01 de julio de 2003, publicada en La Gaceta N° 146 de 31 de julio de 2003, no solo significa un reconocimiento del más alto rango normativo a la función del control político, sino que, además, constituye una revalorización del papel del ciudadano en los procesos de toma de decisión. Por voluntad del legislador constituyente, que esta Sala no debe ni puede desconocer, el derecho al gobierno participativo se erige como pilar fundamental de nuestro régimen democrático -cuestión erróneamente desconocida por el voto de minoría, que le baja la categoría a la participación ciudadana de derecho a principio general, en clara contraposición a la línea jurisprudencial de esta Sala como más adelante se demuestra-, lo que resulta conteste con un sistema político basado en la tolerancia, el pluralismo y el respeto a la libertad. Este derecho al gobierno participativo, también denominado derecho a la participación ciudadana, se encuentre cobijado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. De este modo, el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dispone que “toda persona tiene derecho

a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”.

Concordante con lo anterior, el numeral 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos: “(...) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. En igual sentido, la Carta Democrática Interamericana señala en su artículo 5° que: “La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.” De manera más vehemente, el numeral 6 de dicha Carta estatuye que: “La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.” Este reconocimiento convencional y constitucional al mencionado derecho representa un aspecto fundamental del modelo democrático de este siglo, en el que el control ciudadano, la transparencia y la rendición de cuentas destacan como factores inherentes al sistema republicano, lo que a su vez dota la toma de decisiones políticas de mucha mayor legitimidad, aspecto clave cuando de verdadera gobernabilidad se trata precisamente, uno de los mecanismos ideados para cumplir lo dispuesto en el artículo 9 constitucional es la audiencia pública, que constituye en un medio a través del cual las personas interesadas pueden hacer valer sus derechos, participando activamente en temas de relevancia nacional o local, y poniendo en conocimiento de la Administración todas aquellas anomalías o disconformidades en relación con el proyecto que se pretenda desarrollar. Así las cosas, la audiencia pública es un instrumento típico de una democracia madura, mediante el cual se fomente la participación activa del ciudadano en la toma de decisiones públicas. Por su significado, la audiencia debe efectuarse de tal forma que garantice la mayor participación de las personas que puedan verse afectadas, de ahí que cualquier acción u omisión que evite lo anterior, implica una abierta vulneración a los derechos fundamentales de los participantes (véase, entre otras, la sentencia número 2009-018223). En cuanto al carácter participativo de la audiencia pública, la propia Constitución Política obliga a ello, pues con la reforma vigente desde el 31 de julio de 2003 al numeral

9 de la Ley Fundamental quedó estatuido que el Gobierno de la República tiene que ser, entre otros aspectos, participativo, lo que implica que el gobierno de turno es un articulador de lo establecido por deliberación popular. En otras palabras, en la democracia actual, los ciudadanos gozan, por mandato constitucional, ya no solo del derecho al voto para ejercer su derecho al gobierno participativo, sino de cantidad de instrumentos de diversa naturaleza para coadyuvar en la toma de decisiones políticas, lo que propicia que puedan ejercer influencia directa en las grandes decisiones públicas. Este derecho fundamental de participación ciudadana establece que el pueblo debe estar habilitado para manifestarse por igual en puntos de vista tanto mayoritarios como minoritarios. Así, serán importantes tanto los mecanismos de participación nacionales como el referéndum o plebiscito, como los locales. Durante la audiencia pública se les deben otorgar a los participantes todas las facilidades para que se encuentren informados y puedan hacerse escuchar, todo dentro de lo razonable, pues tampoco puede convertirse la audiencia en un obstáculo o un recurso para impedir que se dé oportuna resolución a determinada gestión. ”

En el caso de marras, estimamos que la convocatoria a una audiencia pública se justifica por dos motivos. En primer lugar, se desprende del razonamiento de esta sentencia que la aplicación de la política de uso justo incide en el contenido esencial del derecho de acceso a Internet, toda vez que la velocidad a la cual se disminuye dicho acceso marcará la diferencia entre poder hacer un uso funcional de dicha red o no. Si bien recae en la SUTEL el deber de concretar cuál velocidad es funcional, es menester otorgar audiencia a los diferentes sectores de la ciudadanía, a fin de que ellos contribuyan a enriquecer el debate y expresen su parecer en cuanto a la funcionalidad de una velocidad. Precisamente, la diferencia de criterios técnicos entre los profesores de la Universidad de Costa Rica y los funcionarios de la SUTEL que se ha dado en el *sub examine*, pone de manifiesto la necesidad de una audiencia. En tal sentido, es un hecho público y notorio que la aplicación de la política de uso justo ha generado un debate a nivel nacional; ciertamente, algunas personas ven en ella una limitación irrazonable de su derecho fundamental, equivalente a una denegatoria. Consideramos que la participación ciudadana es el cauce constitucionalmente previsto para que el ciudadano haga valer sus derechos y que se pueda fijar dicha velocidad tomando en cuenta su parecer; en adición, esa vía, al

proveer de más criterios y fomentar un mejor contraste de posiciones, cubre de mejor manera el derecho de los consumidores y usuarios a recibir información adecuada y veraz (artículo 46 de la Constitución Política). Otro motivo por el cual calificamos la audiencia pública como indispensable, se relaciona con la lectura que realizamos del artículo 73 inciso h) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Dicha norma señala:

Artículo 73. Funciones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)

Son funciones del Consejo de la Sutel:

(...)

h) Convocar a audiencia, conforme al procedimiento ordenado en el artículo 36 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N.º 7593, de 9 de agosto de 1996, en los casos de fijaciones tarifarias, formulación y revisión de reglamentos técnicos, de estándares de calidad y la aprobación o modificación de cánones, tasas y contribuciones. "(El subrayado es agregado).

Los suscritos estimamos que los parámetros establecidos por la SUTEL en la resolución N° RCS-063-2014 constituyen estándares de calidad en los términos expuestos por la norma recién transcrita. Igualmente, la velocidad que fije la SUTEL con base en esta sentencia es un estándar mínimo de calidad que es impuesto a los operadores a fin de procurar un acceso funcional a Internet, en beneficio de los usuarios. En ese tanto, por imperativo del ordinal 9 constitucional en relación con el derecho de los consumidores a recibir información adecuada y veraz (artículo 46 de la Constitución Política) y lo dispuesto en el numeral 73 inciso h) de Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, número 7593 del 9 de agosto de 1996, la aprobación de dichos parámetros debe incluir el procedimiento de convocatoria a audiencia pública. En virtud de lo expuesto, también declaramos con lugar el recurso en este extremo.

XVII.-VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ.

Discrepo del criterio de la mayoría del Tribunal, pues estimo que lo que se discute es la mala calidad del servicio de telefonía móvil post pago y el incumplimiento contractual, y no el derecho en sí de acceder al servicio de internet que es lo que está Sala ha tutelado en sus precedentes; pues, según afirmaron los recurrentes, al momento en que suscribieron ese servicio, no se les impuso limitación alguna a la red y ahora, en aplicación de la denominada política de acceso justo, no solo les pone un techo, sino que se les disminuye la velocidad contratada a extremos que impiden la navegación (escrito de interposición). Véase que se pretende en términos generales la anulación de la política de uso justo del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones o su desaplicación por parte de los operadores (memoriales de interposición). Tampoco, podría obviarse que el límite o umbral es definido en los contratos de adhesión, que se establecen entre los citados operadores y los usuario (informe); ni que podrían existir otras opciones para ampliar la capacidad de las redes para reducir al máximo los niveles de congestión detectados y así cumplir con las velocidades comercialmente ofrecidas; que fijar la velocidad mínima para un Internet funcional pasaría por definir qué es lo que se desea garantizar; que podrían existir otras alternativas técnicas diferentes a la política de uso justo, para desestimular el uso excesivo de internet móvil por parte de los usuarios o que podría utilizar diferentes estrategias, tanto en el criterio para aplicarlo como en la acción de restricción de uso. Que también sería necesario determinar si existen contratos en los cuales no se consignó la política de uso justo; que podrían existir contratos con condiciones de descarga ilimitada no sujeta a políticas de uso justo, u omisos en cuanto a la capacidad de descarga contratada y velocidad; que se requeriría valorar caso por caso la aplicación de la política de uso justo a aquellos usuarios que hayan suscrito contratos de adhesión no sujetos a plazos de permanencia mínima o cuyas permanencias se encuentren vencidas, y si se le ha informado de previo sobre las nuevas condiciones o restricciones; que debe determinarse si en el contrato de adhesión se fijó limitación en la descarga de datos, o la velocidad a la cual se disminuiría el servicio una vez que se llegue al límite de consumo, o bien, si se indicó de forma expresa que la descarga de datos móviles era ilimitada, no sujeta a políticas de uso justo. Aunado a lo anterior, de conformidad con el Título II denominado REGIMEN DE

GARANTÍAS FUNDAMENTALES, Capítulo II, RÉGIMEN DE PROTECCIÓN A LA INTIMIDAD Y DERECHOS DEL USUARIO FINAL de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642, el usuario final del servicio de telecomunicaciones tiene derecho a recibir servicios de calidad en los términos estipulados previamente y pactados con el proveedor, a precios asequibles (artículo 45, inciso 13). Tal incumplimiento debe por tanto conocerse y resolverse ante tales órganos. En segundo lugar, la determinación de la calidad del servicio es un aspecto técnico, ajeno a la competencia de esta jurisdicción que debe igualmente resolver ante la misma Administración o ante la justicia ordinario. En tercer lugar, ha de considerarse que el usuario final de los servicios de telecomunicaciones tienen derecho a elegir y cambiar libremente al proveedor de servicio (artículo 45, inciso 2) *ibídem*). Es decir, la telefonía móvil es un servicio que hoy día se presta en un mercado abierto a la competencia, tal y como lo ha declarado reiteradamente este Tribunal en sus precedentes (Cfr. sentencias números 2015-09919 de las 9:20 horas del 3 de julio de 2015, y 2017-03654 de las 9:05 horas del 10 de marzo de 2017), considerando que a partir de la Ley General de Telecomunicaciones No. 8642 del 4 de junio de 2008, se abrió el mercado de telefonía móvil y todos los operadores y proveedores de telecomunicaciones, tienen la posibilidad de competir para suministrar directamente al cliente, los servicios de telecomunicaciones de redes privadas, internet y servicios inalámbricos móviles, así como todos los nuevos servicios que surjan, en virtud de los adelantos tecnológicos. Asimismo, la Sala ha señalado que en caso que el servicio de telefonía móvil la cobertura sea limitada, el usuario tiene la opción de acudir a otros proveedores, ya que como se indicó, los servicios de internet y telefonía móvil han sido abiertos a la competencia. Sobre este aspecto y en lo conducente, puede verse la sentencia de esta Sala No. 2017005393 de las once horas con treinta minutos del siete de abril de dos mil diecisiete.

XVIII.-DOCUMENTACIÓN APORTADA AL EXPEDIENTE . Se previene a las partes que de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, éstos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material

que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el “Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial”, aprobado por la Corte Plena en sesión N° 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial número 19 del 26 de enero del 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la sesión N° 43-12 celebrada el 3 de mayo del 2012, artículo LXXXI .

POR TANTO:

Se declara parcialmente con lugar el recurso de los amparados Valdelomar Valerín y Sibaja Miranda solo en contra de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL). Se ordena a Gilbert Camacho Mora, en su condición de Presidente del Consejo de la SUTEL, o a quien en su lugar ejerza dicho cargo, tomar las medidas necesarias para que la SUTEL en el plazo máximo de CUATRO MESES, contado a partir de la notificación de esta sentencia, con base en estudios técnicos 1) determine la velocidad mínima de conexión a Internet que servirá de base para la aplicación de la política de uso justo, a fin de que el usuario afectado por dicha política mantenga un acceso funcional a Internet; y 2) defina la periodicidad con que debe actualizar dicha velocidad por tratarse de un concepto dinámico que varía conforme avanza la diversidad de elementos tecnológicos que afectan a la Internet, como la riqueza de recursos (por ejemplo multimedia) que se ofrecen, los medios transmisión de datos, la capacidad de compresión de datos, entre otros. En el plazo improrrogable de UN MES a partir de la notificación de este pronunciamiento, la SUTEL deberá fijar técnicamente una velocidad mínima funcional provisional, que registrará mientras cumple a cabalidad lo ordenado anteriormente. En tanto se determina la velocidad mínima funcional provisional, la SUTEL le permitirá a los operadores continuar aplicando sus respectivas velocidades mínimas de conexión a Internet, a fin de evitar que una repentina suspensión de la política de uso justo produzca efectos adversos en el tráfico en la Internet móvil. Transcurrido ya sea el plazo de un mes sin que la SUTEL haya definido técnicamente dicha velocidad mínima funcional provisional, o bien el plazo de cuatro meses sin que ese órgano haya cumplido a cabalidad lo supra ordenado, se suspenderá la aplicación de la política de uso justo. Independientemente de lo anterior, se le ordena a Gilbert Camacho Mora,

en su condición de Presidente del Consejo de la SUTEL, o a quien en su lugar ejerza dicho cargo, de inmediato girar las instrucciones y medidas de fiscalización que estén dentro del ámbito de sus competencias para que los operadores apliquen la política de uso justo siguiendo los parámetros expuestos en los considerandos IX y X, como por ejemplo que la medida de restricción de la velocidad mínima funcional solo aplique durante los lapsos en que realmente haya congestión en la red, y que se garantice el derecho de los usuarios y consumidores a que la información relacionada con la aplicación de la política de uso justo, sea veraz y adecuada. Lo anterior se dicta con el apercibimiento de que podrían incurrir en el delito tipificado en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual dispone que se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a la Superintendencia de Telecomunicaciones al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. En lo demás, se declaran sin lugar los recursos. El Magistrado Cruz Castro pone nota. El Magistrado Castillo Víquez pone nota. Los Magistrados Cruz Castro y Rueda Leal adicionalmente declaran con lugar el recurso en cuanto a la audiencia pública por violación al derecho constitucional a la participación ciudadana. La Magistrada Hernández López salva el voto y declara sin lugar el recurso. El Magistrado Hernández Gutiérrez salva el voto y declara sin lugar el recurso. Notifíquese esta resolución a Gilbert Camacho Mora, en su condición de Presidente del Consejo de la SUTEL, o a quien en su lugar ejerza dicho cargo, en forma personal.

Fernando Cruz C.

Presidente a.i.

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L.

Nancy Hernández L.

Luis Fdo. Salazar A.

José Paulino Hernández G.

Aracelly Pacheco S.

VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA HERNÁNDEZ LÓPEZ.

Respetuosamente me separo del voto de mayoría, con base en las siguientes consideraciones:

A. Objeto del proceso.

El objeto de este amparo busca eliminar las políticas de uso justo aprobadas por SUTEL en sus distintas resoluciones (RCS-063-2014 para los operadores ICE, Movistar de Telefónica, Claro), que permiten al operador disminuir la velocidad de internet móvil en forma temporal, por el resto del ciclo de facturación, una vez que el cliente ha alcanzado el umbral de descarga contratado. El recurrente Porras Castillo expresamente señala en su Petitoria:

“Solicito por favor, que se declare a la SUTEL a que proceda con la anulación de la política de uso justo (dentro de los contratos de adhesión de los operadores de telefonía móvil), garantizando así el acceso a Internet como derecho fundamental y evitar limitar la libertad de pensamiento y de expresión que se puede llevar a cabo con dicha herramienta de conexión.

Los contratos de adhesión para los servicios de telefonía móvil (incluyendo dentro del paquete, el servicio de internet), contienen métricas de velocidad de navegación, las cuales son definidas para la renta mensual y según las necesidades de cada ciudadano. Es por tal hecho, que se debe garantizar eficazmente el cumplimiento de dicha velocidad contratada con el fin de que el usuario pueda disfrutar de todos los servicios tecnológicos que ofrece la red de internet sin limitar el uso. Hecho que se da (limitación de uso) por las disminuciones que se aplican a la velocidad de conexión.”

Posteriormente, presenta una adenda (así titulada) en la que reitera su petitoria original.

Comparece otro recurrente, **Sibaja Miranda** que señala tener una relación contractual con el ICE por una suma de 50 mil colones mensuales y que se enteró por los medios de comunicación escrita

sobre la “política de uso justo de internet”, y se opone a la misma, no sólo por un tema contractual, sino que establece que es un tema constitucional ya que la medida nunca fue sometida a consulta pública y que existiendo contratos de por medio no debería el Estado tener estas potestades de imperio. Tampoco este recurrente demuestra que le hayan aplicado la medida, con lo que se le haya afectado su acceso a internet. En cuanto a las condiciones particulares de su contrato, como se explica más adelante, ese es un tema de legalidad ordinaria que no corresponde analizar en la jurisdicción constitucional.

Finalmente, existe otro recurrente, Marco Vinicio Valdelomar Valerín que reclama específicamente contra la lesión que ha ocasionado el ICE al rebajarle la velocidad contratada a niveles que no le permiten navegar por internet y pide que se elimine de su contrato tales restricciones por lesionar sus derechos fundamentales.

B.- Falta de legitimación.

No cabe duda que las resoluciones que se impugnan se refieren a disposiciones normativas de alcance general, que de conformidad con el artículo 30 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, solo procede impugnarlas en amparo, cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas, y se demuestre una violación a un derecho fundamental (artículo 29 del mismo cuerpo normativo).

Los accionantes no demuestran un perjuicio o daño concreto por lo tanto individualizable. En el caso del primero, ni siquiera puede establecerse de sus escritos y prueba aportada, a qué operador pertenece, y ninguno de los dos casos (de los dos primeros recurrentes), pudo demostrarse que se les ha aplicado la política de uso justo, o qué velocidad se les aplicó, sin que sea válido en este caso, admitir que la simple inclusión en un contrato de una reducción de velocidad, pueda entenderse como una amenaza al derecho fundamental de acceso a internet según se explicará.- En ambos casos lo único que se aporta son unos anuncios de varias operadoras, lo que demuestra que las objeciones son en abstracto.

En cuanto al recurrente Valdelomar Valerín, debe señalarse que sí plantea una lesión individual y se reclama con base en ella la existencia de normativa general que se le ha aplicado por lo que conforme lo que recién se dijo, lo procedente debería ser atender lo dispuesto en los artículos 30 a y 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

C.- No se demuestra que las políticas de uso justo aprobadas por SUTEL vacíen el contenido esencial del derecho al acceso al internet.

Aun asumiendo que los recurrentes tienen todos un contrato de internet móvil postpago y que efectivamente se les aplicó alguna de las medidas de reducción de velocidad por políticas de uso justo de la red, estima la suscrita, que no hay una lesión al contenido esencial del derecho de acceso a internet, con la adopción de una política de uso justo per se, porque la resolución 014-021-2014 (sesión ordinaria 021-2014 2 de abril de 2014 Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones) -y las autorizaciones subsiguientes de cada operador- están debidamente fundamentadas y cumplen desde una perspectiva constitucional con los criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad.

Se han aportado los estudios técnicos que demuestran que existe una congestión de la red que causa un perjuicio generalizado, debido a un aumento exponencial de usuarios en un período corto de tiempo. La internet como recurso y fuente de datos e información no es un recurso finito pero sí lo son las vías para su acceso, por lo que las medidas de gestión del tráfico de datos -siempre que estén sustentadas en estudios técnicos- resultan razonables desde una perspectiva constitucional, dado que buscan favorecer a la gran mayoría de usuarios y evitar que un porcentaje pequeño de ellos, afecte a una mayoría. En los documentos aportados se habla de que esa minoría de usuarios que abusa de la red es de un 5%. Nótese que no se habla de usuarios abusivos de los datos de internet, sino del abuso que se presenta en el aprovechamiento de los medios de acceso.

Por otra parte, se trata de medidas temporales que se adoptan por el resto del ciclo de facturación, una vez que el cliente ha alcanzado el umbral de descarga contratado (una vez reestablecido el nuevo período de facturación, se reestablece el servicio contratado). En algunas

intervenciones se ha alegado que existen medidas menos gravosas que habría que considerar antes de afectar al consumidor final con políticas de uso justo, no obstante en el expediente no consta prueba técnica capaz de refutar la aportada por SUTEL en sustento de la resolución citada. En todo caso, el objeto del proceso se reduce al análisis de la política actual de uso justo y si esta viola el derecho fundamental al acceso al internet, no de si existen o no medidas menos lesivas para atender la congestión actual de la red o de si en el futuro deben adoptarse otras tecnologías que cumplan esa finalidad. Las circunstancias actuales de la red pueden cambiar, ya sea por aumento y mejoramiento de la infraestructura, la autorización de más operadores y otras causas, que justifiquen en el futuro la revisión de la política autorizada o la hagan incluso nugatoria, si las circunstancias varían, pero ello no es objeto de análisis en este amparo en este momento.

Aclaro que el hecho de que estime que las condiciones actuales de la política de uso justo, señaladas en la resolución citada y en las autorizaciones aprobadas, es desde mi perspectiva, constitucionalmente válida -por estar basada en estudios técnicos que cumplen con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad-, no significa que estime que a futuro no corresponda revisarlas, si se acreditan condiciones técnicas diferentes (no es pétrea).

Si bien es cierto, la Sala Constitucional ha señalado en su sentencia 2010-010627 que existe un derecho humano de acceso a internet, este derecho tiene características importantes que vale la pena resaltar: **a)** en primer término, se trata de un derecho prestacional, es decir el Estado está obligado a crear las condiciones para su cumplimiento, pero éstas son de desarrollo paulatino. Igual que sucede con el derecho a la vivienda no puede considerarse que el Estado tenga la obligación de cumplir el 100% de las necesidades en un sólo momento. De hecho ningún país del mundo tiene un 100% de acceso a internet. **b)** se trata de un servicio en competencia, producto de la apertura de mercado en las telecomunicaciones, autorizada en el Tratado de Libre Comercio y la Ley General de Telecomunicaciones, que establece que no se trata de un servicio gratuito. Con las excepciones establecidas en la Ley, si no se paga, los operadores no están obligados a darlo gratuitamente (para ello la ley ha establecido un fondo Fonatel al que contribuyen los

operadores) **c)** Además, el derecho fundamental de acceso a internet viene conformado por todas las posibles modalidades de acceso a internet que recaen sobre distintos operadores: en **primer lugar** está el internet fijo (que no está en disputa en este proceso) y en **segundo lugar el internet móvil** que tiene **dos modalidades**, la de prepago en el que están prácticamente el 80 por ciento de los usuarios que usan la red. En ella se paga por lo que se consume y cuando se acaba el dinero, se termina el servicio. Es de suponer que si el acceso a internet puede válidamente cancelarse totalmente cuando se agota lo contratado, con mayor razón se puede disminuir la velocidad, esto obviamente desde el punto de vista del acceso al internet como derecho fundamental y no como lo entiende la mayoría, desde una perspectiva de un tipo u otro de contrato de servicio. Así, si el servicio prepago no pudiera cancelarse por el evidente vaciamiento del contenido esencial del derecho de acceso al internet que dicha cancelación conlleva, habría que eliminar el prepago que representa cerca del 80% de los usuarios de red. La otra modalidad del servicio móvil es **el servicio post-pago**, en el que se encuentra cerca del 20% de la población y que a su vez tiene diferentes modalidades de consumo y condiciones según la estrategia de mercado de los operadores.

Considero que el progresivo desarrollo del acceso a internet en general, como derecho humano fundamental, en nuestro país presenta necesariamente una pluralidad de frentes por lo que no resulta correcto afirmar que una reducción de la velocidad del acceso a la red, en la modalidad de internet móvil postpago, conlleve necesariamente la privación o impedimento de acceso general.- Es bien sabido que instituciones públicas o empresas privadas brindan en sus instalaciones el servicio de internet inalámbrica al público como parte de su estrategia de mercado; que el 60 por ciento de los hogares cuenta con internet fija y que además subsisten aún negocios que se especializan en brindar acceso a través de computadoras de escritorio a cambio de un precio.-

Desde esa perspectiva parece inadecuado e injusto que tenga que recaer exclusivamente sobre los operadores de red móvil y la SUTEL, es decir, solamente en modalidad de internet móvil postpago (que además está en sistema de competencia), la carga de servir de último recurso para el derecho de acceso a la internet. Como dije, existen

también operadores de red fija y otras entidades del Estado (Fonatel) así como el Micitt, de conformidad con La Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico 7169 y sus reformas (artículo 3.b) que deben necesariamente ser parte de la solución que debe darse.

Es importante señalar además que por el hecho de encontrarse el acceso a internet en un mercado en competencia, se genera una mayor flexibilidad para el usuario frente la aplicación de la política de uso justo, ya que tendrá la posibilidad de continuar con el servicio con su operador o rescindir el mismo, sin penalización alguna, en caso de que se haya variado su contrato, incluso pasándose a un operador que tenga mayor velocidad, si así le parece. Mientras exista la opción de escoger entre varios operadores en competencia, **estandarizar un mínimo para todos por medio de la intervención del Estado** introduce un elemento de distorsión en el mercado, injustificado desde una perspectiva constitucional, que eventualmente puede resultar más lesiva para unos operadores que otros, por las condiciones dispares del mercado en la actualidad y sin que se haya medido técnicamente qué impacto tendría un mínimo estandarizado sobre cada uno de los operadores, si ese mínimo fuera superior al que actualmente se les ha autorizado.

En todo caso, como se ha señalado, no existe el impedimento para el acceso a internet, porque no se trata de una medida definitiva- sino de carácter temporal técnicamente justificada-, lo que hace que no pueda alegarse válidamente una violación al derecho fundamental de acceso al internet. El caso más bien parece enfocarse en un tema de velocidad, pero aún con la velocidad más baja autorizadas por SUTEL, hay acceso a la mayoría de servicios por internet (*Whatsapp*, correo electrónico, Facebook, Spotify entre otros), según los estudios técnicos aportados en autos. Los que se ven afectados son las aplicaciones de mayor consumo, pero aun en este caso se trata de una afectación temporal.

Como señalé, estimo que es un error considerar que la SUTEL debe **fijar un mínimo estandarizado para todas las operadoras** como parte de las políticas de uso justo, porque ello significa introducir de manera totalmente innecesaria un elemento de distorsión en el mercado, lo cual puede significar mayores costos para unos operadores frente a otros (ya

que la distribución del mercado y por ende de la tasa de congestión de las redes es distinta para cada uno de ellos); con ello se pueden afectar las reglas de la competencia e incluso terminar generando mayores costos a los usuarios, porque si el ente regulador establece un umbral más alto que el que la capacidad real instalada de cada operador permite, la inversión en infraestructura para cumplirlo, terminará siendo trasladado al consumidor final, en el mejor de los escenarios. En el peor escenario, si no se puede aumentar la tarifa para cumplir con el nuevo umbral de velocidad mínima (en caso que sea superior a la capacidad instalada del operador), terminará resultando ruinoso para el operador. Por otra parte, si SUTEL establece un umbral obligatorio más bajo que el actualmente autorizado en cada contrato, automáticamente los operadores que han ofrecido uno mayor para sus usuarios se ajustarán a la baja, -alegando su obligatoriedad-, con el perjuicio para los consumidores, a pesar de que tengan capacidad de dar un mínimo de velocidad mayor.

No se ha podido demostrar en el expediente que el mínimo más bajo de 128kbps, autorizado por SUTEL, viole el contenido esencial del derecho de acceso al internet, -que como se verá del cuadro que adjunta SUTEL en su respuesta-, es superior al utilizado en varios países y equivalente al de algunas operadoras. Según la prueba aportada en oficio N. 03159-SUTEL-CS-2017, las políticas de uso justo son ampliamente utilizadas en el mundo y como ejemplos de reducciones de velocidad da los siguientes ejemplos:

País	Operador	Reducción de Velocidad
Alemania	Otelo	64 kbps
Argentina	Movistar	32 kbps
España	Vodafone	128 kbps
Estados Unidos	Virgin Mobile	128 kbps
Francia	Orange	128 kbps
Italia	TIM	32 kbps

En conclusión, las políticas de uso justo, objeto de análisis en este amparo, no afectan per se, el derecho humano de acceso a internet, sino

que lo regulan o limitan, desde mi perspectiva razonablemente, por lo menos en cuanto a las velocidades mínimas autorizadas actualmente. Las consecuencias de la no regulación sería la afectación de todos los usuarios ya que al saturarse la red, se vuelve lenta e inoperante para muchos en general. Por su parte, la aplicación particular de la política y en concreto, la situación de cada contrato, son temas de mera legalidad, como se establece seguidamente.

D.- El análisis de cada contrato es un tema de legalidad.

Considero que la cuestión de cada contrato en sí, es un tema de legalidad ordinaria, ya que existe una normativa infralegal que regula estos contratos de adhesión y su forma de aplicación. Corresponde a SUTEL y a la jurisdicción ordinaria determinar, si cumplen con lo dispuesto en la resolución de autorización de la política y de autorización de cada operador, según el límite de consumo pactado, así como con lo dispuesto en Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones (artículo 20) y los artículos 46 de la Ley General de Telecomunicaciones, 73 inciso 0) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, y la jurisprudencia sobre los contratos de adhesión (entre esta la resolución 25-2016 de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo), entre otros. Sobre este tema, existe normativa que permite aplicar medidas drásticas a los clientes que utilicen de manera indebida el servicio de telecomunicaciones (artículo 34 del Reglamento de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones y el artículo 23 del Reglamento de prestación de servicios). Incluso se puede desconectar definitivamente a un usuario, entre otras razones, por el no pago del servicio, lo cual tampoco implicaría un vaciamiento del contenido esencial del derecho de acceso al internet, por las características de este derecho arriba señaladas.

E.- No es necesaria la consulta pública.

Otro argumento señalado en el amparo, es la falta de consulta pública por parte de SUTEL previo a autorizar la política de uso justo mediante la resolución RCS-063-2004. Al respecto, considero que la participación de las personas en la configuración y aprobación de decisiones de

órganos estatales ha sido establecida en la Constitución Política, como una guía respecto de la dirección que debe tomarse en este tema, más no como un derecho fundamental directamente justiciable ante esta Sala.- Al contrario, para poder alcanzar un apropiado equilibrio, dicha participación debe ser regulada en todos los casos por una ley que venga a darle forma y delimitar sus alcances.- Eso es lo que se ha hecho en la de la Ley 7593 Ley Reguladora de los Servicios Públicos, la cual no ha incluido la situación en discusión dentro de los supuestos que señala el artículo 73 inciso h) que claramente señala los temas que deben ir a audiencia pública. En lo que interesa señala:

“Artículo 73. Funciones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL)

Son funciones del Consejo de SUTEL: (...)

h) *Convocar a audiencia conforme al procedimiento ordenado en el artículo 36 de la Ley de la Autoridad de los Servicios Públicos No. 7593, de 9 de agosto de 1996, en los casos de fijaciones tarifarias, formulación y revisión de reglamentos técnicos, de estándares de calidad y la aprobación o modificación de cánones, tasas y contribuciones (...)*

Como conclusión en este aspecto no existe ninguna afectación de algún derecho fundamental con la falta de audiencia pública que se reclama en este caso concreto.

F.- Existe un rezago para el desarrollo de políticas de acceso público gratuito que si resulta lesivo del derecho de acceso a internet.

Siendo el acceso a internet un derecho humano fundamental, tiene que estar garantizado por el Estado a través de lugares de acceso público gratuito, especialmente para las poblaciones más vulnerables. En este tema, a pesar de los avances, existe un rezago en la ejecución de algunos aspectos del Plan Nacional de Desarrollo en la materia, que garanticen el acceso universal y solidario previsto en la normativa.

Según CEPAL (Estudio sobre estado de banda ancha en América Latina y el Caribe 2016) y el Índice de Oportunidades Humanas (Banco Mundial),

Costa Rica tiene la tasa más alta de acceso a internet en América Latina, con un 60% de hogares conectados y un 95% de penetración en banda ancha móvil, asimismo exhibe una de las menores brechas de acceso a internet entre zona rural y urbana.

No obstante, han transcurrido cerca de 10 años desde la apertura del mercado de las Telecomunicaciones y desde que la Sala Constitucional declaró el acceso a internet como derecho humano fundamental, y a estas alturas aún no existen lugares de acceso público gratuito de acceso inalámbrico para las poblaciones vulnerables en las distintas zonas del país que coadyuve a reducir la brecha digital, e incluso para aquellos usuarios que así lo requieran por haber consumido su plan, o tener dificultades de acceso en un momento determinado. Esa es una obligación ineludible del Estado, que aún no se ha materializado y que desde mi perspectiva, resulta lesiva de las obligaciones del Estado sobre el acceso al internet, porque ha transcurrido prácticamente una década sin que exista un solo quisco o zona de acceso a Internet inalámbrico gratuito por medio de la tecnología WI-Fi en el país. Existe un Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas SUTEL-BNCR, número de identificación 3-110-654956 que ha sacado un concurso público al efecto, apenas a esta alturas de la apertura.

No obstante, al no ser el objeto del proceso, ni habersele dado audiencia al efecto a Fonatel como responsable de la implementación de esta política, no procede en este momento su condenatoria.

Ciertamente lleva razón el proyecto de mayoría al recalcar la necesidad de garantizar el acceso al internet como derecho humano fundamental, en especial para las poblaciones más vulnerables, no obstante, me parece que en esta ocasión, el tema de si un usuario se queda sin acceso cómodo o no lo tiene del todo porque no lo puede costear, recae más en la responsabilidad de Fonatel, que en las operadoras de servicio de internet por tecnología celular, que como señalé supra, sólo son además, un segmento de un mercado más amplio y provisto de recursos de acceso para las personas.-

Nancy Hernández L. Magistrada

IV RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES

PROPAGANDA POLÍTICO-ELECTORAL DIFUNDIDA POR INTERNET

N.º 0978-E8-2009.- TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. San José, a las once horas cuarenta y cinco minutos del diecinueve de febrero de dos mil nueve.

Consulta formulada por los señores Francisco Antonio Pacheco Fernández y Antonio Calderón Castro, Presidente y Secretario General del Comité Ejecutivo del Partido Liberación Nacional, respecto del uso de medios alternativos de comunicación durante la Convención Partidaria.

RESULTANDO

1.-Mediante oficio n.º SGAC-01 de fecha 23 de enero del 2009, los señores Francisco Antonio Pacheco Fernández y Antonio Calderón Castro, Presidente y Secretario General del Partido Liberación Nacional, comunican que esa agrupación política, de acuerdo con lo que establece el artículo 114 del Estatuto partidario, inició el periodo de inscripción de precandidaturas el primer lunes de octubre del 2008 y culminó el pasado 15 de enero del 2009. Señalan que el Tribunal de Elecciones Internas, de acuerdo con el artículo 118 del Estatuto partidario, tiene un plazo de treinta días después de vencido el plazo de inscripción para dictar la resolución correspondiente en la que acepta o no las precandidaturas. En virtud de lo anterior, aclaran que el Tribunal de Elecciones Internas aún se encuentra revisando los requisitos presentados por cada una de las tendencias, con el fin de tener la declaratoria oficial el próximo 15 de febrero del 2009; en esa fecha ya quedarían inscritas oficialmente las precandidaturas que hayan cumplido con lo establecido en el artículo 115 del Estatuto partidario, por lo que ese Comité enviará a quienes han solicitado la inscripción como precandidatos copia de la resolución n.º 556-1-E-2001, con el fin de que se ajusten estrictamente a las normas establecidas. Asimismo, manifiestan que el Comité Ejecutivo Superior del Partido Liberación Nacional, en sesión n.º 1-2009, celebrada el pasado jueves 22 de enero del 2009, aprobó consultar a este Tribunal si lo afirmado en la resolución n.º 556-1-2001 predicha incluye el uso de medios alternativos de comunicación como lo son el correo electrónico e Internet.

2.- Este Tribunal, en sesión ordinaria n.º 007-2009, celebrada el 27 de enero del 2009, conoció el oficio referido en el resultando anterior y dispuso, respecto de la consulta planteada, relativa a si la prohibición propagandística que pesa sobre los precandidatos oficializados abarca el uso de medios alternativos de comunicación como lo son el correo electrónico e internet, turnar a la Magistrada o al Magistrado que corresponda (folios 1-5).

3.- En la substanciación del proceso se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado **Sobrado González;** y,

CONSIDERANDO

I.- Sobre la competencia del Tribunal para atender este tipo de consultas: Este Tribunal, en forma reiterada, se ha pronunciado sobre su competencia para conocer sobre las consultas promovidas por el comité ejecutivo superior de un partido político inscrito. Al efecto – entre otras– en la resolución n.º 3278-E-2000 de las 13:05 horas del 22 de diciembre del 2000 se indicó lo siguiente:

“1.- Sobre la competencia del Tribunal Supremo de Elecciones. *La potestad de “Interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral” que le acuerda al Tribunal Supremo de Elecciones el inciso 3) del artículo 102 de la Constitución Política, la puede ejercer “de oficio o a solicitud de los miembros del Comité Ejecutivo Superior de los partidos políticos inscritos”(Artículo 19, inciso c) del Código Electoral).*

En consecuencia, bajo tales regulaciones constitucional y legal, hay dos formas para que el Tribunal ejerza la referida potestad: una a gestión de parte interesada, en este caso del Comité Ejecutivo Superior de un partido político inscrito y que generalmente se hace en abstracto, es decir, sin existir ningún caso pendiente de resolución y, la otra, de oficio, cuando sea necesaria para la resolución de un asunto concreto sometido a la decisión del Tribunal o cuando sea igualmente necesario para orientar adecuadamente los actos relativos al sufragio, pero en todo caso,

conforme lo señala la propia Constitución Política, la interpretación debe ser denormas constitucionales o legales referentes a la materia electoral.”

Según los criterios indicados y de conformidad con las atribuciones constitucionales y legales establecidas en los citados artículos artículo 102, inciso 3) de la Constitución Política y 19, inciso c), del Código Electoral, lo procedente es evacuar la consulta formulada por los señores Francisco Antonio Pacheco Fernández y Antonio Calderón Castro, Presidente y Secretario General del Partido Liberación Nacional, en tanto se encuentra respaldada en el acuerdo adoptado por el Comité Ejecutivo Superior del partido, en la sesión n.º 1-2009, celebrada el 22 de enero del 2009.

II.- Jurisprudencia relevante.- De previo a abordar el fondo de la consulta planteada, es necesario retomar el concepto de “propaganda y publicidad” que ha adoptado la jurisprudencia electoral. Este Tribunal, en forma reiterada, se ha fundamentado en el artículo 2 inciso d) del Reglamento sobre el Pago de Los Gastos de los Partidos Políticos para definir el concepto propaganda. Este numeral señala:

*“Artículo 2º. Solo son justificables para efectos de la contribución estatal de los partidos políticos, incluidas las coaliciones y las fusiones, los gastos relacionados con actividades de organización, propaganda y capacitación de acuerdo con las siguientes definiciones. (...) **b) Propaganda.** Abarca la acción de los partidos políticos para explicar su programa e impugnar el de sus contrarios, para hacer planteamientos de carácter ideológico y para informar sobre actividades político electorales. Asimismo, por propaganda político-electoral se entiende, en general, toda publicación en la cual se pondera o se combate a uno de los partidos políticos que participan en la contienda electoral, o se pondera o se combate a uno de los candidatos; para examinar la conducta de los candidatos que se proponen y, más concretamente, abarca la acción de los partidos políticos para difundir sus ideas, opiniones y programas de gobierno a través de exposiciones, discursos, conferencias de prensa por radio y televisión, así como por medio de los anuncios en los medios de difusión citados y en el cine; o bien por servicios artísticos para la elaboración de los anuncios, por servicios de grabación para la difusión por radio, servicios de audio y vídeo para cortos de televisión, folletos, volantes, vallas y el uso de altoparlantes, debidamente*

autorizados, en reuniones, manifestaciones y desfiles. Cualquier otro tipo de propaganda que realicen los partidos, que no está enmarcada en los conceptos anteriores no será reconocida como gasto justificable dentro de la contribución del Estado”

Este Tribunal estableció, en la resolución n.º 0556-1-E-2001 de las 16 horas del 21 de febrero, que la definición transcrita no es exhaustiva del concepto propaganda:

“No obstante el valor orientador que ofrece la anterior definición, no es posible entender que la misma contenga una enumeración taxativa de todos los actos que pueden calificarse como propaganda electoral, porque está prevista específicamente a los efectos de determinar cuáles gastos pueden ser invocados para justificar el desembolso de la contribución estatal, por remisión expresa del artículo 177 in fine del Código Electoral. Pero en sentido inverso, tampoco podría concebirse como un obstáculo que impida a los actuales precandidatos a emitir opinión cuando sean invitados por cualquier medio de comunicación o grupo ciudadano espontáneamente interesado en ello -siempre que no constituya un ardid publicitario-, toda vez que lo anterior representa el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, cobijado constitucionalmente, que no admite restricciones reglamentarias.

*A modo de aproximación a la noción jurídica de propaganda electoral, complementando la transcrita y sin el afán de agotar o constreñir el tema sino más bien de fijar una línea que contribuya al juzgamiento de casos concretos por parte de los tribunales de justicia, puede concluirse **que la propaganda política comprende cualquier actividad específicamente orientada a incidir en el comportamiento electoral de los ciudadanos.***

La publicidad, que debe ser conceptuada como el conjunto de medios que se emplean para divulgar sistemáticamente la acción propagandística, en este caso electoral, está también comprendida dentro del ámbito de la prohibición legal, de suerte tal que podrían ser objeto de sanción, tanto el autor del esfuerzo propagandístico, como el responsable de su difusión publicitaria.

b- Se consulta si la prohibición señalada en el párrafo cuarto del artículo

74 del Código Electoral incluye vallas, fotos en las vías públicas, anuncios publicitarios de cualquier tipo en paredes, postes de alumbrado, puentes o árboles en las orillas de las carreteras. Desde que la citada norma legal no hace distinción alguna en cuanto al tipo de propaganda, **ha de entenderse que este mecanismo publicitario queda comprendido dentro de la prohibición, máxime que tiene como propósito evidente incidir en el comportamiento electoral de la ciudadanía. Esta afirmación encuentra sustento normativo en el inciso d) del artículo 2 del Reglamento sobre el pago de los Gastos de los Partidos Político, que incluye dentro de la definición de propaganda la colocación de vallas.**" (el destacado no es del original).

III.- Sobre la consulta planteada.- a) Objeto de la consulta. Los señores Presidente y Secretario General del Partido Liberación Nacional consultan si la prohibición propagandística que pesa sobre los precandidatos oficializados, contenida en el artículo 74 del Código Electoral, incluye el uso de medios alternativos de comunicación como el correo electrónico e Internet.

Resulta oportuno retomar la prohibición contenida en el párrafo cuarto del artículo 74 del Código Electoral que estipula:

*"(...) Para las convenciones nacionales, **la propaganda de cada precandidatura participante deberá difundirse, únicamente, durante los dos meses anteriores a la fecha fijada para celebrarlas. Quedará prohibido emitir propaganda o publicidad mientras el Comité Ejecutivo Superior no establezca la fecha de la convención (...)**"(el destacado no es del original)*

La norma en cuestión establece un límite temporal a la propaganda o publicidad de las precandidaturas partidarias en las convenciones nacionales, sin hacer distinción alguna en cuanto al mecanismo propagandístico, de manera que en general se entiende prohibida la utilización de cualquier medio publicitario que tenga como finalidad incidir en el comportamiento electoral de la ciudadanía.

b) Medios alternativos como mecanismo de propaganda electoral: En relación con el objeto de la consulta es importante ponderar

qué actividades relacionadas con los medios alternativos pueden considerarse como actos propagandísticos y, en consecuencia, se encuentran sujetos a las restricciones sobre propaganda electoral.

Conocedores de la diversificación de los medios de comunicación masiva y de que esta amplitud incide en la utilización de medios distintos a los tradicionales para difundir información y propaganda de carácter político-electoral, se hace necesario que el Tribunal interprete la normativa aplicable en procura de ajustarla al avance tecnológico y a las demandas sociales; de ahí que resulte procedente en este caso el ejercicio de la labor interpretativa porque el supuesto fáctico que se somete a consulta ha superado la previsión del legislador al momento de promulgarse la norma en cuestión.

En este sentido adquiere especial relevancia en materia de propaganda político-electoral el uso de Internet, pues este complejo instrumento de comunicación masiva se traduce en un reto para la Autoridad Electoral en materia de control de las actividades propagandísticas, dada la dimensión de esta red de información y el carácter, en algunos casos, anónimo de los participantes. Asimismo, resulta indispensable delimitar el concepto de la mera información y el de propaganda electoral, ambas difundidas por este medio de comunicación masiva, con el fin de identificar las actividades sujetas al control estatal.

El Diccionario de la Real Academia Española define Internet como “red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras u ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación”. Existen muchos servicios y protocolos en Internet que pueden ser utilizados para fines informativos. Entre estos servicios se encuentran: la Web (sistema de documentos interconectados por enlaces de hipertexto que involucra comunidades de usuarios y una gama especial de servicios, como las redes sociales, los blogs, los wikis o las folcsonomías, que fomentan la colaboración y el intercambio ágil de información entre los usuarios), el envío de correo electrónico, la transmisión de archivos, las conversaciones en línea, la mensajería instantánea, la transmisión de contenido y comunicación multimedia -video bajo demanda, telefonía o televisión-, los boletines electrónicos, el acceso remoto a otras máquinas o los juegos en línea, entre otros.

Ahora bien, la difusión de información de carácter político-electoral a través de los servicios que brinda la Internet es, en principio, una actividad regida por el principio de libertad, en tanto manifestación de la libre expresión, por lo que se encuentra exenta de limitaciones a priori y únicamente está sujeta a responsabilidades ulteriores. No obstante, esa difusión de información reviste interés para el Tribunal cuando es considerada propaganda electoral, calificativo que se asigna según el fin perseguido por la información y el mecanismo utilizado para su difusión.

En términos generales, la propaganda o publicidad política ha sido conceptualizada como el lanzamiento de una serie de mensajes que busca influir en el sistema de valores del ciudadano y en su conducta. Se articula a partir de un discurso persuasivo que busca la adhesión del otro a sus intereses. Es de carácter monológico y requiere el recurso del anuncio. Su planteamiento consiste en utilizar una información presentada y difundida masivamente con la intención de apoyar una determinada opinión ideológica o política. Aunque el mensaje contenga información verdadera, es posible que sea incompleta, no contrastada y partidista, de forma que no presente un cuadro equilibrado de la opinión en cuestión, que es contemplada siempre en forma asimétrica, subjetiva y emocional. Su uso primario proviene del contexto político, refiriéndose generalmente a los esfuerzos patrocinados por gobiernos o partidos para convencer a las masas; secundariamente se alude a ella como publicidad de empresas privadas. La meta de la propaganda es aumentar el apoyo (o el rechazo) a una cierta posición, antes que presentarla simplemente en sus pros y sus contras. El objetivo de la propaganda no es necesariamente hablar de la verdad, sino convencer a la gente: pretende inclinar la opinión general, no informarla. Debido a esto, la información transmitida es a menudo presentada con una alta carga emocional, apelando comúnmente a la afectividad, en especial a sentimientos patrióticos, y apela a argumentos emocionales más que racionales.

Es necesario, entonces, distinguir entre la utilización de Internet como fuente de información, tal es el caso de la página o sitio web de un partido político o tendencia suya, y el uso de esa herramienta como medio de difusión propagandística de carácter político-electoral, a

efecto de determinar frente a cuáles actividades informativas se justifica el control estatal, a través de este organismo electoral.

Para poder calificar como propaganda electoral la información difundida en Internet se requiere la presencia concomitante de dos elementos: la intención y el mecanismo utilizado. En primer término, se debe identificar, en forma evidente o plausible, la intencionalidad de la información: influir en su opinión para que adopte determinado comportamiento electoral. Es decir, el contenido de la información debe denotar las características particulares del discurso propagandístico, a saber la intención de crear, transformar o confirmar opiniones a favor de ideas y creencias, a efecto de incidir en la ideología o creencia política de la persona. El otro elemento se refiere a la selección del medio idóneo para difundir esa información, de manera que logre el efecto deseado mediante un mecanismo de intromisión deliberada del mensaje en la esfera personal del receptor, de suerte tal que éste acceda a ese mensaje sin haberlo deseado con antelación.

En consecuencia, debe excluirse del ámbito de la propaganda prohibida a los precandidatos presidenciales oficializados la información de carácter político-electoral que se encuentra a disposición del explorador de Internet, la cual pese a promover una posición política específica requiere, para su acceso, una conducta activa del receptor de la información, de manera que no se encuentra dirigida a una persona en específico sino que se exhibe, a título de información, para que sea consultada voluntariamente por los interesados. Es decir, para acceder a esta información es necesario navegar en Internet, a través de un buscador genérico de temas o mediante el acceso a sitios específicos (v.gr. páginas web partidarias o videos en sitios de Internet), de manera que la difusión de este tipo de información no cumple con el elemento objetivo requerido para ser considerada propaganda político-electoral, sea la irrupción en la esfera personal del tercero con el fin de convencerlo respecto de una posición política.

Distinto es el caso de la información político-electoral que llega al destinatario sin su interés previo (v.gr. correos electrónicos, mensajes instantáneos, etc), porque ésta se impone al receptor con el fin de incidir en su voluntad electoral o convencerlo. En ese tanto esa manifestación

informativa sí es considerada propaganda electoral dado que trasciende la finalidad informativa y se impone al elector sin que éste fuera en su búsqueda.

El primer mecanismo de comunicación -la exhibición de información político-electoral en Internet- no puede considerarse actividad propagandística, pues su acceso queda librado al arbitrio del interesado, de suerte que se trata de una actividad meramente informativa enmarcada en el ámbito de la libertad de expresión. En cambio, el envío de información por parte de precandidatos a un destinatario particular sin su consentimiento involucra, en sí mismo, la intromisión en la esfera informativa de la persona imponiendo un mensaje no pretendido.

c) El control de las actividades propagandísticas en medios alternativos y las sanciones: En cuanto a la sanción por la infracción al artículo 74 del Código Electoral, este Colegiado en la resolución n.º 05556-1-E-2001 citada dispuso:

“c- Según lo aclara la circular número 4176 del Tribunal, quienes infrinjan lo dispuesto en el artículo 74 del Código Electoral serán sancionados de conformidad con las disposiciones contenidas en el inciso c) del artículo 150 de dicho cuerpo normativo. Al respecto se plantean dudas sobre quiénes y cómo se hacen valer las sanciones a la tendencia infractora. La misma circular responde esta pregunta al indicar que la violación de dichas disposiciones legales “obligaría al organismo electoral a dar parte al Ministerio Público, para lo de su cargo”. Es decir, lo que procede es una denuncia ante el Ministerio Público y será la jurisdicción penal la encargada de imponer las sanciones al infractor. El artículo 154 del Código establece que “Las autoridades competentes para conocer de las contravenciones y delitos señalados en los artículos anteriores, serán los Tribunales Penales respectivos”.

También se pregunta quién sería la persona sancionada, si las tendencias o alguna persona física. Evidentemente sería una persona física, único sujeto a quien se puede imponer una sanción penal. Determinar la identidad de esa persona, frente al caso concreto, corresponde a la jurisdicción penal.

d- Afirma la consultante Fournier Vargas que los mecanismos para hacer

valer las sanciones son procedimientos lentos y pregunta qué ocurre si la sanción se da pasada la Convención. En razón de la declaratoria de inconstitucionalidad del párrafo final del artículo 85 del Código Electoral, el Tribunal Supremo de Elecciones no tiene potestad de suspender la propaganda ilegal, ni siquiera como una medida cautelar; por ello, si la sanción se impone una vez pasada la Convención, no tendría ningún efecto en cuanto a la propaganda como tal, sino que únicamente generaría responsabilidad para quienes hayan incurrido en falta. Es cierto que la respuesta puede llegar demasiado tarde, incluso cuando ya ha concluido el proceso electoral pero, aún sin conocerse el fondo de la sentencia de la Sala Constitucional número 1750-97 del 21 de marzo de 1997 -la que aún no ha sido notificada a este Tribunal-, lo cierto es que la potestad del organismo electoral de suspender la propaganda ilegal ha desaparecido del ordenamiento jurídico."

La propaganda electoral difundida por medio de Internet plantea una complejidad adicional respecto del control y de la imputación de responsabilidades ulteriores por infracción a las prohibiciones establecidas, dado que, en muchas ocasiones, el promotor de la propaganda electoral no es identificable, ocultándose en el anonimato.

IV.- Conclusión: Como colofón de lo expuesto, cabe concluir que la prohibición contenida en el artículo 74 no hace ningún tipo de distinción entre el mecanismo de difusión propagandística, por lo que en principio se entiende incluida la propaganda político-electoral difundida por Internet. Sin embargo no toda la información de contenido político-electoral difundida en Internet debe considerarse propaganda electoral. Solamente se encuentra en esta categoría aquella información dirigida a convencer al receptor mediante la imposición de un mensaje no procurado o deseado por el receptor; tal es el caso de los correos electrónicos de contenido político-electoral los cuales son dirigidos a una persona específica sin su consentimiento.

PORTANTO

Se evacua la consulta en los siguientes términos: **a)** la prohibición propagandística contenida en el artículo 74 del Código Electoral alcanza a cualquier medio de difusión, incluido Internet; **b)** no toda información política-electoral difundida en Internet por precandidatos presidenciales debe considerarse propaganda electoral; dependerá de que el medio utilizado para difundirla denote la intención de incidir en el comportamiento electoral mediante la imposición de mensajes no deseados o procurados por el receptor, como por ejemplo lo sería el envío no solicitado de correos masivos. Notifíquese y comuníquese en los términos del artículo 19, inciso c) del Código Electoral.-

Luis Antonio Sobrado González

Eugenia María Zamora Chavarría

Max Alberto Esquivel Faerron

Mario Seing Jiménez

Zetty Bou Valverde

USO DE INTERNET PARA PUBLICIDAD OFICIAL

N.º 5490-E7-2009.-TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. San José, a las once horas diez minutos del ocho de diciembre de dos mil nueve.

Denuncia formulada por el señor Sergio Iván Alfaro Salas contra el señor Oscar Arias Sánchez, Presidente de la República, por la presunta infracción del artículo 142 del Código Electoral.

RESULTANDO

1.- Mediante escrito presentado ante la Secretaría de este Tribunal el 20 de noviembre del 2009, el señor Sergio Iván Alfaro Salas, en su condición de diputado de la Asamblea Legislativa, interpuso denuncia contra el señor Oscar Arias Sánchez, Presidente de la República, porque en el sitio web "YouTube", en la dirección electrónica <http://www.youtube.com/watch?v=rtwvEgz5znw>, se encuentra un video titulado "Informe Presidencial Vivienda" en el cual se hace publicidad de las acciones del gobierno y se muestra al señor Oscar Arias entregando una serie de viviendas a personas beneficiadas. Considera que las acciones indicadas vulneran las disposiciones presentes en el artículo 142 del Código Electoral, que prohíbe al Gobierno dar a conocer las acciones de su gestión durante el tiempo de campaña política. Con fundamento en lo alegado, el denunciante solicita a esta Magistratura que ordene la suspensión de este tipo de comunicaciones (folio 1).

2.- En el procedimiento se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Esquivel Faerron**; y,

CONSIDERANDO

I.- Sobre el objeto de la denuncia: El señor Sergio Iván Alfaro Salas, en su condición de diputado, interpuso denuncia contra el señor Oscar Arias Sánchez, Presidente de la República, por transmitir, mediante el sitio web "YouTube", información publicitaria sobre su gestión. Considera que las acciones indicadas vulneran las disposiciones presentes en el artículo 142 del Código Electoral.

II. Sobre los alcances de la prohibición contenida en el artículo 142 del Código Electoral y la difusión de información publicitaria mediante “internet”. A fin de aportar claridad al análisis, es indispensable precisar que el citado artículo 142 del Código Electoral vigente dispone de manera literal:

“ARTÍCULO 142.- Información de la gestión gubernamental. Prohíbese a las instituciones del Poder Ejecutivo, de la administración descentralizada y de las empresas del Estado, a las alcaldías y los concejos municipales, difundir, mediante cualquier medio de comunicación, información publicitaria relativa a la obra pública realizada, a partir del día siguiente de la convocatoria a elecciones nacionales y hasta el propio día de las elecciones. Quedan a salvo de esta prohibición, las informaciones de carácter técnico o científico que resulten indispensables e impostergables, por referirse a aspectos relacionados con la prestación de servicios públicos esenciales o por emergencias nacionales. Las publicaciones contrarias a lo dispuesto en esta Ley harán incurrir a los funcionarios responsables en el delito de desobediencia y beligerancia política, previa resolución del TSE.” (el subrayado no pertenece al original).

El antecedente normativo de esa disposición estaba integrado en el inciso j) del artículo 85 del Código Electoral derogado y señalaba, de manera similar:

“ Artículo 85 (...) j) A partir del día siguiente a la convocatoria y hasta el propio día de las elecciones, el Poder Ejecutivo, la administración descentralizada y las empresas del Estado, no podrán publicar difusiones relativas a la gestión propia de su giro, salvo las de carácter eminentemente técnico que resulten indispensables y contengan información impostergable en razón de las circunstancias, por estar relacionadas con servicios públicos esenciales. Las publicaciones contrarias a lo dispuesto aquí harán incurrir a los funcionarios responsables en el delito de desobediencia.”

Por la similitud en la literalidad de ambas normas (la derogada y la vigente), los pronunciamientos jurisprudenciales que emitió este Tribunal, en torno a los alcances del artículo extinto, ofrecen argumentos sustanciales y aplicables al análisis del presente asunto.

En efecto, mediante resolución 3205-E-2006 de las diez horas con cuarenta minutos del seis de octubre del dos mil seis, este Tribunal señaló:

“El impedimento que destaca la norma de interés, a juicio del Tribunal, encuentra sentido en el tanto contribuye a afianzar el principio de neutralidad gubernamental en los procesos electorales y a que éstos se verifiquen en condiciones de equidad (...)

*(...) Perfilando la interpretación del artículo 85 inciso j), a la luz de lo consultado, estima este Colegio Electoral que el sentido primordial o la “ratio legis” de la disposición normativa es evitar que el Gobierno y las instituciones públicas difundan sus logros de tal modo que se evite un favorecimiento a las candidaturas del partido político que se encuentra en el Gobierno o perjudicar a las candidaturas de otras organizaciones político-partidarias que participan de esa contienda electoral. Es evidente, entonces, que al impedirse la difusión de “gestiones propias de su giro”, se trata de evitar que se publicite a través de **espacios pagados** en los medios de comunicación colectiva, la obra de gobierno por sus obvias repercusiones político-electorales.” (el subrayado no pertenece al original)*

Asimismo, mediante sentencia 3005-E8-2009 de las quince horas cincuenta minutos del dos de julio de dos mil nueve, esta Magistratura efectuó algunas reflexiones sobre la citada prohibición y expuso:

“POR TANTO. *Se emite la siguiente declaración interpretativa: la prohibición que tienen el Poder Ejecutivo, la administración descentralizada y las empresas del Estado de pautar publicidad a partir de la convocatoria y hasta el día de las elecciones, prevista en el inciso j) del artículo 85 del Código Electoral, impide la divulgación de publicidad sobre obras y proyectos del gobierno de turno –gestión pasada, presente y futura-. Queda impedida, en ese sentido, la difusión de mensajes que destaquen la capacidad de acción de las instituciones indicadas así como mejoras, innovaciones, virtudes o ventajas cualitativas o cuantitativas en la prestación de los servicios que procuran. Tampoco cabe publicitar la discusión de planes o asuntos de interés nacional que, de manera explícita o implícita, favorezcan una visión de continuidad en la acción gubernamental.”.*

Para el estudio y resolución del presente asunto, los fundamentos expuestos en esas sentencias se complementan con aquellos en los que este Tribunal Electoral ha examinado conceptos como el de “propaganda electoral” en medios alternativos de comunicación, como “internet”. Así en resolución número 0978-E8-2009 de las once horas cuarenta y cinco minutos del diecinueve de febrero de dos mil nueve, esta Magistratura examinó la propaganda política difundida en ese singular medio de comunicación en los procesos internos para elección de candidaturas presidenciales, en los siguientes términos:

“El Diccionario de la Real Academia Española define Internet como “red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras u ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación”. Existen muchos servicios y protocolos en Internet que pueden ser utilizados para fines informativos. Entre estos servicios se encuentran: la Web ([sistema de documentos interconectados por enlaces de hipertexto que involucra comunidades de usuarios y una gama especial de servicios, como las redes sociales, los blogs, los wikis o las folcsonomías, que fomentan la colaboración y el intercambio ágil de información entre los usuarios), el envío de correo electrónico, la transmisión de archivos, las conversaciones en línea, la mensajería instantánea, la transmisión de contenido y comunicación multimedia -video bajo demanda, telefonía o televisión-, los boletines electrónicos, el acceso remoto a otras máquinas o los juegos en línea, entre otros (...)

(...) En términos generales, la propaganda o publicidad política ha sido conceptualizada como el lanzamiento de una serie de mensajes que busca influir en el sistema de valores del ciudadano y en su conducta. (...)

(...) Es necesario, entonces, distinguir entre la utilización de Internet como fuente de información, tal es el caso de la página o sitio web de un partido político o tendencia suya, y el uso de esa herramienta como medio de difusión propagandística de carácter político-electoral, a efecto de determinar frente a cuáles actividades informativas se justifica el control estatal, a través de este organismo electoral (...)

(...) En consecuencia, debe excluirse del ámbito de la propaganda prohibida a los precandidatos presidenciales oficializados la información de carácter

político-electoral que se encuentra a disposición del explorador de Internet, la cual pese a promover una posición política específica requiere, para su acceso, una conducta activa del receptor de la información, de manera que no se encuentra dirigida a una persona en específico sino que se exhibe, a título de información, para que sea consultada voluntariamente por los interesados. Es decir, para acceder a esta información es necesario navegar en Internet, a través de un buscador genérico de temas o mediante el acceso a sitios específicos (v.gr. páginas web partidarias o videos en sitios de Internet), de manera que la difusión de este tipo de información no cumple con el elemento objetivo requerido para ser considerada propaganda político-electoral, sea la irrupción en la esfera personal del tercero con el fin de convencerlo respecto de una posición política (...)

(...) El primer mecanismo de comunicación -la exhibición de información político-electoral en Internet- no puede considerarse actividad propagandística, pues su acceso queda librado al arbitrio del interesado, de suerte que se trata de una actividad meramente informativa enmarcada en el ámbito de la libertad de expresión."

Los precedentes jurisprudenciales transcritos resultan aplicables en la forma que se dirá a la norma contenida en el artículo 142 del Código Electoral vigente, que prohíbe a las instituciones del Poder Ejecutivo, de la administración descentralizada y de las empresas del Estado, a las alcaldías y los concejos municipales, difundir, mediante cualquier medio de comunicación, información publicitaria relativa a la obra pública realizada, a partir del día siguiente de la convocatoria a elecciones nacionales y hasta el propio día de las elecciones. El diseño legislativo de esta disposición crea una "veda publicitaria", temporal y determinada, con el fin de evitar que el Gobierno y las instituciones públicas –ahí establecidas- se publiciten en los medios durante ese período.

La literalidad del texto, debidamente analizado al amparo de los criterios jurisprudenciales expuestos, señala, en primer lugar, que esta disposición no discrimina entre medios de comunicación, así que debe entenderse que tutela las informaciones publicitarias que se efectúan tanto por los mecanismos tradicionales (vgr, televisión, radio o prensa escrita) como por cualquier otro medio de difusión, incluido Internet.

Sin embargo, debe entenderse que no toda la información transmitida mediante Internet puede considerarse “publicitaria”. Es indispensable delimitar ese concepto y el de “información pura y simple”, pues ambas son potencialmente difundibles por ese medio alternativo, pero con consecuencias disímiles. Así, en concordancia con la resolución 3205-E-2006 de las diez horas con cuarenta minutos del seis de octubre del dos mil seis, para ser considerada “información publicitaria”, por su naturaleza, debe producirse cuando media una erogación económica a favor de quien la difunde, es decir, mediante espacios pagados. Solamente se encuentra en esta categoría aquella información en la que el emisor haya pagado de manera onerosa.

Asimismo, aplicando los argumentos vertidos en la sentencia 0978-E8-2009 de las once horas cuarenta y cinco minutos del diecinueve de febrero de dos mil nueve, este Tribunal Electoral considera, además, que para ser descrita como “información publicitaria” y no “información pura y simple”, debe ir dirigida al receptor mediante la imposición de un mensaje no procurado o deseado por él; es decir, sin su consentimiento.

Por ello, en criterio de esta Magistratura, para calificarla como “información publicitaria” se requiere que se efectúe mediante un mecanismo de intromisión deliberada en la esfera personal del receptor, de suerte tal que éste tenga acceso a ese mensaje sin haberlo deseado con antelación. En ese tanto esa manifestación informativa sí es considerada “publicitaria” dado que trasciende la finalidad informativa y se impone unilateralmente con el fin de garantizar que los datos de interés, en ella contenidos, ingresen al ámbito de conocimiento del receptor, principal fin de una pauta de publicidad.

En consecuencia, debe excluirse de esa denominación la información que se encuentra a disposición del explorador de Internet que requiere, para su acceso, una conducta activa del receptor de la información, de manera que no se encuentra dirigida a una persona en específico sino que se exhibe para ser consultada voluntariamente por los interesados. La difusión de este tipo de información no cumple con el elemento requerido para ser considerada información publicitaria, pues su acceso queda librado al arbitrio del solicitante, lo que la torna como una actividad meramente informativa.

III. SOBRE EL CASO CONCRETO. En la especie, el señor Sergio Iván Alfaro Salas, en su condición de diputado, interpuso denuncia contra el señor Oscar Arias Sánchez, Presidente de la República, por transmitir, mediante internet, información publicitaria sobre su gestión. Para sustentar su denuncia, expone que en el sitio web “YouTube”, en la dirección electrónica <http://www.youtube.com/watch?v=rtwvEgz5znw>, se encuentra un video titulado “Informe Presidencial Vivienda” en el cual se hace publicidad de las acciones del gobierno y se muestra al señor Oscar Arias entregando una serie de viviendas a personas beneficiadas.

Sobre el particular, el análisis armónico de la denuncia presentada frente al acervo normativo que rige la materia y los argumentos expuestos en los precedentes jurisprudenciales, permiten arribar a la conclusión de que la gestión presentada es improcedente, por las razones que se expondrán.

En efecto, “YouTube” es descrito como un sitio web o página de internet diseñada para albergar o compartir videos de manera gratuita. Por su naturaleza se nutre de los aportes de las personas. Para su ingreso el interesado no requiere inscribirse y para incorporar información (videos) no se le exige erogación económica. De igual manera, para que el interesado pueda visualizar la información que otros usuarios incluyen, debe buscarla deliberadamente, pues no se le impone mediante “mensajes instantáneos”.

Así las cosas, la información denunciada no tiene la virtud de ser considerada “publicitaria” para efectos de la presente denuncia, pues aún cuando este Tribunal estimara que el mensaje podría estar describiendo “obra pública”, para el acceso a su contenido requiere una búsqueda activa del receptor -pues no aparece de manera espontánea- y su difusión es gratuita, de manera que no cumple con los requerimientos necesarios para ser tutelada por la norma.

Por lo expuesto, este Organismo Electoral considera que no cabe ejercer intervención alguna respecto de la información difundida, pues no existe prohibición expresa que impida la actividad desplegada.

PORTANTO

Se rechaza de plano la denuncia presentada. Notifíquese.-

Luis Antonio Sobrado González

Max Alberto Esquivel Faerron

Mario Seing Jiménez

Zetty Bou Valverde

Ovelio Rodríguez Chaverri

USO DE INTERNET PARA PUBLICIDAD OFICIAL

N.º 5491-E7-2009 .-TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. San José, a las once horas veinte minutos del ocho de diciembre de dos mil nueve.

Denuncia formulada por el señor Sergio Iván Alfaro Salas contra el señor Oscar Arias Sánchez, Presidente de la República, por la presunta infracción del artículo 142 del Código Electoral.

RESULTANDO

1.- Mediante escrito presentado ante la Secretaría de este Tribunal el 6 de noviembre del 2009, el señor Sergio Iván Alfaro Salas, en su condición de diputado de la Asamblea Legislativa, interpuso denuncia contra el señor Oscar Arias Sánchez, Presidente de la República, en los siguientes términos (folio 1): **a)** indica que el 6 de noviembre del 2009, en la red social "Twitter", el usuario denominado "presidenciarc", que es un medio de comunicación de la Casa Presidencial, difundió un mensaje que indicaba literalmente "En pocos minutos desde San Ramón y en vivo, actividad de entrega de 138 viviendas <http://bit.ly/wcP72>", **b)** señala que el enlace proporcionado, llevaba a la dirección electrónica <http://www.ustream.tv/channel/presidencia-tv> que transmitía, en tiempo real, una actividad del Presidente de la República en la que hacía entrega de viviendas de interés social. Considera que las acciones indicadas vulneran las disposiciones presentes en el artículo 142 del Código Electoral, que prohíbe al Gobierno dar a conocer las acciones de su gestión durante el tiempo de campaña política. Con fundamento en lo alegado, el denunciante solicita a esta Magistratura que ordene la suspensión de este tipo de comunicaciones.

2.- En el procedimiento se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Esquivel Faerron**; y,

CONSIDERANDO

I.- Sobre el objeto de la denuncia: El señor Sergio Iván Alfaro Salas, en su condición de diputado, interpuso denuncia contra el señor Oscar

Arias Sánchez, Presidente de la República, por transmitir, mediante internet, información publicitaria sobre su gestión. Considera que las acciones indicadas vulneran las disposiciones presentes en el artículo 142 del Código Electoral.

II. Sobre los alcances de la prohibición contenida en el artículo 142 del Código Electoral y la difusión de información publicitaria mediante “internet”. A fin de aportar claridad al análisis, es indispensable precisar que el citado artículo 142 del Código Electoral vigente dispone de manera literal:

“ARTÍCULO 142.- Información de la gestión gubernamental.

Prohíbese a las instituciones del Poder Ejecutivo, de la administración descentralizada y de las empresas del Estado, a las alcaldías y los concejos municipales, difundir, mediante cualquier medio de comunicación, información publicitaria relativa a la obra pública realizada, a partir del día siguiente de la convocatoria a elecciones nacionales y hasta el propio día de las elecciones. Quedan a salvo de esta prohibición, las informaciones de carácter técnico o científico que resulten indispensables e impostergables, por referirse a aspectos relacionados con la prestación de servicios públicos esenciales o por emergencias nacionales. Las publicaciones contrarias a lo dispuesto en esta Ley harán incurrir a los funcionarios responsables en el delito de desobediencia y beligerancia política, previa resolución del TSE.” (el subrayado no pertenece al original).

El antecedente normativo de esa disposición estaba integrado en el inciso j) del artículo 85 del Código Electoral derogado y señalaba, de manera similar:

“Artículo 85 (...)j) A partir del día siguiente a la convocatoria y hasta el propio día de las elecciones, el Poder Ejecutivo, la administración descentralizada y las empresas del Estado, no podrán publicar difusiones relativas a la gestión propia de su giro, salvo las de carácter eminentemente técnico que resulten indispensables y contengan información impostergable en razón de las circunstancias, por estar relacionadas con servicios públicos esenciales. Las publicaciones contrarias a lo dispuesto aquí harán incurrir a

los funcionarios responsables en el delito de desobediencia.”

Por la similitud en la literalidad de ambas normas (la derogada y la vigente), los pronunciamientos jurisprudenciales que emitió este Tribunal, en torno a los alcances del artículo extinto, ofrecen argumentos sustanciales y aplicables al análisis del presente asunto.

En efecto, mediante resolución 3205-E-2006 de las diez horas con cuarenta minutos del seis de octubre del dos mil seis, este Tribunal señaló:

“El impedimento que destaca la norma de interés, a juicio del Tribunal, encuentra sentido en el tanto contribuye a afianzar el principio de neutralidad gubernamental en los procesos electorales y a que éstos se verifiquen en condiciones de equidad (...)

*(...) Perfilando la interpretación del artículo 85 inciso j), a la luz de lo consultado, estima este Colegio Electoral que el sentido primordial o la “ratio legis” de la disposición normativa es evitar que el Gobierno y las instituciones públicas difundan sus logros de tal modo que se evite un favorecimiento a las candidaturas del partido político que se encuentra en el Gobierno o perjudicar a las candidaturas de otras organizaciones político-partidarias que participan de esa contienda electoral. Es evidente, entonces, que al impedirse la difusión de “gestiones propias de su giro”, se trata de evitar que se publicite a través de **espacios pagados** en los medios de comunicación colectiva, la obra de gobierno por sus obvias repercusiones político-electorales.”* (el subrayado no pertenece al original)

Asimismo, mediante sentencia 3005-E8-2009 de las quince horas cincuenta minutos del dos de julio de dos mil nueve, esta Magistratura efectuó algunas reflexiones sobre la citada prohibición y expuso:

“ **POR TANTO.** Se emite la siguiente declaración interpretativa: la prohibición que tienen el Poder Ejecutivo, la administración descentralizada y las empresas del Estado de pautar publicidad a partir de la convocatoria y hasta el día de las elecciones, prevista en el inciso j) del artículo 85 del Código Electoral, impide la divulgación de publicidad sobre obras y proyectos del gobierno de turno –gestión pasada, presente

y futura-. Queda impedida, en ese sentido, la difusión de mensajes que destaquen la capacidad de acción de las instituciones indicadas así como mejoras, innovaciones, virtudes o ventajas cualitativas o cuantitativas en la prestación de los servicios que procuran. Tampoco cabe publicitar la discusión de planes o asuntos de interés nacional que, de manera explícita o implícita, favorezcan una visión de continuidad en la acción gubernamental.”.

Para el estudio y resolución del presente asunto, los fundamentos expuestos en esas sentencias se complementan con aquellos en los que este Tribunal Electoral ha examinado conceptos como el de “propaganda electoral” en medios alternativos de comunicación, como “internet”. Así en resolución número 0978-E8-2009 de las once horas cuarenta y cinco minutos del diecinueve de febrero de dos mil nueve, esta Magistratura examinó la propaganda política difundida en ese singular medio de comunicación en los procesos internos para elección de candidaturas presidenciales, en los siguientes términos:

“El Diccionario de la Real Academia Española define Internet como “red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras u ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación”. Existen muchos servicios y protocolos en Internet que pueden ser utilizados para fines informativos. Entre estos servicios se encuentran: la Web ([sistema de documentos interconectados por enlaces de hipertexto que involucra comunidades de usuarios y una gama especial de servicios, como las redes sociales, los blogs, los wikis o las folcsonomías, que fomentan la colaboración y el intercambio ágil de información entre los usuarios), el envío de correo electrónico, la transmisión de archivos, las conversaciones en línea, la mensajería instantánea, la transmisión de contenido y comunicación multimedia -video bajo demanda, telefonía o televisión-, los boletines electrónicos, el acceso remoto a otras máquinas o los juegos en línea, entre otros (...)

(...) En términos generales, la propaganda o publicidad política ha sido conceptualizada como el lanzamiento de una serie de mensajes que busca influir en el sistema de valores del ciudadano y en su conducta. (...)

(...) Es necesario, entonces, distinguir entre la utilización de Internet

como fuente de información, tal es el caso de la página o sitio web de un partido político o tendencia suya, y el uso de esa herramienta como medio de difusión propagandística de carácter político-electoral, a efecto de determinar frente a cuáles actividades informativas se justifica el control estatal, a través de este organismo electoral (...)

(...) En consecuencia, debe excluirse del ámbito de la propaganda prohibida a los precandidatos presidenciales oficializados la información de carácter político-electoral que se encuentra a disposición del explorador de Internet, la cual pese a promover una posición política específica requiere, para su acceso, una conducta activa del receptor de la información, de manera que no se encuentra dirigida a una persona en específico sino que se exhibe, a título de información, para que sea consultada voluntariamente por los interesados. Es decir, para acceder a esta información es necesario navegar en Internet, a través de un buscador genérico de temas o mediante el acceso a sitios específicos (v.gr. páginas web partidarias o videos en sitios de Internet), de manera que la difusión de este tipo de información no cumple con el elemento objetivo requerido para ser considerada propaganda político-electoral, sea la irrupción en la esfera personal del tercero con el fin de convencerlo respecto de una posición política (...)

(...) El primer mecanismo de comunicación -la exhibición de información político-electoral en Internet- no puede considerarse actividad propagandística, pues su acceso queda librado al arbitrio del interesado, de suerte que se trata de una actividad meramente informativa enmarcada en el ámbito de la libertad de expresión."

Los precedentes jurisprudenciales transcritos resultan aplicables en la forma que se dirá a la norma contenida en el artículo 142 del Código Electoral vigente que prohíbe a las instituciones del Poder Ejecutivo, de la administración descentralizada y de las empresas del Estado, a las alcaldías y los concejos municipales, difundir, mediante cualquier medio de comunicación, información publicitaria relativa a la obra pública realizada, a partir del día siguiente de la convocatoria a elecciones nacionales y hasta el propio día de las elecciones. El diseño legislativo de esta disposición crea una "veda publicitaria", temporal y determinada, con el fin de evitar que el Gobierno y las instituciones públicas –ahí establecidas- se publiciten en los medios durante ese período.

La literalidad del texto, debidamente analizado al amparo de los criterios jurisprudenciales expuestos, señala, en primer lugar, que esta disposición no discrimina entre medios de comunicación así que debe entenderse que tutela las informaciones publicitarias que se efectúen tanto por los mecanismos usuales (vgr, televisión, radio o prensa escrita) como por cualquier otro medio de difusión, incluido Internet.

Sin embargo, debe entenderse que no toda la información difundida en Internet puede considerarse “publicitaria”. Es indispensable delimitar ese concepto y el de “información pura y simple”, pues ambas son potencialmente difundibles por ese medio alternativo, pero con consecuencias disímiles. Así, en concordancia con la resolución 3205-E-2006 de las diez horas con cuarenta minutos del seis de octubre del dos mil seis, para ser considerada “información publicitaria”, por su naturaleza, debe producirse cuando media una erogación económica a favor de quien la difunde, es decir, mediante espacios pagados. Solamente se encuentra en esta categoría aquella información en la que el emisor haya pagado de manera onerosa.

Asimismo, aplicando los argumentos vertidos en la sentencia 0978-E8-2009 de las once horas cuarenta y cinco minutos del diecinueve de febrero de dos mil nueve, este Tribunal Electoral considera, además, que para ser descrita como “información publicitaria” y no “información pura y simple”, debe ir dirigida al receptor mediante la imposición de un mensaje no procurado o deseado por él; es decir, sin su consentimiento.

Por ello, en criterio de esta Magistratura, para calificarla como “información publicitaria” se requiere que se efectúe mediante un mecanismo de intromisión deliberada en la esfera personal del receptor, de suerte tal que éste tenga acceso a ese mensaje sin haberlo deseado con antelación. En ese tanto esa manifestación informativa sí es considerada “publicitaria” dado que trasciende la finalidad informativa y se impone unilateralmente con el fin de garantizar que los datos de interés, en ella contenidos, ingresen al ámbito de conocimiento del receptor, principal fin de una pauta de publicidad.

En consecuencia, debe excluirse de esa denominación la información que se encuentra a disposición del explorador de Internet que requiere,

para su acceso, una conducta activa del receptor de la información, de manera que no se encuentra dirigida a una persona en específico sino que se exhibe para ser consultada voluntariamente por los interesados. La difusión de este tipo de información no cumple con el elemento requerido para ser considerada información publicitaria, pues su acceso queda librado al arbitrio del solicitante, lo que la torna como una actividad meramente informativa.

III. SOBRE EL CASO CONCRETO. En la especie, el señor Sergio Iván Alfaro Salas, en su condición de diputado, interpuso denuncia contra el señor Oscar Arias Sánchez, Presidente de la República, por transmitir, mediante internet, información publicitaria sobre su gestión. Para sustentar su denuncia, expone que el 6 de noviembre del 2009, en la red social "Twitter", el usuario denominado "presidenciarc", que es un medio de comunicación de la Casa Presidencial, difundió un mensaje que indicaba literalmente "En pocos minutos desde San Ramón y en vivo, actividad de entrega de 138 viviendas <http://bit.ly/wcP72>". Señala que el enlace proporcionado, llevaba a la dirección electrónica <http://www.ustream.tv/channel/presidencia-tv> que transmitía, en tiempo real, una actividad del Presidente de la República en la que hacía entrega de viviendas de interés social.

Sobre el particular, el análisis armónico de la denuncia presentada frente al acervo normativo que rige la materia y los argumentos expuestos en los precedentes jurisprudenciales permiten arribar a la conclusión de que la denuncia presentada es improcedente, por las razones que se expondrán.

En efecto, "Twitter" es descrita como una red social de acceso gratuito que se diseña y nutre de los aportes de las personas. Para su ingreso el interesado requiere inscribirse gratuitamente y crear una cuenta de "usuario", que, sin erogación alguna, le permite incluir información o acceder a aquella que otros han integrado.

Por lo expuesto, cada usuario (denominación que incluye a "presidenciarc") puede incorporar información o describir la "dirección electrónica" dónde encontrarla (sin que medie pauta publicitaria onerosa). De igual manera, para que el interesado pueda

utilizar o visualizar la información que otros usuarios incluyen, debe buscarla deliberadamente, pues no se le impone mediante “mensajes instantáneos”.

Así las cosas, la información denunciada no tiene la virtud de ser considerada “publicitaria” para efectos de la presente denuncia, pues aún cuando este Tribunal estimara que el mensaje podría estar describiendo “obra pública”, para el acceso a su contenido, requiere una búsqueda activa del receptor -pues no aparece de manera espontánea- y su difusión es gratuita, de manera que no cumple con los requerimientos necesarios para ser tutelada por la norma.

Por lo expuesto, este Organismo Electoral considera que no le compete ejercer intervención alguna respecto del contenido de la información difundida, pues no existe prohibición expresa que impida la actividad desplegada.

PORTANTO

Se rechaza de plano la denuncia presentada. Notifíquese.-

Luis Antonio Sobrado González

Max Alberto Esquivel Faerron

Mario Seing Jiménez

Zetty Bou Valverde

Ovelio Rodríguez Chaverri

INFORMACIÓN GUBERNAMENTAL EN INTERNET Y OTROS MEDIOS.

N.º 4524-E8-2017.-TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. San José, a las diez horas veinte minutos del veinte de julio de dos mil diecisiete.

Opinión consultiva formulada por la señora Sylvie Durán Salvatierra, Ministra de Cultura y Juventud, sobre la aplicación del artículo 142 del Código Electoral a varios proyectos del Viceministerio de Juventud, programados entre los meses de octubre de 2017 y febrero de 2018.

RESULTANDO

1.- En escrito presentado el 12 de mayo de 2017 en la Secretaría de este Tribunal, la señora Sylvie Durán Salvatierra, Ministra de Cultura y Juventud, solicita opinión consultiva atinente a varios proyectos del Viceministerio de Juventud a realizarse entre los meses de octubre de 2017 y febrero de 2018, en virtud de la veda publicitaria determinada por el artículo 142 del Código Electoral (folios 1-2).

2.- En el procedimiento no se notan defectos que causen nulidad o indefensión.

Redacta la **Magistrada Zamora Chavarría**; y,

CONSIDERANDO

I.- Admisibilidad de la opinión consultiva: El artículo 12.d) del Código Electoral habilita al Tribunal Supremo de Elecciones a emitir opiniones consultivas a pedido de los jefes de los entes públicos que tengan un interés legítimo en la materia electoral.

En este caso, la gestión consultiva es admisible porque la formula la Ministra de Educación y Cultura, quien es la funcionaria de mayor jerarquía de la Institución. Además, la temática consultada es atendible dado que trata sobre los alcances de la veda publicitaria establecida en el artículo 142 del Código Electoral, que rige desde el día siguiente a la convocatoria a elecciones y hasta el propio día de las votaciones, la cual

se impone al Poder Ejecutivo, a la administración descentralizada y a las empresas estatales.

II.- Objeto de la gestión: La señora Ministra de Cultura y Juventud solicita opinión consultiva a la luz de lo que dispone el numeral 142 del Código Electoral respecto de tres proyectos a cargo del Viceministerio de Juventud, planificados para ser llevados a cabo entre los meses de octubre de 2017 y febrero de 2018.

Los citados proyectos son, en específico: la nueva Ley de Juventudes, el Encuentro Nacional de Juventudes y la Tarjeta Joven Iberoamericana. Además, para cada uno de estos proyectos realiza varias preguntas, las cuales se atenderán en el orden en que fueron formuladas.

III.- Alcances de la prohibición del numeral 142 del Código Electoral: De previo a emitir el criterio pertinente conviene transcribir el numeral 142 del Código Electoral, que señala:

“(...) Información de la gestión gubernamental Prohíbese a las instituciones del Poder Ejecutivo, de la administración descentralizada y de las empresas del Estado, a las alcaldías y los concejos municipales, difundir, mediante cualquier medio de comunicación, información publicitaria relativa a la obra pública realizada, a partir del día siguiente de la convocatoria a elecciones nacionales y hasta el propio día de las elecciones. Quedan a salvo de esta prohibición, las informaciones de carácter técnico o científico que resulten indispensables e impostergables, por referirse a aspectos relacionados con la prestación de servicios públicos esenciales o por emergencias nacionales. Las publicaciones contrarias a lo dispuesto en esta Ley harán incurrir a los funcionarios responsables en el delito de desobediencia y beligerancia política, previa resolución del TSE.” (el destacado es suplido).

Como lo señaló este Tribunal, entre otras en la resolución n.º 4462-E8-2013 de las 15:46 horas del 04 de octubre de 2013, la norma legal supra, (cuyo antecedente normativo es el inciso j) del artículo 85 del Código Electoral derogado), crea una veda publicitaria, temporal y determinada, con el fin de evitar que la difusión de méritos gubernamentales durante la campaña electoral derive en una ventaja para la opción partidaria en

el Gobierno, en detrimento de la equidad, que debe ser consustancial a los procesos electorarios.

Lo legalmente prohibido –durante el proceso electoral– es que las instituciones del Poder Ejecutivo, la administración descentralizada y las empresas del Estado, las alcaldías y los concejos municipales, **difundan pauta pagada** en medios de comunicación que exalte la obra pública realizada. De modo que esa veda impide la **difusión** de información publicitaria que resalte el quehacer institucional y que involucre una inversión de recursos públicos de esas instituciones en pauta, en orden a mantener incólume el principio de imparcialidad o neutralidad de las autoridades gubernativas en los procesos electorales (ver en ese sentido resoluciones n.º 0063-E7-2010 de las 08:30 horas del 7 de enero de 2010 y n.º 6429-E7-2010 las de las 08:30 horas del 19 de octubre de 2010).

Específicamente, por sentencia n.º 3005-E8-2009 de las 15:50 horas del 2 de julio de 2009, el Tribunal reflexionó sobre la prohibición y externó: **a)** que la proscripción legal de pauta publicitaria impide la divulgación de publicidad sobre obras y proyectos del gobierno de turno (gestión pasada, presente y futura); **b)** que resulta impropia la difusión de mensajes que enfatizen la capacidad de acción de las instituciones indicadas así como mejoras, innovaciones, virtudes o ventajas cualitativas o cuantitativas en la prestación de los servicios que procuran; **c)** que tampoco es admisible publicitar la discusión de planes o asuntos de interés nacional que, de manera explícita o implícita, favorezcan una visión de continuidad en la acción gubernamental; **d)** que, en atención a los principios de continuidad y eficiencia que orientan la prestación del servicio público, no están incluidas en la citada prohibición las campañas de prevención ni aquellos mensajes que resulten necesarios para garantizar el cumplimiento de los citados principios; **e)** que tampoco está prohibida, por su naturaleza, la publicidad vinculada a la oferta y servicios educativos de las universidades estatales, del Instituto Nacional de Aprendizaje, del Ministerio de Educación Pública y aquella inherente a los bancos estatales; **f)** que las instituciones que tienen entre sus funciones la promoción de la participación de la población en los procesos electorales, en particular de grupos discriminados o en condición de vulnerabilidad, están habilitadas para apoyar con pauta publicitaria programas que promuevan la deliberación informada

de la población en los medios de comunicación. En esa resolución el Tribunal reiteró que, en todos los casos de excepción, la publicidad no debe acompañarse de mensajes que exalten atributos o logros de la institución ni figure la imagen de su jerarquía o que destaquen méritos de la gestión de gobierno.

La jurisprudencia electoral ha sostenido, además, que la información publicitaria, por su naturaleza, solo se produce cuando media una erogación económica a favor de quien la difunde, es decir, mediante espacios pagados o pauta onerosa. También que, para calificarse como “información publicitaria”, se requiere que se efectúe mediante un mecanismo de intromisión deliberada en la esfera personal del receptor, de suerte que este tenga acceso al mensaje sin haberlo deseado con antelación, sea que se imponga unilateralmente con el fin de garantizar que los datos de interés ingresen en el ámbito de conocimiento del receptor.

IV.- Examen de fondo: La señora Durán Salvatierra formula las siguientes preguntas en torno a tres ejes temáticos.

1.- Sobre la nueva ley de juventudes pregunta:

“1.1 ¿Es posible realizar convocatorias abiertas y públicas para el análisis, discusión y consulta de una propuesta de proyecto de ley, entre los meses de octubre 2017 y febrero de 2018?”.

A juicio de esta Magistratura Electoral, para este caso en particular, las convocatorias que se pretendan realizar para el análisis, discusión y consulta de propuesta de la nueva ley de juventudes durante los meses de octubre de 2017 y febrero de 2018, son actividades que, por su propia naturaleza, escapan al fin primordial de la proscripción normativa, sea la difusión de publicidad pagada sobre el quehacer gubernamental destacando los méritos del Gobierno.

Nótese, precisamente, que son actividades que se realizan en el marco de intercambios de opiniones, exámenes y criterios técnicos sobre el tema, enfocados a concretar la mayor participación posible y perfilar una propuesta sobre juventud, vista como un fin institucional

propuesto y no, necesariamente, como una gestión que fortalece la acción ministerial o gubernativa.

Ya este Tribunal, en los distintos pronunciamientos emitidos a propósito del artículo 142 del Código Electoral, ha indicado, de igual forma, que la prohibición prevista en esa norma **no** tiene como fin silenciar al sector público ni minar su quehacer político-institucional. Por ello, se ha establecido que la prohibición no es absoluta al punto de extenderse a todas sus publicaciones, sino que contempla tan solo aquellas que pretenden promocionar la “obra pública realizada” y en las cuales haya pauta de por medio, lo cual excluye, por ejemplo, actividades privadas o especiales, entrevistas puntuales o artículos de opinión de sus jerarcas y la promoción de actividades estrictamente mercantiles dentro de un mercado de competencia, entre otras (resolución n.º 4407-E8-2013 de las 11:40 horas del 1º de octubre de 2013).

Según lo expuesto, **sí** es posible realizar convocatorias abiertas y públicas para el análisis, discusión y consulta de una propuesta de proyecto de ley, entre los meses de octubre 2017 y febrero de 2018.

“1.2 De ser posible ¿Cuáles podrían ser las limitaciones de estas comunicaciones en cuanto a difusión de información del inicio del proceso, la convocatoria y difusión de los resultados? ¿Cuáles deberían ser los canales y la forma de convocatoria a los espacios para respetar la veda? Se podrían utilizar Redes Sociales sin pago de publicidad? ¿Se podría utilizar el programa de radio del Viceministerio de Juventud en la frecuencia de Radio Nacional/SINART?”

Precisamente, las limitaciones de las comunicaciones sobre la difusión del inicio del proceso y la convocatoria están contenidas en el considerando tercero que antecede; en otras palabras, **está prohibida la difusión de información publicitaria onerosa** que, de alguna forma, valore o exalte el inicio del proceso y su convocatoria como un atributo o logro del Ministerio, que contenga la imagen de su jerarquía o destaque méritos gubernamentales. Atendiendo a esa razón, específicamente, queda **proscrita** la difusión de los resultados del proceso dado que, consustancialmente, conlleva destacar la labor, los logros o méritos alrededor de ese proceso y su convocatoria.

Teniendo en cuenta la indisolubilidad de los dos componentes esenciales de la veda publicitaria (difusión de informaciones onerosas y visibilización de virtudes gubernamentales), a partir de los antecedentes jurisprudenciales expuestos importa decir que la norma prohibitiva no discrimina entre medios de comunicación (televisión, radio o prensa escrita) con lo cual puede acudir a cualquiera para informar lo pertinente (ver, en ese sentido, resolución n.º 5490-E7-2009 de las 11:10 horas del 08 de diciembre de 2009).

En cuanto al uso del Internet este Tribunal ha subrayado varias cuestiones: **a)** que no toda información transmitida por internet puede considerarse publicitaria sino solo aquella que, por su naturaleza, se produce cuando media una erogación económica a favor de quien la difunde, es decir, mediante espacios pagados o pauta onerosa; **b)** que para calificarse como “información publicitaria” se requiere, además, que se efectúe mediante un mecanismo de intromisión deliberada en la esfera personal del receptor, de suerte que este tenga acceso al mensaje sin haberlo deseado con antelación, sea que se imponga unilateralmente con el fin de garantizar que los datos de interés ingresen en el ámbito de conocimiento del receptor; **c)** que debe excluirse de esa denominación la información que se encuentra a disposición del explorador de Internet que requiere, para su acceso, una conducta activa del receptor de la información, de manera que no se encuentra dirigida a una persona en específico sino que se exhibe para ser consultada voluntariamente por los interesados. Concretamente, en la resolución citada n.º 590-E7-2009 especificó:

“En consecuencia, debe excluirse de esa denominación la información que se encuentra a disposición del explorador de Internet que requiere, para su acceso, una conducta activa del receptor de la información, de manera que no se encuentra dirigida a una persona en específico sino que se exhibe para ser consultada voluntariamente por los interesados. La difusión de este tipo de información no cumple con el elemento requerido para ser considerada información publicitaria, pues su acceso queda librado al arbitrio del solicitante, lo que la torna como una actividad meramente informativa.”

El uso de redes sociales sin pago de publicidad no constituye información publicitaria porque el emisor, en este caso el Ministerio de Cultura y

Juventud, no incurriría en pauta onerosa, con lo cual se tendría como información pura y simple.

En cuanto a la utilización del programa de radio del Viceministerio de Juventud en la frecuencia de Radio Nacional/SINART cobra vigencia, en lo pertinente, lo dicho en la resolución n.º 4904-E8-2013 de las 15:10 horas del 08 de noviembre de 2013, de seguida letra:

“c) Sobre la utilización de los espacios gratuitos que tiene asignados en medios de comunicación el Ministerio de Cultura y Juventud: *Los espacios semanales que deben brindar gratuitamente las radioemisoras y televisoras al Ministerio de Cultura y Juventud tienen como propósito, según lo dispuesto en los artículos 11 de la Ley de Radio y 9 de la Ley de Creación del Museo de Arte Costarricense, la “divulgación científica y cultural” en esos medios. En virtud de que la propia ley definió el destino que se daría a esos espacios en medios de comunicación, no es posible que, aún gratuitamente, ese tiempo sea utilizado para difundir el desempeño institucional o los logros de la Institución durante el periodo de veda.*

La imposibilidad de divulgar la acción gubernamental durante la veda publicitaria rige aún para este tipo de espacios gratuitos, dado que, aparte de tener un fin establecido por la ley, el mensaje divulgado, aunque no tenga costo alguno en su difusión para el Ministerio de Cultura y Juventud, sí conllevaría gastos específicos en su elaboración, con lo cual se estarían utilizando recursos públicos para publicitar informaciones gubernamentales.”

Retomando, aún y cuando se trate del programa de radio del Viceministerio de Juventud en la frecuencia de Radio Nacional/SINART, asignado gratuitamente, las autoridades ministeriales de Cultura y Juventud tienen total impedimento de resaltar el proyecto de ley de juventudes como una obra pública o quehacer gubernamental durante el período de la veda.

“1.3 ¿Es posible realizar la presentación de un proyecto de ley en la Asamblea Legislativa, durante los meses de octubre 2017 y febrero 2018? ¿Cuáles podrían ser las limitaciones de ser posible la realización del acto, en cuanto a difusión del proceso de presentación, la convocatoria para la

presentación oficial del proyecto?”

La presentación de ese proyecto de ley, como tal, no presenta ningún problema frente a la proscripción regulada en el numeral 142 del Código Electoral. Sin embargo, como habrá de insistirse, lo que atañe a la difusión y convocatoria para la presentación oficial del proyecto, queda regulada dentro de las consideraciones expuestas ut supra, sin que pueda difundirse información publicitaria (a título oneroso) que exalte los atributos o logros del Ministerio o del Gobierno, ni destacar sus méritos o contenga la imagen de su jerarquía.

2.- Encuentro Nacional de Juventudes:

“2.1 ¿Es posible realizar el Encuentro Nacional de Mujeres Jóvenes, durante el mes de noviembre, en el marco del día de la No Violencia contra las Mujeres, el cual es un proyecto del Plan Nacional de Desarrollo 2015-2018, que consta de mesas de trabajo, foros y charlas durante dos días?”

El denominado “Encuentro Nacional de Mujeres Jóvenes”, al consistir en una actividad que involucra la realización de mesas de trabajo, foros y charlas durante dos días, no constituye, técnica y materialmente, publicidad prohibida en los términos que detalla el artículo 142 del Código Electoral dada su naturaleza de reunión con actividades presenciales.

“2.2 ¿Cuáles podrían ser las limitaciones de ser posible la realización del evento, en cuanto a visibilización del proceso, la convocatoria y difusión de los resultados del evento? ¿Podríamos seleccionar a las participantes antes de octubre y hacer el evento en noviembre? ¿Se podrían utilizar Redes Sociales sin pago de publicidad?”

Las limitaciones en cuanto a la visibilización, convocatoria y difusión de los resultados del proceso se responde en la línea que se viene abordando, sea en el marco insoslayable de las prohibiciones que detalla la veda publicitaria (difusión de informaciones pagadas que resalten la obra pública gubernamental). Específicamente, en el marco de la respuesta n.º 1.2 de esta gestión, lo que incluye, también, lo concerniente a las redes sociales y a la prohibición de difundir los

resultados del proceso, por las razones ahí indicadas.

3.- Tarjeta Joven:

“3.1 ¿Es posible realizar puesta a disposición en Internet (y las tiendas de aplicaciones Android y IOS) del proyecto Tarjeta Joven Iberoamericana que es una aplicación para teléfonos celulares, que permite conectar servicios públicos y privados para personas entre los 12 y 35 años?”

La sola implementación de la Tarjeta Joven Iberoamericana vía internet, por la propia naturaleza de esa herramienta, como se indicó ut supra, no constituye información publicitaria vedada por el artículo 142 del Código Electoral.

“3.2 ¿Es posible hacer el lanzamiento de la aplicación con grupos de juventudes en un espacio público, y sin que intermedie contratación de servicios para el evento, o pago de publicidad en algún medio?”

El lanzamiento de la aplicación, en los términos en que está planteada la interrogante, **no** es prohibido. Sin embargo, las autoridades ministeriales deben abstenerse de darle un tratamiento publicitario a la tarjeta joven como un compromiso de campaña, destacarla como un logro específico, posicionarla como parte de su plan de Gobierno y demás acciones que, de alguna forma, comprometan la equidad en la contienda electoral.

VII.- Conclusión: Esta Magistratura Electoral se permite recordar a las autoridades del Ministerio y Viceministerio de Cultura y Juventud que los proyectos que pretende implementar el Viceministerio, no deben ser publicitados con propaganda onerosa. Las convocatorias a eventos específicos no pueden ir acompañadas de mensajes que exalten los atributos o logros de la institución, ni figuren la imagen de su jerarquía o destaquen méritos gubernamentales.

POR TANTO

Se evacua la consulta en los siguientes términos: **1)** Sí es posible realizar convocatorias abiertas y públicas para el análisis, discusión y consulta

de una propuesta del proyecto de ley sobre juventudes, entre los meses de octubre 2017 y febrero de 2018. **2)** Sobre la información del inicio del proceso y la convocatoria queda prohibida toda publicidad onerosa que, de alguna forma, la valorice o exalte como un atributo o logro del Ministerio, que contenga la imagen de su jerarquía o destaque méritos gubernamentales; asimismo, queda prohibida la difusión de los resultados del proceso. **3)** A partir de la indisolubilidad de los dos componentes esenciales de la veda publicitaria (difusión de informaciones onerosas y visibilización de virtudes gubernamentales), puede acudir a cualquier medio de comunicación (televisión, radio o prensa escrita) para realizar las comunicaciones pertinentes. **4)** La utilización de redes sociales sin pago de publicidad para informar sobre el proyecto de ley no constituye información publicitaria, al no existir pauta onerosa, teniéndose como información pura y simple. **5)** La utilización del programa de radio del Viceministerio de Juventud en la frecuencia de Radio Nacional/SINART, aún tratándose de un espacio gratuito, compele a las autoridades ministeriales de Cultura y Juventud a abstenerse de resaltar la obra pública o el quehacer gubernamental durante el período de la veda. **6)** La presentación de ese proyecto de ley, como tal, no conlleva ningún problema frente a la proscripción regulada en el numeral 142 del Código Electoral. Sin embargo, como habrá de insistirse, lo que atañe a la difusión y convocatoria para la presentación oficial del proyecto, queda regulada dentro de las consideraciones expuestas ut supra, sin que pueda difundirse información publicitaria (a título oneroso) que exalte los atributos o logros del Ministerio o del Gobierno, ni destacar sus méritos o contenga la imagen de su jerarquía. **7)** El “Encuentro Nacional de Mujeres Jóvenes” no constituye, técnica ni materialmente, publicidad prohibida en los términos que detalla el artículo 142 del Código Electoral, dada su naturaleza de reunión con actividades presenciales. **8)** Para lo concerniente a la visibilización, convocatoria y difusión de los resultados del “Encuentro Nacional de Mujeres Jóvenes” aplica por igual lo dicho en cuanto al nuevo proyecto de ley sobre juventudes, sea en el marco insoslayable de las prohibiciones que detalla la veda publicitaria (difusión de informaciones pagadas que resalten la obra pública gubernamental). Específicamente, en el marco de la respuesta n.º 1.2 de esta gestión, lo que incluye, también, lo concerniente a las redes sociales y a la prohibición de difundir los resultados del proceso, por las razones ahí

indicadas. **9)** La sola implementación de la Tarjeta Joven Iberoamericana vía internet, por la propia naturaleza de esa herramienta, no constituye información publicitaria vedada por el artículo 142 del Código Electoral. **10)** El lanzamiento de la Tarjeta Joven Iberoamericana con grupos de juventudes en un espacio público y sin que intermedie el pago de publicidad en algún medio, no es prohibida. Notifíquese.

Luis Antonio Sobrado González

Eugenia María Zamora Chavarría

Max Alberto Esquivel Faerron

Zetty María Bou Valverde

Luis Diego Brenes Villalobos