

Panamá, 25 de enero de 2000.

Su Excelencia

Winston Spadafora F.

Ministro de Gobierno y Justicia

E. S. D.

Señor Ministro

Con sumo interés he acusado recibo de su comunicación del pasado catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), recibida en esta Procuraduría el día tres (3) de enero de dos mil, en donde usted me solicita le brinde asesoría jurídica en torno a su competencia legal de certificar y sellar las liquidaciones de aduana de importación de equipos de radio y telecomunicación.

Su Consulta plantea una situación de Derecho clara y la opinión jurídica acompañada en ella, es atinada y pertinente, amén de llevar una semilla de respuesta, a una situación de suyo importante.

Asunto consultado.

La consulta elevada es:

¿Debe el Ministerio de Gobierno y Justicia sellar las liquidaciones de aduana relacionadas con la introducción a Panamá de equipos de radiodifusión?

Como se ve, la Consulta se vincula a una cuestión de competencias. Esto es sumamente importante porque saber quién regula o quien aplica la regulación, constituye una temática sobre la cual confluyen intereses, de lo más variados, estando en juego de manera muy concreta, la existencia de una comunicación masiva verdaderamente independiente y plural.

Análisis de las cuestiones consultadas.

Me parece que la cuestión por estudiar se origina cuando el legislador en 1997 deja de regular la atribución que tuvo el Ministerio de Gobierno y Justicia (en lo sucesivo el Ministerio), de sellar las liquidaciones de aduana, relacionadas con la introducción a Panamá de equipos electrónicos de comunicación.

Efectivamente, desde la vigencia del Decreto Ejecutivo número ochenta y siete A (87-A) de tres (3) de Abril de mil novecientos noventa y uno (1991) [Decreto Ejecutivo 87-A de 1991], publicado en la Gaceta Oficial número veintiún mil setecientos ochenta y ocho (21.788) de diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), por el cual se regulaba el otorgamiento de permiso para la explotación de frecuencias de radiocomunicación; el Ministerio de Gobierno y Justicia tuvo la competencia de certificar o hacer constar en forma auténtica (vía el gravar su sello oficial), que determinados equipos relacionados a la actividad de radiodifusión, se podrían importar al país. Esta atribución se desprendía del artículo diecisiete (17) del Decreto Ejecutivo 87-A de 1991, veamos:

“ARTICULO 17.- Para retirar las unidades de radiocomunicaciones del servicio fijo, móvil y portátil del recinto de aduana, los interesados deberán presentar la liquidación de aduanas debidamente sellada por el Ministerio de Gobierno y Justicia”.

Esta disposición hacia parte de un dispositivo de control y fiscalización de la actividad de radicomunicación, que se complementaba con obligación a cargo de los radiocomunicadores de identificar sus equipos, para lo cual se requería de un permiso expedido por el Ministerio¹. Es más de no cumplirse esta obligación, el artículo trece (13) del Decreto Ejecutivo 87-A de 1991, permitía el decomiso de los equipos.

Como se deja ver, la regulación era realmente policiva (en el sentido del control directamente vinculado a la seguridad de las comunicaciones, como servicio público), en el sentido de obligar al Ente Activo de la Administración: el Ministerio, a estar presente en la actividad, desde la introducción misma de los equipos al territorio panameño.

¹ Ver artículo ocho (8) del Decreto Ejecutivo 87-A de 1991.

Hoy en día la legislación ha cambiado y se ha flexibilizado este tratamiento de regulación y control.

Por un lado, desde el mes de enero de mil novecientos noventa y seis (1996), la regulación de esta materia es competencia del Ente Regulador de los Servicios Públicos. Ello en virtud de lo ordenado en los artículos tres (3) y diecinueve (19), de la Ley veintiséis (26) de veintinueve (29) de enero de ese año.

En otro sentido, el contenido mismo de la regulación ha variado al dejarse de regular específica y reglamentariamente la antigua competencia del Ministerio de Gobierno, de sellar las liquidaciones aduanales de importación de equipos de radiocomunicación.

Esta flexibilización de la fiscalización va de la mano de uno de los postulados axiales de la nueva política de telecomunicaciones, predicados en la ley.

En efecto, desde 1996 al dictarse la Ley treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y seis (1996) [Ley 31 de 1996], publicada en la Gaceta Oficial veintidós mil novecientos setenta y uno (22.971), del nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996); se dispuso que la política de telecomunicaciones del Estado se fundaría, entre otros principios, en la promoción de la competencia igualitaria y el acceso universal a los medios de comunicación. Lo que implica una apertura hacia la libertad de empresa y el desarrollo de una competencia leal, tendiente a la continuidad, calidad y eficacia de los servicios de telecomunicación en todo el territorio. Esto obliga a una postura diferente de parte del Estado: la de imprimir certeza y seguridad jurídica en materia de regulación de la actividad de las telecomunicaciones².

Basada en este postulado o política de regulación se estableció que, se prohíbe la importación de aparatos de uso prohibido por el Ente Regulador.

"Artículo 56.- Constituye infracciones en materia de telecomunicaciones:

1.-...

2.-...

(...)

5.- La importación, distribución, arrendamiento o venta de equipos o aparatos, cuyo uso haya sido prohibido por el Ente Regulador;

(...)"

² Ver artículo cinco (5) de la Ley 31 de 1996.

En este orden de ideas, el numeral siete (7) del artículo setenta y tres (73) de la misma Ley 31 de 1996, dispone que le corresponde al Ente Regulador vigilar que los equipos o aparatos de comunicación cumplan con las normas técnicas establecidas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), amén de las propias normas emitidas por este órgano de regulación pública.

Artículo 73.- En adición a las funciones y atribuciones generales del Ente Regulador de los Servicios Públicos señaladas en la ley constitutiva, éste tendrá las siguientes atribuciones en materia de telecomunicaciones:

1.- ...

2.- ...

(...)

7.- Vigilar que los equipos y sistemas de las empresas de telecomunicaciones cumplan con las normas establecidas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), y por organismos internacionales de los cuales Panamá sea parte; (...)"

Las normas de la UIT, sobre las características técnicas de los equipos se encuentran descritas en la Ley quince (15) de mil novecientos ochenta y seis (1986) [Ley 15 de 1986 por la cual se aprueba el Convenio Internacional de Telecomunicaciones]. En esta disposición de carácter internacional se afirma que las telecomunicaciones deben ser prestadas de manera ininterrumpida, segura y a la altura de los progresos científicos y técnicos³.

En cuanto a los aspectos técnicos de mínima exigencia se dispone, en lo pertinente a las Interferencias perjudiciales, lo siguiente:

"Artículo 35. Interferencias perjudiciales.

1. Todas las estaciones cualquiera que sea su objeto deberán ser instaladas y explotadas de tal manera que no puedan causar interferencias perjudiciales en las comunicaciones o en los servicios radioeléctricos de otros Miembros, de las empresas privadas de explotación reconocidas o de aquellas otras debidamente autorizadas para realizar un servicio de radiocomunicación y que funcione de conformidad con las disposiciones del reglamento de radiocomunicaciones.

³ Ver artículo treinta y cuatro (34) de la Ley quince (15) de mil novecientos ochenta y seis (1986).

2...

3. Además, los miembros reconocen la conveniencia de adoptar cuantas medidas sean posibles para impedir que el funcionamiento de las instalaciones y aparatos eléctricos de toda clase causen interferencias perjudiciales en las comunicaciones o en los servicios radioeléctricos..."

No obstante lo anterior, en Panamá no se ha desarrollado la atribución de fiscalización de dicha prohibición o infracción, razón por la cual se debe interpretar que **imperla el libre derecho de importación**. Claro está una acción de inspección "in sitio" del Ente Regulador, puede hacer efectiva la fiscalización estatal de que da cuenta el artículo cincuenta y seis (56), numeral cinco (5) de la Ley 31 de 1996, pretranscrito; aun a pesar que no se haya establecido el otro requisito de sellado de la liquidación de aduanas.

Y es que, como dice la propia Norma Fundamental, los ciudadanos podrán hacer todo aquello que expresamente no esté prohibido por la Constitución Política o la ley⁴. Lo que quiere decir que el principio general de Derecho Constitucional predicado por la Carta política es que, el derecho individual es primero. Son la regla, a lo que luego, en los casos concretos y por expresa determinación de la ley, se les encontrará restricciones y limitaciones en la eventual fiscalización y coacción estatal.

Además, cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general (como es el caso de la regulación de la Ley 31 de 1996) las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio, a menos que provenga la necesaria reglamentación en desarrollo de la ley.

Lo que significa en el caso en estudio que, si la lista de equipos prohibidos o de uso restrictivo no ha sido expedida por el Ente Regulador, o que los mecanismos de fiscalización del cumplimiento de aquel documento, no se ha reglamentado; los ciudadanos que se dediquen a la actividad de comunicación, deben tener la libertad de importación de tales equipos, sin limitación alguna.

Reconozco la validez de la preocupación de su Despacho y la encuentro del todo legítima, no obstante, hay que tener de presente el panorama jurídico en el cual se inserta la nueva legislación de regulación de los servicios de telecomunicación. Este entorno es de desregulación o desmonte de restricciones administrativas, para con ello propiciar la libre competencia entre empresas.

⁴ Ver el artículo dieciocho (18) de la Carta Constitucional.

Como se ha dejado expresado, las limitaciones a las libertades públicas sólo puedan derivar de la ley o la Constitución, pero de en una "noción" de poder de policía. La importancia que le atribuimos el planteo de esta cuestión no es semántica, sino que surge fundamentalmente de hechos de que permanentemente una gran cantidad de limitaciones a los derechos individuales es justificada por quienes las impone, sustentándose en dichas nociones, cuando muchas son antijurídicas, y lo que ocurre es que se ha empleado la impropia noción de policía como aparente fundamentación de ellas.

En el caso planteado en su interesante e importante Consulta administrativa, se debe tener de presente que es el legislador es el que determina quién prestará una determinada acción o servicio, por cuanto tiempo y bajo qué condiciones. Y que el régimen de servicio y competencias públicas no depende de juicio del funcionario; depende de la legislación. La acción administrativa puede exponerla y ordenarla, no crearla.

A tales particularidades de la creación de competencias públicas se agrega la interpretación restrictiva de las potestades públicas en crear cargas y trámites a la actividad privada. Máxime estando en un nuevo régimen económico, en donde el Estado ha resuelto que la acción de comunicación masiva ha de prestarse en libre competencia, entonces el rol de las instituciones públicas es mínimo, y se basta con cuidar que excita la libre competencia, la lealtad comercial, evitar abusos de posición dominante y resguardar al consumidor.

A guisa de ejemplo, en las telecomunicaciones el Estado otorga licencias y establece lineamientos generales contrario a lo que ocurre cuando se trata de servicios de comunicaciones monopolísticos como los de telefonía, en donde no hay duda que la intervención del Estado reguladora debe ser con las características de control de tarifas, de inversiones, calidad, etc.

Síntesis de la Opinión⁵.

Para dar respuesta en derecho a su consulta, me he situado en estos tres principios de derecho administrativo:

1. La administración puede actuar cuando una ley la autoriza, en forma reglada;
2. La administración puede actuar cuando una ley la autoriza, aunque le dé facultades discrecionales; y,

⁵ Hoy en día la antigua visión reguladora, propia del derecho de policía, no tiene lugar, y no responde a la lógica del sistema jurídico pretender controles excesivos a una actividad regida por las leyes del mercado.

3. La administración podría actuar, aunque la ley no la autorizara en forma expresa o tácita, si ejerce el poder de policía que en general le corresponde por el orden jurídico.

Como se ha visto, desde el artículo 18 de la Carta Fundamental se desmiente la tercera opción, ya que el ordenamiento jurídico no confiere a la Administración ninguna potestad de intervenir en la esfera del derecho individual, sin resguardo constitucional o legal. Por ello, la Procuraduría de la Administración afirma categóricamente que la Administración sólo puede actuar avanzando sobre la esfera jurídica individual, cuando una ley la autoriza.

En la situación bajo estudio, si bien la ley autoriza la prohibición de importación de equipos de uso no permitidos, la debida fiscalización del cumplimiento de esta prohibición no está desarrollada, por lo que se cumple plenamente la regla general y constitucional de la libertad de acción de los particulares, lo que significa, libertad de compra e importación.

Y es que, en el centro de la preocupación del Ministerio de Gobierno está una cuestión de suyo fundamental: ¿El Estado podrá dejar de supervisar la importación de equipos de radio o telecomunicación, (como actividad de comunicación masiva) sin control previo de los equipos?

Para este cuerpo de asesoría del Estado, la respuesta es afirmativa (sí), hasta tanto el órgano competente: El Ente Regulador, dicte una reglamentación que desarrolle la labor de fiscalización y control de los equipos de radio y telecomunicación. Que dicho sea de paso, pienso que deviene en innecesaria, si se toma en cuenta el contexto normativo de regulación de acciones dejadas al libre mercado, y si se tiene en cuenta el gran peso constitucional de las garantías ciudadanas y la protección también constitucional a la exteriorización del pensamiento.

Con la pretensión de poder colaborar con usted, dentro de nuestro marco funcional y legal, me suscribo, muy atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.