



1

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

GISELLE BOZA S.



Cuadernos de jurisprudencia de la
Sala Constitucional de Costa Rica.

342.728.608.5

B793L Boza S., Giselle.

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

1 recurso en línea (530 páginas) : digital, archivo PDF ; 1.4 MB. – (Cuadernos de Jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica ; 1)

ISBN 978-9930-9637-9-1

1. LIBERTAD DE PALABRA – COSTA RICA – JURISPRUDENCIA. 2. DERECHO A LA INFORMACION – COSTA RICA – JURISPRUDENCIA. I. Título. II. Serie.

CIP/3297

CC.SIBDI.UCR

Diagramación:

Tetey Molina Figuls - Franklin Gutiérrez E.

I. PRESENTACIÓN.

Tiene en sus manos el Cuaderno No. 1 de jurisprudencia relevante de la Sala Constitucional costarricense sobre el contenido esencial de las libertades de expresión e información, sus alcances y límites.

El interés de esta serie de publicaciones 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 cada edición se presenta una selección de votos, por año, que se considera marca los estándares de la jurisprudencia costarricense en aspectos esenciales del reconocimiento, ejercicio y garantías de estos derechos fundamentales.

Si bien la Sala Constitucional se crea en 1989 y existen votos sobre libertad de expresión y derecho a la información desde entonces, estos cuadernillos se limitan a aquellas resoluciones de relevancia para la interpretación de los derechos.

Este trabajo es producto del proyecto denominado Derechos Comunicativos de la Ciudadanía, inscrito en el Centro de Investigación en Comunicación (CICOM), en el que participa también el Programa de Libertad de Expresión, Derecho a la Información y Opinión Pública (PROLEDI) de la Universidad de Costa Rica.

Esperamos que esta sistematización contribuya la investigación y al debate académico sobre el ejercicio amplio y democrático de estos derechos.

Giselle Boza



II. ÍNDICE:

I. Presentación.....	3
III. Introducción.....	8
1993	12
Censura previa. Medios Indirectos contra periodista. Resolución No. 3087-1993.....	13
1994	19
Inconstitucionalidad de la norma que prohíbe a los extranjeros ser dueños de medios de comunicación. Libertad de empresa y libertad de prensa. Resolución No. 5965-1994.....	20
1995	38
Inconstitucionalidad de decreto ejecutivo por regular espectáculos públicos. Materia reserva de ley. Resolución No. 169-1995	39
Prueba de la verdad en los delitos contra el honor. La exclusión de la prueba de la verdad en el delito de injurias, no lesionan el derecho de defensa del acusado ni el principio de igualdad ante la ley consagrado en el numeral 33 constitucional. Resolución No. 3150-1995	51
Inconstitucionalidad de la Colegiación obligatoria de los periodistas por limitar el ejercicio de la libertad de expresión. Resolución No. 2313-1995.....	66
2000	80
Constitucionalidad de la Ley 5811 sobre regulación a la publicidad que utiliza la imagen de la mujer. Límites a la libertad de expresión comercial. Resolución No. 8196-2000	81
2002	98
Constitucionalidad de la jurisprudencia de la Sala Tercera sobre la posición de garante del director del medio de comunicación en los delitos contra el honor. Resolución No. 10356-2002.....	99
Constitucionalidad de la Ley General de Espectáculos Públicos. La calificación de contenidos en televisión por suscripción	

es acorde con la protección a la libertad de expresión. Resolución No. 8586-2002	127
2006	151
Constitucionalidad de la Ley de Imprenta. Pena de arresto en delitos contra el honor. Resolución No. 5977-2006.....	152
2007	193
Censura previa. Suspensión de programa de radio. Resolución No. 15269-2007.....	194
2008	202
El secreto de las fuentes periodísticas. Contenido y alcances. Resolución No. 7548-2008.....	203
2010	220
Televisión por cable y diversidad cultural. <i>MUST CARRY RULES</i> Resolución No. 15055-2010.....	221
Derecho a la comunicación y acceso a internet. Resolución No. 10627-2010.....	242
Límites a la libertad de información. Tutela judicial efectiva. Resolución No. 4657-2010.....	252
Accesibilidad a los contenidos por televisión. Derecho a la información. Resolución No. 13847-2010.....	266
Libertad de expresión y contenidos pornográficos Resolución No. 13719-2010.	273
2012	301
Censura a la campaña publicitaria de Fertilización in vitro. Resolución No. 5178-2012.....	311
Libertad de expresión en bloqueo de cuentas institucionales de Facebook. Resolución No. 16882-2012.....	344
2014	352
Rastreo de llamadas telefónicas a un periodista y secreto de las fuentes. Resolución No. 4035-2014.....	353
2015	395

Censura de diputado contra programa de radio. Resolución No. 1782-2015.....	396
2016	388
Libertad de prensa y publicidad oficial. Resolución No. 015220-2016.....	389
2017	506
Vulneración a la libertad de expresión del periodista. Resolución No. 002163-2017.....	507
Libertad de expresión y debate académico. Resolución No. 016668-2017.....	517

III. INTRODUCCIÓN.

La jurisprudencia constitucional costarricense es vasta en el reconocimiento de la libertad de expresión como parte fundamental del principio democrático y es conteste con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reconocer una doble dimensión de esta libertad. En su aspecto subjetivo como libertad individual vinculada al principio de dignidad de la persona humana y en el sentido institucional-objetivo como elemento esencial de las sociedades democráticas.

La Constitución Política de Costa Rica establece en sus artículos 28 y 29 las nociones de libertad de opinión y libertad de información. Ambas libertades, en su concepción liberal clásica, se conciben como libertades negativas, con prohibición absoluta de la censura previa y sujeta únicamente a responsabilidades ulteriores¹. La jurisprudencia constitucional costarricense es recurrente en el reconocimiento de la libertad de expresión como parte fundamental del principio democrático y es conteste con los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reconocer una doble dimensión de esta libertad. En su aspecto subjetivo como libertad individual vinculada al principio de dignidad de la persona humana y en el sentido institucional-objetivo como elemento esencial de las sociedades democráticas.

“La libertad de opinión o de expresión se distingue por ser parte fundamental del principio democrático, toda vez que ella permea todo el quehacer de un Estado al permitir a todos sus pobladores, sin distingo alguno, pensar de manera distinta al pensamiento

1 El artículo 28 de la Constitución Política establece que: “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas”

El texto del artículo 29 reza:

“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”.

*del Gobierno, y a la vez, de expresar ese pensamiento de forma libre”.*²

Al reconocer la dimensión individual de la libertad de expresión, la Sala Constitucional señala que:

*“...constituye un derecho fundamental que le permite al individuo dentro de un amplio ámbito de libertad, formular criterios personales de lo que éste considere adecuado o no, para responder a determinadas situaciones; permitiendo a la vez, poder comunicar sin censura previa, el resultado de su planteamiento ideológico. Este derecho tiene una gran trascendencia, ya que contribuye a la formación de la opinión pública, mediante los aportes intelectuales del individuo que ejerce opiniones o conceptos ya establecidos, o bien criticándolos. El ámbito de libertad es muy amplio, pues en él se comprenden todas las manifestaciones que realizan los individuos sobre política, religión, ética, técnica, ciencia, arte, economía, etc., por lo que de lo anterior se desprende que el ejercicio de la Libertad de Expresión y la Libertad de Pensamiento excluye la censura previa.”*³

De las normas constitucionales arriba citadas es posible extraer el reconocimiento del ordenamiento jurídico a la existencia de las libertades de opinión e información, y sus derechos derivados.

El mismo Tribunal Constitucional interpreta que de la Carta Política:

“(...) se pueden extraer, de forma derivada, varios derechos y libertades que para el caso resultan de importancia. Uno de ellos es la libertad de opinión. Esta se conforma en la posibilidad otorgada a toda persona de determinar, por sí mismo, lo que crea que es verdadero en cualquier campo del quehacer humano y expresarlo públicamente. Dentro de ese mismo contexto, podemos encontrar la libertad de información, la cual incluye, a su vez, la libertad de imprenta, la libertad de información por medios no escritos, el derecho a la información y el derecho a la rectificación y respuesta. Estas libertades, a pesar de que, al igual que todas las demás libertades y derechos -excepto los políticos los cuales se

2 Sala Constitucional de Costa Rica, Voto 3311-2000

3 Sala Constitucional de Costa Rica, Voto 1107- 2006.

derivan de la ciudadanía que se adquiere con la mayoría de edad- alcanzan a todas las personas sin distingo de raza, religión, edad, etnia, educación o estrato social, no puede considerarse al respecto que su ejercicio sea irrestricto. Ello implica que, su ejercicio debe darse dentro de las normas mínimas de respeto a los límites que se establecen constitucionalmente para su ejercicio, mismos que alcanzan el derecho de los terceros, la moral y el orden público.”⁴

El marco constitucional costarricense no reconoce de manera expresa un derecho a buscar, recibir y difundir información, conforme con la literalidad del artículo 13 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Sin embargo, en la jerarquía normativa, este instrumento internacional se ubica en rango superior a la misma Constitución.⁵

A menudo la jurisprudencia constitucional acude a definiciones diversas para dar contenido al derecho a la información. Si bien, en algunos votos⁶, el Tribunal define el derecho a la información conforme con el artículo 13 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, es decir las potestades de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, definición que integraría a la libertad de informar y consecuentemente a la libertad de prensa; en otras resoluciones⁷ lo considera únicamente como el derecho de acceso a la información de interés público.

En ese sentido, ha señalado:

“El Derecho a la Información es uno de los derechos del ser humano y está referido a una libertad pública individual cuyo respeto debe ser propiciado por el propio Estado. Este derecho, es a la vez, un derecho social cuya tutela, ejercicio y respeto se hace indispensable para que el ciudadano tome parte activa en las tareas públicas y pueda así participar en la toma de decisiones que afectan a la colectividad. En ese sentido, es un derecho humano inalienable e indispensable en la

4 Sala Constitucional de Costa Rica, Voto 3311-2000

5 Para el caso de Costa Rica, la Sala Constitucional, en reiterados votos, ver 79191, 2313-9, 1032-96, 9685-00 y 225304, ha señalado que: “...los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”

6 Por ejemplo, ver el voto 8229-2004

7 Como en el caso del voto 3311-2000

medida en que se parte de que información significa participación. De esta manera, si la información es requisito para que el ciudadano individualmente considerado adopte decisiones, informar, a la vez, es promover la participación ciudadana”⁸

A partir de esta noción, el derecho a la información ha sido considerado, por el alto Tribunal Constitucional costarricense, como una garantía jurídica indispensable para que los ciudadanos puedan ejercer, en mayor o menor medida, su participación en las tareas públicas y desde este punto de vista, se trata de un derecho público y subjetivo. Es un derecho público, por cuanto exige la intervención del Estado para procurar información sobre los órganos gubernamentales, además, es un derecho subjetivo, por cuanto supone un poder jurídico, susceptible de regulación por el ordenamiento jurídico.

No obstante, otras resoluciones del alto Tribunal Constitucional relacionan el derecho a la información con la noción propia de la libertad de información, en particular la que ejercen los medios periodísticos al señalar que:

“El Derecho a la Información es aquel que permite a todas las personas recibir información suficientemente amplia sobre determinados hechos y sobre las corrientes de pensamiento y a partir de ellos escoger y formarse sus propias opiniones. Ello se logra a partir de dos vías diferentes: mediante la exposición objetiva de los hechos y por el pluralismo de las corrientes ideológicas”⁹

La crítica de Rivero (2008) a la Sala Constitucional es que no ha podido dar, con desenfado, el paso decisivo tendiente a la plena separación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, en el entendido de que la actividad de los medios de comunicación colectiva queda ubicada dentro del ámbito del segundo. Según esta perspectiva, la tendencia es a enfatizar el derecho a la información desde su faceta activa olvidándose de la faceta del receptor, que se manifiesta en el derecho de éste a recibir también una información adecuada y veraz.¹⁰

8 Sala Constitucional de Costa Rica, Voto 3074-2002

9 Sala Constitucional de Costa Rica, Voto 1107-2006

10 Rivero, J. (2008). La tutela jurídica del honor. San José: Editorial Jurídica Continental.

1993

CENSURA PREVIA. MEDIOS INDIRECTOS CONTRA PERIODISTA. RESOLUCIÓN NO. 3087-1993

Recurso de amparo N°4553-92 Patricia Sánchez Lurueña Director Gral del SINART Exp. N4553-P-92 VOTO N3087-93 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del 30 de junio de mil novecientos noventa y tres.

Recurso de amparo interpuesto por Patricia Sánchez Lurueña, mayor casada, periodista, vecina de Heredia, cédula de identidad #1-533-797, en contra del Director del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural (SINART).

RESULTANDO

I.- Alega la recurrente que el Director del SINART Ronald Vega Soto mediante acciones materiales impidió la realización y difusión del programa de televisión Bosque Adentro que se transmite por el Canal 13 propiedad del SINART, programado para el día 8 de diciembre de 1992 en el que se discutiría el tema del relleno sanitario para San José, lo que es una evidente acción de censura previa pues en otras oportunidades ya había anunciado que el tema fuese abordado. El 1 de diciembre se había presentado otra amenaza semejante pero la desición fue revocada horas después. Indica que desde el 4 de noviembre 1990 dirige ese programa especializado en temas ambientales que se transmite todos los martes de las 19:30 a las 20:30 pm. y que el día 8 de diciembre de 1992 se presentaron los invitados para esa edición , pero el encargado de la sección de control, Alan Jinesta Cruz dijo que no había recibido instrucciones para la realización del programa sino que se transmitiría uno pregrabado del 20 de octubre de 1992. De ello son testigos Pablo Merino Carmona y Olga Picado Gatgens por las funciones de dirección y coordinación que desempeñaban en ese momento. El día 1 de diciembre recibió una nota de Olga Picado por la que le comunicaba la suspensión del programa Bosque Adentro por órdenes del Director Ronald Vega Soto sin embargo verbalmente el Director le informó que el programa saldría al aire. El 2 de diciembre el señor Vega nuevamente le dijo que no tratara el tema del relleno sanitario y sugirió que el programa del día 8 hiciera un resumen y que el debate sobre el relleno sanitario se hiciera

otro día a lo que ella se opuso. Luego el Sr. Vega dispuso la suspensión del programa y lo comunicó al Sr. Merino y para justificarse argumentó que el personal tendría el día libre pese a que 15 funcionarios le entregaron una carta por la que le comunicaban que trabajarían ese día e incluso renunciaban al pago de horas extras. Considera que los hechos descritos constituyen una violación al derecho de expresión protegido por el artículo 29 de la Constitución, 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y pide que declare con lugar el amparo; se ordene a Ronald Vega Soto abstenerse de ejecutar acciones similares y se condene al Estado y solidariamente al Sr. Vega al pago de los daños y perjuicios causados y al pago de las costas del recurso.

II.- Por su parte el director del SINART informó que en ningún momento ha realizado actos que tiendan o amenacen el derecho de informar ni de recibir información de la recurrente y que el programa salió a la aire el día 8 de diciembre como lo demuestra con la programación del día 8 de diciembre y le sorprende que la señora Sánchez planteara el amparo puesto que ella misma accedió a que se transmitiera un programa pregrabado como lo demuestra con el acta notarial que aporta al efecto. Indica que por oficio NDG330-92 del 2 de diciembre de 1992 dirigida a Pablo Merino reiteró que el programa se transmitiría como de costumbre aparte de que la decisión de no transmitir en vivo fue tomada por el Sr. Merino, la Sra. Picado y él. En cuanto a la nota del personal que trabajaría el día feriado, dice que le fue enviada el día anterior en horas de la tarde y no podía improvisarse el programa y respecto a la relación entre las vacaciones otorgadas a la recurrente y los hechos descritos, explica que se trata de una simple coincidencia. Considera que sus actos están contemplados en el artículo 2 del Decreto #18372-P de 16 de agosto de 1988 y que nunca ha censurado el programa Bosque Adentro que dirige la recurrente.

III.- Por escrito de fecha 8 de enero de 1993 la recurrente informó que el día 4 de enero al regresar de sus vacaciones le fue comunicada la decisión de despedirla aprovechando su condición de funcionaria interina lo que hace nugatorio el recurso.

IV.- Por resolución del 12 de febrero de 1993 el Magistrado Instructor ordenó al Director del SINART que la recurrente debía ser reinstalada

en su puesto y se dejaran sin efecto todas las restricciones impuestas a su libertad de expresión hasta tanto no sea resuelto el recurso. Ver folio 66. Ante lo que el Director del SINART solicitó se mantuviese el acto impugnado puesto que a la recurrente se le venció el contrato. La Sala por resolución 1631-93 de las doce horas del 2 de abril de 1993 denegó esa solicitud, ordenó mantenerla en su puesto y se permitiera la transmisión del programa. Ver folio 151.

V.- En los procedimientos se ha observado las prescripciones de Ley y,

REDACTA EL MAGISTRADO PIZA ESCALANTE

CONSIDERANDO

I.- Como consta a los folios 9 a 12, 16 a 18, la decisión de impedir la transmisión del programa de televisión Bosque Adentro que se transmite por el Canal 13 estatal que pertenece al Sistema Nacional de Radio Y Televisión Cultural (SINART), fue exclusivamente de su Director General Ronald Vega Soto. Véase como el señor Pablo Merino en nota de fecha 7 de noviembre de 1992 que dirige al Director General, el señor Merino le dice "...tengo que reiterar, una vez más, que la decisión de suspender el Programa Bosque Adentro del 8 de diciembre fue únicamente suya." Ver folio 18. Y así se demuestra de la nota por la que la Jefe de Producción Olga Picado Gatgens le comunicó de tal decisión a la señora Sánchez Lurueña, ver folio 9. Lo que constituye un inaceptable caso de censura previa que ha coartado la libertad de expresión de la directora del programa de televisión Bosque Adentro Patricia Sánchez Lurueña. En efecto el Director General del SINART no aportó un solo elemento de prueba que demostrase que el programa fue cancelado por otros motivos que su misma orden, a fin de evitar la discusión en el canal estatal del problema de la disposición de desechos sólidos del área metropolitana y sobre el mejor lugar para instalar un relleno sanitario. Con ello se han quebrantado el artículo 29 de la Constitución que impide la censura previa de la comunicación de los pensamientos de "todos"; y en su lugar definió la regla de responsabilidad ex post facto: "pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de ese derecho, en los casos y del modo que la ley establezca." dice la Constitución.

II.- Esa cláusula constitucional se ve reforzada por el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos de la ONU en su numeral 19 protege la libertad de expresión del siguiente modo:

“Artículo 19.-

1.- Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2.- Toda Persona tiene derecho a la libertad 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.

3.- El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) asegurar el respeto a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

III.- Asimismo el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza ese derecho así:

“Artículo 13.-

1.- Toda Persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2.- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4.- Los espectáculos públicos puede ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5.- Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología de odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

IV.- Cabe preguntar ¿de qué modo afectaba la transmisión del programa Bosque Adentro que se ocuparía de discutir las ventajas y desventajas de un nuevo relleno sanitario para el área metropolitana de San José, “el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” según lo establecen los artículos 19.3) del Pacto y 13.2) de la Convención? La respuesta es en ninguno. De forma alguna se puede admitir que la simple discusión en un programa de televisión o en cualquier otro medio- sea uno de los presupuestos contemplados por nuestra Constitución o por los instrumentos internacionales que la complementan (gracias al efecto integrador del artículo 48 según la enmienda de 1989), para admitir la restricción previa a la libertad de expresión.

V.- A ello deba agregarse que no es cualquier disposición normativa el medio válido para imponer una limitación de esas previstas por el derecho internacional, sino que es únicamente la ley formal el autorizado. Es decir existe una reserva de ley en materia de restricciones

a la libertad de expresión y hasta el momento en Costa Rica no se ha promulgado ley alguna que impida la discusión de temas ambientales.

VI.- Finalmente estima la Sala que las acciones de despido de la recurrente son una represalia por la interposición del amparo y no un hecho disociado de este. Al respecto esta transgresión a la libertad de expresión se subsume en el artículo 13.3) que excluye toda posibilidad de emplear medios indirectos para lograr el mismo objeto: la censura previa. "No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos..." establece la norma, de manera que la Sala tiene por demostrada la intención del Director del SINART de escamotear la probable sentencia de amparo, con el subterfugio de no renovar el contrato de la recurrente, so pretexto de ser trabajadora interina; interinazgo que, por cierto, ha superado con creces los términos que el Estatuto del Servicio Civil establece para esa condición laboral y por ello da pie a obligar al SINART a sacar esa plaza a concurso.

VII.- Se habilita hora para el dictado de esta sentencia.

PORTANTO

Se declara con lugar el recurso. Se condena al Sistema Nacional de Televisión Cultural al pago de las costas, daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

Luis Paulino Mora M.

Presidente

Rodolfo Piza Escalante. Jorge E. Castro B.

Eduardo Sancho G. Carlos Arguedas R.

José Luis Molina Q. Fernando del Castillo R.

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=92344&strTipM=T&strDirSel=direct

1994

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA QUE PROHÍBE A LOS EXTRANJEROS SER DUEÑOS DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN. LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD DE PRENSA. RESOLUCIÓN NO. 5965-1994

**Exp: Inconstitucionalidad Fecha: 11/10/1994 Exp. 0153-A-93
No.5965-94.**

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San
José, a las quince horas cincuenta y un minutos del once de octubre
de mil novecientos noventa y cuatro.**

Acción de inconstitucionalidad promovida por José Manuel Gutiérrez Gutiérrez, cédula de identidad número 8-006-416, contra los artículos 2 y 10 de la Ley que Regula la Explotación de los Medios de Difusión y las Agencias de Publicidad -No.6220 del 20 de abril de 1978-.

RESULTANDO

1.- El promovente interpone la acción contra los artículos 2 y 10 de la Ley que Regula la Explotación de los Medios de Difusión y las Agencias de Publicidad (No.6220 del 20 de abril de 1978), porque considera que son contrarios al derecho de igualdad, a la garantía del debido proceso, a la libertad de información, y a la libertad de empresa. En cuanto a la legitimación para interponer la acción señaló que presentó un recurso ante el Director General del Registro Público, contra la calificación hecha por él al documento en el que se formalizó una venta de acciones de la Editorial La Razón Sociedad Anónima, a favor de 172847 Canada Limited. Manifestó que para entender la inconstitucionalidad que alega contra las citadas normas debe conocerse la situación del país al momento en que se emitió la ley y las variantes que ha sufrido por el transcurso del tiempo, y cambios en el panorama económico. Indica que la Ley No.6220 constituyó una reacción contra la presencia en el país de Robert L. Vesco, por el temor que producía que una persona cuyo capital no guardaba relación con el medio y cuyos antecedentes eran dudosos, extendiera su influencia a instituciones públicas y privadas. Señala que la Ley no produjo ninguno de los efectos que se pretendían con su promulgación debido a que de hecho resultó imposible que la publicidad y los medios de comunicación se mantuvieran exclusivamente en manos

de costarricenses, porque la televisión por cable y por satélite hizo que las cadenas de noticias internacionales fueran accesibles para los habitantes de los principales centros de población. Además señaló que no se cumplieron algunas de las disposiciones que la Ley establecía, a saber, la creación de la Sección de Propiedad de Medios de Difusión y Agencias de Publicidad en el Registro Público, la apertura de la línea de crédito especial en los bancos estatales que permitiera la creación de cooperativas que se dedicaran a desarrollar los medios de difusión y las agencias de publicidad y la reglamentación de la ley. En cuanto a los cambios ocurridos específicamente en la situación económica del país, señala que en una época posterior a la emisión de la ley el país entró en un estado de crisis agudo que obligó a variar el modelo económico y a promover la inversión extranjera. En relación con la infracción del principio de igualdad se señala que los artículos objetados no llenan los requisitos establecidos en la Constitución, los Pactos Internacionales y la jurisprudencia de la Sala, para establecer diferencias válidas entre nacionales y extranjeros. Considera que en este caso se ha producido una desconstitucionalización del derecho de los extranjeros a una igualdad básica o equiparación de derechos. A ese respecto señala que los artículos 2 y 10 de la Ley No.6220 establecen una desigualdad absoluta en perjuicio de los extranjeros, porque -por un lado- niegan su participación en actividades relativas a la información, y -por otro- sancionan con nulidad absoluta cualquier actuación suya en ese campo. Dichas normas también contradicen el debido proceso sustantivo al carecer por completo de razonabilidad, porque los objetivos propuestos con la ley han demostrado ser de imposible cumplimiento. En ese sentido, señala que no existe posibilidad de que la única información que se suministra a los costarricenses sea proporcionada por costarricenses, y tales restricciones resultan contrarias a la realidad económica, social y cultural, y -en consecuencia- no razonablemente necesarias. En cuanto a la libertad de información indica que su esencialidad obliga a afirmar que ni siquiera la ley puede invadir su esfera intangible de libertad y por ello, de autonomía e intimidad, fuera de los supuestos previstos taxativamente por la Constitución. De ahí que las disposiciones objetadas se vean descalificadas por las normas nacionales e internacionales que garantizan ese derecho fundamental, tanto en su aspecto de obtención de información, como en el de publicación y circulación de ella. Lo mismo señala en relación con la libertad de empresa, porque si la

Constitución y los convenios internacionales han obligado a reconocer a los extranjeros iguales derechos, no existen razones válidas para negarles la libertad de agricultura, comercio e industria.

2.- En escrito que corre agregado a folio 20, la empresa 172847 Canada Limited, representada por Carlos José Gutiérrez Gutiérrez, se apersona como coadyuvante en la acción de inconstitucionalidad.

3.- Por resolución de las 10:06 horas del 3 de marzo de 1993, se dio curso a la presente acción de inconstitucionalidad, se confirió audiencia a la Procuraduría General de la República y al Director del Registro Público, y se publicaron los correspondientes edictos en el Boletín Judicial números 63, 64 y 65 de fechas 1, 2 y 5 de abril de 1993.

4.- El Procurador General Adjunto atendió la audiencia que se le confirió y manifestó que a juicio del promovente el artículo 2 de la Ley No.6220 de 20 de abril de 1978 -que prohíbe que los medios de difusión y las agencias de publicidad sean explotados por extranjeros o compañías extranjeras- establece un trato desigual entre nacionales y extranjeros que es discriminatorio y por tanto violatorio de los artículos 19, 29, 33 y 46 de la Constitución Política, 2 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 2 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Señala que los medios impresos de difusión tienen una situación jurídica diferente de los medios electrónicos, porque los segundos son producto de una concesión del Estado, mientras que la actividad desplegada por los primeros es producto del ejercicio privado que cumple un interés público. En ese sentido, indica que el artículo 1 de la Ley No.6220 dispone que los medios de difusión y las agencias de publicidad están reguladas por los artículos 28 y 29 de la Constitución Política. Esa referencia significa que los medios impresos -en lo tocante a la libertad de expresión- están regidos por el régimen represivo propicio para el desarrollo de la libertades públicas del pensamiento, que permite el ejercicio inmediato de la libertad con la consecuente responsabilidad por los excesos en que se incurra. Señala que con base en lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, la libertad de expresión se puede definir como la posibilidad que tiene toda persona de difundir sus opiniones por todos los medios legítimos existentes. De ahí que los medios impresos de comunicación sean instrumentos legítimos para multiplicar y difundir esas opiniones. Los medios de difusión y agencias

de publicidad deben ser reservados a los costarricenses por tratarse del ejercicio de un poder en relación con libertades públicas fundamentales para el desarrollo democrático, y los artículos 2 y 10 de la Ley No.6220 -al excluir a los extranjeros del control de los medios de difusión y de las agencias de publicidad- expresan una conducta razonable legislativa. Dicha razonabilidad legal hace imposible el quebranto del artículo 19 de la Constitución, porque el legislador utilizó correctamente el principio de reserva legal. En ese sentido, la excepción que establecen los artículos 2 y 10 de la Ley No.6220 no infringe lo dispuesto en los numerales 28 y 29 de la Constitución, porque a los extranjeros no se les está limitando la libertad de expresión de pensamiento por medio de los mecanismos lícitamente aceptados en el sistema jurídico costarricense, sino que lo que se les prohíbe es ser propietarios de los medios de difusión y de las agencias de publicidad. Manifiesta que si los extranjeros llegasen a ser propietarios de los medios de difusión y de las agencias de publicidad, podrían, con participación de comunicólogos, distorsionar nuestras valoraciones democráticas en perjuicio de lo que dispone el artículo 1 de la Constitución que define a Costa Rica como una república democrática, libre e independiente. En cuanto a la infracción del principio de igualdad y no discriminación, indica que las normas objetadas no producen tal quebranto, porque la excepción de trato igual para los extranjeros está autorizada en el artículo 19 de la Constitución, y dichas normas desarrollan esa excepción en forma razonable, ya que solo los costarricenses -por mandato constitucional- pueden ser formadores de opinión a través de los medios de prensa. Considera que tampoco infringen la libertad de empresa, porque esta no se puede ejercer en forma irrestricta, y la condición de nacionalidad costarricense para obtener la propiedad de los medios de comunicación y de las agencias de publicidad, constituye un requisito previo a su ejercicio. Estima que no se infringen los artículos 2 y 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, porque de ellos se deduce que la difusión de ideas tiene límites para los extranjeros y puede estar sujeta a ciertas restricciones fijadas expresamente por la ley, que sean necesarias para asegurar la protección a la seguridad nacional, el orden público, la moral pública y la salud pública. Esas condiciones se cumplen en el ordenamiento nacional, porque las excepciones establecidas en las disposiciones cuestionadas están autorizadas plenamente en el artículo 19 de la Constitución. En cuanto a la infracción del artículo 2

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, indica que el destinatario de las libertades públicas reconocidas en la Convención es la persona física, y la acción tiene por objeto alegar derechos de una persona jurídica. Además la Convención como tratado internacional debe adecuarse a la Constitución. De ahí que no exista tal quebranto pues a los extranjeros se les reconocen todos los derechos y libertades autorizados para ellos, excepto ser propietarios de los medios de difusión y agencias de publicidad, por prohibición constitucional y legal. En lo que respecta al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, manifestó que esa norma se refiere a la libertad de pensamiento y expresión de toda persona física, no de personas jurídicas, por tal razón es inadmisibles el quebranto que se atribuye a esa norma. En cuanto al artículo 10 de la Ley No.6220 -que dispone que los actos contrarios a las disposiciones de esa ley, serán absolutamente nulos-, señala que tiene como propósito dar cumplimiento a las prescripciones legales y coincide con lo dispuesto en el artículo 129 de la Constitución Política. Por lo que considera que se debe declarar sin lugar la acción presentada.

5.- El Director del Registro Público de la Propiedad Inmueble atendió la audiencia que se le confirió e indicó que las normas impugnadas se basan en las excepciones y limitaciones a los derechos de los extranjeros que admite el artículo 19 de la Constitución Política, y excluyen la posibilidad de que los extranjeros puedan explotar los medios de difusión y las agencias de publicidad. Señala que no se han violado los artículos 28 y 29 de la Constitución, 19 párrafo 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque recogen los principios de libertad de expresión, de pensamiento, de imprenta y publicaciones, que no tienen relación con las normas cuestionadas. En cuanto al principio de igualdad señala que no tiene carácter absoluto porque no crea un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, de ahí lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución, que admite excepciones y limitaciones a los derechos de los extranjeros, por lo que las normas impugnadas no infringen ese principio. Considera que no se ha infringido el derecho de petición y pronta resolución porque se ha dado trámite a las gestiones del promovente, y actualmente el procedimiento se encuentra ante el Tribunal Superior Contencioso Administrativo,

Sección Tercera, que conoce de la apelación que se presentó contra la resolución de la Subdirección del Registro de las 10:00 horas del 20 de enero de 1993, que denegó la inscripción del documento en el que se cedían seiscientos cuatro acciones a una sociedad constituida con base en las leyes de Canadá. Finalmente, señala que no se infringió la libertad de comercio, porque el artículo 46 de la Constitución debe interpretarse armónicamente con el 19, de ahí que los deberes y derechos individuales y sociales que los extranjeros no puedan concebirse en forma absoluta e irrestricta, y sea necesario que la esfera de esas facultades se concreten y limiten, por la Constitución o las leyes.

6.- En escrito que corre agregado a folios 60 a 64, el promovente de la acción se opone a los argumentos expresados por el Procurador General Adjunto y el Director del Registro Público de la Propiedad Inmueble.

7.- En los procedimientos se han observado los términos y las prescripciones de ley. Se prescinde del trámite de la vista porque, con base en lo dispuesto en el artículo 9 párrafo tercero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, esta sentencia se funda en principios evidentes y elementos de juicio suficientes.

CONSIDERANDO

I. LEGITIMACION PARA ACCIONAR. El accionante ha acreditado que está legitimado para establecer la presente acción, como exige el párrafo primero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En efecto, en su momento interpuso un recurso ante el Director General del Registro Público contra la calificación hecha por éste de un documento otorgado ante aquel, como notario público. El recurso fue declarado sin lugar por aplicación de los artículos 2 y 10 de la Ley No. 6220, y el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Tercera, conoce en apelación de lo resuelto en el recurso (véanse, al respecto, los folios 18, 24 y 29).

II. OBJETO DE LA ACCION. Esta acción tiene como objeto que la Sala declare la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 10 de la Ley No. 6220 de 20 de abril de 1978. El accionante considera que ambos artículos son contrarios a los artículos 19, 33, 29, 41 y 46 de la Constitución Política, a los artículos 13 y 24 de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, y a los artículos 2 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A su juicio, los motivos que causan la invalidez de aquellas disposiciones de la Ley No. 6220 radican en la infracción de la igualdad ante la ley entre costarricenses y extranjeros, el debido proceso, la libertad de información y la libertad de empresa. La Sala, por su parte, se propone examinar la acción a partir del estatus constitucional de los extranjeros -específicamente, de lo que dispone a este respecto el artículo 19 constitucional-, hilvanar esta reflexión con el tema de la igualdad, derecho cuya regulación genérica se hace -como bien se sabe- en el artículo 33 constitucional, y, finalmente, recalcar en el asunto de la libertad de empresa y de la libertad de información. Como ya se verá, este recorrido es suficiente para declarar, a su término, la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley No. 6220 tal como el accionante persigue, es decir, desde la óptica del trato que en ese texto se dispensa a los extranjeros por contraste con los nacionales. Este es, sin duda, el interés que ha movido al accionante a ocurrir ante este tribunal. Pero el artículo 2, que no menciona expresamente a “los extranjeros” -los que solo resultan incluidos en esa prescripción normativa como resultado lógico de la interpretación a contrario-, está formulado explícitamente como una regla de trato de “los costarricenses” y hace ciertas distinciones entre éstos, apoyadas en el diverso origen de la nacionalidad. Distinciones que en sí mismas ameritan consideración particular de la Sala por las razones que adelante se consignarán. Tal como se pide, al final esta sentencia resolverá también lo correspondiente al segundo de los artículos impugnados, valga decir, al artículo 10 de la Ley No. 6220.

III. LAS DISPOSICIONES IMPUGNADAS. La Ley No. 6220 de 20 de abril de 1978 dice (artículo 1) que los “medios de difusión y las agencias de publicidad, como realizadores de una actividad de interés público, están regulados por los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, los cuales garantizan la libertad de expresión, y por las disposiciones de esta ley”. La proposición puede parecer un tanto confusa, sobre todo si se mira lo que en adelante dispone la Ley. Esta impropiedad técnica atañe al objeto de la Ley, porque la mención de los artículos 28 y 29 de la Constitución podría hacer creer que se está ante un texto legal regulador de la función o la acción sustantivas de los medios de difusión y las agencias de publicidad, y no es así. Lo cierto es que las siguientes

disposiciones -señaladamente, el artículo 2, contra el que se dirige esta acción de inconstitucionalidad- tienen que ver directamente con el tema de la propiedad de esas empresas y su explotación, es decir, las condiciones para sacar provecho económico de ellas. Conviene retener esta última circunstancia, porque, como más adelante se dirá, permite situar de entrada el análisis de la acción directamente en el marco de la libertad de empresa y, a continuación -puesto que, específicamente, la creación de medios de difusión integra también el contenido de la libertad de información-, en el espacio de esta última. Por otra parte, el artículo 8 de la Ley se encarga de aclarar la expresión “medios de difusión”, que cubre los “periódicos escritos” -como la propia Ley dice- y las estaciones de radio y de televisión. Habida cuenta de que la radio y la televisión emplean un medio limitado de difusión -el espacio radioeléctrico-, hay que decir desde ahora que la declaratoria que aquí (en esta sentencia) se hace no está destinada a incidir en el asunto de la regulación constitucional o legal de la utilización de ese espacio (por ejemplo, lo relativo al régimen de concesiones), con lo cual no se entra en el ámbito normativo que desarrolla las prescripciones del inciso 14 del artículo 121 de la Constitución -sobre los servicios inalámbricos-, ni en el de las limitaciones que en ese campo impone la misma naturaleza de ese espacio. Dice el artículo 2 de la Ley (“De la Explotación y Propiedad”):

“Artículo 2- Los medios de difusión y las agencias de publicidad, únicamente podrán ser explotados por costarricenses por nacimiento, o por hijos menores de costarricenses o bien por personas naturalizadas con no menos de diez años de residencia en el país, después de haber adquirido la nacionalidad.”

Y el artículo 10 (“Sanciones”):

“Artículo 10- Los actos jurídicos contrarios a las disposiciones de esta ley que se realicen, serán absolutamente nulos y no tendrán valor ni efecto.”

Hay que citar, además, el artículo 3, de acuerdo con el cual podrán explotar los medios de difusión y las agencias de publicidad “las personas físicas o jurídicas, bajo la forma de Sociedades Personales o de capital con acciones nominativas”, y agrega que el capital de esas sociedades “deberá pertenecer íntegramente a personas que cumplan con los requisitos exigidos en el artículo anterior”, esto es, el 2.

IV. EL ESTATUS CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS. El artículo 19 de la Constitución Política contiene la norma general de trato jurídico a los extranjeros. En lo que aquí interesa, el artículo 19 dice:

“Artículo 19.- Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen...”

La Constitución adopta en principio, como es patente, el criterio de equiparación de derechos fundamentales, excluyendo con claridad otras posibilidades de regulación jurídica genérica de los extranjeros (como las que se basan en el trato recíproco o en la discriminación). Enseguida, la Constitución se refiere a las excepciones y limitaciones que pueden alterar esa equiparación, a condición de que estén previstas en la propia Constitución o en la ley formal. De ahí que la validez de excepciones y limitaciones pasa, en primer lugar, por el rigor de esta importante reserva. Es entendido que se trata en este contexto de las excepciones y limitaciones que se establecen por razón de la nacionalidad extranjera, y no por otras razones (aunque, en este último supuesto, excepciones y limitaciones pudiesen afectar a los extranjeros, pero no a partir del dato de la nacionalidad). La Constitución fija por sí misma, sobre todo, los casos de excepción, es decir, aquellos en que se aparta al extranjero de la titularidad de un derecho que de no ser por obra de esa exclusión él hubiese tenido. Esta es la hipótesis más grave y radical: no cuando el contenido del derecho simplemente se atempera, o cuando se modula su ejercicio, sino cuando el derecho como tal se suprime, al punto de que la pretensión de ejercerlo puede devenir eventualmente en una conducta antijurídica. En estos supuestos, la técnica de la Constitución no es, por lo general, decirlo expresamente (aunque en el mismo artículo 19 se procede de modo distinto, diciendo que los extranjeros “No pueden intervenir en los asuntos políticos del país...”), sino establecerlo por implicación (como, por ejemplo, en el artículo 32, donde se dispone que “Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional”). La mera restricción de los derechos, en cambio, refiere a situaciones más benignas, puesto que el contenido esencial de los derechos subsiste, pero se constriñe su extensión o las modalidades de su ejercicio, sin que sea posible eliminarlos o reducirlos a una dimensión en la que ya no se reconozcan. Bajo esta óptica, del derecho

a la igualdad que como cláusula general se establece en el artículo 33 de la Constitución (“Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”) ha de entenderse, como regla de principio, que son titulares los nacionales y los extranjeros, y no solo los primeros. Pero si se relacionan ambos artículos constitucionales -sea, el 19 y el 33-, resulta, por una parte, que el dato de la nacionalidad puede ser la situación de hecho a partir de la cual funde la ley una distinción de trato, y, por otra, que la desconstitucionalización de la paridad de trato (entre extranjeros y costarricenses), a base de excepciones y delimitaciones, no es materia sobre la que el legislador ordinario tenga un dominio ilimitado. En síntesis, la ley común está autorizada -por la Constitución- para emplear como supuesto de hecho de una regulación subjetiva diversa el que algunos sean extranjeros y otros no lo sean, a condición, eso sí, de que el trato distinto persiga una finalidad razonable, inspirada en la Constitución o, al menos, conforme con ella, y que la normativa en sí misma se adecue a esa finalidad. Esto mismo podría proponerse diciendo que al exigir y garantizar el artículo 19 trato igual, resulta ese artículo una específica manifestación del derecho de igualdad y del principio de no discriminación que predica, en sentido general, el artículo 33, con lo cual queda dicho también que los requisitos objetivos que -en general- limitan a la ley para distinguir con pretensión de validez y evitar la desigualdad o la discriminación, con apoyo en diversas situaciones de hecho admisibles, disciplinan la obra del legislador ordinario que quiera levantar sobre el hecho de la nacionalidad la diversidad de trato.

V. LAS LIBERTADES DE EMPRESA E INFORMACION. La exclusión absoluta de los extranjeros de las actividades económicas a que se refiere el artículo 2 de la Ley, es cosa que penetra, sin duda, en el campo de la libertad de empresa, pero también -como ya se previno en el considerando III- en el de la libertad de información, sobre todo por lo que concierne a los medios de difusión, cuya creación y posesión es parte integrante del contenido de esta libertad. En efecto, la creación de los medios de difusión o comunicación a que el artículo 2 se refiere, es normalmente, en sí misma y directamente, un acto de ejercicio de la libertad de empresa; pero por la índole específica del objeto de la empresa informativa, y, de otro lado, puesto que actualmente la divulgación de información exige de esa clase de medios y no se concibe

sin ellos, resulta que el acceso a la propiedad de esos medios conecta también con la libertad de información, de manera que la limitación en el acceso es simultáneamente, aunque indirectamente, una restricción de la libertad de información. En cuanto interesa a la libertad de empresa, la exclusión reviste las proporciones de una verdadera supresión del derecho en el relevante ámbito de la actividad económica de que aquí se trata, puesto que al extranjero se le impide o prohíbe por completo su ejercicio; en lo tocante a la libertad de información, la Ley solamente merma su ámbito de ejercicio. Hay que agregar algo más en torno a la libertad de empresa, en términos muy esquemáticos y que solo pretenden alcanzar a lo que aquí se resuelve. Como mera posibilidad, la ley, de hecho, puede excluir a los extranjeros de participar de una actividad económica determinada: (a) en atención exclusivamente a su nacionalidad, o (b) para favorecer a todos o a algunos costarricenses que no están excluidos, o (c) en vista de la naturaleza de la actividad, o de su impacto o función social. En el primer caso, la exclusión que se basa en el dato de la nacionalidad y carece de todo propósito o finalidad, es decir, que simplemente y ciegamente califica ese dato -una suerte de ley xenófoba-, es seguramente incompatible con el régimen adoptado por la Constitución sobre los extranjeros, según lo que se ha dicho antes, y es, por ende, inconstitucional. En el segundo caso, la exclusión para favorecer a todos o a algunos costarricenses, de manera que sean éstos exclusivamente los que aprovechen de una actividad económica determinada, admite supuestos válidos, aunque presumiblemente muy limitados. Evidentemente, tales supuestos deben juzgarse caso por caso, con arreglo a las disposiciones y principios constitucionales que configuran aquel régimen. Finalmente, la exclusión que atiende a la naturaleza de la actividad de que se trata, o de su impacto o función social, es la que parece admitir el mayor número de supuestos constitucionalmente aceptables. Si en el primero de los tres casos, la exclusión es casi invariablemente discriminatoria del extranjero y por ende inválida, no ocurre necesariamente otro tanto en los dos restantes, donde el juicio positivo o negativo de validez estará determinado por la satisfacción de lo que se ha llamado en doctrina “elementos objetivadores de la diferenciación”, es decir -como se mencionó al final del considerando IV- por la medida en que el trato jurídico diferenciado atienda a una finalidad razonable, al menos compatible con la Constitución, y sea objetivo, racional y proporcionado. En la opinión de este tribunal, el

artículo 2 de la Ley -y, en general, toda ella, en tanto incide objetivamente en el reducto de la libertad de empresa- no se inscribe en el primero de los tres casos enunciados en párrafos anteriores. Si bien el discurso legislativo, en algunos momentos, incurre en sobresimplificaciones que podrían sugerir otra cosa (véase, por ejemplo, la exposición de motivos del proyecto de ley, expediente legislativo No. 7785, folio 1), lo cierto es que no se queda en ese nivel, sino que apunta a una finalidad explícita que consiste, aproximadamente, en la preservación de la identidad cultural o de la nacionalidad costarricense, y de los principios y valores que inspiran y alientan la vida de la comunidad nacional. Finalidad, dicho sea de paso, a todas luces adherida a la Constitución, y no solamente compatible con ella, con lo que se descarta por anticipado la posibilidad de que el artículo 2 pudiera ser inconstitucional en virtud de la finalidad servida por esa norma. Con lo cual queda dicho, además, que la Ley no profesa la exclusión de los extranjeros -no como finalidad manifiesta- para favorecer a los costarricenses con el aprovechamiento exclusivo de una actividad económica. Es decir, la finalidad objetiva de la ley no es reservar para los costarricenses una actividad económica, en cuanto pura actividad económica -sea, el aprovechamiento de las empresas que se dedican a la explotación de los medios de difusión y las agencias de publicidad-. Si bien la Ley tiene efectos o consecuencias en este orden de cosas, que podría llamarse el orden de las relaciones económicas, los antecedentes legislativos no dan cuenta de que el legislador dictara la ley con una finalidad de esa clase. Por eso, el discurso legislativo nunca alude expresamente (ni implícitamente) al tópico de la libertad de empresa. La restricción que de hecho se creó en este orden es, a lo sumo, una consecuencia del medio empleado por la Ley para lograr aquella señalada finalidad, la que el legislador realmente tenía en mente. De manera que el artículo 2 se inserta en el tercero de los supuestos mencionados: la exclusión de los extranjeros habida cuenta de la peculiar naturaleza y de las repercusiones sociales de la actividad restringida. El legislador constata el hecho real del papel vital de los medios de difusión y las agencias de publicidad en la percepción individual y colectiva de la realidad, en la definición del curso de los acontecimientos y en la configuración de la cultura, y a la vista de este fenómeno ordena la exclusión como medio para lograr la siguiente finalidad: resguardar el modo de ser nacional, los valores en que se funda la cultura o la identidad nacionales. Naturalmente, el medio

concebido para ir hacia esa finalidad es idóneo para el legislador porque él interpreta que los extranjeros (o, al menos, algunos de ellos), por el hecho de serlo, son una influencia perniciosa para “la manera de ser del costarricense” (véase el expediente legislativo, folio 1). Una variante más amplia y sofisticada, a partir de este argumento, empleada en el debate sobre la Ley, dice: “Nosotros podemos poner limitaciones... al control de los medios, porque ese control puede ser un poder mucho mayor que el poder de convicción que tiene la palabra. El hecho de que a un extranjero le permitamos expresar su pensamiento, la fuerza o las consecuencias de ese hecho dependen del poder de convicción de la palabra que tenga ese extranjero, pero permitirle controlar un medio de comunicación, es llegar al punto de permitirle no sólo convencer a los demás, sino impedirle a los demás, impedirle a otros que convenzan a los demás, y orientar toda una política de penetración constante en un determinado sentido, que puede ser contrario al interés del país” (véase el expediente legislativo, a folio 153). Así lo ha comprendido la Procuraduría General de la República en el informe rendido a solicitud de la Sala, en el que dice entre otras cosas: “Los medios de difusión y las agencias de publicidad deben permanecer en propiedad de los costarricenses, a fin de fortalecer el sistema democrático... En lo tocante a medios de difusión y agencias de publicidad, éstos deben ser reservados a los costarricenses por tratarse del ejercicio de un verdadero poder en relación a libertades públicas fundamentales para el desarrollo democrático... Los extranjeros, si llegasen a ser propietarios de medios y agencias, podrían, con participación de comunicólogos, distorsionar nuestras valoraciones democráticas, en perjuicio de la proclama del numeral 1 constitucional que define a Costa Rica como una República democrática, libre e independiente” (véase a partir del folio 28).

Si se examinan los antecedentes legislativos, se colige fácilmente que el legislador, persiguiendo la ya mencionada finalidad (en suma, proteger la cultura nacional contra la influencia perniciosa de los extranjeros), centró su atención (durante el proceso legislativo) en el valladar que para sus propósitos suponía la libertad de información, pero no la libertad de empresa (de la que explícitamente no se ocupó en absoluto). No obstante, la finalidad que se impuso le acuciaba tanto, que el discurso legislativo se detiene prolongadamente en concebir las condiciones y mecanismos que aseguren la exclusión de los

extranjeros, pero no es (ni de lejos) extenuante en punto al problema de si esa separación era un medio proporcionado a la finalidad, o, de otro modo, si se equilibraban de manera suficiente la limitación que se introducía en la esfera disponible para que los extranjeros ejercieran sus libertades, con la magnitud constitucionalmente reconocida a estas mismas libertades y a su titularidad en cabeza de extranjeros. El legislador sí fue advertido de que el trato diverso dado a los propios costarricenses en atención al distinto origen de su nacionalidad podía ser excesivo (véase el expediente legislativo, folios 153 y siguientes), y de que la Ley, en general, repercutía innegablemente en el área de la libertad de expresión (idem, folio 162). Sin embargo, dada la finalidad de la Ley, la exclusión temporal (por diez años) de los costarricenses por naturalización, junto a la definitiva de los extranjeros, es coincidente con la aversión que la motivación de la Ley parece sentir por la diversidad cultural; hasta se está tentado a pensar que para la Ley, es necesario un lapso de purificación y homogenización de los naturalizados, que en esta óptica siguen siendo, por un buen rato, “un poco extranjeros” en su propio país.

VI. EL TRATO DESIGUAL. De lo que va referido, se obtiene, en síntesis, que el artículo 2 es un supuesto de excepción del trato paritario debido a los extranjeros, según la Constitución, en materia de libertad de empresa. El supuesto de hecho que sirve de soporte a la excepción -la condición de extranjeros- está autorizado por la Constitución. La finalidad a que la norma se subordina adhiere al sentido íntimo del texto fundamental. La Sala, sin embargo, considera que el contenido del artículo 2 configura un caso de trato desigual injustificado de los extranjeros, y, por ende, estima que ese artículo es inconstitucional. En el criterio del tribunal, la exclusión absoluta que allí se establece es desproporcionada, valga decir, carece de racionalidad. Si la finalidad de la Ley, como ha quedado admitido, es que los medios de difusión y las agencias de publicidad no se conviertan en un instrumento de degradación de los valores y principios que conforman la cultura nacional, el modo de ser o la identidad de la nacionalidad costarricense, la cuestión es si la exclusión absoluta de los extranjeros del régimen de propiedad de unos y otras es un medio convincente o adecuado a ese propósito, capaz de soportar válidamente un supuesto de excepción al reconocimiento de un derecho. Se trata, obsérvese bien, de la completa

y definitiva supresión de una libertad de la que de otro modo los extranjeros gozarían: la libertad de empresa en un ramo específico, y no simplemente de una restricción (como sería por ejemplo, someter a una magnitud limitada la participación en el régimen de propiedad de medios y agencias). En opinión de este tribunal, mal puede aceptarse que la integración o la participación de los extranjeros en los procesos de evolución, cambio y desarrollo de la cultura nacional han surtido un efecto negativo o adverso. Se está, en cambio, dispuesto a aceptar lo contrario. Si la misma Constitución prescribe, entre otros posibles, un régimen de equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros, no puede ser sino porque asume que la agregación de estos últimos a la vida nacional tiene o puede tener, en general, consecuencias valiosas. Es evidente que lo que se predica en general, puede ser desmentido en algunos casos concretos y particulares -es decir, con respecto a personas determinadas y a sus actividades irregulares o antijurídicas-, pero esta circunstancia no desacredita el espíritu y el buen sentido de la Constitución. Ahora bien: la lógica y la dinámica de la explotación económica de los medios de comunicación y de las agencias de publicidad puede causar el efecto erosivo de lo costarricense que preocupa al legislador; dadas ciertas condiciones o modos de operación, puede, por ejemplo, obstaculizar o enervar el despliegue de las posibilidades del principio democrático, cuya importancia es tal que -como apunta la Procuraduría General de la República- está inscrito en el mismo umbral de la Constitución. De allí que, por ejemplo, en lo que toca al giro típico de las agencias de publicidad, el legislador puede ser movido -sin que necesariamente esto signifique un exceso- a pautarlo de modo que mermen las posibilidades o las tendencias de manipulación de los consumidores, estableciendo ciertas restricciones, imponiendo determinados deberes, o creando órganos y procedimientos que las contrapesen; asimismo, en lo referente a los medios de comunicación y habida cuenta de su singular y decisiva función social, el legislador puede -actuando dentro de los límites que supone la existencia de personas dotadas de derechos- procurar condiciones que impidan la concentración del poder de la comunicación en personas o grupos dotados de poder económico, es decir, la formación de monopolios de opinión, no importa si tales personas, grupos o monopolios son nacionales o extranjeros, es decir, hecha abstracción de su nacionalidad: puede hacerlo, además y a manera de ejemplo, potenciando la

participación de medios de comunicación públicos neutrales, o incluso removiendo la interferencia indebida que causen los centros de poder económico, fuere cual fuere su nacionalidad, en la independencia de los medios. En esta tesitura, el recurso al criterio de la nacionalidad y la consiguiente exclusión absoluta de los extranjeros de la propiedad de los medios y de las agencias como instrumento de preservación de la cultura nacional y sus valores y principios, contraría, por una parte, el aprecio de la Constitución por la diversidad cultural y el incentivo que en esta materia supone la agregación de extranjeros a la vida nacional -con independencia del hecho de que la existencia de la medida no ha impedido la incidencia del factor foráneo, sobre todo mediante las nuevas tecnologías que los medios de comunicación y las agencias de publicidad aprovechan para traspasar las barreras nacionales-; pero, por otra parte -más grave todavía-, si la Ley acude a la exclusión absoluta de los extranjeros como vía única para impedir los fenómenos monopolísticos en el ámbito de la comunicación y la publicidad, simplifica la compleja realidad de este problema, más cercano a los alcances y posibilidades de desbordamiento del puro poder económico, que -propriadamente- al tema de la nacionalidad. En este último sentido, el castigo indiscriminado de la nacionalidad -indiscriminado tanto porque opera respecto de todos los medios, no obstante sus evidentes diferencias; porque no considera la diversa naturaleza de medios y agencias, y las consecuencias sociales de la actividad que unos y otras despliegan; en fin, porque la atención exclusiva al hecho del origen nacional sustrae más allá de lo prudente la consideración de los riesgos de la concentración del poder de la comunicación que se derivan del factor económico- es inadecuado para la obtención del objetivo moderador que puede también atribuirse a la Ley, que como se dijo antes, no incursiona en otras vías eficaces para lograr este objetivo: vías que no afectan tanto como la prohibición absoluta los derechos y libertades, o que podrían hacerlo en menor y más razonable medida. De allí que el artículo 2 de la Ley, en conjunto, carece de racionalidad, sea, en cuanto prescribe una prohibición absoluta que se carga a los extranjeros por razón exclusivamente de su nacionalidad; en consecuencia, el artículo 2 -en cuanto a esta regla concierne- es inconstitucional.

VII. Los costarricenses por naturalización. El artículo 2 de la Ley excluye también del régimen de propiedad de los medios de comunicación

y de las agencias de publicidad a los costarricenses que lo sean por naturalización, si no tienen al menos diez años de haber adquirido la nacionalidad. Este período de aclimatación, de origen estrictamente legal, requerido para el ejercicio de las libertades que aquí se han mencionado, es contrario al principio de igualdad. El diverso origen de la nacionalidad solo puede fundar una distinción relevante en los casos en que es la misma Constitución la que dispone tal cosa, porque para todos los demás esa circunstancia no es razón válida para excepcionar del principio. Esta es la consecuencia que se desprende de la generalidad del principio, tal como lo expresa el artículo 33 de la Constitución en la parte que dice: "Todo hombre es igual ante la ley..." En esta materia, pues, el legislador tiene un límite insuperable: sencillamente, la Constitución se ha reservado para sí la diversidad de trato de los costarricenses por razón del origen de la nacionalidad, haciendo uso de esta reserva en hipótesis contadas y muy significativas; así, por ejemplo, cuando regula el ejercicio del sufragio en el artículo 94, o al establecer requisitos de elegibilidad para ciertos cargos públicos, como en los artículos 108 y 131.

VIII. El artículo 10 de la Ley. Se pide también la inconstitucionalidad del artículo 10 de la Ley No. 6220, de conformidad con el cual los actos jurídicos contrarios a lo que ella dispone "serán absolutamente nulos y no tendrán valor ni efecto." Ahora bien: constriñéndose el juicio de la Sala al artículo 2, por requerirlo así el actor, resulta que el artículo 10, dada su generalidad, es aplicable en hipótesis que se deducen de aquel artículo, pero también en otras diferentes, no comprendidas en él. El resultado de declarar inconstitucional el artículo 2 es, lógicamente, que el artículo 10 reduce su ámbito de aplicación lícito, ámbito del que queda excluida la materia impeditiva del artículo 2. Pero esta circunstancia deja ver que el artículo 10 no es -por sí mismo- inconstitucional, y que nada impide que se conserve para todos los casos no afectados por la presente sentencia.

IX. Conclusión. Finalmente, con fundamento en las anteriores consideraciones, es preciso estimar la acción en lo que hace al artículo 2 de la Ley No. 6220 de 20 de abril de 1978, y desestimarla en lo demás.

PORTANTO

Se declara con lugar la acción en lo que hace referencia al artículo 2 de la Ley No.6220 de 20 de abril de 1978, el cual, en consecuencia, se anula por inconstitucional. Esta sentencia es declarativa y retroactiva a la fecha de vigencia de la norma que se anula, salvo los derechos adquiridos de buena fe. En lo demás, se declara sin lugar la acción. Comuníquese esta Sentencia a la Asamblea Legislativa y al Poder Ejecutivo. Reséñese en el Diario Oficial La Gaceta y Publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese.

Luis Paulino Mora M. Presidente /Eduardo Sancho G./Carlos Ml. Arguedas R./Ana Virginia Calzada M./José L. Molina Q./Hernado Arias G./Alejandro Rodríguez V.

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=81198&strTipM=T&strDirSel=directo

1995

**INCONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO EJECUTIVO POR
REGULAR ESPECTÁCULOS PÚBLICOS. MATERIA RESERVA DE LEY.
RESOLUCIÓN NO. 169-1995**

Resolución No. 4943-2004

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD N°0661-P-90

DISTRIBUIDORA LATINOAMERICANA DE PELICULAS

DECRETO EJECUTIVO N°3341-G DEL 5 DE NOV. DE 1973

Exp. N0661-P-90 VOTO N0169-95

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las quince horas cuarenta y cinco minutos del diez de enero de mil novecientos noventa y cinco.

Acción de inconstitucionalidad #661-90 interpuesta por Federico Carcheri Schwartz, mayor, casado, empresario, panameño, con cédula de residencia #280-95934-4425, en su carácter de presidente y representante judicial de la empresa Distribuidora Latinoamericana de Películas S.A., cédula jurídica #3-101-042354, en contra de los artículos 750, 751 y 755 del Decreto Ejecutivo #3341-G de 5 de noviembre de 1973, que reformó el Libro V del Reglamento #5 de 31 de enero de 1962, por considerarlos contrarios a los artículos 7° y 29 de la Constitución y 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la Ley #4534 de 23 de febrero de 1962, así como el artículo 6° de Ley General de la Administración Pública y 2° del Código Civil.

RESULTANDO:

I.-

La acción fue presentada el 15 de mayo de 1990, teniendo como asunto previo el juicio contencioso administrativo #2376-89 que se tramita ante el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en el cual se alegó la inconstitucionalidad de las normas impugnadas (folio 5). El accionante fundó su impugnación en el derecho

de todos los costarricenses a expresar libremente sus pensamientos, reconocido por el artículo 29 de la Constitución; consideró que una película cinematográfica es una obra conceptual que contiene el pensamiento de sus creadores, siendo responsables únicamente por los abusos que cometa, pero en el sistema nuestro no cabe la censura previa y por ello no se pueden impedir los espectáculos públicos, sino sancionar los abusos en los casos que la ley establezca. En nuestro país el sistema es represivo o sancionador, pues radica en la inexistencia de censura previa y como única excepción la posibilidad de sancionar a la persona si su acción infringe alguna ley previa, lo cual difiere de otros países en los que sí se admite un régimen preventivo. Por esto el Decreto #3341-G viola la norma constitucional citada. También infringe el artículo 7° de la Constitución, en tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos que goza de jerarquía superior a la ley, en el artículo 13 párrafo 4° admite por excepción que los espectáculos públicos pueden ser sometidos a censura previa establecida por ley, no por Decreto, con el objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. Partiendo del hecho de que la norma es concreta para ser aplicada a un caso especialísimo y limitativa, no puede ampliarse para prohibir los espectáculos públicos a los mayores de edad, quienes tienen pleno ejercicio de sus libertades.

II.-

La acción fue admitida por resolución de la Presidencia de la Sala, de las 15:00 horas del 6 de junio de 1990 (folio 12) y los edictos de ley se publicaron en los números 127, 128 y 129 del Boletín Judicial de los días 6, 9 y 10 de julio de 1990. El 27 de setiembre se celebró la audiencia oral prevista en el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (folio 36).

III.-

La Procuraduría General de la República contestó la audiencia de ley el 27 de julio de 1990. Ese órgano, luego de un análisis histórico sobre el origen de la Comisión Nacional de Espectáculos Públicos, concluyó que es la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia la norma de rango legal habilitante del Decreto impugnado, de manera que ocurre aquí el fenómeno que la doctrina define como de delegación recepticia, por el

que la norma reglamentaria incorpora a la ley delegante cierto contenido previsto por el legislador, por lo que la norma reglamentaria adquiere el carácter de verdadera ley. Explicó que el artículo 28 de la Constitución admite regulaciones en cuanto a acciones de los individuos que dañen la moral o del orden públicos o que perjudiquen a terceros, como lo son las publicaciones en el cine de expresiones que causen esos efectos. Este principio también se desprende del artículo 50 que dispone que “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país...” y citan doctrina y jurisprudencia extranjera que ilustran la interpretación de norma similares para admitir como necesario que el Estado esté dotado de poder coactivo a fin de cumplir esos objetivos y sobre todo a evitar que los espectáculos públicos sean un instrumento de incitación a la violencia criminal y a comportamientos antisociales. Agregó que las decisiones de la Comisión de Censura pueden ser impugnadas ante los tribunales de justicia, lo que garantiza plenamente la fiscalización de arbitrariedades en el análisis de cada caso concreto. Citó además el artículo 75 de la Constitución que declara la religión católica como la del Estado y permite la libertad de cultos, pero en tanto no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres y el 113 de la Ley General de la Administración Pública, por el cual en la apreciación del interés público se tendrá en cuenta los valores de la seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no se puede anteponer la conveniencia, por lo que no existen libertades absolutas. Como ejemplo señaló la libertad de tránsito bajo ciertas limitaciones (art. 22), la inviolabilidad del domicilio, con limitaciones por seguridad y policía (art.23), las comunicaciones orales y escritas (art. 24). En cuanto al propio artículo 29, consideró que protege la comunicación del pensamiento de palabra o por escrito, pero el cine y la televisión no están protegidos por la norma. Finalmente, la Procuraduría consideró que el artículo 29 debe interpretarse en armonía con los artículos 28, 50 y 75 constitucionales y como el Decreto ha sido promulgado en ejecución de la Ley de Defensa Social, solicitó que se declare sin lugar la acción.

IV.-

Esta sentencia se dicta fuera de plazo, en ejercicio de la facultad otorgada a esta Sala por el Transitorio II de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

CONSIDERANDO:

I.- La acción es admisible porque cumple los requisitos establecidos en los artículos 73, 75, 78 y 79 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se invocó la inconstitucionalidad en el juicio ordinario contencioso administrativo, instaurado por la empresa accionante ante el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, que se tramita bajo expediente #2376-89, en contra del pronunciamiento dictado por la Oficina de Censura el 8 de mayo de 1989 por el que se prohibió la exhibición de la película denominada "Grita por Ayuda".

II.- La acción fue presentada el 15 de mayo de 1990 y, posteriormente, el Poder Ejecutivo, por Decreto Ejecutivo #20373-J del 29 de abril de 1991, modificó en su totalidad el #3341 de 5 de noviembre de 1973, que a su vez había modificado el Título V del Reglamento #5 de 31 de enero de 1962, de manera que las normas impugnadas -los artículos 750, 751 y 752 del #3341- tienen una nueva denominación y contenido. El texto de esas normas era el siguiente:

"Artículo 750.- La autorización, calificación y control de espectáculos públicos de toda clase, de las emisiones de radio, de televisión e introducción al país, venta o distribución pública de revistas y literatura ilustrada de cualquier clase, así como las producidas en el país, estarán a cargo del Ministerio de Gobernación, que los ejercerá por medio de la Oficina de Censura con fundamento en las leyes respectivas y las normas contenidas en el presente reglamento.

"Artículo 751.- En general no se podrá negar o restringir la exhibición de espectáculos públicos, de radio o de televisión, salvo cuando así llegue a determinarse, de algún modo señalado en este Reglamento, por la Oficina de Censura o por el Tribunal Superior en su caso y por las siguientes causas:

a) Prohibición: Cuando tal expresión pública implique, debido a la transgresión de normas legales, morales o de trato social vigentes, un específico estado de amenaza para la sociedad costarricense, o cuando el espectáculo sea de muy baja calidad en su aspecto técnico o artístico.

b) Restricción: Cuando por especiales circunstancias relativas a la moral o a la educación, sea necesario restringirlos o limitarlos en la forma que aquí se dispone.

“Artículo 755.- Las exhibiciones cinematográficas, conforme a lo previsto en el artículo 751 de este Reglamento, tendrán la siguiente clasificación:

a) Restrictiva:

Sólo para mayores de 18 años.

Para mayores de 18 años y mayores de 14, acompañados de persona adulta.

Sólo para mayores de 14 años.

b) Preventiva:

Inconveniente menores de 18 años.

Inconveniente menores de 14 años.

Inconveniente para niños.

c) Libre: De libre exhibición.

La oficina de Censura podrá recomendar sin obligatoriedad, la exclusión de otros grupos de edades que no sean los señalados en el inciso a) del Artículo 751 de este artículo.

Las películas que infrinjan lo dispuesto en el inciso a) del artículo 751 de este Reglamento no podrán exhibirse».

Las normas equivalentes del nuevo Decreto Ejecutivo #20373-J del 29 de abril de 1991 son los artículos 3° y 4° que dicen:

“Artículo 3°.- Corresponde al Consejo:

a) Diseñar las políticas en materia de regulación, clasificación, orientación y supervisión de las actividades señaladas en el artículo siguiente y, tomar los acuerdos necesarios para la ejecución de dichas políticas, las cuales serán de acatamiento obligatorio para las personas

físicas y jurídicas relacionadas con actividades contempladas en el presente reglamento.

b) Conocer en segunda instancia y en forma definitiva en vía administrativa los acuerdos de la Comisión de Espectáculos Públicos.

c) De acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, elaborar las directrices apropiadas para proteger a la infancia de toda información y material perjudicial para su bienestar.

ch) tomar las medidas adecuadas para evitar la difusión de espectáculos que pretendan subvertir el orden, la salud mental o la moral pública, así como la difusión de programas en favor de la guerra, la perversión infantil, la violencia juvenil, el odio racial, religioso o la discriminación de géneros.

d) Para el cumplimiento de las funciones indicadas el consejo debe elaborar las tipologías de clasificación modernas y técnicamente concebidas.

e) Recomendar al Ministerio de Educación Pública, programas concretos tendientes al desarrollo de una capacidad crítica entre los niños y los jóvenes, con respecto a los espectáculos públicos y los medios que los transmiten.

f) Suscribir convenios con instituciones similares de otros países, a efecto de promover la exhibición de películas u otros espectáculos contemplados en la presente ley, de alto valor artístico, social, cultural y educativo”.

“Artículo 4º.- Las actividades reguladas por el presente reglamento son, de acuerdo con los mandatos legales de prevención del delito y protección de la infancia, las siguientes:

a) Radio.

b) Cine.

c) Televisión, sea por medios inalámbricos, por cable, vía satélite o cualesquiera otras formas de transmisión.

ch) Introducción, venta y distribución de discos, cintas magnetofónicas, videocasete o similares.

d) Introducción, venta y distribución de revistas ilustradas.

e) Espectáculos vivos.

f) Cualquier otro espectáculo público, entendiéndose como tal: toda función, representación, transmisión o captación pública que se lleva a cabo en cualquier lugar que congregue personas con el objeto de presentarlas u oírlas. Esta congregación no tiene que ser necesariamente física, corporal o material, basta que los espectáculos estén unidos o que potencialmente estén unidos mediante la sintonización de la misma onda, canal, cable o cualquier otra forma de transmisión o comunicación que se creare.”

III.- Comparando el contenido de estas reglas, es claro que las actuales eliminaron la censura por motivo de transgresión a normas de trato social o que el espectáculo sea de muy baja calidad técnica o artística -art. 751-. En los demás criterios, existe coincidencia como se verá. El artículo 751 del Decreto 3341-G de 1973 estableció los siguientes criterios de censura:

1.- La transgresión de normas (inc. a):

1.1.- legales,

1.2.- morales,

1.3.- de trato social vigentes;

2.- Un específico estado de amenaza para la sociedad costarricense (inc.a)

3.- El espectáculo sea de muy baja calidad artística o técnica. (inc. a)

4.- Circunstancias especiales relativas a:

4.1.- la moral,

4.2.- la educación

El Decreto #20373-J de 1991 definió estos criterios así:

1.- Proteger a la infancia de toda información y material perjudicial para su bienestar,

2.- La subversión de (inc.ch):

2.1.- el orden público,

2.2.- la Salud mental pública,

2.3.- moral Pública,

3.- Programas en favor de (inc. d)

3.1.- la guerra,

3.2.- la perversión infantil,

3.3.- la violencia juvenil,

3.4.- el odio:

3.4.1.- nacional,

3.4.2.- racial,

3.4.3.- religioso,

3.5.- La discriminación de géneros.

Por lo anterior, en esta acción de inconstitucionalidad debe analizarse también los artículos 3° y 4° del Decreto Ejecutivo #20373-J del 29 de abril de 1991, que subsumen el contenido de los arts. 750, 751 y 755 del Decreto anterior, hoy derogados.

IV.- En la acción de inconstitucionalidad #2211-91, planteada por la "Corporación Costa Plateada S.A." y "El Mesón Latinoamericano S.A.", por sentencia #1156-94 de las 15:45 horas del 1 de marzo de 1994 esta Sala declaró inconstitucionales los artículos 20 y 27 del Decreto #20373-J de 29 de abril de 1991, el cual otorgaba al Consejo Nacional de Espectáculos Públicos y Afines y a la Comisión de Espectáculos Públicos la competencia para la calificación y clasificación de esos espectáculos

y regular esas actividades, por lo que, como consecuencia de esa declaratoria, se eliminaron esas competencias. En su parte dispositiva, además, se dispuso que:

“Las restricciones impuestas por los órganos administrativos competentes a la luz de esas disposiciones y en contravención con esta sentencia, se tendrán por no puestas, también a partir de la publicación íntegra de esta resolución”.

De ahí que las mismas razones que fundamentaron la estimatoria de la anterior dan lugar a la de la presente.

V.- En aquella sentencia la Sala consideró que:

“En cuanto a los alegatos de fondo planteados en la acción, debe indicarse que si bien es cierto el artículo 29 de la Constitución Política establece el derecho de todos a comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y a publicarlos sin censura previa, así como la obligación de responder por el abuso en el ejercicio de ese derecho, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, en su artículo 13.4 la que se refiere expresamente a los espectáculos públicos, expresando literalmente que:

“Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2)”.

Tales regulaciones deben estar previstas en la ley, con el propósito de asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o a la salud o la moral públicas. De lo expuesto derivan tres aspectos fundamentales, en lo referido a la libertad de expresión, y, en concreto, a la regulación de los espectáculos públicos: por un lado, que sólo por ley formal puede intervenir en esta materia (con los matices que en adelante se indicarán); en segundo que esa regulación sólo es válida si se lleva a cabo dentro de los supuestos que prevé el párrafo segundo del artículo 28 de la Constitución; y, finalmente, que la regulación previa de esos espectáculos puede hacerse para proteger el acceso a ellos de menores de edad.

III. Las regulaciones a la libertad de expresión -y la presentación de espectáculos públicos-, como las de toda otra libertad constitucional, están sujetas al principio de reserva de ley, según se desprende del texto expreso del artículo 28 de la Constitución, principio cuyos alcances fueron definidos por esta Sala en el pronunciamiento #3550-92 de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos, conforme al cual:

“...a) En primer lugar, el principio mismo de “reserva de ley”, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-;

b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente, su “contenido esencial”;

c) En tercero, que ni aún en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer...”

Los principios expuestos son enteramente aplicables a los espectáculos públicos, de manera que éstos únicamente pueden regularse mediante ley formal, la que puede ser desarrollada válidamente por el reglamento ejecutivo, siempre y cuando este último no exceda los alcances en ella fijados. No es de recibo entonces el argumento de la Procuraduría General de la República, en el sentido de que al otorgársele al Ministerio de Justicia y Gracia potestades generales par regular las políticas de prevención del delito se le está facultando para imponer irrestrictamente limitaciones a la libertad de expresión, y consecuentemente a la presentación de espectáculos públicos, mucho menos por la vía de los decretos autónomos, dado que como se expuso, el régimen constitucional de la libertad de expresión, cuya base se encuentra en

los artículos 28 y 29 de la Constitución y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, impide la regulación previa de los espectáculos públicos, salvo cuando se trate de regular el acceso a ellos en defensa de la infancia y de la adolescencia, facultad que sólo podría regularse a través de un reglamento cuando estemos en presencia de una ley habilitante, cuyos alcances aquél esté llamado a desarrollar.

IV. El Reglamento 20373-J se dictó con base en las facultades que otorga al Ministerio de Justicia el inciso 20 del artículo 140 de la Constitución Política, mas no en la facultad reglamentaria ejecutiva de los incisos 3) y 18) de esa norma, razón por la cual, tratándose en la especie de un reglamento autónomo, no puede éste interferir, sin violar el principio de reserva de ley, en la regulación del ejercicio de derechos fundamentales. La única regulación previa que puede imponerse a los espectáculos públicos -aún por medio de la ley- es la que se refiere al acceso a éstos de los menores de edad, a fin de garantizar "...la protección moral de la infancia y la adolescencia...2 (artículo 13 del Pacto de San José). Consecuentemente, los artículos 20 y 27 del Reglamento son inconstitucionales, en cuanto otorgan potestades al Ministerio de Justicia, a través de los órganos competentes para regular los espectáculos públicos, de manera no reglamentada por la ley...

"...Es criterio de la Sala que si, como se expuso anteriormente, sólo es posible regular previamente los espectáculos públicos cuando de la protección moral de la infancia y la adolescencia se trate, el incumplimiento de las medidas preventivas que en protección de ese sector de la población impongan las autoridades administrativas competentes, tanto como el de las regulaciones posteriores a la presentación de esos espectáculos públicos, generadas en el ejercicio abusivo de esa libertad, sí son susceptibles de ser sancionadas, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, dependiendo de la gravedad de la lesión. La norma transcrita establece que la presentación de espectáculos públicos sin la licencia correspondiente, o sin el cumplimiento de los requisitos legales o reglamentarios aplicables, se reprimirá penalmente según los extremos allí indicados, potestad sancionatoria que, en criterio de la Sala es constitucionalmente posible, en el tanto se interprete y aplique en el sentido de que las licencias o autorizaciones a que se refiere esa norma sean establecidas por la ley, o

en su caso, por los reglamentos ejecutivos de aquélla, de conformidad con lo expuesto en los considerandos que preceden; pues lo contrario implicaría facultar al poder público para sancionar penalmente la violación de normas reglamentarias y otras de menor rango que, de conformidad con las normas, valores y principios integrantes del Derecho de la Constitución, son insuficientes para regular el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales acordados en favor de todas las personas.” (Sentencia #1156-94, de las quince horas cuarenta y cinco minutos del primero de marzo de mil novecientos noventa y cuatro).

VI.- Así, de la inconstitucionalidad declarada en esa sentencia, se deriva necesariamente la de los artículos 750, 751 y 755 del Decreto Ejecutivo #3341-G de 5 de noviembre de 1973, así como la de los artículos 3° y 4° del Decreto Ejecutivo #20373-J del 29 de abril de 1991, por su conexión o consecuencia, en los términos del artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pues de ningún modo cabría interpretar, como lo hace la Procuraduría General, que las normas reglamentarias impugnadas tendrían rango de ley (v. folio 18 vt.) en virtud de que se operó el fenómeno de la delegación recepticia. En esta materia no son posibles las leyes delegadas -dictadas por el Poder Ejecutivo, con rango de ley- porque violarían lo dispuesto en el artículo 9° constitucional, como tampoco lo son los reglamentos delegados -dictados por el Poder Ejecutivo, con rango de reglamento, que regulen materia reservada a la ley- porque resultarían contrarios al artículo 9° con relación al 28 de la Constitución Política, ya que ni la propia Asamblea Legislativa puede delegar en el Poder Ejecutivo la regulación de materias reservadas a la ley.

POR TANTO:

Se declara con lugar la acción y se anula por inconstitucionales los artículos 3° y 4° del Decreto Ejecutivo #20373-J en los mismos términos de la sentencia #1156-94 de las 15:45 horas del 1 de marzo de 1994, inclusive en cuanto establece que “las restricciones impuestas por los órganos administrativos competentes a la luz de esas disposiciones y en contravención de esta sentencia se tendrán por no puestas”, a partir de la publicación íntegra de dicha sentencia. Esta sentencia es declarativa y sus efectos retroactivos a la fecha de publicación de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Notifíquese,

reséñese en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial.

Luis Paulino Mora M.

Presidente.

R. E. Piza E.

Jorge E. Castro B.

Luis Fernando Solano C.

Eduardo Sancho G.

Carlos Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M.

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=81380&strTipM=T&strDirSel=directo

**PRUEBA DE LA VERDAD EN LOS DELITOS CONTRA EL HONOR.
LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA DE LA VERDAD EN EL DELITO
DE INJURIAS, NO LESIONAN EL DERECHO DE DEFENSA
DEL ACUSADO NI EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA
LEY CONSAGRADO EN EL NUMERAL 33 CONSTITUCIONAL.
RESOLUCIÓN NO. 3150-1995**

Exp. 3667-E-93 No 3150-95 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diecisiete horas treinta y nueve minutos del catorce de junio de mil novecientos noventa y cinco.

Acción de inconstitucionalidad de Mario Soto Baltodano, mayor, soltero, abogado, vecino de San José, con cédula 4-116-267, en su condición de defensor particular de Rocío Cordero Cano de calidades no indicadas contra el artículo 149 del Código Penal. Interviene la Procuraduría General de la República representada por su Procurador General Adjunto, Farid Beirute Brenes, vecino de San José, cédula uno-trescientos noventa y cuatro-seiscientos setenta y tres.

RESULTANDO

1º).- La acción se interpone invocando como asunto previo, la querrela que por el delito de injurias, se tramita ante el Juzgado Quinto Penal de San José contra la defendida del accionante y tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad del artículo 149 del Código Penal, en tanto prohíbe la prueba de la verdad en el delito de injurias, por los motivos que a continuación de indican: a) El Código Penal admite, en forma expresa, que quien enfrenta proceso por los delitos de calumnia y difamación calumniosa pueda probar la verdad de su dicho. Sin embargo, tratándose del delito de injurias la norma cuestionada impide al acusado acreditar la veracidad de la afirmación, a menos que exista un interés público actual o que el propio querellante así lo solicite, siempre que tal prueba no afecte a derechos o secretos de terceras personas. Lo apuntado constituye una discriminación irrazonable que viola el principio de igualdad ante la ley que consagra el artículo 33 constitucional. En efecto, se afirma que no existe razón jurídica alguna que justifique limitar al acusado la posibilidad de defenderse probando la verdad de su afirmación especialmente cuando ello sí es posible tratándose de otros delitos contra el honor. Para el accionante siendo

idéntico el bien jurídico tutelado, no es constitucionalmente admisible discriminar entre una figura penal y otra. b) Que la prohibición de admitir la prueba de la verdad en este tipo de delitos lesiona groseramente el derecho de defensa del sometido a proceso, quien ve de esta manera disminuidas sus posibilidades de resultar absuelto. c) Se restringe de manera inadmisibles la libertad de expresión, al impedir a las personas decir oralmente o por escrito aquello que, aunque moleste al agraviado, pueda resultar cierto.

2°).- La Procuraduría General de la República, representada por el Procurador General Adjunto, Farid Beirute Brenes, informó de la siguiente manera: a) En cuanto a la admisión de la acción. en primer término la Sala debe pronunciarse sobre la inadmisibilidad de la acción por incumplimiento de las formalidades indispensables para el examen de la constitucionalidad pretendida. El ordenamiento jurídico exige al que pretenda la inaplicabilidad de una ley, el cumplimiento de ciertas formalidades cuyo carácter esencial no sólo lo determina el imperativo jurídico mediante el cual se ordena su cumplimiento, sino la lógica misma del derecho. La Sala reiteradamente ha sostenido que la acción de inconstitucionalidad, contrario a los recursos de amparo y de hábeas corpus, requiere para su interposición del cumplimiento de ciertas formalidades, que se encuentran expresamente señaladas en los artículos 75, 78 y 79 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Aún cuando el recurrente consigne que pretende la inconstitucionalidad de todo el contenido normativo del artículo 149, del libelo de interposición de la acción parece advertirse lo contrario y la Sala al dar curso a la acción precisó y delimitó el objeto de la misma en el sentido de que se tiene planteada contra el artículo 149 del Código Penal en relación con la imposibilidad de aceptar la exceptio veritatis en forma generalizada. Para la Procuraduría General, aún cuando el análisis se haga en los términos que lo pide la Sala, lo cierto es que en el caso concreto, su fundamentación, más que insuficiente, se encuentra ausente. Para acudir a esta sede no es suficiente indicar lo que dice el artículo cuestionado ni las meras afirmaciones de la existencia de la supuestas lesiones; muy por el contrario, es indispensable que existan razones y que estas se expongan claramente. Dada la ausencia de fundamentación de la presente acción, debe ser declarada inadmisibles. b) En cuanto al fondo del asunto.- Para el caso de que se considerare que la acción debe

resolverse por el fondo la posición de la Procuraduría es la siguiente: Según lo desarrolla abundante doctrina, la injuria y la calumnia y las conductas derivadas respectivamente de ambas, tutelan el mismo bien jurídico; el honor en sus distintas dimensiones según la especie de la conducta tipificada. Siguiendo una diferenciación tradicional se tutelan el honor subjetivo y el honor objetivo, dimensiones de una misma cualidad esencial que tienen una base trascendental, como es la dignidad de la persona humana. Ciertamente nos encontramos ante un caso en que se tutela un mismo bien jurídico en sus dos dimensiones. No siempre es posible separar el honor subjetivo del honor objetivo; igualmente, no se puede afirmar válidamente que en las diferentes formas de estos ilícitos penales se pueda encontrar una dimensión del honor protegida con exclusión de la otra; lo que sí se muestra es la prevalencia de una de las dos, según cada caso típico concreto. El delito de injurias se describe en el artículo 145 del Código Penal mediante la imposición de la sanción penal a quien : "...ofendiere de palabra o de hecho en su dignidad o decoro a una persona, sea en su presencia, sea por medio de una comunicación dirigida a ella." El delito de Difamación se tipifica mediante el castigo penal a quien: "...deshonrare a otro o propalare especies idóneas para afectar su reputación." Como se desprende de las disposiciones anteriores, la conducta sujeta a castigo es la que constituye un ataque a la "dignidad" o "decoro" de una persona, sea mediante una ofensa de palabra o de hecho (en presencia o mediante una comunicación dirigida a la víctima) e, igualmente, el ataque al bien jurídico mediante la ofensa divulgada o comunicada a terceros (generalmente en ausencia de la víctima pero sin que el tipo penal lo requiera así) que, dada la forma en que se hace, desacredita o deshonra. Puede configurar la injuria y la difamación, según el caso, la imputación de un hecho cierto y aún la afirmación o propalación de especies que en sí mismas, objetivamente, no son deshonrosas, si según las circunstancias de la conducta concreta, se constituyen en medios idóneos para lesionar el honor de la persona humana. La calumnia, por su parte, se describe en el artículo 147 del Código Penal así: "...atribuya falsamente a una persona la comisión de un hecho delictivo". Se explica doctrinalmente esta figura como una conducta más lesiva que la injuria en tanto es una manera de deshonrar o desacreditar a otro. Además, de su descripción típica se desprende que lo esencial es la falsedad de lo imputado, mientras que en la injuria lo es la entidad objetiva de la

imputación que ha de tener capacidad para lesionar el honor ajeno. Tanto la injuria como la calumnia son delitos dolosos. En el caso de la injuria y la difamación, el dolo concurre en el tanto en que se tenga conciencia de la naturaleza injuriosa de la afirmación, y según lo sostiene un amplio sector de la doctrina, cuando concorra el “animus injuriandi”. Nuestro legislador exige en forma expresa, como requisito de tipicidad en la injuria y en la difamación, el “animus injuriandi” como factor que excluye las eximentes de tipicidad de conformidad con el artículo 151 ibídem. En el caso de calumnia también estamos ante un delito doloso. En relación con este delito es claro que el dolo concurre en el tanto en que se tenga conocimiento de la falsedad de la imputación y que no se requiere la concurrencia de ningún animus especial. Ahora bien, tal y como se desprende de la misma descripción típica, la configuración de la injuria y la difamación no requiere que las imputaciones o afirmaciones sean falsas; se tipifica la ofensa de palabra o de hecho en la dignidad de la persona y la deshonra o desacreditamiento de la persona (que también es una lesión en su dignidad) ante terceros. Para el órgano informante dada las formas de tipificación de la injuria y la difamación, la exceptio veritatis, más que resultar una excepción improcedente en los casos no permitidos legalmente, resulta de aplicación prohibida en estos casos. Y es que, la aplicación a hipótesis distintas de las contempladas en la ley no sólo dejaría en una situación de clara vulneración del derecho al honor sino que, ampliaría los efectos lesivos de la ofensa misma. Por otra parte debe tenerse presente que el primer párrafo del artículo 149 admite la excepción de la verdad cuando esté de por medio un interés público actual. Es claro que con este concepto típico del derecho administrativo, se hace referencia al interés que es propio de la colectividad como organismo político. La ley además exige, para la procedencia de esta eximente, que el interés sea actual. Ello debe ser así porque, precisamente, la justificación político criminal de la eximente es la protección del interés público; un interés público pasado, en el tanto en que es pasado, ya dejó de ser interés público necesitado de tutela, independientemente de si en su momento fue bien o mal protegido. Por otro lado, el interés público futuro es un interés que aún no es tal en el mundo de las relaciones jurídicas. La otra posibilidad que admite la ley para la exceptio veritatis es que el mismo querellante pueda ejercer los medios para restablecer la honra que le fue lesionada, sin afectar, claro está, los derechos o secretos de terceras personas. Las

dos situaciones que prevé la ley son razonables, una en consideración al interés público, la otra en consideración a la protección del mismo honor de la persona agraviada; es decir, en protección de la dignidad humana. A diferencia de lo que se ha venido indicando en la calumnia y la difamación calumniosa, el principio que se sigue es el inverso. Lo anterior por cuanto, la calumnia constituye una ofensa al honor calificada respecto a la cual el delito de injuria guarda una relación de subsidiariedad. Lo que da entidad a la calumnia es, precisamente, la falsedad de la autoría imputada. Si es la falsedad la que le da significación penal a la conducta, lógicamente, la ausencia de ella hace desaparecer la existencia misma de la acción típica de calumnias, sin perjuicio de que, desapareciendo esa tipicidad emerja la forma penal de las injurias o la difamación calumniosa. Por eso, precisamente, en el caso de la calumnia y la difamación calumniosa la *exceptio veritatis* constituye una defensa autorizada en la forma general y, correlativamente, genera un derecho subjetivo específico, el derecho de ejercer la misma excepción. En criterio de la Procuraduría, la identidad en el bien objeto de tutela no es un factor que determine por sí mismo un tratamiento igual de la conducta, ello sería contrario a la misma lógica esencial que al menos debe presuponerse en la política criminal. Además, el honor forma parte de la personalidad del individuo. La dignidad es inherente a la condición humana y no puede admitirse en un régimen político como el nuestro, que el honor pueda o deba ser sometido a prueba, así como tampoco es admisible que no todas las personas tienen dignidad y que no todas tienen honor. El honor es un derecho humano que además se contempla expresamente como tal. Lo encontramos protegido en el artículo V de la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Asimismo, está previsto en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17; y más ampliamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11, denominada "Protección a la honra y la dignidad". Sin duda, también está protegido por nuestra Constitución Política pues, independientemente de su referencia expresa, el honor es un atributo de la persona por el mismo hecho de serlo. En conclusión, en el caso de las injurias (y la difamación injuriosa) y la calumnia, estamos ante conductas que se sancionan en protección de un mismo bien jurídico pero cuya acción material tiene una entidad distinta. Mediante la tipificación de las injurias se castiga una acción ofensiva en sí misma

(con independencia del juicio que se puede hacer sobre su verdad). Con la tipificación de la calumnia se castiga una conducta que es ofensiva en el tanto en que está constituida por la imputación de una autoría de delito que es falsa; siendo lo verdadero lo contrario a lo falso, obviamente, su demostración se constituye por sí misma en una defensa no sólo lógica sino además indispensable para el ejercicio del derecho de defensa. No puede afirmarse que los sujetos que se encuentran en la condición de imputados como autores de injurias y los que se encuentran en la condición de imputados como autores de calumnia se encuentren en la misma categoría y que por ello deba ser aplicada en forma general la *exceptio veritatis*. Por otra parte, la imposibilidad de aplicación de la *exceptio veritatis* no lesiona el derecho a la libre expresión ya que lo que se sanciona mediante la tipificación de las injurias no es la expresión de las ideas sino las ofensas. Además, en el artículo 151 el legislador estableció en forma muy clara que no son punibles como ofensas al honor los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional; el cumplimiento desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho, siempre que el modo de proceder o la falta de reserva cuando debió haberla, no demuestren un propósito ofensivo. Para la Procuraduría tampoco se produce la alegada violación al derecho de defensa ya que la no admisión de la prueba de la verdad, obviamente, no implica como correlato la necesaria sanción del imputado. La amplitud indiscutible del derecho a la defensa no puede ser interpretada como la posibilidad de generar violaciones o irrespeto de los derechos de los demás. Así, la prohibición de la prueba de la verdad, en la injuria, sólo lesionaría el derecho de defensa si se asume, en forma desde luego incongruente, que el ordenamiento nos autoriza a mortificar a las personas en el tanto en que lo hagamos con especies verdaderas como si la verdad de las especies protegidas excluyera la titularidad de las personas respecto al bien jurídico; es decir, el honor. Con fundamento en todo lo expuesto se pide a la sala declare la inadmisibilidad y subsidiariamente la desestimación de la acción.

3°).- La audiencia oral de este asunto, se celebró el día treinta de marzo de mil novecientos noventa y cinco y los avisos de ley fueron publicados en los Boletines Judiciales números 218, 219, 220 los días 16, 17 y 18 de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

4°).- En los procedimientos se han observado los trámites de ley y esta resolución se dicta conforme a las disposiciones del artículo transitorio II de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y sus reformas.

Redacta el Magistrado Sancho González; y,

CONSIDERANDO

I).- Sobre el primer aspecto levantado por la Procuraduría General de la República, en torno a la inadmisibilidad de la acción por ausencia de fundamentación, la Sala al dar curso a la acción delimitó el objeto de análisis del artículo 149 del Código Penal a la prohibición de la excepción de la verdad (locución latina: *exceptio veritatis*) tratándose del delito de injurias. Ahora bien, aún cuando pueda aceptarse que los argumentos de la acción no son extensos o muy elaborados, la Sala considera que en el libelo de interposición de la acción si encuentran los alegatos de inconstitucionalidad que echa de menos la representación del Estado. Precisamente por ello la Sala no previno al gestionante, como se estila en estos casos, ampliar su argumentación. Consiguientemente, la acción resulta admisible para su análisis de fondo.

II).- El título III, Sección Unica, de nuestro Código Penal se ocupa de los delitos contra el honor. Las disposiciones normativas 145, 146 y 147 tratan, por su orden, de la injuria, la difamación y la calumnia. Tal y como lo señalan tanto el accionante como la Procuraduría General de la República, en estas normas el bien jurídico tutelado es el honor y a su estudio nos dedicaremos en posteriores considerandos. El segundo aspecto que debemos dilucidar es si las tres disposiciones normativas indicadas, a pesar de tutelar un mismo bien jurídico, deben tener previsiones idénticas; es decir, si por el hecho de que el honor sea, en todas ellas, el bien jurídico tutelado, resulta obligado admitir, sin ninguna discriminación, la excepción de la verdad.

III).- En un primer acercamiento al tema debemos indicar que la mayor parte de los tratadistas suelen reconocer como derechos de la personalidad o sobre la propia persona, el derecho a la vida y al propio cuerpo, a la integridad física, a la libertad, al honor, a la intimidad personal, a la propia imagen, al nombre, etc. Ya esta Sala en la sentencia número 0057-93 estableció que el derecho a la intimidad personal

garantizado por la Constitución Política se considera referido a evitar ingerencias extrañas en la vida privada de una persona, su familia, honor o reputación, a que se refiere la Declaración Universal de Derechos Humanos. La intromisión en la vida privada de las personas puede consistir en la divulgación de hechos que afecten su buen nombre y su reputación. Esta conducta, aparte de una violación a la intimidad, afecta directamente la vida privada y su derecho al honor. El Pacto de San José de Costa Rica señala que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra” (artículo 11 inciso 1), y que “nadie puede ser objeto de ataques ilegales a su honra y reputación”. Como el derecho al honor es un derecho fundamental, la sanción penal y civil consecuente, encuentra plena justificación cuando surjan actos injustificados que lo ataquen. Ahora bien, como con acierto lo señala la Procuraduría General de la República, existen en doctrina diferentes concepciones en relación con el bien jurídico “honor”. La doctrina más moderna sostiene que honor es el derecho al respeto que tiene cada persona. Por ello se afirma que el objeto del ataque de los delitos contra el honor, no es propiamente el honor, sino más bien, el que se dirige contra el respeto que se deriva del honor. Los tipos penales que tutelan el honor, protegen al sujeto en tanto que tienden a mantener su personalidad libre de mácula, libre de deshonor. Los terceros con actos lesivos al honor, lesionan, consecuentemente, el derecho al respeto reconocido a la persona.

IV).- Merecen ahora una consideración particular las disposiciones que cita el recurrente en su acción como parámetros de comparación. Dispone el artículo 149 del Código Penal:

“El autor de injuria o difamación no es punible, si la imputación consiste en una afirmación verdadera y ésta no ha sido hecha por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia.

Sin embargo, el acusado sólo podrá probar la verdad de la imputación:

- 1) Si la imputación se hallare vinculada con la defensa de un interés público actual; y
- 2) Si el querellante pidiere la prueba de la imputación contra él dirigida siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceras personas.

El autor de calumnia y de difamación calumniosa podrá probar la verdad del hecho imputado, salvo que se trate de delitos de acción o de instancia privada y que éstas no hayan sido promovidas por su titular.”

El párrafo primero concede los efectos liberatorios de la excepción de la verdad, cuando concurren simultáneamente dos circunstancias: que la imputación sea una afirmación verdadera, y que no se haya hecho “por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia”. Es decir, que siempre que la afirmación se expresa con deseo de ofender o por espíritu de maledicencia, sin importar si es verdadera o no, el autor es punible e improcedente la excepción. De la misma manera, el artículo 151 del Código Penal excluye la causa de justificación que ese artículo consagra cuando el juicio o el concepto desfavorable en las condiciones que ahí se estipulan, hayan sido expresados de tal forma que “el modo de proceder o la falta de reserva cuando debió haberla” demuestren “un propósito ofensivo”. Ambos artículos se refieren a lo que la doctrina ha denominado injuria formal. Ahora bien, la injuria o la difamación proviene de la forma de la expresión o de las circunstancias en que se expresó una determinada manifestación aún cuando ésta sea verdadera. En nuestro Derecho Penal es posible calificar una lesión al honor por la forma o por las circunstancias, como injuria o difamación. Tanto el artículo 149 párrafo 1º, como el 151 del Código Penal, establecen que no se puede decir la verdad o hacer juicios críticos en cualquier circunstancia. Ello es prohibido cuando el modo de la expresión o las circunstancias en las que esa expresión ocurre, signifiquen un menosprecio o un desprecio innecesarios para la persona afectada. La hipótesis prevista en el artículo 151 del Código Penal ocurre cuando la acción de crítica tiende objetivamente a la salvaguarda de intereses legítimos derivados de la expresión de la libertad de pensamiento, pero subjetivamente persigue de manera exclusiva, o preponderante, a esa finalidad, la de ofender; este propósito ofensivo ha de establecerse conforme a dos parámetros: a) la falta de reserva cuando debió haberla, o b) el modo de proceder. El artículo 151 establece una causa de justificación en protección de los intereses legítimos. La situación objetiva justificante es la voluntad de ejercer el derecho o el deber en que consiste la causa de justificación. Si el agente persigue otra finalidad (propósito ofensivo), diferente de la salvaguarda o del interés legítimo, se excluye la causa de justificación y consecuentemente, el concepto desfavorable al honor es típico.

V) .- En relación con la difamación se sanciona en el artículo 146 “el que deshonrar a otro o propalar especies idóneas para afectar su reputación.” Al igual que sucede con la injuria, lo importante no es el contenido de lo expresado, sino la forma de expresión, o visto de otra manera, de las circunstancias en que pudo haberse expresado una manifestación verdadera. Por otra parte y en relación con los delitos de injuria y difamación, el legislador ha establecido la posibilidad de admitir la prueba de la verdad. Como requisitos para la admisibilidad de la excepción, se exigen los siguientes: a) que la imputación se hallare vinculada con la defensa de un interés público actual y b) que el querellante pida la prueba de la imputación contra él dirigida. En relación con el primer aspecto salta a la vista que el interés público que se exige es uno que sea actual, de tal suerte que no es admisible la prueba de la verdad de lo que no sea de interés público y de lo que siéndolo no sea actual. En segundo término, se exige que el querellante pida la prueba de la imputación contra él dirigida “...siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceras personas”. Esta última afirmación sin duda protege la vida íntima y privada de terceras personas no involucradas en el proceso. En el mismo orden de ideas el artículo 147 del Código Penal sanciona al que “...atribuya falsamente a una persona la comisión de un hecho delictivo”. La calumnia consiste en atribuir falsamente a otro la comisión de un hecho delictivo. El delito existe aquí por el contenido de la imputación; es decir, por atribuir a otro la realización de una acción que el ordenamiento jurídico sanciona. Ciertamente el legislador admite en este tipo de delitos la excepción de la verdad pero con los límites que se establecen en los artículos 149, último párrafo y 150 ambos del Código Penal. Debe acotarse que ambas normas hablan de “calumnia” de “difamación calumniosa” y la Sala estima, con la doctrina nacional, que esta última afirmación carece de sentido en nuestro Derecho, porque un hecho o se puede calificar como difamación - en cuyo caso rige lo dispuesto por el artículo 149 para la injuria y la difamación- o es calumnia en los términos que nos ocupan. Para la Sala el término “difamación calumniosa” resulta una reiteración innecesaria. En el delito de calumnia es factible probar la verdad del hecho imputado al ofendido. De acuerdo con el artículo 149 párrafo último en los delitos de acción privada o de instancia privada sólo es posible la prueba de la verdad si la acción respectiva ha sido promovida por su titular. Una vez cumplida esta condición, es decir,

iniciado el proceso correspondiente, la excepción de la verdad se rige por lo dispuesto en el artículo 150 (caso de subordinación).

VI).- El recurrente considera inconstitucional el que no se permita probar -fuera de los casos que ya se indicaron- a quienes enfrentan causa penal por el delito de injurias, la verdad de la afirmación y sostiene además que ello crea una discriminación irrazonable en relación con quienes enfrentan causa por el delito de calumnia y difamación calumniosa, a quienes el Código Penal les permite probar la verdad del hecho imputado. Para el recurrente esta limitación lesiona además del derecho de defensa, el derecho a la libre expresión. La Procuraduría General de la República sostiene que no se pueden asimilar las figuras de la injuria, la calumnia y la difamación aunque todas ellas tutelén un mismo bien jurídico, como lo es el honor. Señala ese órgano que tanto en la injuria como en la difamación, la conducta sujeta a castigo es la que constituye un ataque a la dignidad o decoro de la persona, sea éste de palabra o de hecho, en presencia de la víctima o en comunicación dirigida a un tercero. Para la representación del Estado, no requiriendo el tipo penal que las imputaciones sean falsas, carece de interés permitir la prueba de la verdad ya que lo que se sanciona es la ofensa de palabra o de hecho a la dignidad de la persona o su descrédito ante terceros. Tal como lo afirma, el legislador sanciona la afirmación o propalación de aquellas especies -que aún siendo ciertas- pueden por la forma en que se manifiesten constituirse en idóneas para lesionar el honor de una persona. Y agrega el órgano asesor de la Sala, que el trato diferenciado que da el legislador se justifica ya que las situaciones no son idénticas. En la descripción típica de la calumnia lo esencial es la falsedad de lo imputado, sin que se requiera la presencia de ningún “animus” especial. Es por lo anterior que el legislador ha permitido a quien enfrenta proceso por calumnia, probar -con los límites que señala la norma en cuestión- que la imputación es verdadera.

VII).- La presente acción nos enfrenta directamente con la figura denominada excepción de la verdad o prueba de la verdad. Independientemente de cómo se le llame, debe señalarse que la misma consiste -en el caso de los delitos contra el honor- en que el querellado, no obstante que acepta ser el autor de los hechos que se le endilgan, pretende que no se le aplique ninguna pena porque dijo la verdad.

Procesalmente se le considera una excepción material, en tanto en que sin excluir el fundamento de la querrela, está dirigida a quitarle eficacia. Esta excepción debe ser probada en el proceso, de ahí de que se le conozca también como prueba de la verdad. La prueba exitosa de la verdad en nuestro sistema es considerada por la doctrina nacional, como una condición objetiva de exclusión de la penalidad que está, consiguientemente, fuera del tipo penal. La excepción de la verdad se encuentra regulada en diversas legislaciones y su previsión normativa es un aspecto de política legislativa. Existen sistemas jurídicos como el alemán que aceptan en forma indiscriminada la excepción de la verdad. Otros sistemas, sin embargo, no aceptan en ningún caso la excepción de la verdad en tanto parten de que todas las imputaciones hechas contra otros son lesivas al honor ajeno. El sistema francés sólo admite la excepción de la verdad en casos muy específicos y no faltan los sistemas en que la permiten abiertamente y sólo la prohíben para casos específicos.

IX).- De acuerdo con todo lo anteriormente expresado, la Sala concluye que la exclusión de la prueba de la verdad en el delito de injurias, fuera de los supuestos ya previstos por el legislador y que se analizaron en los considerandos anteriores, no lesionan el derecho de defensa del acusado ni el principio de igualdad ante la ley consagrado en el numeral 33 constitucional. En efecto, de acuerdo con la previsión normativa del artículo 145 del Código Penal el honor -bien jurídico considerado derecho fundamental- puede ser lesionado con afirmaciones falsas o verdaderas, de ahí que a los efectos que interesan carece de importancia que la ofensa proferida sea o no verdadera y lo que interesa es que el agente tenga conocimiento del carácter lesivo para el honor ajeno de las especies que profiere. Para el legislador no interesa la verdad de la imputación sino que lo dicho, fue por puro deseo de ofender, por espíritu de maledicencia, o porque viendo su modo de proceder o su falta de reserva cuando debió haberla, la manifestación solamente puede explicarse con un propósito ofensivo. La Sala estima que aún cuando algunos autores de la materia consideran posible, en el supuesto de injuria formal, admitir la excepción de la verdad en el delito de injurias, el hecho de que el legislador no lo haya previsto no convierte en inconstitucional la norma en tanto se protege no sólo el honor sino también la vida privada y familiar del afectado. De igual manera y por el

mismo motivo es que el agraviado no puede resolver facultativamente que se pruebe la verdad de una afirmación si la prueba requerida “afecta derechos o secretos de terceras personas”. Por otra parte, el derecho de defensa del imputado en juicio no se ve menoscabado porque el legislador no admita la prueba de la verdad en el delito de injurias, ya que debe partir simplemente de que el ordenamiento no autoriza a lesionar indiscriminadamente el honor de los demás, aún cuando lo que se diga sea cierto. Además, el acusado ejerce su derecho de defensa al acreditar que las ofensas que se le atribuyen no fueron proferidas por él. También, como con acierto lo afirma la Procuraduría General de la República no podemos encontrar en el derecho de defensa del acusado una autorización indiscriminada para mortificar a las personas aún con especies verdaderas, porque si ello se admitiera de esta manera, no se estaría dando tutela efectiva al bien jurídico fundamental, el honor. Por otra parte, no es posible asimilar la injuria con la calumnia. Con la tipificación de la calumnia, se castiga una conducta que es ciertamente ofensiva pero en el tanto está constituida por una imputación de una autoría de delito que resulta falso. Consiguientemente la demostración de la verdad de la imputación constituye una defensa que resulta lógicamente admisible. En la injuria carece de interés la verdad de la imputación que resulta ofensiva. En conclusión aún cuando tanto en la injuria como en la calumnia y la difamación se tutela el mismo bien jurídico, como la acción material que se sanciona es distinta y por ello el legislador le ha conferido un trato diferenciado, no resulta inconstitucional como se afirma.

VIII).- Finalmente, no estima la Sala que se viole el derecho a la libre expresión, al no admitir la excepción de la verdad en el delito de injurias fuera de los casos ya previstos. Este derecho puede ejercerse en tanto no se lesione -con ofensas- el honor ajeno el que también recibe tutela efectiva por parte del ordenamiento jurídico. Por todo lo expuesto lo que procede es declarar sin lugar la acción.

PORTANTO

Se declara sin lugar la acción.

Luis Paulino Mora M.

Presidente.

Jorge E. Castro B. Luis Fernando Solano C.

Eduardo Sancho G. Hernando Arias G.

Danilo Elizondo C. José Luis Molina Q.

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=81624&strTipM=T&strDirSel=directo

**INCONSTITUCIONALIDAD DE LA COLEGIACIÓN
OBLIGATORIA DE LOS PERIODISTAS POR LIMITAR
EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.
RESOLUCIÓN NO. 2313-1995**

Exp. 0421-S-90.-N° 2313-95.-

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-San José, a las dieciséis horas con dieciocho minutos del día nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco.-

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Róger Ajún Blanco, mayor, casado, locutor y comentarista deportivo, vecino de Nicoya, Guanacaste, portador de la cédula de identidad N° 5-189-145, contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

RESULTANDO:

I.-

El accionante Róger Ajún Blanco, pretende a través de su acción, que se declare que el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas infringe lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al establecer, que

“Las funciones propias del periodista, sólo podrán ser realizadas por miembros inscritos en el Colegio”.

El asunto principal de esta acción es la causa que se tramita en su contra ante el Juzgado de Instrucción de Nicoya, por el delito de ejercicio ilegal de una profesión. Agrega el señor Ajún que el fundamento jurídico utilizado para tratar de cobrarle un carácter del cual carece, no obstante lo cual viene realizando un trabajo legítimo, ha sido el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, en concordancia con el ordinal 23 del mismo cuerpo legal, con lo cual se le ha venido dando el carácter de periodista por sus labores de comentarista, lo que no se corresponde con la realidad, pues él se desempeña como locutor y comentarista, “jamás como periodista” (folio 4). Finalmente, solicita se

declare con lugar la acción porque las normas dichas violan el artículo 7 de la Constitución Política, que otorga a los tratados internacionales (caso en el cual, afirma, está la Convención Americana Sobre Derechos Humanos) rango superior a la ley ordinaria.

II.- Conferida la audiencia a la Procuraduría General de la República, ésta estimó que existían defectos formales en el escrito de interposición de la acción, que la hacen improcedente por dos aspectos:

a.- falta de una exposición clara y precisa de sus fundamentos; y,

b.- carencia de interés pues la actividad de ser comentarista y locutor deportivo se regula en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, que dispone:

“Los columnistas y comentaristas permanentes u ocasionales de todo tipo de medios de comunicación, pagados o no, podrán ejercer su función libremente, sin obligatoriedad de ser miembros del Colegio, pero su ámbito de acción estará limitado a esa esfera, sin poder cubrir el campo del reportero, especializado o no”.

En opinión de la Procuraduría, entonces, al ser la función del señor Ajún la de “comentarista”, no queda regulado por las normas que él impugna, de modo que la acción debe desestimarse.

En cuanto al fondo, la Procuraduría sostuvo que desde la emisión de la Opinión Consultiva OC-5-85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, surgió para el Estado de Costa Rica, la obligación ética de realizar las operaciones legislativas y judiciales dirigidas a establecer una conformidad, en beneficio de la vigencia y goce efectivos de los derechos humanos consagrados en la misma Convención Americana.

III.- La parte contraria del asunto principal, el Jefe del Ministerio Público, manifestó su inconformidad con la acción y pidió se declare sin lugar, debido a que, en su opinión, los colegios profesionales son los entes llamados a regular y velar por la actividad de los profesionales, lo cual es legítimo.-

IV.- La audiencia oral a que se refieren los artículos 10 y 85 de la ley de la Jurisdicción Constitucional, se celebró con la intervención de las partes,

a las nueve horas con veinticinco minutos del día treinta de agosto de mil novecientos noventa.-

V.- Esta sentencia se dicta dentro de la autorización que otorgó a la Sala el Transitorio II, párrafo final de la Ley N° 7135 de 11 de noviembre de 1989, reformada por la Ley N° 7209 de 8 de noviembre de 1990.-

Redacta el Magistrado Solano Carrera; y,

CONSIDERANDO:

I.- A pesar de que la Procuraduría General de la República indica que no se dan los fundamentos claros y precisos que exige la ley que regula esta jurisdicción para la admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad, la Sala no encuentra en ello sustento, pues sí existen los fundamentos en el libelo que se interpone la acción. En ese sentido, la Sala en pleno, comparte lo actuado por la Presidencia al darle curso a la acción. Por otra parte, no hay duda de que la eventual aplicación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, viene a jugar un papel importante en la resolución del asunto base en que se invocó la inconstitucionalidad que nos ocupa. Es cierto que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, anuló la resolución que absolvió de toda pena y responsabilidad al accionante, al comprobarse en esa sede la falta de fundamentación de la sentencia del juez penal. Sin embargo, la causa contra el accionante subsiste, con cualquier posibilidad jurídica para el juez a quien le corresponda dictar nueva sentencia, lo que hace que la promoción de la presente acción sea razonable. Al aquí actor se le sigue causa por ejercicio ilegal de la profesión de periodista, puesto que el mismo imputado ha ejercido para conocidos medios informativos de la región de Nicoya y nacionales, como receptor y divulgador de información, así como corresponsal, sin estar debidamente colegiado. Lo que ha de resolverse en la acción, se hace con base en la naturaleza incidental que tiene la acción dentro del asunto penal base, que se tramita ante el Juzgado de Nicoya. Y aun cuando la Procuraduría sostenga que el artículo 25 es el que le sería aplicable al señor Ajún, ciertamente esa norma deja a salvo de la obligación de ser colegiados a comentaristas y columnistas, pero abre una puerta insospechada

a la interpretación cuando agrega, “pero su ámbito de acción (de comentaristas y columnistas, agrega quien redacta) estará limitado a esa esfera, sin poder cubrir el campo del reportero, especializado o no”.-

II.- Estima el actor que el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas atenta contra la libertad de pensamiento y expresión establecida en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 7 de la Constitución Política, toda vez que allí se dispone:

“Las funciones propias del periodista sólo podrán ser realizadas por miembros inscritos en el Colegio”.

Eso significa, de conformidad con el artículo 23 de la misma ley, que solamente es periodista y, por ende, sólo puede ser inscrito como tal en el Colegio, quien

“tiene por ocupación principal, regular o retribuida, el ejercicio de su profesión en una publicación diaria o periódica, o en un medio noticioso radiodifundido o televisado, o en una agencia de noticias, y que obtiene de ella los principales recursos para su subsistencia”.

Lo anterior implica, que para el ejercicio de esas actividades debe estarse colegiado como profesional en periodismo, para tener acceso no sólo a la búsqueda y recepción de información, sino también a los medios de publicación, escrita, de radio y televisión, como principal fuente de subsistencia. En la especie, al recurrente se le ha acusado de ejercer ilegalmente la profesión de periodista, y el escrito de denuncia, con toda claridad expresa que

“... en el desempeño de sus labores, el denunciado Ajún Blanco, realiza toda la gama de actividades relativas, concernientes y conducentes a localizar los hechos, así como a elaborar, redactar y difundir radialmente y hasta por otros medios periodísticos como son Radio Sonora y el periódico La República, de los cuales ha figurado aparentemente como su corresponsal en este cantón, las noticias que resultan de esos hechos.”.

El auto de procesamiento estableció que

“se infiere además que el encartado es la persona que dirige el referido programa, y para obtener material a difundir el mismo realiza entrevistas, las graba y posteriormente las da a conocer al público.”

Continúa afirmándose,

“Que la labor mencionada el imputado Ajún Blanco la realiza sin tener el título de periodista debidamente inscrito ante el Colegio respectivo. Es evidente que la labor del imputado Ajún Blanco no es -en el caso concreto- el de locutor, sino el de un profesional en periodismo, puesto que consigue y elabora el material informativo que posteriormente da a conocer a la opinión pública a través de su programa “Al ritmo del Deporte”.-

III.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13 dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

...

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... o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de las ideas y opiniones...”

Este texto tiene la virtud de que por una parte liga las libertades de pensamiento y de expresión, puesto que la primera no tendría sentido sin la segunda. pero también nos pone de manifiesto, en protección de ambas, que la libertad de expresión no puede restringirse por ninguna vía, directa o indirecta, o por medios que impidan la libre circulación de ideas u opiniones, citando a modo de ejemplo y no taxativamente algunas condiciones de ese tipo.

Como instrumento de la libertad de expresión, hay un derecho de las personas a buscar, recibir y difundir cualquier información, y a escoger

el medio para hacerlo. Por eso mismo, la cuestión que el accionante trae a decisión de esta Sala, es aquella relativa a que ciertas actividades que se traducen en buscar, recibir y difundir información, solamente puedan realizarlas ciertas personas investidas de un determinado carácter, no obstante que se trate de informaciones que están a disposición de cualquiera y que, por ello, no tienen un sello de intangibilidad que derive de algún motivo legítimo. De tal manera, lo que el accionante Ajún estima que es mera función de locutor, adquiere a los ojos del Fiscal y del propio juzgador penal (en el auto de procesamiento de la causa principal), connotaciones periodísticas, pues no otra cosa significa a los ojos de esos funcionarios, que aquél “consigue” (es decir “busca” o “recibe” en los términos de la Convención) y “elabora el material que posteriormente da a conocer a la opinión pública” (es decir, “difunde informaciones de toda índole”, “oralmente, por escrito o en forma impresa o artística”, o “por cualquier otro procedimiento de su elección”, para seguir citando el texto de la Convención).

Ciertamente, en una acción de inconstitucionalidad no se analiza el asunto judicial previo que le sirve de base. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que es la propia ley de Jurisdicción Constitucional -art. 75.1- la que manda que la acción de inconstitucionalidad debe ser un medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.

Al accionante se le sigue una causa, pues, porque “consigue y elabora el material informativo que posteriormente da a conocer a la opinión pública”, según se vio del requerimiento de instrucción formal. Y es esencial señalar, dentro de lo que se implica en esta acción que, según la ley impugnada (art. 22), solamente una persona de cierta calidad o condición puede realizar esos actos. Y esa calidad es, a la luz de lo preceptuado por el artículo 22 de la Ley impugnada, la de periodista debidamente inscrito en el Colegio respectivo. Lo grave es que la ley asigna como labores propias del periodista, precisamente aquéllas que la Convención Americana establece como una libertad de toda persona, esto es, buscar, recibir, y difundir informaciones, coincidencia que no se ofrece con otro tipo de derechos fundamentales.

Corresponde a esta sede, entonces, a tono con el planteamiento de la acción, establecer si ir a las fuentes de información, entrevistar, enterarse, recopilar datos, interpretarlos y divulgarlos por los medios de

comunicación, constituye una labor únicamente atinente al periodista inscrito en el Colegio respectivo. No comparte la Sala esa especie de “minimización” que hace la Procuraduría General de la República, en el sentido de que la actividad que desempeña el accionante está permitida bajo lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, como comentarista deportivo. No la comparte, porque de un lado, si la condición del accionante es claramente la de “otro profesional” no periodista en el tanto su actividad no es la que se contiene en los artículos 22 y 23 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, tal aspecto correspondería deslindarlo al juez de la causa, no a la Procuraduría General de la República ni a esta Sala. Pero, por otra parte, al estar sub judice la cuestión, claramente tendrá el juzgador penal que aplicar en la causa de base, la normativa aquí impugnada, ya sea positiva o negativamente, lo cual en estos momentos no puede anticiparse de modo cierto. Sin embargo y sobre este punto, valga agregar que ya se ha adelantado una posible aplicación normativa en el propio procesamiento que corre en el expediente principal, como se ha podido transcribir parcialmente.-

IV.- Paralelamente al señalamiento que ya se hizo respecto de la normativa de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, hay una circunstancia, sin embargo, que en opinión de la Sala, debe ser analizada con carácter igualmente prioritario. El ocho de julio de mil novecientos ochenta y cinco el Gobierno de Costa Rica formuló consulta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el mismo tópico aquí tratado. Expresamente consultó el Gobierno en aquella ocasión dos aspectos, que en términos generales pueden sintetizarse así:

a.- opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas, a la luz de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y,

b.- opinión sobre la compatibilidad de la Ley N° 4420, Orgánica del Colegio de Periodistas, que establece la colegiación obligatoria, con las disposiciones de los citados numerales de la Convención.

Es de hacer notar dos cuestiones que si bien anecdóticas, ilustran claramente la dimensión de lo consultado y que finalmente la Corte decidió en su opinión. Una, que fue la Sociedad Interamericana de

Prensa (SIP) la que en aquella ocasión solicitó al Poder Ejecutivo costarricense que formulara la consulta, dadas las dudas existentes sobre la obligatoriedad de la colegiación, no solamente en Costa Rica, sino en todo el continente americano. Lo interesante de esto es que el Estado de Costa Rica, asumió la consulta como propia, dado que la SIP no tenía legitimación para formularla. Otra, que se aclaró a la Corte, que se consultaba no obstante adversar el criterio de esa S.I.P. y, en cambio compartía el de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en Resolución N° 17-84, había declarado una compatibilidad de la ley N° 4420 con la Convención (caso Schmidt). Esto se hace muy significativo en opinión de la Sala, ya que siendo potestativo del Gobierno formular o no la consulta, y prácticamente anticipando su adhesión a una tesis de las posibles sobre el tema, decidió formalmente someterse a la jurisdicción de la Corte, acto de excepcional entereza. Así lo reconoció la propia Corte Interamericana, ya que Costa Rica venía de ganar su caso (Schmidt) ante la Comisión y no obstante ello, decidió ir a la cúspide del sistema americano de protección de los Derechos Humanos.

V.- La Corte emitió la Opinión Consultiva, bajo el N° OC-5-85, del 13 de noviembre de 1985 y unánimemente declaró:

1.-“que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

2.- “que la Ley N° 4420 de 22 de setiembre de 1969, Ley orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso -pleno- de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Omite la Sala referirse a las Opiniones Separadas y Declaraciones que algunos de los jueces consignaron, toda vez que para los fines de esta sentencia, no adquieren la fuerza de la parte dispositiva, en los términos textualmente transcritos, si bien extienden y apuntalan el criterio de

ilegitimidad de la colegiación de periodistas. La Opinión de la Corte es muy extensa y rigurosa en el tratamiento del tema, pero a fin de que más adelante esta misma sentencia pueda precisar su propio alcance, cabe señalar que en el numeral 34 de las consideraciones, está una parte clave de la decisión, cuando afirma que “en principio la libertad de expresión requiere que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a los medios de comunicación social”. Acto continuo, agrega la Corte que la libertad de expresión “también requiere que los medios de comunicación sean, en la práctica, verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla”. Y así, señala por la vía del ejemplo, que con lo anterior solamente son compatibles condiciones en las que: (a) haya pluralidad de medios de comunicación social, (b) prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera que sea la forma en que se manifieste y “la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas”. Eso, además de lo que explícitamente señala el artículo 13 de la Convención, que en lo que estrictamente tiene que ver con esta acción, se torna demasiado notorio. La Corte acudió en apoyo de su argumentación, a los artículos 29 y 32 del propio Pacto de San José de Costa Rica, pues allí se contienen criterios de interpretación del instrumento y de esa normativa extrajo que las posibles restricciones permitidas por el artículo 13.2 deben ser compatibles con conceptos como “instituciones democráticas”, “democracia representativa” y “sociedades democráticas”, que se recogen a lo largo de su texto y que necesariamente deben servir de parámetro para sus decisiones.-

VI.- Ahora bien, si la Corte elogió el hecho de que Costa Rica acudiera en procura de su opinión, emitida hace diez años, resulta inexplicable lo que desde aquella fecha ha seguido sucediendo en el país en la materia decidida, puesto que las cosas han permanecido igual y la norma declarada incompatible en aquella ocasión, ha gozado de plena vigencia durante el tiempo que ha transcurrido hasta la fecha de esta sentencia. Eso llama a la reflexión, porque para darle una lógica al sistema, ya en la Parte I, la Convención establece dentro de los deberes de los Estados, respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio (artículo 2). Especialmente debe transcribirse lo que dispone el artículo 68:

“1. Los estados partes en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes...”

Si se pretendiera que tal norma, por referirse a quienes “sean partes”, solamente contempla la situación de los casos contenciosos, la Corte Interamericana misma ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones también a la materia consultiva (OC-3-83), y en el caso bajo examen no le cabe duda a la Sala que Costa Rica asumió el carácter de parte en el procedimiento de consulta, toda vez que ella misma la formuló y la opinión se refiere al caso específico de una ley costarricense declarada incompatible con la Convención. Por lo tanto, se trata de una ley (la norma específica) declarada formalmente ilegítima. Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años.-

VII.- No puede ocultarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasiones parece distinguir entre los efectos de una opinión consultiva y una sentencia propiamente tal, no tanto por lo que puede obedecer a un punto de vista estrictamente formal, sino más bien pensando en que la vía consultiva se puede convertir en un sustituto encubierto e indebido del caso contencioso, soslayándose así la oportunidad para las víctimas de intervenir en el proceso. En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la

decisión. Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo que esta Sala tiene ahora para resolver, debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan (artículo 7.I.).

En los propios antecedentes de este asunto, está claro que fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia torna inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mantenerse una colegiatura -obligatoria- para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. En otras palabras, la tesis de "la fuerza moral de la opinión consultiva", si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente respecto de otros países -Estados- que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta. Pero aplicada al propio Estado consultante, la tesis suena un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta -Opinión Consultiva- la puede archivar aquél lisa y llanamente.

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley N° 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo

13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación. Ciertamente, no ha sucedido así y desde hace ya casi diez años, como se dijo, el Estado costarricense ha mal disimulado su deber a acatar lo dispuesto por la Corte, la que precisamente se pronunció ante la propia petición de este país.-

VIII. Es necesario agregar que, por virtud de la reforma a la Constitución Política, se crea la Sala Constitucional, la cual entre sus amplias competencias tiene la de “declarar la inconstitucionalidad de las normas” (artículo 10). A su vez, la Ley de la Jurisdicción Constitucional desarrolla esa competencia y solamente para señalar dos ejemplos, dispone:

“Artículo 1°. La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y los del derecho internacional o comunitario vigente en la República, la uniforme interpretación y aplicación de los mismos y los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.”

“Artículo 2°. Corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

a)...

b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como de la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad...”

Se hace más que notorio que la Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país. Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la

normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-05-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia. De tal manera, sin necesidad de un pronunciamiento duplicado, fundado en los mismos argumentos de esa opinión, la Sala estima que es claro para Costa Rica que la normativa de la Ley N° 4420, en cuanto se refiere a lo aquí discutido por el señor ROGER AJUN BLANCO, es ilegítima y atenta contra el derecho a la información, en el amplio sentido que lo desarrolla el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, tanto como de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política. Con la advertencia, por ser consustancial al control de constitucionalidad actual, que a la luz de lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, esta sentencia tiene carácter declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia de la norma anulada. Como una consecuencia propia de este pronunciamiento, quienes hubieran sido condenados por violación a lo dispuesto por la norma anulada, podrán plantear recurso de revisión dentro de los quince días posteriores a la publicación de esta sentencia en el Boletín Judicial.

Esta declaración no prejuzga ni alcanza lo relativo a la legitimidad de la existencia del Colegio de Periodistas de Costa Rica, ni tampoco hace relación a la profesión de periodista, por no tratarse de aspectos que, a la luz de lo reglado por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, hayan estado en lo impugnado por el accionante, o estuvieran directa o indirectamente relacionados con lo decidido, toda vez que la colegiación obligatoria de periodistas solamente es ilegítima en cuanto impida (vid. OC-5-85) la libertad de expresión y el uso de los medios de comunicación social como instrumentos al servicio de aquélla y de la de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.-

POR TANTO:

Se declara con lugar la acción y en consecuencia se anula el artículo 22 de la Ley N° 4420, de 22 setiembre de 1969. Esta sentencia es declarativa y sus efectos retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dimensiona esta sentencia en el sentido de que las personas que hubieran sido condenadas, por virtud de

aquella, pueden formular recurso de revisión, a la luz de lo dispuesto por el artículo 490 inciso 6) del Código de Procedimientos Penales, dentro de los quince días posteriores a la publicación de esta sentencia. Publíquese íntegramente esta sentencia en el Boletín Judicial. Reséñese en el Diario Oficial La Gaceta. Comuníquese a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.-

Luis Paulino Mora M.-

R. E. Piza E.- Luis Fernando Solano C.-

Eduardo Sancho G.- Carlos Ml. Arguedas R.-

José Luis Molina Q.- Mario Granados M.-

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=81561&strTipM=T&strDirSel=directo

2000

DERECHO A LA IMAGEN Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN. EL USO DE LA CÁMARA OCULTA EN LAS COBERTURAS PERIODÍSTICAS.

Exp: 96-002890-0007-CO

Res: 2000-08196

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con ocho minutos del trece de setiembre del dos mil.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Fernando Leñero Testart, bínubo, ingeniero industrial, cédula de identidad número 8-049-663, Eduardo Ulibarri Bilbao, periodista, con cédula de identidad 8-039-865, y Luis Amón Castro, empresario, portador de la cédula de identidad 1-653-288, ambos casados en primeras nupcias y todos mayores y vecinos de Moravia y como consecuencia del ejercicio de sus cargos de Gerente General, Director y Jefe del Departamento de Publicidad de LA NACION, contra los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 11, 12, y 14 de la Ley número 5811 del diez de octubre de mil novecientos setenta y cinco, denominada Control de Propaganda, y el Reglamento N° 11235-G del diez de octubre de mil novecientos setenta. Intervinieron también en el proceso Farid Beirute Brenes, en representación de la Procuraduría General de la República y Alejandra Rivera Hernández, Directora del Departamento de Control de Propaganda del Ministerio de Gobernación y Policía.

RESULTANDO

1 . Alegan los accionantes que los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 11, 12, y 14 de la Ley número 5811, denominada "Ley de Control de Propaganda", y el Reglamento N° 11235-G de 10 de octubre de 1979, son inconstitucionales por violentar los derechos estipulados en los artículos 7, 28, 29 y 40 de la Constitución Política y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sostienen que en el ejercicio de la libertad de expresión, en su caso, la Libertad de Prensa, y en el entendido de que está prohibida totalmente la censura previa, salvo el único caso de los espectáculos públicos para el ingreso de menores de edad-, el medio informativo que representan publica anuncios de línea personal y de películas exclusivamente para mayores

de edad. Por diversos telegramas la Oficina de Control de Propaganda ordenó que dichos anuncios no fueran publicados, amenazando a su vez con decomisar y destruir el material aludido mediante la ayuda de la Guardia Civil o Guardia de Asistencia Rural, invocando el espíritu de la Ley No. 58112 y los artículos 12 y 18 del reglamento No. 11235-G. Consideran que el hecho de que un funcionario público mediante la aplicación de una ley abiertamente inconstitucional, o interpretándola inconstitucionalmente, pueda establecer en Costa Rica una prohibida censura previa en un tema que no lo puede autorizar la ley, y menos mediante la amenaza abiertamente ilegal de decomisar y destruir material impreso -cualquiera sea su contenido- con ayuda de la Fuerza Pública, y en cumplimiento de un simple reglamento ejecutivo sin ningún valor constitucional para legislar en esa forma. Alegan que la Sala ha sido enfática en las sentencias N°1739-92 de las 11:45 horas del 1 de julio de ese año en el sentido de que los funcionarios públicos deben respetar los principios consagrados en los artículos 28, 29 y 41 de la Constitución Política y el artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el 7° de la Constitución, que le confiere rango superior a la ley y a los reglamentos ejecutivos, pues en Costa Rica no puede existir censura previa –salvo el específico caso de espectáculos públicos para regular el ingreso de los menores de edad- y menos bajo amenaza de decomiso y destrucción de material impreso cuyo resguardo les compete por el ejercicio de sus cargos. Señalan también que es inconstitucional la atribución que la ley impugnada y su reglamento conceden a una oficina adscrita al Ministerio de Gobernación, de impedir de modo absoluto la propaganda a que se refiere el artículo primero de dicha ley, salvo aprobación previa del Ministerio del ramo, *“conforme a las prevenciones del reglamento respectivo...”* N°17235-G. Pues los órganos públicos sólo pueden intervenir en la regulación de esas materias mediante una ley formal, válida exclusivamente en el caso que se lleve a cabo dentro de los precisos y específicos requisitos previstos en el artículo 28 párrafo segundo de la Constitución Política, y en resguardo preferente de los menores de edad. Ello no autoriza, sin embargo, a la Oficina de Control de Propaganda a introducir parámetros personales -como eliminar párrafos a su antojo-. Señalan que, además, el artículo 28 de la Constitución Política, rectamente interpretado en relación con el artículo 29 *ibidem*, es terminante en el sentido de que las acciones que por medio de una ley formal correctamente emitida

por la Asamblea Legislativa, se estimen contrarias a la moral o las buenas costumbres, o produzcan daños a terceros, nunca podrán ser prohibidas y menos mediante una inconstitucional censura previa de corte administrativo -salvo en el caso de los espectáculos públicos para el ingreso a los menores de edad-, pues únicamente se autoriza a legislar para castigar esos actos, después de su realización y previo un debido proceso.

2.- A efecto de fundamentar la legitimación que ostenta para promover esta acción de inconstitucionalidad, señalaron que invocaron la inconstitucionalidad de las normas impugnadas como medio razonable para amparar sus derechos en el recurso de amparo N°2108-96, en el que se cuestionan los diversos telegramas mediante los que la Oficina de Control de Propaganda ordenó que unos anuncios que publica el Periódico que representan no sean publicados, amenazando en caso de no sujetarse a dicha intimación, con proceder de acuerdo con los artículos 12 y 18 del Reglamento N°11235-G –decomisar y destruir el material aludido.

3.- Por resolución de las ocho horas del diez de julio de mil novecientos noventa y seis (visible al folio 19 del expediente), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República y a la Directora de la Oficina de Control Nacional de Propaganda del Ministerio de Gobernación y Policía (folio 19).

4.- Farid Beirute Brenes, Procurador General Adjunto de la República, contestó la audiencia conferida y manifestó que el término “censura previa” tiene una carga emotiva negativa en un régimen democrático, pero el control preventivo que realiza el Ministerio de Gobernación a través de la Oficina de Control y Propaganda con fundamento en la ley impugnada dista mucho de serlo. Consideró que la discusión planteada gira en torno a si puede existir un control preventivo del exceso en la propaganda comercial por parte del Estado, en virtud de derechos también tutelados en la Constitución Política. Considera la Procuraduría que la propaganda comercial no es un fin en sí mismo, sino un medio para ejercer la libertad de comercio, y en ese sentido está relacionada con los numerales 28 y 46 de la Constitución Política. El primero de ellos establece como límite a las libertades públicas la moral, el orden público y las buenas costumbres y el daño a terceros y, la potestad de

fiscalización y tutela es reconocida para hacer imperar cualquiera de los límites antes señalados. Por su parte el artículo 46 establece otra serie de derechos fundamentales que deben ser tutelados, además del derecho a hacer propaganda comercial, que de ningún modo es irrestricto y debe ser limitado por el legislador ordinario en virtud de los artículos 28 y 46 de la Constitución Política. Claro está la limitación debe tener por objeto evitar un peligro real contra la sociedad, y ser proporcionada y razonable, lo cual ocurre en el caso de la limitación a la libertad de expresión para realizar propaganda contenida en la Ley N°5811. La actividad de realizar propaganda comercial tiene relación con varias libertades y derechos, los de los compradores u oferentes –artículo 46 constitucional- y los relacionados con el orden público, la moral y el daño eventual a terceros –artículo 28-. El artículo 1 de la ley impugnada establece que la propaganda comercial que ofenda la dignidad y el pudor de la familia y utilice la imagen de la mujer impudicamente para promover las ventas, será controlada por el Ministerio de Gobernación. A juicio de la Procuraduría existen varias razones de interés público que permiten limitar la propaganda comercial de manera razonable y proporcionada, con el propósito de evitar un exceso en el ejercicio de la actividad propagandística que pueda afectar la esfera de otros derechos igualmente tutelados constitucionalmente (la dignidad del ser humano, el pudor de la familia, el uso de la imagen de la mujer impudicamente, la salud física y mental y el orden público). A juicio de la Procuraduría el uso en la publicidad comercial del estereotipo de la mujer como mero objeto, es un irrespeto a su dignidad y degrada su imagen. Dicho control preventivo en última instancia no dejará sin contenido a la libertad fundamental, dado que su ejercicio no se impide. Finalmente, consideró que el control del Estado sobre la propaganda comercial debe admitir la posibilidad de que se realice el decomiso material de la propaganda, con el fin de evitar el daño previsto. Concluyó que las normas impugnadas son constitucionales, por lo que estima que la acción debe ser declarada sin lugar.

5.- Alejandra Rivera Hernández, Directora del Departamento de Control de Propaganda del Ministerio de Gobernación y Policía, contestó la audiencia conferida y manifestó que se ha evidenciado de modo innegable en el transcurso de los últimos años, la ofensa a la dignidad de las mujeres por medios de publicidad, propaganda en la prensa,

pantallas cinematográficas y carteles, lo cual obviamente representa un problema en el ámbito mundial, se ha visto también afectada la inocencia de los niños y por ello surge a la vida jurídica la ley N° 5811, como tutela de esos intereses que hoy en día se han ido aceptando como conductas normales y que realmente afectan la moral pública. Con ella se pretende restringir el marco de libertad del individuo y sus intereses particulares -la promoción de productos o servicios mediante la utilización de la imagen de la mujer y sin importar que se ofenda la dignidad y el pudor de la familia. Afirma que es falso que se les haya aplicado el régimen de censura previa, debido a que primero se citó a los accionantes a una Audiencia ante el Consejo Asesor de Propaganda, a efectos de otorgarle el debido proceso, y que ejercieran su legítimo derecho de defensa. Aclara que la audiencia se dio con posterioridad a la realización de los actos propagandísticos o publicitarios y que no se dio censura previa, ya que pese a que el artículo 6 pareciera otorgar la posibilidad del control previa, el despecho se ha abstenido de ejercerlo en respeto de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, actuando siempre después de su pauta o publicación. Solicitó que se desestime la presente acción de inconstitucionalidad, pues como ha quedado demostrado, aún cuando pareciera que la ley faculta al despacho para ejercer un control a priori, la acción no se ha desplegado, antes bien se ha actuado a posteriori en respeto del orden constitucional.

6.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 140, 141 y 142, de los días 23, 24 y 25 de julio de 1996 (folio 22).

7.- La audiencia oral y pública prevista en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se celebró el veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

8.- En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta la magistrada Calzada Miranda; y,

CONSIDERANDO

I.- Sobre la admisibilidad. El artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que para interponer una acción de inconstitucionalidad es necesario que exista asunto pendiente de resolver en los tribunales o un procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. En el presente caso, el asunto previo que legitima a la parte accionante, es el recurso de amparo N°96-002108-007-CO en el cual se impugnan los telegramas dirigidos por la Oficina de Control de Propaganda al Gerente del medio de comunicación que representan los accionantes, así como el oficio OCNP 060-96 de 22 de abril de 1996 en los cuales se indicó que el material de publicidad de la Línea Erótica no puede ser publicada y que, de no sujetarse a esa intimación, se procederá a decomisar y destruir el material, con fundamento en las disposiciones impugnadas.

II.- Objeto de la impugnación. Cuestiona el accionante la constitucionalidad de los artículos 1,2,3,4,5,6,9,11,12,13 y 14 de la ley N° 5811, denominada “ Ley de Control de Propaganda” del 10 de octubre de 1975 y del Reglamento N° 11235-G del 10 de octubre de 1975. Considera que las normas impugnadas son inconstitucionales por violar los artículos 7, 28, 29 y 40 de la Constitución Política y el numeral 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues establecen una censura previa en una materia que no puede autorizar la ley, salvo el específico caso de los espectáculos públicos para regular el ingreso de los menores de edad. Asimismo acusan que con fundamento en las normas impugnadas se les ha amenazado con el decomiso y destrucción del material, impidiéndoles en el futuro aquellas publicaciones. Aducen que de acuerdo con los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, las acciones que por medio de ley formal se estimen contrarias a la moral, a las buenas costumbres o produzcan daños a terceros nunca podrán ser prohibidas, y menos mediante censura previa, salvo la excepción señalada para el ingreso de menores de edad a espectáculos públicos, pues sólo autoriza a legislar para castigar esos actos después de su realización.

III.- La Ley impugnada estatuye una regulación y control preventivo de todo tipo de propaganda comercial que ofenda la dignidad, el pudor de la familia y que utilice la imagen de la mujer impúdicamente para promover las ventas, a través de la Oficina de Control de Propaganda del Ministerio de Gobernación. Prohíbe de manera absoluta la propaganda a que se refiere el artículo primero, si no ha sido previamente aprobada por el Ministerio de Gobernación –artículos 3, 5, 7. Asimismo, entre establece que el Ministerio de Gobernación podrá ordenar la inmediata suspensión de la propaganda que no haya sido aprobada, o que no se ajuste a las estipulaciones reglamentarias, y en caso de rebeldía o desacato, podrá ordenar el decomiso y destrucción del material del que se trate –artículo 12-. Antes de analizar por el fondo las razones de inconstitucionalidad acusadas, para efectos de esta acción, es conveniente precisar los alcances de las libertades públicas que los accionantes consideran infringidas, así como los límites de aquéllas, para tener un concepto claro de términos tales como libertad de expresión, censura previa y propaganda comercial.

IV.- De la Libertad de Expresión. La doctrina caracteriza a la libertad de expresión como una libertad presupuesto del ejercicio de otras libertades, que opera como legitimadora del funcionamiento del sistema democrático y de la eficacia de sus instituciones y que jurídicamente adopta pluralidad de formas. La vinculación más clara se da con la libertad de pensamiento, que es la condición previa e indispensable para la existencia de la libertad de expresión. En ejercicio de ambas libertades, el individuo puede escoger o elaborar las respuestas que pretende dar a todas aquellas cuestiones que le plantea la conducción de su vida en sociedad, de conformar a estas respuestas sus actos y, comunicar a los demás aquello que considera verdadero, sin censura previa. El ámbito de acción de esas libertades es muy amplio, pues comprende las manifestaciones de los individuos sobre política, religión, ética, técnica, ciencia, arte, economía, etc. La libertad de expresión, entonces, implica la posibilidad de que el sujeto transmita sus pensamientos (ideas, voliciones, sentimientos), y comprende la libertad de creación artística o literaria, la libertad de palabra, la libre expresión cinematográfica y también las manifestaciones vertidas por medio de la prensa escrita, la radio y la televisión, en tanto son medios de difusión de ideas. Así también, de la libertad de expresión se infiere

el derecho de dar y recibir información y el derecho a comunicar con propósito diverso ya sea económico, político, recreativo, profesional, etc., sin que se impongan medidas restrictivas que resulten irrazonables. La libertad de expresión no sólo protege al individuo aislado, sino las relaciones entre los miembros de la sociedad y es por ello que tiene una gran trascendencia, ya que contribuye a la formación de la opinión pública. Es a su vez presupuesto de la libertad de prensa y de la libertad de información, pues de la libertad de expresión derivaron en sucesión histórica la libertad de prensa (o de escritos periódicos dirigidos al público en general) y la libertad de información, que es como hoy día se denomina a la libertad de expresión concretada en los medios de comunicación social. La libertad de información entonces, comprende la prensa escrita, oral, audiovisual y por su naturaleza, se encuentra relacionada con el derecho de crónica, de crítica, a la industria o comercio de la prensa y al fenómeno de la publicidad. Este aspecto ha adquirido mucha importancia en las últimas décadas, pues debido al alto costo de instalación y mantenimiento de los medios de comunicación colectiva, cuando son propiedad privada sólo pueden subsistir por el uso intensivo de la publicidad. Asimismo, existe el fenómeno del derecho social a la información, que reside precisamente en la comunidad y en cada uno de sus miembros, y que les da la posibilidad de ajustar su conducta a las razones y sentimientos por esa información sugeridos, para la toma de decisiones y a la vez cumple una función de integración, ya que unifica una multitud de opiniones particulares en una gran corriente de opinión, estimulando así la integración social.

V.- Una de las principales garantías que protegen la libertad de expresión es la prohibición de censura previa, ocurriendo así, que cualquier control debe darse a posteriori. Como censura previa entiende esta Sala aquel control, examen o permiso a que se somete una publicación, texto u opinión, con anterioridad a su comunicación al público, mediante el cual se pretende realizar un control preventivo de las manifestaciones hechas por un medio de comunicación colectiva, ya bien sea radiofónico, televisivo o impreso. Este concepto no sólo está plasmado en nuestra Constitución Política en el artículo 29, sino que también se incorporó en el Pacto de San José, cuyo artículo 13 inciso 2, dispone que el ejercicio de la libertad de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que

deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar ya sea el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. El artículo 29 de la Constitución Política consagra lo que parte de la doctrina califica como libertad de prensa, mientras que otra señala como libertad de información, y dispone:

“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 Sala se refirió a este tema en la sentencia No. 1292-90 de las horas del de mil novecientos noventa y dijo:

“La libertad de expresión contenida en el artículo 29 de nuestra Constitución, permite la comunicación de pensamientos de palabra o por escrito y su publicación sin previa censura, garantía que refuerza el artículo 28 del mismo cuerpo normativo al prohibir la persecución por el ejercicio de esa libertad. No obstante, como todo derecho, esa libertad no es absoluta, y tiene su límite, de tal forma que el abuso que se haga de ella hará incurrir en responsabilidad a su autor, según la legislación que rige la materia.”

El artículo 29 de la Constitución Política se complementa con las disposiciones contenidas en los Convenios Internacionales aprobados por Costa Rica, por ejemplo el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José-, que indica: *“1-. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o, b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares*

de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.” (ver además el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ahora bien, a pesar de la gran libertad de que goza el individuo para formar opiniones basado en criterios personales y a su vez comunicarlas con toda amplitud, no debe pensarse que el ejercicio de estas libertades no tiene límite alguno, pues la libertad de expresión, al igual que el resto de las libertades públicas no es irrestricta: sus límites vienen dados por el mismo Orden Constitucional, y así lo consideró esta Sala en la sentencia N° 3173-93, al indicar que “II.- Los derechos fundamentales de cada persona, deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa y necesaria para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo, el principio de la coexistencia de las libertades públicas -el derecho de terceros- no es la única fuente justa para imponer limitaciones a éstas; los conceptos “moral”, concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofende gravemente a la generalidad de sus miembros-, y “orden público”, también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales. VI- No escapa a esta Sala la dificultad de precisar de modo unívoco el concepto de orden público, ni que este concepto puede ser utilizado, tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones en nombre de los intereses colectivos a los derechos. No se trata únicamente del mantenimiento del orden material en las calles, sino también del mantenimiento de cierto orden jurídico y moral, de manera que está constituido por un mínimo de condiciones para una vida social, conveniente y adecuada. Constituyen su fundamento la seguridad

de las personas, de los bienes, la salubridad y la tranquilidad.” Asimismo, en la sentencia N° 3550-92 de las dieciséis horas de veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos, este Tribunal desarrolló el tema de los límites legítimos a las libertades públicas y se refirió al principio de reserva de ley enfatizando que “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-”

VI.- Hechas las anteriores consideraciones, es preciso referirse a la propaganda comercial, objeto de regulación en la ley cuya constitucionalidad se cuestiona, y que, según se indicó, está relacionada con la libertad de expresión, que calificamos antes como el género y con su especie la libertad de información. La propaganda es la publicidad desarrollada para propagar o difundir un producto, servicio, una materia, un espectáculo etc.; consiste en el conjunto de acciones que, técnicamente elaboradas, utilizando principalmente los medios de comunicación colectiva, pretenden influir en determinados grupos humanos para que éstos actúen de cierta manera. La actividad persigue ejercer influencia en la opinión y la conducta de la sociedad, con el fin de que adopte determinadas decisiones. La propaganda comercial es hoy en día una de las principales herramientas de quienes pretenden vender bienes y servicios, pues les permite dirigir su mensaje comercial a la mayor cantidad de personas con el fin de que los adquieran. Si bien puede difundirse a través de medios de comunicación colectiva, como periódicos, radioemisoras o canales de televisión, es una actividad cuyo objetivo principal es disuadir y convencer a los consumidores de la conveniencia o necesidad de adquirir un bien o servicio determinado, por lo que a juicio de este Tribunal es una actividad que, fundamentalmente, se relaciona con la libertad de empresa. El contenido esencial de esta libertad, consagrada en el artículo 46 de la Constitución Política, involucra la libre escogencia de la actividad empresarial, la determinación de la estructura de la empresa, así como de los medios necesarios para la consecución de los fines escogidos, entre los cuales es de singular importancia obtener un lucro razonable. Es por ello que el ejercicio del derecho de hacer propaganda comercial está sujeto a limitaciones,

también de rango constitucional, cuyo fundamento se encuentra en el numeral 28 constitucional, que establece como límite general a las libertades públicas la moral, el orden público y el daño a terceros, y en el artículo 46 párrafo último de la Constitución, que consagra el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, del medio ambiente, de la seguridad e intereses económicos, así como el derecho de recibir información adecuada y veraz, a elegir libremente y recibir un trato equitativo. Asimismo, es constitucionalmente legítima la restricción de la propaganda comercial, en atención a la protección de valores y principios también de primer orden, como la dignidad de las personas, y el bienestar de la familia y de los menores de edad, que gozan de reconocimiento expreso en varios instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento costarricense, a los que se hará referencia más adelante.

VII.- Los Estados se han preocupado por dictar normas protectoras de la dignidad de las personas en materia de medios de comunicación y de propaganda, porque a pesar de los avances logrados en las últimas décadas en el respeto a la dignidad de todos los seres humanos independientemente de su sexo, religión o raza, los medios masivos de comunicación, en general, tienden a reproducir el sistema de ideas y valores establecidos, entre los cuales se encuentran los roles o papeles tradicionalmente asignados a mujeres y hombres, en una sociedad que trata de superar la desigualdad social y la discriminación por razones de raza, sexo y etnias. Se produce la proyección constante de imágenes negativas y degradantes de la mujer en los medios de comunicación, entre otras cosas, utilizando su imagen como consumidora y objeto de venta en la publicidad comercial, lo cual distorsiona además el proceso de formación de los adultos del mañana, a los que les tocará conducir las riendas de la sociedad en un futuro cercano. Foros tan importantes como la plataforma de Beijing 94, han señalado que *“Hay que suprimir la proyección constante de imágenes degradantes de la mujer en los medios de comunicación, sean electrónicos, impresos, visuales o sonoros. Los medios impresos y electrónicos de la mayoría de los países no ofrecen una imagen equilibrada de los diversos estilos de vida de las mujeres y de su aportación a la sociedad en un mundo en evolución.”* Las disposiciones adoptadas en los diversos organismos internacionales se inspiran en el principio cristiano de la dignidad esencial de todo ser humano,

que informa todo el orden social, colocando los seres en un plano de igualdad, y repudiando toda discriminación irrazonable. Dicho principio está contemplado en el artículo 11 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que dispone:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”

la obligación de respetar ese derecho primario alcanza a quienes realizan propaganda comercial, quienes deben tener en cuenta la condición de sujetos de todos los seres humanos, sin utilizar abusivamente su imagen como medio para promover las ventas de un producto o servicio. La publicidad comercial tiende a utilizar la imagen de la mujer con el objeto de llamar la atención de los compradores o usuarios y promover las ventas del producto publicitado, y el ejercicio abusivo de esa técnica publicitaria contribuye a difundir patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, así como prejuicios que se basan en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualesquiera de los géneros, o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer, que legitiman o exacerbaban la violencia y constituyen prácticas discriminatorias contra ellas. El fenómeno ha sido considerado de tal importancia, que la “Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, en la que los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra ella, y que fuera aprobada por Ley N°6968 de dos de octubre de 1984. En su preámbulo, establece que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer, es necesario modificar sus papeles tradicionales en la sociedad. Su artículo 2 obliga a los Estados partes a adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer y el numeral 5 los compele a: *“modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”*. En el mismo sentido, la “Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer”, proclamada por la Asamblea General de

las Naciones Unidas en su resolución 2263 de 7 de noviembre del 1967 establece en el artículo 3 que deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para educar a la opinión pública y orientar las aspiraciones nacionales hacia la eliminación de los prejuicios y la abolición de prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad de la mujer.

VIII.- Por su parte, la Ley de Control de Propaganda aquí cuestionada, establece la regulación y control preventivo de la propaganda que utilice la imagen de la mujer impudicamente para promover las ventas -la falta de pudor se refiere a la ausencia de un sentimiento de reserva hacia lo que tiene o puede tener relación con el sexo-. Así se prohíbe el recurrir en forma abusiva a la anatomía y sexualidad femeninas, y utilizarlas únicamente como imán de la atención de los destinatarios de la publicidad comercial. El legislador consideró que esa utilización, que hace parecer a la mujer un objeto, afecta sin duda su pudor, su dignidad y su papel dentro de la familia y la sociedad. La limitación a la publicidad comercial que incurra en abusos de esta naturaleza encuentra fundamento en la dignidad del ser humano y en el artículo 10 de la Convención ya citada, que obliga a los Estados Partes a adoptar medidas necesarias para asegurar la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza. Los medios de comunicación colectiva influyen decididamente en la opinión pública, especialmente en las personas en proceso de formación, como los menores de edad, por lo que los mensajes que difundan influirán en la percepción que éstos tengan de la sociedad y de sus diferentes integrantes, por lo que el control establecido en la ley, que tiene por objeto evitar los abusos en la utilización de la imagen de un ser humano, es compatible con el Derecho de la Constitución.

IX.- Otro de los valores que se pretende proteger mediante el control preventivo establecido en la “Ley de Control de Propaganda” es el “pudor de la familia”. La Ley somete a control y regulación la propaganda comercial que ofenda el pudor de la familia, es decir, que irrespete la concepción imperante en nuestra sociedad sobre lo adecuado, desde el punto de vista sexual, en relación con ella. La Constitución Política en su artículo 51 consagra que la familia es el elemento natural y

fundamento de la sociedad, y como tal tiene derecho a la protección especial del Estado. Este Tribunal se ha referido a la importancia de la familia en la sociedad, indicando que “ es el vehículo ideal para lograr el desarrollo humano y la preparación de la vida en sociedad; es el marco en el cual le corresponde al individuo aprender –entre otras cosas-, a respetar los derechos y propiedades de los otros y es allí donde se forman los principios de cooperación y mutuo auxilio, base de la familia moderna, los que se trasladan de generación en generación dándonos la estabilidad social de la que gozamos.” (sentencia número 346-94 de las 15:42 horas del 18 de enero de 1994). Asimismo, el preámbulo de la “Convención sobre los Derechos del Niño” reconoce también que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, por lo que debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Es así como la convención establece que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad:

“y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.”

Lo anterior obliga a procurar que los niños y adolescentes se desarrollen en un ambiente seguro, de manera que puedan crecer sanos de cuerpo y mente, por lo que la regulación de la propaganda comercial con el objeto de impedir que se difundan percepciones negativas que afecten el pudor de la familia, y obstaculicen la formación de los menores de edad de acuerdo con los valores recién citados, resultan también criterios razonables y constitucionalmente permitidos que legitiman el control preventivo que establece la Ley de Control de Propaganda.

X.- Por todas las anteriores consideraciones estima la mayoría de la Sala que la regulación preventiva establecida por el legislador ordinario para disciplinar el ejercicio del derecho a hacer publicidad comercial, tiene fundamento en la protección de principios o derechos similares reconocidos en la Constitución Política y los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por nuestro país. Asimismo, que las limitaciones son proporcionadas y razonables pues no impiden el ejercicio del derecho, y tienen por objeto evitar

un peligro real contra la sociedad –ver sentencia 1944-95 de las 15:18 horas del 18 de abril de 1995-. En consecuencia no violan las normas impugnadas los numerales 7, 28 y 29 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Tampoco violan el artículo 40 constitucional –que prohíbe los tratamientos crueles o degradantes, las penas perpetuas, y la pena de confiscación-, pues la atribución conferida al Ministerio de Gobernación para decomisar y destruir la propaganda comercial en caso de desobediencia a la orden de suspensión de la propaganda que no haya sido aprobada, o que no se ajuste a las estipulaciones reglamentarias, contemplada en el artículo 12 de la Ley de Control de Propaganda, pretende suministrar a la oficina encargada del control previo y fiscalización de la propaganda comercial una herramienta para evitar su difusión, si ofende los valores y derechos que se pretende proteger. Ello tiene plena justificación en razón del daño que la propaganda comercial puede causar, si se considera la amplia difusión que se le suele dar a este material en los medios de comunicación colectiva y que se dirige al público indiscriminadamente. Cabe señalar que las atribuciones dichas están establecidas en la Ley de Control de Propaganda y no en su reglamento, número 11235-G del 10 de octubre de 1970 por lo que tampoco se da una infracción del principio de reserva de ley, como alegan los accionantes. En suma, la medida resulta razonable y proporcionada y acorde con el orden constitucional.

XI.- Conclusión. Con fundamento en las argumentaciones anteriores, la Sala concluye que las normas impugnadas no son inconstitucionales, por lo que la acción debe ser declarada sin lugar. El Magistrado Piza salva el voto y declara con lugar la acción con sus consecuencias.

POR TANTO:

Se declara sin lugar la acción.

R. E. Piza E.

Presidente

Luis Fernando Solano C.

Luis Paulino Mora M.

Eduardo Sancho G.

Ana Virginia Calzada M.

Adrián Vargas B.

Susana Castro A.

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=172542&strTipM=T&strDirSel=directo

2002

CONSTITUCIONALIDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA SOBRE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL DIRECTOR DEL MEDIO DE COMUNICACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA EL HONOR. RESOLUCIÓN NO. 10356-2002 ERECHO DE RECTIFICACIÓN. NO PROCEDE EN OPINIONES.

Exp: 02-006443-0007-CO

Res: 2002-10356

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del treinta de octubre del dos mil dos.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Francisco Castillo González, mayor, casado, abogado, vecino de la Paulina de Montes de Oca, cédula de identidad número 2-221-625 contra la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte, según la cual, el director de un medio periodístico es garante de las lesiones al honor causadas por quienes allí laboren.

RESULTANDO

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las diez horas diez minutos del cinco de agosto del dos mil dos, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad de la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte, según la cual, el director de un medio periodístico es garante de las lesiones al honor causadas por quienes están a su cargo. Refiere que es abogado defensor de Roxana Zúñiga Quesada, quien es directora de "Noticias Repretel, Canal Seis" y se encuentra acusada en la causa tramitada con el número de expediente 01-000033-0162-PE del Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial, en proceso que se sigue contra el periodista Jerry Alfaro por el delito de difamación cometido en perjuicio de Juan Carlos Pacheco. En dicha causa se atribuye a su defendida una autoría por comisión por omisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, pues se le atribuye no haber impedido el resultado producido -según la acusación- pudiendo hacerlo de acuerdo con las circunstancias porque debía jurídicamente evitarlo. Afirma que la acusación en contra de su

defendida, en calidad de autora por comisión por omisión, es posible por la interpretación reiterada realizada por la Sala Tercera de la Corte, en las resoluciones números 492-F de las once horas del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y tres, 339-F-94 de las catorce horas treinta minutos del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro y la número 789-99 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve (folios 25 a 88 del expediente) la cual se ha ido extendiendo a casos en los cuales el director de un medio de prensa es acusado por un hecho lesivo al honor cometido por un periodista. Esta jurisprudencia refiere que el director de un medio radial, escrito o televisivo es garante conforme al artículo 18 del Código Penal, de los delitos contra el honor que se cometen en el medio de comunicación que dirige. Por esa razón, estima que la jurisprudencia impugnada es contraria a lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política, según el cual, corresponde únicamente al legislador definir los delitos y las penas, por lo que el Juez no puede establecer ni la conducta punible ni las penas que sancionan esa conducta. Aduce que la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha resuelto que el artículo 18 del Código Penal no es inconstitucional, pero que las fuentes que establecen la posición de garante, el por qué se responde por la omisión de impedir el resultado, son: la ley, el contrato y la injerencia (sentencia número 2728-98 de las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho). La doctrina establece que la posición de garante tiene tres fuentes que son la ley, el contrato y la injerencia, definida ésta como un actuar precedente y antijurídico, que crea la posibilidad de la producción de un resultado. De modo, que esas son las tres fuentes que establece la Sala Constitucional, como fuente de la posición de garante. La jurisprudencia impugnada de la Sala Tercera de la Corte, atribuye la posición de garante al director, por los hechos lesivos al honor cometidos a través del medio que dirige (aunque el director no haya participado como cómplice o instigador). Extiende por analogía in malam partem la ley y viola, por ello mismo el artículo 39 de la Constitución Política. El artículo 18 del Código Penal limita el alcance de los delitos de comisión por omisión a los delitos de resultado, que son aquellos que tienen dentro de su tipo objetivo, una modificación del mundo exterior. La jurisprudencia cuestionada aplica el artículo 18 del Código Penal a los delitos contra el honor que no son delitos castigados en consideración al resultado producido. Tomándose

como ejemplo el delito de difamación, dicho tipo penal se define como el que “deshonrarse a otro o propalare especies idóneas para afectar su reputación”. No es necesario, para tener por existente el delito de difamación, la afectación efectiva de la reputación ajena, sino que basta la idoneidad de la acción para afectarla. El hecho no se castiga por el desvalor del resultado, sino por el desvalor de la acción. Lo mismo puede decirse del delito de injurias, el cual se imputa a quien “ofendiere de palabra o de hecho en su dignidad o decoro a una persona”. El simple hecho de ofender es atributo de la acción, sin que el tipo penal requiera, como elemento constitutivo, una modificación del mundo exterior, mediante un efecto de la acción, en el objeto material de la acción, que es lo que se denomina delitos de resultado. Al extender el artículo 18 del Código Penal a delitos que no son castigados en consideración al resultado producido, sino a delitos que son castigados por la simple idoneidad de la acción para afectar el honor y conferir así la posición de garante al director del medio, la Sala Tercera extiende, por analogía in malam partem, los límites del artículo 18 del Código Penal, a hipótesis no previstas por el legislador. Reitera que el director de un medio periodístico no se encuentra comprendido en las fuentes de la responsabilidad de garante, como son ley, el contrato y la injerencia. El director no fue contratado para evitar específicamente las lesiones al honor, tampoco su actividad como director es una actividad que ponga en peligro el bien jurídico “honor”, por lo cual debe excluirse la posición de garante por contrato o por injerencia. Ni la ley ni la Constitución le otorgan a él esa posición de garante; por consiguiente, tampoco puede atribuírsele posición de garante por ley. La jurisprudencia cuestionada atribuye la posición de garante al director de un medio, partiendo del artículo 29 de la Constitución, norma que establece que todos pueden comunicar sus pensamientos por escrito, aunque deban responder, conforme a la ley, de los abusos que cometan. Como el abuso es castigado, de ahí deduce la Sala Tercera que el director de un medio periodístico debe responder como garante, porque la prensa solamente tiene el derecho de decir verdad. La deducción es completamente arbitraria porque lo que es un derecho se convierte en un deber. Pero, en todo caso, ésta es una deducción de lo que dice la Sala Tercera que es la obligación de la prensa y a partir de esta deducción, se colige la posición de garante el director del medio.

2.- El artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a la Sala a rechazar de plano o por el fondo, en cualquier momento, incluso desde su presentación, cualquier gestión que se presente a su conocimiento que resulte ser manifiestamente improcedente, o cuando considere que existen elementos de juicio suficientes para rechazarla, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada.

Redacta el magistrado **Solano Carrera**; y,

CONSIDERANDO:

I.- Sobre la admisibilidad. Si bien es cierto, de lo dispuesto en los artículos 10 de la Constitución Política y 74 de la Ley de Jurisdicción Constitucional se colige que no es posible plantear acciones de inconstitucionalidad contra actos o resoluciones jurisdiccionales, esta Sala ha admitido el cuestionamiento de interpretaciones judiciales reiteradas que sean susceptibles de infringir las normas y principios constitucionales, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, el cual señala: “Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales.” En ese sentido se pronunció al indicar:

“... se ha reconocido como objeto del control constitucional, en los casos en que una determinada tendencia de los tribunales de justicia resulte contraria al bloque de legitimidad constitucional, y únicamente cuando se demuestre efectiva reiteración de un criterio jurídico emanado por las autoridades jurisdiccionales, mediante una pluralidad de sentencias, a manera de fuente no escrita del ordenamiento de los precedentes, en la resolución de todos o al menos una mayoría representativa cantidad de los casos asignados a los jueces en el ámbito de su competencia, es que puede hablarse de que existe una jurisprudencia en tal sentido, según ya lo indicó con anterioridad este Tribunal por sentencia número 6489-93, de las diez horas veinticuatro minutos del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y tres, en su Considerando III: «... Cuando el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional indica que se tendrá por infringida la

Constitución Política cuando ello resulte de la interpretación que hagan las autoridades públicas de las leyes con las normas y principios constitucionales, lo que permite es examinar la constitucionalidad de la jurisprudencia, esto es, de pronunciamientos judiciales reiterados, a efectos de hacerlos valer en asuntos en trámite aún no resueltos...” Nótese que aunque se trate de la interpretación de normas por parte de los jueces ordinarios, y en la resolución de casos concretos, la Sala ha seguido un criterio restrictivo en cuanto a la admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad con base en la comentada circunstancia, pues por esa vía podría habilitarse abiertamente a los particulares para solicitar y obtener la inconstitucionalidad, ya no simplemente de la interpretación de las referidas normas en general, sino también de la resolución de carácter jurisdiccional concreta, ámbito exento del control de constitucionalidad por disposición expresa de los artículos 10 de la Constitución Política y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional” (sentencia número 5981-95; de las quince horas cincuenta y un minutos del siete de noviembre de mil novecientos noventa y cinco).

En el caso que se analiza, el accionante aportó tres resoluciones de la Sala Tercera de la Corte, a fin de acreditar la existencia de una tendencia jurisprudencial. Además, se encuentra legitimado para plantear la acción de inconstitucionalidad, en virtud de haber impugnado la jurisprudencia cuestionada dentro de la causa que se sigue contra su defendida en el Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial, con el número de expediente 01-000033-0162-PE, por el delito de difamación (folios 12 a 18), como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. Dicha circunstancia, aunada al cumplimiento de los demás requisitos formales que establecen los artículos 73 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Constitucional, hacen que resulte admisible la acción.

II.- Objeto de la acción. El accionante cuestiona la jurisprudencia emitida por Sala Tercera de la Corte en las sentencias 492-F de las once horas del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y tres, 339-F-94 de las catorce horas treinta minutos del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro y 789-99 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y

nueve. Aduce que dicha línea jurisprudencial establece que conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, es responsable penalmente por acción por omisión, el director de un medio radial, escrito o televisivo, cuando no evita que se produzcan lesiones al honor de otras personas por el medio periodístico que dirige. Señala que la Sala Constitucional en la sentencia 2728-28 de las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho afirmó que el artículo 18 del Código Penal no es inconstitucional, pero que las fuentes que establecen la posición de garante son la ley, el contrato y la injerencia. La Sala Tercera de la Corte refiere que el director de un medio periodístico es garante de la actividad que desarrollan quienes están a su cargo. Desde esa óptica sostiene que la jurisprudencia es contraria a lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política, según el cual, corresponde únicamente al legislador definir los delitos y las penas, por lo que a su juicio, el Juez no puede establecer ni la conducta punible ni las penas que sancionan esa conducta. Ello por cuanto, no sólo se confiere posición de garante al director de un medio; siendo que no se encuentra comprendido en las fuentes de la responsabilidad de garante, como son la ley, el contrato y la injerencia; sino además porque el artículo 18 del Código Penal limita el alcance de los delitos de comisión por omisión a los delitos de resultado, que son aquellos que tienen dentro de su tipo objetivo, una modificación del mundo exterior. La jurisprudencia cuestionada aplica el artículo 18 del Código Penal a los delitos contra el honor que no son delitos castigados en consideración al resultado producido, lo que implica una analogía in malam partem, extendiendo el artículo 18 a hipótesis no previstas por el legislador.

III.- Contenido de la jurisprudencia impugnada. Considera el accionante que la jurisprudencia contraria al principio de legalidad está plasmada en las resoluciones de la Sala Tercera de la Corte, que parcialmente se transcriben. En la resolución 789-99 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve, se indica en el considerando XV como uno de los motivos del recurso de casación por el fondo, que el tribunal a quo aplica incorrectamente el artículo 18 del Código Penal cuando le condena por “comisión por omisión” en virtud de las publicaciones que son objeto de conocimiento en la causa. Sostiene la Sala Tercera:

“XV.- Alegan los impugnantes, en este aparte de su recurso por el fondo, que el tribunal a quo aplica incorrectamente el artículo 18 del Código Penal cuando le condena por “comisión por omisión” por las publicaciones que son objeto de este sub-judice, ya que el mencionado numeral, en su párrafo segundo, sólo permite la aplicación de esta forma de responsabilidad cuando el hecho (el delito de injuria) esté reprimido en consideración al resultado producido, lo que no es cierto aquí porque en el tipo de injuria sólo está contemplada la circunstancia objetiva de ofender, no que el resultado efectivamente se produzca. Faltando, entonces, una incriminación referida al resultado, no puede aplicarse la figura de la omisión impropia en este caso. Solicita que se anule el fallo, y en su lugar se dicte en su favor la absolutoria que corresponde. No lleva razón en su reclamo. En primer término es necesario aclarar que de los dos delitos de injuria por la prensa por los que se condenó al querellado Ulibarri Bilbao, únicamente un delito se acreditó que fue realizado por comisión por omisión. Respecto al Editorial de fecha 22 de septiembre de 1997, aparecido en el diario La Nación, quedó establecido que el delito de injuria por la prensa lo perpetró por comisión propiamente dicha. De previo a profundizar en el análisis del motivo, conviene acotar lo señalado por Gimbernat Ordeig “La omisión es una especie del género, no hacer, especie que viene caracterizada porque, de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se debería hacer, o, con otras palabras, la diferencia específica de la omisión frente al género no hacer, al que pertenece, es la de que consiste en un no hacer desvalorado.” (Gimbernat Ordeig, Enrique. Estudios de Derecho Penal. Editorial Tecnos- Madrid, 3ª edición 1990. Pp. 182, 183). El alegato que hace el recurrente olvida el sentido jurídico del artículo 18 del Código Penal. Esta disposición contiene una especial vinculación con el resultado, pero en modo alguno faculta a interpretar que únicamente pueden considerarse como punibles aquellas omisiones especialmente tipificadas como tales, ya que dicho precepto contempla también la posibilidad de producción de un resultado a partir de la omisión de un deber establecido en la norma, pero no expresamente tipificado (cfr. al respecto de la orientación de nuestra normativa penal en cuanto a la omisión en: Bacigalupo Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito,

San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1985, p. 140-141). Se trata de una vinculación a partir de un resultado que se produce cuando un sujeto realiza una actividad distinta a la mandada o simplemente omite cualquier tipo de acción que no detiene la causalidad - que puede voluntariamente interrumpir - y que generará el resultado antijurídico (en este sentido, por ejemplo, Bacigalupo, Lineamientos, op.cit., p. 141; Schöne ubica la producción del resultado como una parte concreta del tipo omisivo, cfr. Schöne, Wolfgang, Acerca del Orden Jurídico Penal, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1992, p. 62). Es por ello que la vinculación que hace el artículo 18 del Código Penal con el resultado lo es en el ámbito de la imputación, a fin de vincular la causación del resultado a partir del incumplimiento del deber, en este caso por la omisión de un comportamiento mandado por la norma penal. Es a esto a lo que se refiere este artículo de la ley represiva, cuando menciona la posibilidad "en consideración al resultado producido", se trata ni más ni menos de la causación de un resultado en los casos en que una persona no impida (omita un hacer o haga distinto a lo mandado) un resultado, si tiene la posibilidad física de hacerlo, de acuerdo a las circunstancias y si tenía el deber jurídico de hacerlo. (El resaltado no es del original). En esta misma línea de pensamiento señala Gimbernart Ordeig "Ciertamente que Armin KAUFFMANN tiene razón cuando afirma que la omisión exige conceptualmente la capacidad (posibilidad) de ejecutar una determinada acción; pero esto sólo no basta: es necesario además, para que se pueda hablar de omisión- si es que no se quiere tergiversar el sentido de las palabras- , que esa acción que se podía (aspecto ontológico) se hubiera debido también ejecutar (aspecto normativo de la omisión)."(Gimbernart Ordeig Enrique, Estudios op.cit. p.184). El comportamiento humano que interesa al derecho penal no se agota en el ejercicio activo de una finalidad, sino también en la omisión de conductas debidas, en la no realización de conductas mandadas por la norma (ver, Schöne, Acerca del Orden Jurídico, op.cit., p. 65 y ss.) Las normas penales no son sólo aquellas que incluyen prohibiciones, como parece desprenderse de la argumentación del impugnante, sino también aquellas que contienen deberes, es decir, aquellas a las que les interesa imponer un especial deber en relación con el bien jurídico penalmente tutelado (al respecto, por ejemplo, Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediar,

Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 481 y ss.). Pertenecen a este rango de normas preceptivas aquellas que imponen el deber de auxilio, el deber de pagar alimentos a los deudores alimentarios. El deber que las normas preceptivas imponen, y que se castigan mediante la omisión impropia o “comisión por omisión” – como también se le conoce en doctrina –, no es un deber que brota del devenir social o de las costumbres de un pueblo o de su moralidad, sino que es el deber legal (deber jurídico de evitar – en el lenguaje utilizado por el legislador penal de 1971–), la acción mandada por el Ordenamiento Jurídico. Por ello no estamos hablando aquí de una analogía desfavorable al reo o de la imposición de una condena por una acción no tipificada, sino que la tipicidad omisiva impropia siempre implica el análisis de una tipicidad activa dolosa correlativa o paralela, la relación de antinormatividad de la conducta omitida o distinta al mandato, y, por supuesto, la producción reprochable (atribuible desde el punto de vista de la culpabilidad) de un resultado desaprobado. De acuerdo a este orden de ideas, es posible distinguir al menos tres tipos de omisión que interesan al Derecho Penal: por un lado la omisión pura o propia que se produce cuando la Ley Penal castiga la simple infracción del deber de actuar (verbigracia: omisión de auxilio – artículo 144 del Código Penal, omisión de dar alimentos – artículo 185 ibídem-); otro caso de omisión relevante sería aquella que va ligada a un determinado resultado, como ocurre cuando el legislador castiga la producción de un determinado resultado, producido por omisión, y que representa por sí una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado. **El tercer caso, que es el que interesa al presente sub-judice, es el de la omisión impropia, en donde se establece una relación entre un tipo penal activo doloso, que no contempla directamente en su descripción típica su realización a nivel omisivo, pero que se vincula a la realización de una omisión cuando ésta produzca el resultado que el tipo activo doloso contempla.** (El subrayado no es del original) Un ejemplo de este caso ocurre cuando teniéndose el deber jurídico de evitar un resultado, se realiza una conducta que se desvía del mandato y se produce el resultado desaprobado. El salvavidas observa ahogarse a su enemigo en la piscina que tiene el deber de vigilar, y se dedica a contemplar su muerte sin realizar ningún esfuerzo para salvarle, sin haber peligro para su vida, y existiendo posibilidad física para realizar el rescate. La

conducta del salvavidas sería entonces equivalente a la conducta activa dolosa de homicidio simple, pero en el caso del ejemplo se produce este resultado de muerte por omisión (comisión por omisión). La omisión impropia, tal y como está contemplada en el artículo 18 del Código Penal, puede llamar a confusión, como se nota del alegato de la defensa, ya que no es necesario que haya una expresa tipicidad de la omisión impropia para que pueda ser castigada. Este numeral de nuestro Código Penal lo único que hace es establecer algunos requisitos de legalidad para considerar la relevancia de aquellas conductas que interesan a nivel normativo como productoras del resultado, y eliminar del ámbito de relevancia aquellas que no deben ser consideradas a efectos del injusto. Esta tipicidad, acorde con el artículo 18 del Código Penal, se genera a partir de la constatación de que una conducta negativa (no hacer, o hacer distinto) produce un resultado que coincide con un tipo activo doloso. **De tal manera que nuestro Código Penal contempla la posibilidad de construir una así llamada “situación típica” cuando alguien se encuentra en posición de garante de los bienes jurídicos de otro, es decir, cuando por alguna circunstancia que pertenece al ámbito del mandato de la norma deba esta persona actuar para proteger este bien jurídico de otro y no lo hace generando el resultado antijurídico** (el resaltado no es del original) (cfr. **Bacigalupo, Lineamientos**, op.cit., p. 147). Esta posición de garante del bien jurídico, que es a su vez un complemento adicional delimitador de la tipicidad omisiva impropia (ver, **Zaffaroni, Manual**, op.cit., pp. 485 y ss.), se produce, en una primera hipótesis, en aquellos casos que surgen a partir de una situación anterior entre las partes, de donde puede deducirse que uno de los sujetos asume el deber de protección y el otro actúa confiado en la expectativa de que el otro cumplirá con el deber de protección (en cuanto al deber de actuar conforme a la expectativa, cfr. Sánchez Vera y Gómez-Trelles, Javier, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Primera Edición, 1995, pp. 23-25; 30 y ss.). La posición de garante también surge cuando uno de los sujetos de la relación o situación típica tiene un especial deber de control o vigilancia de una fuente de peligro (sobre la posición de garante derivada de la

satisfacción de expectativas, cfr Sánchez Vera y Gómez-Trelles, *op.cit.*, pp. 68 y ss.). Un contrato o relación jurídica entre las partes también puede generar obligaciones de actuar y de vigilar que no se produzcan los resultados desaprobados por la norma (véanse los ejemplos sobre estas hipótesis en Bacigalupo, *Lineamientos*, *op. cit.*, pp. 147 y ss.). **La omisión impropia que se genera al encontrarse alguien en posición de garante, obliga, entonces, a que el análisis judicial se concentre en detectar primero si existe un deber de actuar conforme a la norma preceptiva en juego. En el caso en examen el acusado Ulibarri, como director del periódico La Nación, tenía el deber jurídico de vigilar que el contenido de las informaciones contenidas en las publicaciones de su periódico no lesionaran el honor de una persona. Este deber jurídico brota directamente del valor constitucional del derecho fundamental a informar, el cual permite a los medios de comunicación informar al ciudadano en el Estado de Derecho, pero mediante informaciones de contenido veraz, que hayan sido diligentemente investigadas, y de las cuales pueda predicarse que efectivamente cumplen con el requisito de llenar el objetivo democrático de generar opinión pública. El límite genérico de este derecho constitucional es claro. Aquellas informaciones que no sean veraces, ni diligentemente investigadas y corroboradas, pueden causar daños al honor y a otros bienes jurídicos, aparte de incumplir el sentido constitucional del derecho de informar, que en modo alguno es irrestricto. Cuando el director no vigila el contenido de las notas del periódico, y las informaciones que allí se contienen afectan el honor objetivo de alguien, se comete también el delito que cometería quien directamente afecta el honor de alguien con una acción directa de difamar o calumniar, con la única diferencia que su “situación típica” se genera cuando, teniendo el deber de evitar la publicación de tales “informaciones”, no las evita, acarreado la consecuencia que las informaciones lesivas llegan a un número enorme de lectores quienes tenderán a participar en el discurso público con una opinión formada en abierta lesión al objetivo constitucional al proteger el derecho de informar, precisamente porque este derecho ha sido abusado en detrimento de la honra y bienes jurídicos de alguien. La posición de garante del director**

surge del deber jurídico de vigilar que las informaciones cumplan con los requisitos del derecho de informar en una sociedad democrática, la cual ha sido supeditada a un ejercicio diligente, cuidadoso y vigilante de los contenidos veraces y correctos de las informaciones. Constatado el deber de actuar, tiene el juez que proseguir en el análisis típico de la omisión impropia con el análisis de si existe un nexo de evitación. En este supuesto, tendrá el juez que observar si una conducta acorde con el precepto normativo evitaría que el resultado lesivo se genere. Es decir, es necesario concluir que un comportamiento debido hubiera evitado el resultado. Los juzgadores han determinado que de haber una intervención del director se hubiera evitado el resultado lesivo para el honor del ofendido, por lo que esta parte del juicio típico está completo en el sub-judice (acerca de los requisitos para el examen judicial de la tipicidad omisiva impropia, cfr. Issa El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo, Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en materia Penal, San José, Costa Rica, ILANUD, 1991, pp.). Por los anteriores razonamientos es que es posible concluir que el artículo 18 del Código Penal contiene una fórmula que incorpora en el ordenamiento jurídico costarricense los delitos de comisión por omisión (omisión impropia). Esta fórmula funciona como una cláusula general que permite realizar un juicio ex-post, en vía judicial, acerca de la existencia de un autor que está en el deber de protección de un bien jurídico, que está obligado por una norma a actuar, dentro de los límites de la posibilidad física, para evitar la causalidad que va dirigida a producir un resultado antijurídico. Así también se debe proceder a establecer el nexo de evitación, es decir, observar si la persona que hubiera actuado de acuerdo al mandato de la norma, hubiera podido evitar el resultado que se produjo en la hipótesis en examen. También debe analizarse si existe la posición de garante con respecto al autor identificado, tomando en cuenta las circunstancias que han sido detalladas en este fallo. Si estos elementos han sido cumplidos en la especie, puede considerarse que la omisión impropia generada resulta equivalente a la realización activa del mismo resultado, y, por ende, típica penalmente del correlativo delito activo doloso del que se trate. Al ser producto de un análisis a partir de una cláusula general como la del artículo 18 del Código Penal, estos delitos cumplen con los requisitos de estricta

legalidad, y no requieren ser considerados expresamente en ese carácter en la Parte Especial de la ley represiva. Los requisitos de legalidad terminan de cumplirse cuando se hacen los estudios de los elementos de la tipicidad omisiva que han sido expuestos en este Considerando y que, como la posición de garante, contribuyen a delimitar el núcleo de autores que pueden estar en el “deber jurídico de evitar el resultado, si podían hacerlo acorde con las circunstancias”. Un examen del fallo, y de su argumentación, permite comprender que estos aspectos fueron considerados por el tribunal de mérito, ya que se detalló que el encausado Ulibarri Bilbao, tenía pleno conocimiento de la noticia preparada por los redactores Chacón Chaverri y Guevara Muñoz, según el fallo sabía de la falta de veracidad con que se presentaría dicha nota, y teniendo la posibilidad y el deber de evitar su publicación, no lo hizo, con lo que se demuestra que no se ha causado el vicio in iudicando reprochado por el impugnante. Los casos más frecuentes de omisión impropia no han sido ubicados precisamente en los delitos contra el honor, sin embargo tampoco están descartados. Como bien se afirma en doctrina, “... fuera de aquellos casos en los que una realización omisiva está excluida por razones puramente estructurales del tipo penal, ya SAUER procuró demostrar que la problemática de la omisión impropia solo tiene vigencia en algunos delitos, pero no en todos de una manera genérica. De acuerdo con su criterio, los casos más importantes en los que resulta admisible una omisión para realización de un tipo penal son: homicidio y lesiones; raros casos de lesión de la libertad e injurias; la estafa y algunas formas asimilables a ella entre los delitos contra la propiedad; solo limitadamente el encubrimiento, la infidelidad en la administración (Untreue) y la defraudación (en los cuales, en la mayoría de los casos resueltos de esta manera por los tribunales, existe en realidad un hecho positivo); y, finalmente, en los delitos culposos. A este catálogo, GRÜNWALD ha agregado en el ámbito de los delitos de funcionarios, las omisiones de impedir dentro de su competencia la realización de actos contrarios a derecho. Un repaso de la jurisprudencia permite afirmar que solamente en ciertos delitos se ha planteado la cuestión de la comisión por omisión en el Código Penal argentino: por supuesto en los delitos de homicidio y lesiones; en el delito de estupro, y en el delito de estafa. Sin duda también es factible en el Código Penal argentino admitir en el delito de privación ilegal de la

libertad una comisión por omisión (fuera del caso del art. 143, inc.1, que es un puro delito de omisión), lo mismo que en el ámbito de la defraudación. En cambio, no parece admisible la comisión por omisión de la injuria en la medida en que es en realidad un delito de propia mano. Téngase presente que los casos que podrían presentarse, consistirían en impedir que otro cause una lesión al honor de un tercero. La mera omisión de saludo, p. Ej., no nos parece que pueda constituir una injuria.” (Enrique Bacigalupo, *Delitos improprios de omisión*, Temis, Bogotá, 1983, pp 134-135). En efecto, como lo señala este autor, **uno de los casos en que podría presentarse el delito de injurias cometido por omisión, es el de aquel que no impide que otro cause una lesión al honor de un tercero, y eso es precisamente lo que ocurre cuando el director o el editor de un periódico no impide que uno de sus periodistas incluya en el medio de comunicación información que lesiona el honor de otra persona.** (el resaltado no es del original). Por lo expuesto, se declara sin lugar el motivo.”

En la sentencia 339-F-94, la Sala Tercera de la Corte establece:

“El Tribunal de Juicio no analizó si en efecto hubo una delegación de funciones, o si los encartados permitieron que sus nombres se utilizaran para realizar actividades ilícitas, y la responsabilidad penal que en cualquiera de esos supuestos pudieron haber asumido por omisión. Tómese en cuenta que la posibilidad de delegar funciones en otros puede realizarse sólo cumpliéndose con los presupuestos antes apuntados, situación que tampoco se examinó en la sentencia del Tribunal de Juicio, no obstante que la absolutoria se sustentó en que los encartados no conocían de las actividades de las empresas en que ellos mismos figuraban como personeros. En ese mismo fallo se señalaba que “...el ejercicio de la mayoría de las actividades profesionales y los roles que asumimos, implican a su vez la necesidad de asumir una determinada posición de garante en relación con diferentes bienes jurídicos fundamentales para nuestra comunidad. Así, por ejemplo, se le impone un mínimo deber a un comerciante el conocer la lista oficial de precios para que en su establecimiento no se cometa el delito de especulación en perjuicio de los consumidores, y desde ese punto de vista el comerciante asume la posición de

garante frente a la comunidad, lo mismo que el médico en relación con la vida de su paciente; el ingeniero civil en relación con los aspectos técnicos de una construcción, para que no se derrumbe; el conductor de vehículos en relación con los peatones; etc. (Sobre la posición de garante véase WESSELS, Johannes. Derecho Penal, Parte General. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 214 ss.). Los editores de los diarios, en virtud de la norma citada de la Ley de Imprenta, asumen una posición de garantes frente a la sociedad, en el sentido de que deben controlar que sus publicaciones sean veraces, y no lesionen el honor de los ciudadanos, motivo por el cual se les exige efectuar una tarea muy importante de control. Cuando se falta a ese deber, eventualmente pueden asumir responsabilidad penal por omisión...” (Sentencia de la Sala Tercera últimamente citada). (arts. 398 y ss.); así como los artículos 181, 182, 183, 189, 226, 229, 231, y 233, todos del (arts. 17 ss.); del Capítulo único del Título IV también del Libro I del Libro I (El subrayado no es del original). Para tales efectos debe tomarse en consideración, además, que en un caso como el presente referido a las responsabilidades de los personeros y directores de una empresa mercantil dedicada a captar fondos del público para invertir y a vender públicamente valores mercantiles, la posición de garante surge por un lado de la propia ley, como por ejemplo de las normas contenidas en el Capítulo Tercero del Título I Código de Comercio, tanto en su redacción actual como la que tenían a la fecha de los hechos, sin hacer referencia a las normas que regulan la Bolsa Nacional de Valores por ser de 1990, y a la Ley de Regulación de la Publicidad de la Oferta Pública de Valores por ser de 1988. Además, por otro lado, esa posición de garante también surge de la costumbre, de las tradiciones, y de las circunstancias, sobre todo en casos referidos al ámbito bursátil, mercantil y empresarial, regido por la tradición, la costumbre y las prácticas, entre las que sobresalen la buena fe, la confidencialidad, la exactitud y la lealtad en la información suministrada entre los distintos sujetos que se interrelacionan, según lo refieren los artículos 2, 3 y 4 del Código de Comercio. Tratándose de empresas, es evidente que la legislación comercial y las regulaciones del mercado bursátil y financiero (tanto del país donde esté operando la sociedad o la empresa, como las regulaciones de los países donde estén ubicados los inversionistas), le imponen una serie de deberes a los directores, con el propósito de que la captación de

dineros del público para invertir en acciones se realice sin afectar los derechos de esos inversionistas y de los ciudadanos en general, ni la economía o la imagen del país, aún cuando se trate de sociedades constituidas en el extranjero, pues de acuerdo con los hechos de la sentencia operaron en Costa Rica y mantuvieron oficinas abiertas, y fue desde aquí donde captaban inversiones de los ofendidos ubicados también en el extranjero.”

En el fallo 492-F-93 se indica:

“Para tales efectos se toma en consideración que los editores y directores de una publicación periódica, o los funcionarios que éstos designen en caso de justificarse una distribución de funciones, están en el deber de controlar el material que se edita en el medio, con el fin de evitar que se ofenda delictivamente el honor y la reputación de otras personas, asumiendo una posición de garante frente a la ciudadanía, máxime en un caso como el presente en que, como lo expone el fallo de instancia, la simple lectura del aviso o carta evidencia una afectación para el honor de los querellantes. El ejercicio de las actividades económicas, profesionales y sociales, y las posiciones que cada uno de nosotros asumimos en relación con las demás personas en nuestras actividades cotidianas, nos obliga a la vez a asumir una determinada posición de garante en relación con diferentes bienes jurídicos fundamentales para nuestra comunidad. En el caso de la actividad periodística es claro, con base en los artículos 29 de la Constitución Política y 7 de la Ley de Imprenta, en relación con los artículos 18, párrafo segundo, 145, 146, 147, 148, y 153 del Código Penal, que si bien se garantiza el derecho de comunicar el pensamiento sin previa censura, se adquiere responsabilidad por los abusos que se cometan en el ejercicio de esa facultad, de lo cual surge un claro deber de garantía para los editores y directores de los diarios, quienes asumen por ello una obligación frente a la sociedad, en el sentido de que deben controlar que sus publicaciones sean veraces y no lesionen el honor de los ciudadanos, lo cual los obliga a realizar una ardua tarea de control. (El subrayado no es del original). En el caso de autos se faltó a ese deber, al autorizarse la publicación de un comunicado

ofensivo y delictivo a la vez, que afectó el honor de otras personas. Ahora bien, esa autorización provino de personeros del diario, sin cuyo concurso (al menos omisivo) hubiere surgido el delito investigado en este proceso. La responsabilidad penal se adquiere en estos supuestos por omisión impropia, cuando el sujeto que está en posición de garante no impide que el resultado se produzca, siempre que pudiera evitarlo de acuerdo con las circunstancias, teniendo la obligación jurídica de hacerlo, como en este caso, conforme lo dispone el citado artículo 18 del Código Penal. (el subrayado no es del original). Por todo lo anterior concluimos que el tercer requisito también se presenta en este asunto, pues la publicación se hizo con el concurso de empleados de la empresa demandada, que autorizaron la inserción de la nota suscrita por el querellado Segnini Sabat en el diario La Nación. En cuarto término también se cumple el último de los requisitos para que opere la responsabilidad civil objetiva sobre la empresa periodística, pese a la discrepancia del recurrente. Sobre el particular debe tomarse en cuenta que la publicación de la nota suscrita por el querellado Segnini Sabat fue declarada como un delito de injuria por la prensa, es decir una autoridad jurisdiccional determinó que ese hecho constituyó un delito tipificado por la ley penal, con lo cual se cumple la primera parte del último de los requisitos. Pero también se cumple con los demás aspectos. Se afirma en el recurso que el inciso 3º del artículo 106 del Código Penal exige, para que se decrete la responsabilidad civil solidaria de la empresa, que el empleado de la misma sea declarado autor responsable del hecho delictivo, sobre todo tratándose de delitos de acción privada. Sin embargo debemos replicar que la norma lo que exige es, conforme ya se dijo supra, que el hecho sea realizado en la empresa, por un empleado de la misma y que tal cosa se declare en un proceso jurisdiccional, tramitado conforme a derecho. Pero no indica esa norma que el personero deba necesariamente ser declarado autor responsable del ilícito, como lo interpreta el recurrente. En el caso de autos el fallo tiene por cierto que la publicación se hizo en el diario La Nación, lo cual significa -por las razones ya dichas- que fue necesario el concurso de sus empleados, al menos de los responsables de examinar el material que se publica en el diario, sobre todo cuando dicho material es aportado por particulares que

pagan un precio para que se publique, como ocurrió en este caso. Estos hechos los tiene por ciertos la sentencia recurrida, luego de tramitarse un proceso cumpliéndose las reglas legales y constitucionales. La norma no exige que para decretar la responsabilidad civil de la empresa necesariamente deba declararse culpable al personero acusado, sino que para que la empresa asuma esa responsabilidad civil objetiva es indispensable tener por cierto que el hecho es delictivo y que fue realizado en la empresa con el concurso de uno de sus empleados. Esto último si lo tuvo por cierto el juzgador. Esa responsabilidad civil le corresponde a la empresa periodística en virtud de que la absolutoria lo fue por el aspecto penal, no el civil, y en favor de su Director Eduardo Ulibarri Bilbao en su carácter personal, y no de la empresa periodística como tal. Con esa declaratoria contenida en el fallo no se excluye la participación de los otros empleados que en este caso concreto autorizaron la inserción de la nota injuriosa en el diario, y por esa razón es que la empresa debe asumir la responsabilidad civil. Por todo lo expuesto, el recurso del representante legal de La Nación debe declararse sin lugar.”

IV.- Contenido del principio de legalidad

En el campo del proceso penal, el principio de legalidad al que alude el conocido aforismo latino de Feuerbach “nullum crimen sine lege praevia, stricta et scripta; nulla poena sine lege, nemo damnetur nisi per legale iudicium” es una garantía para el ciudadano que implica, que sólo por ley puede limitarse el ámbito de la libertad de la persona, al seleccionar y definir en forma completa y precisa las conductas consideradas lesivas de algún bien jurídico relevante e imponer una determinada consecuencia punitiva a quien se compruebe como culpable en virtud de la realización de un juicio justo dispuesto según la ley, y por último, incluye la exigencia de que la ejecución de la pena debe ajustarse también a lo previsto por la ley. Así, esta Sala al referirse al principio de legalidad, ha señalado que:

“...tanto en su dimensión política como técnica se constituye en una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Se expresa en cuatro principios básicos: no hay delito sin una ley previa -legalidad criminal- no hay pena sin ley -legalidad penal- la pena debe

ser impuesta en virtud de un juicio justo y de acuerdo a lo dispuesto en la ley -legalidad procesal- y la ejecución de la pena debe ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos -legalidad de ejecución.” Sentencia número 01738-99 de las dieciséis horas doce minutos del nueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

El juez está limitado en su actuar por el principio de legalidad, según dispone el artículo 11 de la Constitución Política, al señalar que los funcionarios públicos están obligados a cumplir con los deberes que la ley les impone. Está vinculado no sólo a las definiciones penales por las que optó el legislador, sino también al proceso establecido. Al respecto, esta Sala señaló en la sentencia tantas veces citada, en donde se definen los componentes básicos del debido proceso:

“En los términos más generales, el principio de legalidad en el Estado de Derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado-; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campos es casi absoluto. En nuestra Constitución Política, el principio general de legalidad está consagrado en el artículo 11, y resulta, además, del contexto de éste con el 28, que recoge el principio general de libertad -para las personas privadas- y garantiza la reserva de ley para regularla, con el 121, especialmente en cuanto atribuye a la Asamblea Legislativa competencias exclusivas para legislar (incisos 1º, 4º y 17), para crear tribunales de justicia y otros organismos públicos (incisos 19 y 20) y para disponer de la recaudación, destino y uso de los fondos públicos (incisos 11, 13 y 15); potestades que no pueden delegarse ni, por ende, compartirse con ningún otro poder, órgano o entidad (artículo 9º), y que generan

consecuencias aun más explícitas como las que se recogen en la Ley General de la Administración Pública, principalmente en sus artículos 5º y 7º -que definen las jerarquías normativas-, 11 -que consagra el principio de legalidad y su corolario de regulación mínima-, 19 y 59.1 -que reafirman el principio de reserva de la ley para régimen de los derechos fundamentales y para la creación de competencias públicas de efecto externo-. Téngase presente, asimismo que en Costa Rica tal reserva de ley está confinada a la ley formal emanada del órgano legislativo, por estar prohibida constitucionalmente toda delegación entre los poderes públicos (art. 9º), haciendo así impensables los actos con valor de ley, por lo menos en situaciones de normalidad.

Es en virtud de la presencia de todos esos elementos del principio de legalidad, que prácticamente toda la materia procesal está reservada a la ley formal, es decir, a normas emanadas del órgano legislativo y por los procedimientos de formación de las leyes, con exclusión total de reglamentos autónomos y casi total de los propios reglamentos ejecutivos de las leyes; así como que la ley procesal debe ser suficiente para disciplinar el ejercicio de la función jurisdiccional y de la actividad de las partes ante ella, en forma tal que no queden lagunas importantes por llenar reglamentaria ni subjetivamente; y, por último, que las exigencias de la ley procesal han de tener garantizada eficacia, material y formal, al punto de que en esta materia las violaciones a la mera legalidad se convierten, por virtud del principio, automáticamente en violaciones al debido proceso, por ende de rango constitucional.

Aunque el principio de legalidad y el correspondiente derecho de todas las personas a la legalidad -y, desde luego, por encima de todo, a la legalidad y legitimidad constitucionales- parecen referirse más a problemas de fondo que procesales, tienen sin embargo, repercusiones importantes en el debido proceso, aún en su sentido estrictamente procesal.

Pero es que, además, las exigencias del principio general de legalidad se extreman en el campo del proceso penal, en el cual se manifiestan, amén de en aquellos aspectos generales, en los siguientes, entre otros:

a) En la aplicación de la regla de oro del derecho penal moderno: el principio “*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*”, recogido en el artículo 39 de la Constitución, el cual también obliga, procesalmente, a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que, en esta materia sobre todo, excluye totalmente, no sólo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley -sustancial o procesal-; unos y otras en función de las garantías debidas al reo, es decir, en la medida en que no lo favorezcan. No es ocioso reiterar aquí que el objeto del proceso penal no es el de castigar al delincuente sino el de garantizarle un juzgamiento justo.

b) Cabe también enmarcar aquí, en la medida de su trascendencia procesal, principios como el de igualdad y no discriminación, ya mencionados (art. 33 Const.), los de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del reo y de retroactividad en su beneficio (art. 34 id.), el de “*in dubio pro reo*” y la presunción o, más que presunción estado de inocencia -ambos derivables también del artículo 39 Constitucional-, en el tanto en que deben presidir todas las actuaciones del proceso y, desde luego, la sentencia misma.” (Sentencia 01739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos)

El ciudadano debe tener certeza no sólo respecto de cuáles son las conductas seleccionadas como punibles y las consecuencias jurídico penales establecidas por el legislador, sino también, de las reglas procesales que rigen la actividad punitiva del Estado. De ahí que las diferentes etapas del proceso se establecen en forma precisa y determinada por la ley. En ese sentido, debe decirse que la interpretación judicial que se oponga o que vaya más allá de lo previsto por el legislador, resulta violaria del principio de legalidad.

V.- Delitos de omisión impropia.

Una vez expuesto en qué consisten los alegatos del accionante y establecido el contenido del principio de legalidad que se alega como violado; corresponde analizar la jurisprudencia cuestionada a fin de

determinar si ésta viola o no dicho principio constitucional. El artículo 18 del Código Penal, que corresponde a la parte general de dicho Cuerpo de Leyes, establece:

“Artículo 18.- El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión.

Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo.”

Contempla esta norma los delitos denominados por la doctrina como de “comisión por omisión” u “omisión impropia”, los cuales son las infracciones de impedir el resultado de un delito de comisión, que no encuentran tipificadas en la ley penal. En esa clase de delitos, mediante una cláusula general se determina que bajo ciertas condiciones, no evitar un resultado que se estaba obligado a evitar es equivalente a la realización activa del tipo penal que prohíbe la realización activa del mismo resultado. Lo que el artículo 18 del Código Penal exige es que el autor tenga la posibilidad de impedir el resultado según las circunstancias y además, el deber jurídico de evitarlo. En relación con esa norma, este Tribunal señaló en la sentencia 02728-98 de las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho:

“En la sentencia número 1588-98 al evacuar una consulta judicial, esta Sala determinó la constitucionalidad de los delitos de acción por omisión al señalar:

“...considera esta Sala que en el caso del delito imposible, no se está ante un caso de atipicidad, por cuanto, el delito imposible o error de tipo al revés constituye, al igual que la tentativa idónea, un dispositivo amplificador del tipo que a juicio de este Tribunal no resulta inconstitucional. De hecho, figuras como la participación, la tentativa, la comisión por omisión, son comportamientos que no están comprendidos en los tipos penales de la parte especial del Código; sino, que el legislador las prevé en la parte general, refiriéndolas a todas las hipótesis delictivas, introduciendo así un mecanismo o dispositivo que permite ampliar el radio de acción o el alcance de los diversos supuestos de hecho. De esa forma, los dispositivos amplificadores del

tipo permiten cubrir o extender la punición a tales manifestaciones del quehacer humano, sin violentar el principio de tipicidad ni de legalidad, pues las conductas sí se encuentran descritas en la ley.”

En efecto, la acción por omisión, supone comportamientos que no están comprendidos en los tipos penales de la parte especial del Código; sino, que el legislador las prevé en la parte general, refiriéndolas a todas las hipótesis delictivas, introduciendo así un mecanismo o dispositivo que permite ampliar el radio de acción del tipo o el alcance de los diversos supuestos de hecho. De esa forma, los dispositivos amplificadores del tipo permiten cubrir o extender la punición a tales manifestaciones del quehacer humano, sin violentar el principio de tipicidad ni de legalidad, ya que ambos están contenidos en la ley, y es el juez o aplicador del derecho el que los une, igual que cuando le da contenido a “conceptos jurídicos indeterminados” que no están definidos en la ley y que suponen una actividad jurisdiccional para su definición, o bien en casos como los de la tentativa y la participación. En consecuencia, el hecho de que el tratamiento que le da el legislador sea el de contemplar una parte en la sección general del Código, y otra en la parte especial, no significa una vulneración al principio de legalidad. Si el juez al interpretar lo hace de modo que da a la norma un contenido diferente al que el legislador le estableció, el problema entonces no es de la norma en sí, sino de la interpretación y ésta, en principio –según luego se analizará– no es revisable por la vía de la acción de inconstitucionalidad. De hecho la acción está mal alegada, ya que se dirige contra el párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal, y éste por sí mismo no contiene ninguna inconstitucionalidad... En los delitos de comisión por omisión el problema se centra en establecer si la omisión puede equipararse a la acción respecto al resultado atribuido, lo que para satisfacer el principio de legalidad, obligó a nuestro legislador a incluir en el artículo 18 del Código Penal el párrafo impugnado, que si bien es cierto presenta un alto grado de apertura al referirse a “de acuerdo con las circunstancias”, ello por sí solo no lo hace inconstitucional, pues conforme ya esta Sala lo ha analizado en otros pronunciamientos, nuestra Constitución no exige que todos los tipos penales sean absolutamente cerrados, a contrario, un cierto grado de apertura no lesiona

la función de garantía que debe cumplir el tipo penal. Al respecto en la sentencia 0178-95 se consideró:

“...Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que la vaguedad de algunos tipos penales abiertos, concepto que no debe confundirse con la llamada norma penal en blanco, sí podría producir quebranto del principio de ley previa, pero únicamente cuando tal vaguedad rebasa los límites de racionalidad, dejando al juzgador demasiado margen de interpretación a la hora de pronunciar el derecho.”

La apertura del tipo, entonces, no significa, por sí misma, una vulneración al principio de legalidad y sus demás derivados, sino que así ocurrirá cuando la imprecisión conceptual y el sinnúmero de variables que pueden ser introducidas genéricamente, resten claridad, determinación y precisión a la norma, haciéndole perder su función de garantía, al no individualizarse la conducta constitutiva de la infracción. Al contrario, cuando el tipo abierto permite sin mayores dificultades al juzgador, individualizar esa conducta acudiendo a pautas o reglas que aunque están fuera del tipo penal, se tienen elementos suficientes en éste para orientar válidamente la interpretación del juzgador (como ocurre al establecer el elemento generador de la falta al deber de cuidado en el homicidio culposo o cometido por culpa según lo expresa el artículo 117 de nuestro Código Penal) o facultando a aquél para que en el cerramiento del tipo siga una pauta legal de cuantía o de magnitud, normalmente señalada por la vía de ejemplo (que sería otra forma de apertura típica), ciertamente no se incurre en los defectos mencionados. Para el caso la función de garante, las circunstancias propias del caso y la producción del resultado, sirven de marco suficiente para cerrar el contenido del tipo amplificado, supuesto restringido a quienes en razón de su obligación de impedir el resultado, tenían el deber de realizar la acción que omitieron, la que se logra establecer –acción omitida- por medio de la fórmula de la causalidad hipotética que conlleva a equiparar la omisión con la acción, cuando de realizarse la acción esperada, el resultado no se hubiere producido. Desde luego que el deber de actuar (función de garante), le debe estar impuesta al responsable por el ordenamiento jurídico, por un acto del que devenga la obligación

de actuar (salvavidas) o por haber producido el riesgo del resultado (quema de rastrojos)."

De conformidad con lo expuesto, se colige que el artículo 18 del Código Penal no es violatorio de la Constitución Política, en cuanto, se trata de un dispositivo amplificador del tipo penal, que si bien requiere de una interpretación por parte del juez al momento de aplicarlo a cada caso concreto, otorga parámetros objetivos que delimitan esa labor.

Los alegatos de inconstitucionalidad que aduce el accionante pueden sintetizarse de la siguiente forma: 1) Que los directores de medios de prensa no ostentan posición de garantes del honor de las personas, pues no está contemplado en ninguna de las fuentes, a saber, la ley, el contrato y la injerencia. 2) Que el artículo 18 del Código Penal no resulta aplicable a delitos de acción, sólo a delitos castigados en consideración al resultado producido. Se resolverá cada uno de esos tópicos por separado.

VI.- Condición de garante de los directores de medios periodísticos.

La jurisprudencia impugnada no resulta violatoria del principio de legalidad porque el legislador otorga al juez la potestad de determinar el sujeto activo en los delitos de omisión impropia, tomando como parámetro el deber jurídico de evitarlo. En la sentencia 789-99, la Sala Tercera señala que el deber jurídico del imputado como director del periódico, consistía el deber de vigilar que el contenido de las informaciones de su periódico no lesionaran el honor de las personas y aduce:

“Este deber jurídico brota directamente del valor constitucional del derecho fundamental a informar, el cual permite a los medios de comunicación informar al ciudadano en el Estado de Derecho, pero mediante informaciones de contenido veraz, que hayan sido diligentemente investigadas, y de las cuales pueda predicarse que efectivamente cumplen con el requisito de llenar el objetivo democrático de generar opinión pública... Cuando el director no vigila el contenido de las notas del periódico, y las informaciones que allí se contienen afectan el honor objetivo de alguien, se comete también el delito que cometería quien directamente afecta el honor de alguien con una acción directa de difamar o calumniar, con la única diferencia que su “situación típica” se

genera cuando, teniendo el deber de evitar la publicación de tales “informaciones”, no las evita...”

En el caso de las sentencias 339-F-94 y 492-F-93, según puede constatar, se deriva la responsabilidad de los editores y directores de los medios, no sólo de la propia Constitución Política (artículo 29), sino además del artículo 7 de la Ley de Imprenta, al señalarse:

“En el caso de la actividad periodística es claro, con base en los artículos 29 de la Constitución Política y 7 de la Ley de Imprenta, en relación con los artículos 18, párrafo segundo, 145, 146, 147, 148 y 153 del Código Penal, que si bien se garantiza el derecho de comunicar el pensamiento sin previa censura, se adquiere responsabilidad por los abusos que se cometan en el ejercicio de esa facultad, de lo cual surge un claro deber de garantía para los editores y directores de los diarios, quienes asumen por ello una obligación frente a la sociedad, en el sentido de que deben controlar que sus publicaciones sean veraces y no lesionen el honor de los ciudadanos.”

De lo anterior se extrae que la jurisprudencia cuestionada no es contraria al principio de legalidad porque se basa en la función de garante del sujeto activo (deber jurídico de evitarlo, previsto en la norma penal) que a juicio de la Sala Tercera le está impuesta por el ordenamiento jurídico. No corresponde a esta Sala examinar si la interpretación realizada por la Sala Tercera de la Corte es correcta o no porque eso no es un problema de constitucionalidad, sino de legalidad y específicamente dependerá de la doctrina que se aplique.

VII.- Aplicación del artículo 18 del Código Penal a delitos que no sean de resultado. Como segundo aspecto, el accionante refiere que la jurisprudencia aplica erróneamente el artículo 18 del Código Penal, que está previsto sólo para delitos de resultado y no de acción. Al respecto, la Sala Tercera de la Corte refiere en la sentencia 789-99:

“El alegato que hace el recurrente olvida el sentido jurídico del artículo 18 del Código Penal. Esta disposición contiene una especial vinculación con el resultado, pero en modo alguno faculta a interpretar que únicamente pueden considerarse como punibles aquellas omisiones especialmente tipificadas como tales, ya que dicho precepto

contempla también la posibilidad de producción de un resultado a partir de la omisión de un deber establecido en la norma, pero no expresamente tipificado (cfr. al respecto de la orientación de nuestra normativa penal en cuanto a la omisión en: Bacigalupo Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1985, p. 140-141). Se trata de una vinculación a partir de un resultado que se produce cuando un sujeto realiza una actividad distinta a la mandada o simplemente omite cualquier tipo de acción que no detiene la causalidad - que puede voluntariamente interrumpir - y que generará el resultado antijurídico (en este sentido, por ejemplo, Bacigalupo, Lineamientos, op.cit., p. 141; Schöne ubica la producción del resultado como una parte concreta del tipo omisivo, cfr. Schöne, Wolfgang, Acerca del Orden Jurídico Penal, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1992, p. 62). Es por ello que la vinculación que hace el artículo 18 del Código Penal con el resultado lo es en el ámbito de la imputación, a fin de vincular la causación del resultado a partir del incumplimiento del deber, en este caso por la omisión de un comportamiento mandado por la norma penal. Es a esto a lo que se refiere este artículo de la ley represiva, cuando menciona la posibilidad "en consideración al resultado producido", se trata ni más ni menos de la causación de un resultado en los casos en que una persona no impida (omita un hacer o haga distinto a lo mandado) un resultado, si tiene la posibilidad física de hacerlo, de acuerdo a las circunstancias y si tenía el deber jurídico de hacerlo."

Conforme puede apreciarse la Sala Tercera expresa una serie de razones y fundamentos jurídicos y doctrinarios, que hacen que sea posible considerar los delitos omisivos impropios para delitos que no sean propiamente "de resultado". Indudablemente, definir cómo debe entenderse la frase "...en consideración al resultado producido" contenida en el párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal es un aspecto que trasciende el quehacer del Tribunal Constitucional y corresponde ser establecida por los operadores de la jurisdicción penal. El principio de legalidad en modo alguno resulta vulnerado porque el legislador otorgó al juez penal la potestad de interpretar y aplicar las disposiciones legales, dentro de la esfera de su competencia.

VIII.- Conclusión. De todo lo expuesto, esta Sala concluye que la jurisprudencia impugnada no resulta lesiva del principio de legalidad, y, en consecuencia, procede rechazar por el fondo la acción interpuesta

POR TANTO

Se rechaza por el fondo la acción.

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Luis Paulino Mora M.

Carlos M. Arguedas R.

Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S.

Teresita Rodríguez A.

Aldo Milano S.

**CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY GENERAL DE
ESPECTÁCULOS PÚBLICOS. LA CALIFICACIÓN DE CONTENI-
DOS EN TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN ES ACORDE CON LA
PROTECCIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. RESOLUCIÓN
NO. 8586-2002**

Exp: 98-008490-0007-CO

Res: 2002-08586

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del cuatro de setiembre del dos mil dos.-

Acciones de inconstitucionalidad acumuladas promovidas por René Picado Cozza, mayor, empresario, portador de la cédula de identidad número 1-505-301, y Jorge Garro Lizano, psicólogo, portador de la cédula de identidad número 1-380-261, ambos vecinos de San José, en representación de TELEVISORA DE COSTA RICA S.A., con cédula jurídica número 3-101-006829; y James Daniel Hindelang Dunsworth, mayor, empresario, de nacionalidad estadounidense, con cédula de residencia número 175-95508-9775 en lo personal y en su condición de representante de DODONA S.R.L., con cédula jurídica número 3-102-204367, contra los artículos 1, 2, 3, 4, 8, 9, 11 inciso b), 13, 20 y 21 de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos y los artículos 2, 25, 27, 31, 45, 46 y 51 del Decreto Ejecutivo número 26937-J.

RESULTANDO

1.- Por escritos recibidos en la Secretaría de la Sala a las 11:09 horas del 9 de diciembre de 1998; a las 15:24 horas del 4 de enero de 1999 y a las 15:35 horas del 1 de marzo de 1999, los accionantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 3, 4, 8, 9, 11 inciso b), 13, 20 y 21 de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales y artículos 2, 25, 27, 31, 45, 46 y 51 del Decreto Ejecutivo número 26937-J. Alegan que la definición de espectáculo público que contiene el artículo 2 de la Ley General de Espectáculos Públicos Materiales Audiovisuales e Impresos engloba toda representación, transmisión o captación pública en cualquier lugar sin distinguir si el recinto es privado o público lo que

contradice los artículos 1 y 3 de la misma ley, en tanto éstos diferencian los espectáculos públicos de los materiales audiovisuales y también lo hace respecto de la televisión por VHF, UHF, cable, medio inalámbricos, vía satélite o cualesquiera otra forma de transmisión. Manifiestan que si para todo espectáculo público se requiere de una autorización previa dictada por la autoridad competente, ello es violatorio del artículo 26 constitucional cuyo texto indica que las reuniones en recintos privados no necesitan de autorización previa, a diferencia de las reuniones en los recintos públicos. Agregan que al tener la Administración Pública plena potestad de injerencia de control y fiscalización sobre los espectáculos públicos con inclusión del fuero privado, su margen de competencia excede el numeral 28 de la Constitución Política en cuanto las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público y que no perjudique a terceros, quedan fuera del alcance de la ley. En cuanto a la frase del artículo 11 inciso b) impugnado, según el cual la libertad de expresión no incluye la libertad de exhibición; manifiestan que la misma es inconstitucional en el tanto no se puede separar la libertad de expresión de la libertad de exhibición. En relación con los artículos 1, 3, 8, 20 y 21 impugnados consideran que éstos autorizan a la Comisión de Control y Calificación de Espectáculos Públicos a ejercer censura previa, en perjuicio del uso y disfrute de la libertad de expresión, de comunicación y pensamiento, en violación a lo dispuesto en el artículo 29 constitucional y de forma derivada afecta la libertad de comercio y de industria; libertad que no puede ser amenazada ni restringida por acto alguno aun nacido al amparo de la ley, según el artículo 46 de la Constitución Política. Específicamente en cuanto los artículos 3 y 21 de la ley cuestionada, consideran que de manera antojadiza se amplía el ámbito de aplicación de la censura previa a actividades que no constituyen espectáculo público, como es el caso de las transmisiones por cable; lo que constituye violación a la norma contenida en el artículo 29 de la Constitución Política que establece la garantía individual de libertad de expresión que prohíbe expresamente la censura previa, sancionando única y exclusivamente aquellos casos en que se demuestre un abuso de dicha libertad y lesiona también la norma contenida en el artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos según la cual, la libertad de pensamiento y expresión 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 elección. Sobre el artículo 11 inciso b) cuestionado agregan que resulta inconstitucional en el tanto indica que la libertad de expresión no incluye la libertad de exhibición. Respecto del Reglamento a la Ley General de Espectáculos Públicos manifiestan que establece criterios de valoración de suyo inconstitucionales, tanto por versar en torno a leyes que riñen con los preceptos constitucionales, que rebasa las restringidas facultades de la censura previa, y por conceder potestades discrecionales de inusitada amplitud que limita la libre emisión del pensamiento en la aplicación de la censura previa, en contradicción con el Derecho a la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con la única autorización de imponerla en la exclusiva circunstancia de regular el acceso de menores de edad a los espectáculos públicos.

2.- Figuran como asuntos previos de las gestiones, las causas contravencionales tramitadas bajo los expedientes número 98-500286-257, 98-154-299 y 98-500287-257-FC por infracción a la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos, seguidas por su orden contra René Picado Cozza, Jorge Garro López y James Daniel Hindelang Dusworth, ante el Juzgado Contravencional de Pavas.

3.- Mediante resolución de las 11:55 horas del 8 de noviembre de 1999, se le dio curso a la acciones tramitadas en expedientes número 98-008490-007-CO y 99-001521-007-CO, confiriéndosele audiencia a la Procuraduría General de la República y al Consejo Nacional de Espectáculos Públicos.

4.- La Procuraduría General de la República contesta en tiempo la audiencia, y señala que uno de los expedientes que constituye el asunto principal de esta acción se refiere a una denuncia interpuesta por la Directora Ejecutiva de Consejo Nacional de Espectáculos Públicos y Afines contra el señor René Picado Cozza, en su calidad de Gerente General de la empresa Cable Tica S.A., por cuanto la empresa denunciada sigue transmitiendo su programación por cable sin contar con la valoración y respectiva calificación del material por parte de esa oficina y no envía la programación con la evidente intención de evadir la obligación que establece el artículo 20 de la ley 7440. No obstante, indica que el artículo 20 de la Ley de Espectáculos Públicos y Materiales Audiovisuales no ha sido cuestionado en la acción,

faltando el nexo de causalidad que exige la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Además, como reparo de admisibilidad, señala que el promovente René Picado fue denunciado como representante de Cable Tica S.A. en el asunto principal y éste plantea la acción a nombre de Televisora de Costa Rica S.A. omitiendo además acreditar su condición de Gerente General de Televisora de Costa Rica S.A. En relación con el promovente Jorge Garro López indica que el proceso principal en que basa la acción interpuesta lo constituye la denuncia formulada por la Directora Ejecutiva del Consejo Nacional de Espectáculos Públicos y Afines, contra el señor Garro López en su condición de subgerente de la empresa Televisora de Costa Rica Canal 7, por cuanto la película "Un Policía en Beverly Hills" fue calificada para su transmisión a las diez de la noche por contener reiteradas escenas de homicidios, destrucciones materiales, uso de armas y explosivos, por promover la violencia como forma de resolución de conflictos; por lo que el asunto base no se ubica dentro de los alegatos promovidos por el señor Garro en contra de la normativa cuestionada, al no haberse dado censura previa que hubiera prohibido la transmisión de la película en cuestión, en virtud de que lo que se estableció fue la fijación de un horario que se incumplió, lo que provoca que la acción no tiene conexidad con el asunto principal y no constituye medio razonable para la tutela del derecho o interés que se considera lesionado. En cuanto al fondo de la acción indica que las normas que se impugnan, en general, no contienen prohibiciones que puedan asimilarse a censura previa, salvo en relación con menores de edad, sino que se trata de regulaciones o control preventivo en los espectáculos públicos, materiales audiovisuales e impresos por parte de Estado. Indica que la jurisprudencia constitucional considera acorde con el Derecho de la Constitución, establecer regulaciones por ley a los espectáculos públicos, en tanto esas regulaciones tengan por finalidad la protección de la moral, el orden público o los derechos de terceros, que son los límites que establece el numeral 28 de la Constitución Política a las libertades públicas, acorde con los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad. Aclara que el Estado está facultado para fiscalizar, regular, no prohibir -con la excepción señalada sobre menores de edad- en materia de espectáculos públicos de manera previa, sin que esa tutela implique desnaturalizar o eliminar derechos fundamentales, en particular, la libertad de expresión. Sobre los artículos 1 y 3 impugnados reitera que existe obligación por parte del Estado de proteger no sólo a

los niños y adolescentes sino a la familia. En igual sentido cita el artículo 51 constitucional y los numerales 16-3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Manifiesta que la actividad relativa a espectáculos públicos está sujeta a la actividad administrativa de control previo permitido al Estado y en general todas aquellas formas de comunicación que se dirijan a un cierto número de personas sin que necesariamente tengan que estar unidas físicamente, independientemente de la discusión de si la radio y la televisión constituyen o no espectáculo público. Sobre el artículo 2 impugnado manifiesta que lo que interesa a la regulación ejercida por el Estado es el contenido mismo del espectáculo, medio audiovisual o impreso ya que si éste riñe con la moral no debe ser accesible a personas en plena formación. Sobre el artículo 11 inciso b) cuestionado comparte el alegato de inconstitucionalidad en cuanto dispone que la libertad de expresión no incluye la libertad de exhibición. En relación con la función de la Comisión de prohibir lo que constituya un peligro social por su contenido estrictamente pornográfico o violento, por su potencial de incitación al crimen o al vicio o por degradar la condición del ser humano, manifiesta que debe ser interpretado conforme al inciso 5) del artículo 13 de la Convención Americana, que remite a la ley ordinaria la posibilidad de prohibir determinada propaganda y al artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según los cuales la incitación a la guerra, al racismo y a la intolerancia religiosa, constituyen clara afectación del orden público. En relación con el Reglamento a la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos, manifiesta que no comparte los reparos de inconstitucionalidad invocados por los accionantes, en virtud de que lo que persigue el legislador a través de la ley número 7440, es proteger a la sociedad, particularmente a los menores de edad y la familia, lo que hace posible que el reglamento especifique los diferentes tipos de violencia en aras de vigilar la salud física y mental de las personas. Sobre el artículo 25 del Reglamento indica que éste enumera los requisitos que deben presentar los empresarios a fin de obtener la calificación para un espectáculo en vivo ante la Comisión, lo que constituye un control previo a un espectáculo particular que se ajusta al Derecho de la Constitución, en el tanto la Sala ha definido que si bien los particulares pueden escoger libremente la actividad empresarial que les convenga,

el respectivo tipo de actividad queda sujeto a todas las disposiciones que le sean aplicables. Sobre los artículos 27, 31 y 46 señala que estos artículos fueron reformados mediante Decreto Ejecutivo número **27373-J**, por lo que no encuentra razón de ser lo solicitado por los accionantes. Respecto del artículo 45 del Reglamento manifiesta que no se está frente a un caso de prohibición sino de fiscalización en aras de la protección de la familia y de la sociedad en general. En relación con el artículo 51 impugnado señala que su impugnación está fuera de contexto por cuanto versa sobre la aplicación supletoria de la Ley General de la Administración Pública, que en nada se asemeja a la valoración de material violento o conflictos bélicos.

5.- El Consejo Nacional de Espectáculos Públicos contestó que el asunto principal de esta acción constituye la denuncia por parte de la Dirección Ejecutiva del Consejo Nacional de Espectáculos Públicos contra la empresa Cable Tica S.A. representada por René Picado Cozza, porque la denunciada sigue transmitiendo su programación sin contar con la programación y respectiva calificación del material por parte de la Oficina, en violación del artículo 20 de la Ley General de Espectáculos Públicos. Indica que esa denuncia no configura como un asunto previo que pueda servir de fundamento a la presente acción, en vista de que el articulado que sirve de fundamento en el asunto previo, a saber el artículo 20 de la ley 7440, no se impugna, lo que torna la acción inadmisibles. Agrega además que el señor Picado actúa en esta vía como Gerente General de la empresa Televisora de Costa Rica S.A. sin demostrar tener la representación de tal empresa. En cuanto al accionante Jorge Garro López indica que la denuncia penal que es asunto principal de la acción se centra en la transmisión de una película transmitida por la empresa Televisora de Costa Rica S.A. en un horario para el cual no estaba autorizada, lo que no tiene conexión con las normas aquí cuestionadas. En cuanto al fondo indica que no existe una actitud violatoria de los principios constitucionales en la legislación aludida, por cuanto las actuaciones derivadas del órgano encargado de cumplir con las disposiciones contempladas en la ley han sido enmarcadas dentro de los preceptos constitucionales existentes, entendiendo siempre que la protección de la niñez costarricense debe ser prioridad del Estado y en el caso en particular velar por su integridad física, emocional y moral. Explica que la protección de la niñez costarricense configura el

eje fundamental del accionar estatal a través de diversos instrumentos jurídicos, entre ellos la ley general que regula los espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos. Manifiesta que el control preventivo ejercido por el Estado va encaminado no a imponer sino a regular ciertas actividades, incluyéndose dentro de este ámbito de actividades no sólo los espectáculos públicos sino los materiales audiovisuales e impresos que puedan afectar el pleno desarrollo de los niños. En cuanto al numeral 2 dice que el carácter de público del espectáculo es lo que interesa regular al Legislador, por cuanto la exhibición de determinadas actividades ante diversas personas incluyendo menores deben ser controlado con el fin de prevenir cualquier acto que resulte dañino a la moral, el orden público o perjudique el normal desarrollo de la niñez costarricense. En relación con el artículo 3 indica que las actividades contenidas se establecen bajo parámetros legales y conforme con los principios fundamentales de la normativa internacional y nacional. En cuanto al artículo 7 cuestionado dice que éste se refiere a la instalación y juramentación de los miembros del Consejo, lo que no guarda relación con lo alegado por el accionante. En relación con el artículo 8 impugnado manifiesta que las funciones que se le otorgan al Consejo Nacional de Espectáculos Públicos en cuanto al establecimiento de políticas, toma de decisiones y acuerdos necesarios son mecanismos propios de órganos administrativos, lo que no presenta roces de constitucionalidad. En cuanto al artículo 11 inciso b que establece que la libertad de expresión no incluye la libertad de exhibición y manifiesta que la libertad de exhibición no es irrestricta sino que está sujeta a los principios y valores consagrados en la Constitución Política y artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que remite a las leyes ordinarias la posibilidad de prohibir, de ahí que sean razonables las regulaciones que la ley y reglamento hacen respecto a la libertad de exhibición. En cuanto a los artículos del Reglamento a la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos cuestionados, afirma que éste desarrolla la ley sin exceder los alcances fijados en ella, cumpliendo con los preceptos establecidos por la Sala Constitucional. Agrega que el articulado cuestionado no hace ningún tipo de discriminación por razón del género del material difundido (telenovelas, policiales, musicales, comedias, suspenso, etc.), ya que lo que valora es el contenido de lo que se va a exhibir a menores de edad.

6.- Mediante resolución número 09090-99, de las 13:27 horas del 19 de noviembre de 1999, se acumuló la gestión promovida por René Picado Cozza y Jorge Garro López, tramitada en expediente número 99-000039-007-CO, a la tramitada en expediente número 98-008490-007-CO, teniéndose como ampliación de la misma por impugnar en similares términos, los artículos 1, 2, 3, 4, 8, 9, 11 y 13 de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos y su Reglamento.

7.- Mediante resolución de las 16:10 horas del 12 de enero de 1999 (folio 138), se dio curso a la acción de inconstitucionalidad tramitada en expediente número 99-000039-007-CO, confiriéndosele audiencia a la Procuraduría General de la República y al Consejo Nacional de Espectáculos Públicos.

8.- Mediante resolución de 15:05 horas del 3 de marzo de 1999 (folio 27) se previno al accionante James Daniel Hindelang, representante de Dodona S.R.L, aclarara qué artículos impugna mediante la acción que se tramita bajo el número de expediente 99-001521-007-CO y los fundamentos jurídicos y citas concretas de normas y principios que se consideren infringidos; así como aportara certificación literal del libelo en que en el asunto principal, en que impugna las disposiciones aquí cuestionadas; prevención que fue atendida mediante escrito presentado a esta Sala a las 15:31 horas del 16 de marzo de 1999 (folios 29 a 34).

9.- Mediante resoluciones de las 16:03 horas del 4 de junio (folios 37 y 38) y de las 13:27 horas del 19 de noviembre (folio 231), ambas de 1999, se acumularon por su orden las acciones 99-001521-0007-CO y 99-000039-007-CO, a la que bajo expediente número 98-008490-0007-CO, se tramita ante la Sala y se tienen como ampliación de la misma.

10.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción se publicaron en los Boletines Judiciales números 226, 227 y 228, de los días 22, 23 y 24 de noviembre 1999 (folio 50) y números 26, 27 y 28 del 8, 9 y 10 del mes de febrero de 1999 (folio 229), respectivamente.-

11.- Se prescinde de la audiencia oral prevista en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por existir antecedentes jurisprudenciales constitucionales en relación con lo impugnado, en los términos previstos en el párrafo tercero del artículo 9 ibídem.

12.- En los procedimientos se han observado las prescripciones de ley.-

Redacta el magistrado **Solano Carrera**; y,

CONSIDERANDO

I.- ASPECTOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCION 98-008490-0007-CO.- El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional exige como requisito de procedibilidad de la acción la existencia de un asunto pendiente de resolver, sea en sede administrativa o jurisdiccional, en que se asimile como parte al accionante que invoque la inconstitucionalidad de la norma. Para el caso que nos ocupa, la accionante TELEVISORA DE COSTA RICA S.A. no es parte en el asunto principal base de la acción, ya que dicha causa está dirigida contra el representante de la empresa CABLE TICA S.A. por supuesta infracción a la Ley de Espectáculos Públicos que se tramita en el expediente judicial número 98-5000286-257-FC del Juzgado Contravencional y Menor Cuantía de Pavas. Sobre la necesidad de figurar como parte principal en el proceso o procedimiento administrativo que sirve como asunto base, como requisito de legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad, en anteriores ocasiones la Sala ha señalado:

“...la federación accionante no es parte en la acción que solicita se tenga como previa, a efecto de cumplir el requisito exigido en el párrafo primero del citado artículo 75, sino únicamente se le dio la condición de coadyuvante pasivo, que no le asimila a una parte, pues no puede resultar directamente perjudicada o beneficiada por la sentencia, es decir, los efectos de la sentencia no le alcanzan de manera directa e inmediata, ni le afecta el carácter de cosa juzgada del pronunciamiento, ni tampoco los efectos inmediatos de ejecución de la sentencia, pues a través de la coadyuvancia no se podrá obligar a la autoridad jurisdiccional a dictar una resolución a su favor, por no haber sido parte principal en el proceso; únicamente podrían afectarle, pero no en su condición de coadyuvante, sino

como a cualquiera, el efecto erga omnes del pronunciamiento, de donde se infiere que el derecho que ahora pretende rescatar, el que se confiera audiencia a las partes antes de resolver la Sala la facultad que le confiere el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no es personal, no dándose tampoco cumplimiento a la exigencia del artículo 75 que rige la admisión de las acciones de inconstitucionalidad, de que ella sirva como “medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado”. (número 4190-95 de las 11:33 horas del 28 de julio de 1995.

En cuanto a la admisibilidad es necesario agregar que el documento aportado para apoyar la legitimación de la accionante para acudir a esta vía y que es la declaración jurada mediante la cual la representante de la empresa accionante Televisora de Costa Rica Sociedad Anónima afirma que la empresa Cable Tica S.A. es subsidiaria de su representada y opera como un departamento de ésta (folio 15), no legitima a la recurrente a acceder a esta vía pues el rol que desempeñe la empresa Cable Tica S.A. en el ejercicio de su actividad, es un elemento que no le releva del cumplimiento de las formalidades para acceder a esta vía constitucional, sino que para tal propósito debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de esta Jurisdicción en relación con la normativa de la Sección 6 “De la administración y representación de las sociedades”, Capítulo 7 del Libro I del Código de Comercio. En razón de lo expuesto, al haberse presentado la acción a nombre de Televisora de Costa Rica S.A. y no en representación de quien figura en el asunto principal base de la presente acción, lo que se resuelva en ese asunto base no tendría efecto directo sobre el accionante; siendo que la acción no es medio razonable para tutelar los derechos que considera lesionados y debe rechazarse de plano.

II.- ASPECTOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCION 99-000039-007-

CO.- En la acción de inconstitucionalidad número 99-000039-007-CO (folio 114), que gestionan Jorge Garro Lizano y nuevamente René Picado Cozza a título personal y a nombre la empresa TELEVISORA DE COSTA RICA S.A., el señor Picado Cozza señala como asunto pendiente de resolución la causa por infracción a la Ley de Espectáculos Públicos dirigida contra el representante de la empresa Cable Tica S.A. y

que se tramita bajo el expediente número 98-5000286-257-FC del Juzgado Contravencional y de Menor Cuantía de Pavas. En cuanto a la legitimación para acudir a esta vía de la empresa Televisora de Costa Rica S.A., este Tribunal reitera los argumentos expuestos en el aparte anterior, en el sentido que al no figurar la empresa accionante Televisora de Costa Rica S.A. como parte principal en el asunto base de la acción, sino que la denuncia está dirigida contra el representante de Cable Tica S.A. por supuesta infracción de la empresa que representa, la acción resulta inadmisibles en cuanto a dicha empresa y se admite únicamente en cuanto al señor Picado Cozza que actúa en su carácter personal, que cita como asunto base la causa contravencional 98-500286-257FC del Juzgado Contravencional y de Menor Cuantía de Pavas, por infracción al artículo 20 de la Ley de Espectáculos Públicos que regula la obligación de presentar al Consejo Nacional de Espectáculos Públicos para su valoración, el material a exhibir por televisión por la modalidad del cable. En relación con el recurrente Jorge Garro Lizano, la acción tiene como asunto principal la causa por el supuesto incumplimiento de la empresa Televisora de Costa Rica S.A. a la Ley de Espectáculos Públicos, que se tramita ante el Juzgado Contravencional y de Menor Cuantía de Pavas, bajo el expediente judicial número 98-000154-229 FC, por cuanto transmitió una película con contenido violento en un horario no autorizado por el Consejo Nacional de Espectáculos Públicos. Sobre los presupuestos de admisibilidad de la acción, la Sala la estima inadmisibles en cuanto a los artículos 4, 8, y 9 de la Ley General de Espectáculos Públicos impugnados; ya que lo que se discute en el asunto base de la acción son las denuncias por infracción a los artículos 20 y 21 de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos que establece el primero la obligación de presentar el material a exhibir por televisión para su valoración y el artículo 21 las sanciones administrativas por distribución del material regulado en esa ley, sin autorización previa de la Comisión de control y calificación de espectáculos públicos, lo que no tiene relación con lo dispuesto en el artículo 4 impugnado que establece los órganos ejecutores de la ley, el artículo 8 que describe las funciones del Consejo Nacional de Espectáculos Públicos y el numeral 9 que establece que la Comisión de Control y Calificación de Espectáculos Públicos es un órgano dependiente del Consejo Nacional de Espectáculos Públicos, así como los cuestionamientos acerca de los límites al material que se transmite por

radio, o alquileres de películas; todos ellos aspectos ajenos a los asuntos base de esta acción. En consecuencia, la acción carece del nexo causal necesario que permita ser medio razonable de amparar los derechos o intereses que considera lesionados el accionante en los términos del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, razón por la que procede rechazar de plano la acción en cuanto a estos extremos. En cuanto al artículo 13 de la Ley impugnada, que dispone las limitaciones a las actividades enumeradas en el artículo 2 “espectáculo público”, la Sala estima que la acción es inadmisibles en cuanto, como se dijo, no se discute la prohibición de la exhibición, sino su valoración y regulación; lo que torna este extremo de la acción inadmisibles por no constituir en los términos antes indicados, medio razonable de amparar ningún derecho o interés dentro del proceso que le sirve de base y debe rechazarse de plano. En cuanto a la impugnación de los artículos 2, 25, 27, 31, 45, 46 y 51 del Reglamento a la Ley de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos, estima este Tribunal que en el asunto base de esta acción únicamente podría afectar al accionante lo dispuesto en el artículo 27 que regula el horario de transmisión por televisión según la clasificación etérea-, mientras que la eventual declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 2 - que establece las definiciones de los conceptos del Reglamento dentro del capítulo de disposiciones generales- no afectaría el proceso base de esta acción, como tampoco lo afectaría la eventual declaratoria de inconstitucionalidad de la solicitud de calificación de los espectáculos en vivo (artículo 25), o al material audiovisual (artículo 31) o a los criterios de calificación de material que emplea la Comisión (artículo 45), o la resolución de calificación que dicta la Comisión del material sometido a su conocimiento (numeral 46) o a la aplicación supletoria de la normativa en cuestión (numeral 51); porque tales normas cuestionadas carecen de conexidad con el asunto principal. En consecuencia procede rechazar de plano la acción en cuanto a esos extremos y se admite únicamente en cuanto a los artículos 1, 2, 3 y 11 inciso b) de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos y 27 del Reglamento a esa Ley.

III.- ASPECTOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN NUMERO 99-001521-007-CO.- Específicamente en cuanto a la acción de inconstitucionalidad número 99-001521-007-CO formulada por James Daniel Hindelang Dunsworth y DODONA S.R.L.(folio 18), dirigida contra

los artículos 3 y 21 de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos porque a su criterio el artículo 3 amplía sin fundamento legal el ámbito de aplicación de la censura previa, lo que lesiona la garantía de libertad de expresión de pensamiento contenida en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y por cuanto el artículo 21 sanciona la distribución o exhibición de material sin calificación o autorización previa de la Comisión de Control y Calificación de Espectáculos Públicos, lo que implica interferencia en una relación contractual entre sujetos de derecho privado y resulta contrario de lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política. Estima que las operadoras de cable mantienen una relación contractual con el cliente que se sitúa en el ámbito del derecho privado y que se basa en el principio de la libre contratación, por cuanto faculta al Consejo Nacional de Espectáculos Públicos censurar y calificar el material televisivo que el sujeto privado ha contratado, invadiendo el ámbito de la relación contractual privada en que es el contratante del servicio el que hace la elección de los servicios que adquiere mediante la contratación, sin que deba limitarse por el Estado su elección, limitación que resulta razonable en cuanto a la programación de los canales a los que se accesa con sólo encender el televisor, porque influyen hacia una generalidad de espectadores que no necesariamente han aceptado o aprobado el contenido de la programación. En cuanto a la legitimación, esta Sala observa que la acción fue presentada el primero de marzo de 1999 (folio 20) contra los artículos 3 y 7 de la Ley General de Espectáculos Públicos y su Reglamento. En respuesta a la prevención de las 15:05 horas del 3 de marzo de 1999 (folio 27) en que se pide entre otros al accionante determine la normativa que impugna con los fundamentos y citas concretas de normas y principios que se consideren infringidos; mediante escrito presentado a las 15:31 horas del 16 de marzo de 1999 (folio 29), el recurrente aclara que impugna los numerales 3 y 21 de la Ley General de Espectáculos Públicos y adjunta certificación del libelo en que invocó la inconstitucionalidad del artículo 21 impugnado (folio 33) y copia certificada del escrito en que invocó la inconstitucionalidad del artículo 3 de la misma ley, de fecha 15 de marzo de 1999 (folio 34); por lo que se admite la acción únicamente en cuanto a los artículos 3 y 21 de la ley de cita.

IV.- En consecuencia, en cuanto a las acciones acumuladas se admite únicamente los alegatos de inconstitucionalidad expuestos por René Picado Cozza y Jorge Garro López, en la acción número 99-000039-007-CO, dirigidos contra los artículos 1, 2, 3 y 11 inciso b) de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos y 27 del Reglamento a esa Ley, por violación a los artículos 1, 28 y 29 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y los reparos formulados por James Daniel Hindelang Dunsworth y DODONA S.R.L. contra los artículos 3 y 21 de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos.

V.- SOBRE EL FONDO. Los accionantes reclaman la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley General de Espectáculos Públicos y Materiales Audiovisuales e Impresos por considerarlo violatorio de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, en el tanto faculta al Estado a regular y ejercer censura previa de ese material. En igual sentido cuestionan el artículo 21 de la ley citada por cuanto establece las sanciones por la distribución o exhibición de material sin calificación o autorización previa de la Comisión de Control y Calificación de Espectáculos Públicos, lo que a su criterio implica interferencia en una relación contractual entre sujetos de derecho privado y resulta contrario de lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política, pues invade el ámbito de la relación contractual privada en que es el contratante del servicio quien elige los servicios que adquiere mediante la contratación, sin que deba limitarse por el Estado su elección.

Disponen los artículos 1 y 21:

“Artículo 1° Obligación del Estado.- Esta Ley rige la actividad que el Estado debe ejercer para proteger a la sociedad particularmente a los menores de edad y a la familia, en cuanto al acceso a los espectáculos públicos y a los materiales audiovisuales e impresos; asimismo, regula la difusión y comercialización de esos materiales”.

Por su parte establece el numeral 21:

Artículo 21.- Distribución de material sin autorización

La persona física que, en nombre propio o de una persona jurídica, distribuya o exhiba en forma comercial o gratuita, material

regulado en esta Ley, sin la calificación ni la autorización previa de la Comisión, por cada unidad distribuida o exhibida, será sancionada con una multa equivalente a siete veces el salario base del oficinista 1, establecido en el Presupuesto Nacional. Cuando se incurra en esta infracción más de una vez, se duplicará esta multa.”

Sobre el tema de la regulación o ejercicio de la censura previa de los espectáculos públicos y de los materiales audiovisuales e impresos por parte del Estado, esta Sala en anteriores ocasiones ha sostenido que la libertad de expresión y la libertad de exhibición de espectáculos públicos están sujetas a los límites razonables que establezca la ley, al igual que toda otra libertad constitucional. En el caso de los materiales que regula la Ley General de los Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos, que es la número 7440 del 11 de octubre de 1994, la Sala ha mantenido en reiteradas ocasiones, que la protección de la niñez costarricense configura el eje fundamental del accionar estatal a través de diversos instrumentos jurídicos, entre ellos la ley impugnada; lo que justifica la intervención del Estado de regular el acceso a las cintas o películas que se exhiben por televisión, en aras de proteger la salud psicológica de los menores de edad en particular. En tal sentido mediante la sentencia número 0770-96 de las 11:18 horas del 9 de febrero de 1996 señaló:

“(...) en Costa Rica no exista ningún control en cuanto a las cintas que se exhiben, ya que la materia está regulada por ley número 7440 del cinco de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, mediante la cual se rige la actividad que el Estado debe ejercer para proteger a la sociedad, particularmente a los menores de edad y a la familia, en cuanto al acceso a los espectáculos públicos, a los materiales audiovisuales e impresos y a la difusión y comercialización de esos materiales, cuya ejecución está a cargo del Consejo Nacional de Espectáculos Públicos y de la Comisión de Control y Calificación” (sentencia 0770-96 de las 11:18 horas del 9 de febrero de 1996).

A lo anterior se suma lo expuesto en la sentencia número 6519-96 de las 15:06 horas del 3 de diciembre de 1996, que declara la viabilidad de regular lo referente a los espectáculos públicos y los materiales audiovisuales y afines sin menoscabo del principio contenido en el

artículo 28 constitucional. Al efecto y de conformidad con su línea jurisprudencial, dispuso la Sala:

“Las regulaciones a la libertad de expresión-y la presentación de espectáculos públicos-, como la de toda otra libertad constitucional, están sujetas al principio de reserva de ley, según se desprende del texto expreso del artículo 28 de la Constitución, principio cuyos alcances fueron definidos por esta Sala en el pronunciamiento número 3550-92 de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos, (...).” Los principios expuestos son enteramente aplicables a los espectáculos públicos, de manera que éstos únicamente puedan regularse mediante ley formal, la que puede ser desarrollada válidamente por el reglamento ejecutivo, siempre y cuando este último no exceda los alcances en ella fijados”.

De los argumentos expuestos y con base en su jurisprudencia, esta Sala reitera que no resulta contrario a la libertad de expresión y de pensamiento la norma contenida en el artículo 1° de la ley cuestionada, que establece el deber del Estado de regular al acceso a los espectáculos públicos y a los materiales audiovisuales e impresos para proteger la integridad de los menores y la familia. Los mismos argumentos expuestos justifican el establecimiento de multas vía legal, como sanción administrativa por la distribución de material sin autorización, contenida en el artículo 21 de la ley cuestionado. A ello se agrega que no desmerece la protección del Estado la población infantil que tiene acceso a la televisión por cable, por el hecho de existir un convenio entre los que contratan ese servicio y la empresa que lo brinda, como erróneamente lo pretende el accionante, pues aunque el contrato comentado sea indudablemente de naturaleza privada, con base en los antecedentes transcritos y las normas contenidas en el artículo 51 constitucional y los numerales 16-3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos resulta justificable que se impongan una serie de regulaciones que no prohíben, como expone el accionante, sino que establecen reglas para la actividad que resulta de la transmisión de los programas por cable, dada la inmediatez que los programas que se accedan a través de la televisión por cable presenta con los televidentes de cualquier edad, es

la misma que tiene a través de la televisión que no cuenta con cable, lo que obliga al Estado a establecer los mecanismos de protección especial a tales grupos de la sociedad, mediante la regulación de la exhibición del material destinado a transmitirse por televisión. En consecuencia, la regulación de la exhibición de los materiales a exhibirse por cable, a través de las normas legales cuestionadas, no transgrede de ningún modo el principio de libertad contractual, que como se ha explicado no es irrestricta sino que al igual que las demás libertades constitucionales, está sujeta a la regulación de la ley, cuyos límites en el caso concreto no son irrazonables, dado los intereses a proteger. Sobre los límites a la garantía de la libertad ha sostenido este Tribunal, a través de la jurisprudencia constitucional:

“La Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos conforma un marco general de reconocimiento y garantía de libertad, cuyos contenidos esenciales la ley debe y puede desarrollar y ampliar, o si caso, regular dentro de las limitaciones que aquéllos establecen y del sentido que ellos mismos les imprimen. Ciertamente, nuestra Constitución consagra, en su artículo 28, tanto el principio de libertad, todavía meramente formal, en cuanto permite al ser humano todo aquello que la ley no le prohíba, pero aún sin imponer a ésta y a sus prohibiciones posibles ningún límite material (pgr. 1°), cuanto el sistema de la libertad, que sí establece límites de contenido incluso, para la propia ley, dejando fuera de su alcance “las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público y que no perjudiquen a terceros” (pgr.2°); principio y sistema de la libertad que son la razón de ser y el núcleo fundamental en el cual convergen, por una parte, el elenco de los derechos individuales y sociales y sus propias garantías y, por otra, todas las demás normas y principios constitucionales relativos a la organización y actividad del Estado, a la distribución de competencias entre los poderes públicos y al desarrollo del programa político-social de largo plazo del pueblo soberano, por boca del constituyente (...) Implícita en esos valores y principios de la libertad, ocupa lugar primordial la dimensión de esta en el campo económico. En esta materia la Constitución es particularmente precisa, al establecer un régimen integrado por las normas que resguardan los vínculos existenciales entre las personas y las distintas clases de bienes; es decir, la relación

de aquéllas con el mundo del “tener”, mediante previsiones como las contenidas o implicadas en los artículos 45 y 46, las cuales, aunque deban ceder ante necesidades normalmente más intensas para la existencia misma del hombre-como la vida o la libertad e integridad personales-, no crean por ello derechos de segunda clase, sino tan fundamentales como aquéllos, y con su mismo rango –no en vano la Asamblea General de las Naciones Unidas y todos los órganos y tribunales internacionales que se ocupan de los derechos humanos han venido invariablemente caracterizándolos como “indivisibles” e “interdependientes” (sentencia 3495-92).

Esto último conduce a concluir que la competencia del Consejo Nacional de Espectáculos Públicos para calificar el material televisivo que se expone a través de la televisión y para iniciar los procedimientos para determinar las sanciones administrativas correspondientes por su incumplimiento, establecidas mediante normas de carácter legal, encuentran su origen en el ***deber del Estado de proteger a la sociedad, particularmente a los menores de edad y a la familia, en cuanto al acceso a los espectáculos públicos, a los materiales audiovisuales e impresos y a la difusión y comercialización de esos materiales, lo que resulta en armonía con la norma contenida en el artículo 51 de la Constitución Política.*** En consecuencia procede declarar sin lugar la acción en cuanto a estos extremos.

VI.-) Del artículo 2 la Ley General de Espectáculos Públicos y Materiales Audiovisuales e Impresos.- Los accionantes indican que el artículo citado define antojadizamente los espectáculos públicos y amplía el control del material que regula esa ley a cualquier lugar que congregue personas para presenciar o escuchar el material, sin importar si se trata de un recinto privado, lo que consideran violatorio del artículos 28 y 29 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dispone el artículo 2 la Ley General de Espectáculos Públicos y Materiales Audiovisuales e Impresos, cuestionado:

“Artículo 2. Espectáculo Público. Para efectos de esta ley se entenderá por espectáculo público toda función, representación, transmisión o captación pública que congregue, en cualquier lugar, a personas para presenciarla o escucharla”

En cuanto a la definición de espectáculo público que hace la ley impugnada en el artículo 2, la Sala estima que está dentro de las atribuciones del Legislador conforme a lo dispuesto en el artículo 121 inciso 1) de la Constitución Política, definir qué debe entenderse por espectáculo público y regular el ejercicio del Estado sobre el material a exhibirse, con el propósito de proteger a la familia y en particular a los menores de edad del material que regula esa ley, el que por su contenido puede causarles daño moral y psicológico. Propiamente en cuanto al material que se exhibe por televisión, toma en cuenta este Tribunal que la televisión presenta una inmediatez con la intimidad de las personas dondequiera que se encuentran, sea en un recinto privado o público, por lo que es razonable que a través de una norma de rango legal, los usuarios - en especial la infancia y la adolescencia - sean protegidos contra la inmoralidad de las imágenes que pueden observar por el simple hecho de encender el aparato; lo que constituye un límite autorizado a la presentación de espectáculos públicos contenido en el artículo 28 de la Constitución Política y artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En tal sentido este Tribunal mediante la sentencia número 0682-95 de las 10:09 horas del 3 de febrero de 1995, señaló:

“III.- Las regulaciones a la libertad de expresión -y la presentación de espectáculos-, como las de toda otra libertad constitucional, están sujetas al principio de reserva de ley, según se desprende del texto expreso del artículo 28 de la Constitución, principio cuyos alcances fueron definidos por esta Sala en el pronunciamiento número 3550-92 de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1992, conforme al cual:

“... a) En primer lugar, el principio mismo de “reserva de ley”, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-;

b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente, su “contenido esencial”; y,

c) En tercero, que ni aún en los Reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial;

d) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley.

Los principios expuestos son enteramente aplicables a los espectáculos públicos, de manera que éstos únicamente pueden regularse mediante ley formal, la que puede ser desarrollada válidamente por el reglamento ejecutivo, siempre y cuando éste último no exceda los alcances en ella fijados.- No es de recibo entonces el argumento de la Procuraduría General de la República, en el sentido de que al otorgársele al Ministerio de Justicia y Gracia potestades generales para regular las políticas de prevención del delito se le está facultando para imponer irrestrictamente limitaciones a la libertad de expresión, y consecuentemente a la presentación de espectáculos públicos; mucho menos por la vía de los decretos autónomos, dado que como se expuso, el régimen constitucional de la libertad de expresión, cuya base se encuentra en los artículos 28 y 29 de la Constitución y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, impide la regulación previa de los espectáculos públicos, salvo cuando se trate de regular el acceso a ellos en defensa de la infancia y de la adolescencia, facultad que sólo podría regularse a través de un reglamento cuando estamos en presencia de una ley habilitante, cuyos alcances aquél esté llamado a desarrollar.- “.

Con fundamento en los antecedentes jurisprudenciales citados, la Sala estima que el artículo 2 de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos que define el espectáculo público deriva de la atribución constitucional del Legislador, cual es dictar las leyes. Dicha norma se ajusta además a los límites establecidos en los artículos 28 y 29 de la Constitución Política en resguardo de la salud física y mental de la población infantil, siendo irrelevante la naturaleza del recinto donde se exhiba el espectáculo o si la forma de transmisión del programa por televisión es o no por cable u otro medio, por lo que procede declarar sin lugar la acción en cuanto a ese extremo.

VII.- Del artículo 3 de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos.- Alega el recurrente que al autorizar el artículo 3° la regulación en la valoración de los contenidos en las actividades que se determinan en tal artículo, se autoriza la censura previa, prohibiendo actividades que ni la Constitución Política ni la Convención invocada autorizan prohibir. Dispone textualmente el artículo 3 de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos:

Artículo 3°. Actividades. *Esta Ley regula la valoración de los contenidos de las siguientes actividades: a) Espectáculos públicos, particularmente al cine y las presentaciones en vivo; b) Radio; c) Televisión por VHF, UHF, cable, medio inalámbricos, vía satélite o cualesquiera otras formas de transmisión; d) Juegos de video; e) Alquiler de películas para video; material escrito de carácter pornográfico.*

Tal y como se expuso en los considerandos anteriores, resulta acorde con los artículos 28 y 29 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la potestad que se otorga al Estado a través de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos, de regular el material contenido en la misma, por tratarse de materiales que independientemente de su valor artístico, pueden lesionar tanto la salud psíquica de los menores de edad como la moral pública, definida como condición necesaria de convivencia social que el Estado debe proteger y asegurar. De modo que resulta razonable y necesario que para estas formas de expresión, se ejerza un control preventivo por los órganos legalmente designados

al efecto y a través de los mecanismos que la propia ley establece; por lo que no se evidencia que el artículo 3 cuestionado, provoque lesión alguna a los preceptos constitucionales invocados por el accionante, por lo que debe declararse sin lugar la acción.

VIII.- Del artículo 11 inciso b) de la Ley General de Espectáculos Públicos.- El numeral 11 inciso b) de la Ley General de Espectáculos Públicos y Materiales Audiovisuales e Impresos es cuestionado en el tanto dispone que la “libertad de expresión no incluye la libertad de exhibición”; lo que a criterio del accionante es contrario al artículo 29 constitucional, que garantiza la libre emisión del pensamiento, la cual incluye la libre exhibición del pensamiento y tiene como límite únicamente el regular el acceso de los menores de edad a asistir a ciertos espectáculos públicos, pero otorgando a los mayores de edad la libertad de asistir a dichos espectáculos y actuar libremente dentro de sus hogares, oficinas, sin perjuicio de las sanciones incluso penales, pero posteriores en caso de transgredir alguna norma de la legislación común. Dice el numeral cuestionado:

“Artículo 11. Funciones de la Comisión. Las funciones de la Comisión serán las siguientes: a (...). b) Regular, en aras del bien común y sobre la base de que la libertad de expresión no incluye la libertad de exhibición, las actividades mencionadas en el artículo 2, y prohibir las que constituyen un peligro social, por su contenido estrictamente pornográfico o violento, por su potencial de incitación al crimen o al vicio o por degradar la condición del ser humano. (...)”

Estima la Sala que la distinción que hace el Legislador de la libertad de expresión y de exhibición de espectáculos públicos en la frase del artículo 11 inciso b) impugnado, según la cual “la libertad de expresión no incluye la libertad de exhibición”; no implica transgresión alguna al artículo 29 constitucional, pues como ya se dijo, tanto la libertad de expresión como la presentación de espectáculos o exhibición de espectáculos públicos, materiales audiovisuales e impresos, pueden ser reguladas vía ley, en apego a los artículos 28 y 29 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; pues como ya se ha explicado, ni la libertad de expresión y la exhibición de espectáculos son irrestrictas, sino que, como toda otra libertad constitucional, están sujetas al principio de reserva de ley, según se

desprende del texto expreso del artículo 28 de la Constitución, que permite regular las actividades que son espectáculos públicos, materiales audiovisuales e impresos, en resguardo de la sociedad, particularmente a los menores de edad y la familia. A lo que se agrega que la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé la posibilidad de revisar el material a exhibir de manera previa su artículo 13.4, según el cual: "Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia,..." En consecuencia, al no existir violación a los artículos 28 y 29 de la Constitución Política y 13 de la Convención Sobre Derechos Humanos invocados por la accionante, procede declarar sin lugar la acción en cuanto a este extremo.

IX.- Del artículo 27 del Reglamento a la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos.- En cuanto al numeral 27 del Reglamento a la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos que regula el horario de transmisión según la clasificación etérea del material transmitido por televisión, alega el accionante que su texto excede el texto expreso del artículo 29 constitucional, en el tanto autoriza la intervención previa de la Comisión de Espectáculos Públicos para la clasificación y autorización de la distribución y exhibición del material regulado en la ley; en el tanto la Constitución Política permite únicamente la aplicación de sanciones por el abuso en el ejercicio de la libertad de expresión, mas no la censura previa. Sobre el tema, reitera la Sala que está plenamente justificada la clasificación del material audiovisual, por parte del órgano competente, que tiene como criterio la edad del posible espectador, para fijar el horario de transmisión de películas de televisión según su contenido, con el fin de proteger a la sociedad, particularmente a los menores de edad y la familia; labor que sólo es posible si el órgano valora con anterioridad el material a transmitir, pues pierde todo sentido ejercer el control de calificación del material después de exhibirlo a los televidentes; ya que prevalece el deber del Estado de velar por la salud mental de los niños y adolescentes frente al ejercicio ilimitado del derecho de exhibición. En consecuencia se declara sin lugar la acción en cuanto a este extremo.

PORTANTO

Se rechaza de plano la acción número 98-008490-007-CO. En cuanto a la acción número 99-0039-007-CO, se declara sin lugar la acción referente a los artículos 1, 2, 3, y 11 inciso b) de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos y 27 del Reglamento a esa Ley; en cuanto a los demás artículos impugnados se rechaza de plano la acción. En relación a la acción 99-001521-007-CO, se declara sin lugar la acción referente a los artículos 3 y 21 de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos.

Luis Fernando Solano C.
Presidente

Luis Paulino Mora M.

Carlos M. Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M.

Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=224608&strTipM=T&strDirSel=directo.

2006

**CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE IMPRENTA. PENA DE
ARRESTO EN DELITOS CONTRA EL HONOR.
RESOLUCIÓN NO. 5977-2006**

EXP: 04-001673-0007-CO

Res. 2006-05977

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con dieciséis minutos del tres de mayo de dos mil seis.

Acción de inconstitucionalidad promovida por Carlos Manuel Serrano Castro, portador de la cédula de identidad número 1-600-727; contra el texto “Los responsables de delitos de calumnias o injuria cometidos por medio de la prensa, serán castigados con la pena de arresto de uno a ciento veinte días”, contenido en el párrafo primero del artículo 7º de la Ley de Imprenta, número 32 de doce de julio de mil novecientos dos. Intervinieron también en el proceso Edgar Emilio León Díaz, cédula de identidad número 1-505-962; María Ester Flores Quesada, cédula número 1-921-207; Lilliana Aguilar Rojas cédula 1-639-807, como coadyuvantes, y Farid Beirute Brenes, en representación de la Procuraduría General de la República.

RESULTANDO

1.- Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala el veinticuatro de febrero del dos mil cuatro, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del texto “Los responsables de delitos de calumnias o injuria cometidos por medio de la prensa, serán castigados con la pena de arresto de uno a ciento veinte días”, contenido en el artículo 7º de la Ley de Imprenta. Alega que el Código Penal en sus artículos 145, 146 y 147, sanciona los delitos de injurias, calumnias y difamación, con penas de multa en todos los casos. El artículo 7º de la Ley de Imprenta, en cambio, sanciona con arresto de uno a ciento veinte días una conducta que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha definido como difamación. Esa misma Sala ha considerado que

los días de “arresto” deben ser considerados como de “prisión”. Estima que lo anterior implica la existencia de dos sanciones distintas para un mismo hecho. Cuando se aplica la Ley de Imprenta es de arresto, pero si se aplica el Código Penal, lo es de días multa. Sin embargo, la única diferencia en ambos casos es que, en el primero, el medio empleado es uno de comunicación colectiva. Ante la amenaza de una sanción mayor, los medios de comunicación se convierten en verdaderos censores de la información a ser divulgada a través de ellos, de modo que la norma impugnada limita indirectamente la libertad de expresión, impidiendo la participación ciudadana en asuntos de interés común. Este derecho fundamental es base de todo Estado democrático, pues permite la libre difusión de ideas y opiniones. No se puede separar la difusión de la libre expresión, se trata de aspectos de un mismo e indisoluble derecho. Considera además que el artículo 7º lesiona el derecho a la igualdad, pues constituye una discriminación irrazonable que afecta únicamente a quienes difundan ideas a través de los medios de comunicación masiva. Alega que si bien la Sala en sentencia número 02996-92 conoció de la validez de este artículo y no anuló la frase impugnada, lo cierto es que en dicha ocasión no se discutió acerca de la constitucionalidad de la sanción con pena de arresto que allí se establece. Si bien el artículo 69 del Código Penal permite la conmutación de la pena de prisión por una pecuniaria, dicha medida depende de la discrecionalidad del Tribunal, por lo que subsiste plenamente la amenaza de sufrir pena de prisión. Aduce que la doctrina penal pura, normalmente inspirada en doctrinas políticas de corte totalitario, defiende la validez de esta norma, considerándola un agravante legítimo de la pena por la mayor difusión que la lesión al honor tiene cuando es proferida en un medio de comunicación. No obstante, es lo cierto que expresión y difusión son actos indivisibles, por lo que no se les puede sancionar en forma separada. Considera que el derecho al honor tiene una dimensión individual, al igual que la libertad de expresión, sin embargo, esta última posee además una dimensión social, por lo que debe prevalecer sobre aquel. Estima que la norma impugnada tampoco es idónea para lograr el fin propuesto por la legislador, pues existen muchas otras formas de lograr la protección del honor, sin tener que recurrir a la privación de libertad de los infractores.

2.- A efecto de fundamentar la legitimación que ostenta para promover esta acción de inconstitucionalidad el actor señala que actúa como defensor del periodista José Luis Jiménez Robleto, en el proceso tramitado en el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, expediente número 02-000245-016-PE, en el que se ha acusado al periodista de la comisión de los delitos de injuria, calumnia y difamación por la prensa.

3.- La certificación literal del libelo en que se invoca la inconstitucionalidad consta a folio 23.

4.- Por resolución de las diez horas y cincuenta minutos del dieciocho de marzo de dos mil cuatro (visible a folio 35 del expediente), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República.

5.- La Procuraduría General de la República rindió su informe visible a folios 84 a 98. Señala que a su parecer la única razón por la que le interesa al accionante que se declare la inconstitucionalidad del artículo 7º de la Ley de Imprenta es por contener en su estructura la sanción de prisión, pero que desaparecida ésta, igualmente desaparecen las lesiones que jalonan su pretensión. Estima que es común en la formación de tipos penales y atendiendo a criterios de política criminal, que se tomen en cuenta variables, ya sea como atenuantes o agravantes, que tengan relación con diversos ámbitos del quehacer humano. Asimismo señala que es totalmente admisible que la pena sea endurecida si concurre alguna circunstancia especial que el legislador considera que debe integrar el tipo penal, como forma de comportamiento social o bien como condición especial o personal del agente. Apunta que en el caso que nos ocupa, según la Ley de Imprenta, se decidió por criterios de política criminal que tratándose de delitos que atenten contra el honor y que fueran cometidos a través de los medios de comunicación colectiva, su castigo debía ser mayor que si la ofensa fuera cometida frente al ofendido (contumelia), tomando en cuenta que los alcances de la lesión serían infinitamente superiores si se emplearan aquellos medios de comunicación. Al respecto señala que esta posición deviene de un análisis de la realidad social que materializó el legislador al momento de elaboración de la Ley, dicha entidad lesiva justifica de forma razonable,

necesaria, idónea y proporcionada la diferencia de trato al momento de castigar. Señala que la protección de la honra es un derecho tan importante y merecedor de tutela como cualquier otro y por ello es que el resguardo de un derecho fundamental, asentado en instrumentos tanto constitucionales (artículo 41 de la Constitución Política) como convencionales (artículo 11 de la Convención Americana), nunca podrá verse como una restricción o límite a la libertad de expresión. Manifiesta además, que no siempre la libertad de información y de expresión tendrá un valor preferente sobre el derecho al honor, dicho análisis debe hacerse en cada caso concreto. Menciona también que la norma impugnada no constituye un mecanismo indirecto de restricción de la libertad de expresión, al generar en los habitantes, según el recurrente, temor a ser demandados civil y penalmente, ya que esa prevención general es consustancial a todos los tipos penales y forma parte del sistema represivo del Estado. Considera que si la tipología no tuviera ese contenido de “castigo” por hacer algo indebido e inaceptable para el conglomerado social, perdería todo sentido y conduciría a un comportamiento anárquico. Estima que la pena de prisión por haberse utilizado la prensa para cometer un delito en contra del honor, no debe verse como una restricción, tal y como lo entendió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 5/85 en el párrafo 35. Por último, alega que el recurrente no demuestra en sus argumentos en dónde radica la violación o inaplicabilidad de la benignidad de la norma, ni el principio pro libertate, así como tampoco se detuvo a desarrollar la presunta trasgresión de los artículos 28, 29 y 42 constitucionales. Concluye que no lleva razón el accionante en su queja, y que por ende esta acción debe ser declarada sin lugar.

6.- En escritos visibles a folios 99, 101 y 103, comparecen Edgar Emilio León Díaz, María Esther Flores Quesada y Lilliana Aguilar Rojas, quienes solicitan que se les tenga como coadyuvantes activos. Señalan que su legitimidad para interponer la acción reside en la existencia de un asunto en su contra que se encuentra pendiente de trámite en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el cual resultaron condenados en aplicación del artículo 7º de la Ley de Imprenta que aquí se impugna, según sentencia número 1389-03, dictada a las once horas del veintiocho de noviembre de dos mil tres por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José.

7.- En escrito presentado el dieciocho de junio de dos mil cuatro (visible a folio 115), el recurrente replica los argumentos de las Procuraduría General de la República. Reconoce que la libertad de expresión no es absoluta pero alega que tampoco son absolutas las restricciones a la que debe sujetarse su ejercicio. Apunta al respecto que cuando hablamos de restricciones estamos haciendo referencia a dos posibles situaciones: las restricciones que son ilícitas y las que son permisibles. Las ilícitas son todas aquellas restricciones contrarias al ordenamiento y las permisibles las que autoriza. Señala que las restricciones prohibidas son todas las que no están expresamente autorizadas por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y las permisibles, a contrario sensu, son las que están expresamente regladas en esa norma. Afirma que el artículo 13 mencionado establece un principio general en materia de restricciones a la libertad de expresión: su ejercicio no está sujeto a censura previa, sino solo a responsabilidades ulteriores. Manifiesta que la restricción legislativa prevista en el artículo 7º de la Ley de Imprenta no es necesaria para asegurar el derecho a la reputación de los demás y es per se inconstitucional, por contrariar lo dispuesto en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 29. Además considera que la pena de prisión constituye una acción estatal indirecta que limita injustificada y abusivamente la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

8.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 072, 073 y 074 del Boletín Judicial, de los días catorce, quince y dieciséis de abril de dos mil cuatro (folio 83).

9.- Esta Sala consideró innecesario efectuar la audiencia oral y pública prevista en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por cuanto en el expediente se cuenta con elementos suficientes para resolver esta acción de inconstitucionalidad.

10.- En los procedimientos han sido observadas las prescripciones de Ley.

CONSIDERANDO

I.- Las reglas de legitimación en las acciones de inconstitucionalidad.

El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional regula los presupuestos que determinan la admisibilidad de las acciones de inconstitucionalidad, exigiendo la existencia de un asunto pendiente de resolver en sede administrativa o judicial en el que se invoque la inconstitucionalidad, requisito que no es necesario en los casos de excepción previstos en los párrafos segundo y tercero de ese artículo, es decir, que por la naturaleza de la norma no haya lesión individual o directa; que se fundamente en la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, o sea presentada por el Procurador General de la República, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República o el Defensor de los Habitantes, en estos últimos casos, dentro de sus respectivas esferas competenciales. A partir de lo antes dicho, se tiene que la regla general apunta a la necesidad de contar con un asunto previo, siendo excepcionales las posibilidades de acudir a la Sala Constitucional en forma directa. De acuerdo con el primero de los supuestos previstos por el párrafo 2° del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la norma cuestionada no debe ser susceptible de aplicación concreta, que permita luego la impugnación del acto aplicativo y su consecuente empleo como asunto base. Dispone el texto en cuestión que procede cuando “por la naturaleza del asunto, no exista lesión individual ni directa”, es decir, cuando por esa misma naturaleza, la lesión sea colectiva (antónimo de individual) e indirecta. Sería el caso de actos que lesionen los intereses de determinados grupos o corporaciones en cuanto tales, y no propiamente de sus miembros en forma directa.

II.- La legitimación del accionante en este caso. El actor invoca la existencia del proceso penal número 02-000245-0016-PE, que es una querrela en contra del periodista José Luis Jiménez Robleto por supuesta infracción al artículo 7° de la Ley de Imprenta. En dicho proceso, Jiménez Robleto fue condenado a cincuenta días de prisión y se le concedió el beneficio de ejecución condicional de la pena, pronunciamiento que se encuentra pendiente de resolución en casación, en la Sala Tercera

de la Corte Suprema de Justicia. De conformidad con el párrafo 1° del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional esta acción de inconstitucionalidad deber ser admitida, pues el actor cuenta con un asunto previo (proceso penal) donde le resulta esencial lo que sobre el fondo resuelva la Sala en defensa de sus intereses.

III.- Otros aspectos de admisibilidad. Estando claro que el actor cuenta con legitimación suficiente para promover esta demanda, resta indicar que la actuación impugnada es una de las previstas en el artículo 73 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por tratarse de un acto general de carácter normativo (parte de una Ley formal), materia cuya constitucionalidad procede revisar en esta vía. Además, el accionante presentó su escrito de interposición en atención a los requisitos estipulados en los numerales 78 y 79 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En conclusión, la acción es admisible, por lo que debe entrarse de inmediato a analizar el objeto y el fondo de la misma.

IV.- Acerca de las coadyuvancias. Esta Sala, mediante resolución de las catorce horas con treinta minutos del veintiocho de mayo de dos mil cuatro, admitió las coadyuvancias formuladas por Edgar Emilio León Díaz, María Esther Flores Quesada y Lilliana Aguilar Rojas.

V.- Objeto de la acción. Por medio de esta acción de inconstitucionalidad, el actor pretende que se declare la nulidad del texto “Los responsables de delitos de calumnias o injuria cometidos por medio de la prensa, serán castigados con la pena de arresto de uno a ciento veinte días”, contenido en el primer párrafo del artículo 7° de la Ley de Imprenta, número 32 de doce de julio de mil novecientos dos. El texto completo del artículo 7° es el siguiente:

“Artículo 7.-

Los responsables de delitos de calumnia o injuria cometidos por medio de la prensa, serán castigados con la pena de arresto de uno a ciento veinte días. Esta pena la sufrirán conjuntamente los autores de la publicación y los editores responsables del periódico, folleto ó libro en que hubiere aparecido. Si en el periódico, folleto ó libro no estuviere estampado el nombre de los

editores responsables, se tendrán como tales para los efectos de este artículo los directores de la imprenta, y si no los hubiere la responsabilidad de éstos recaerá sobre el dueño de la imprenta. Pero si ésta estuviere arrendada ó en poder de otra persona por un título cualquiera, el arrendatario ó tenedor de ella asumirá la responsabilidad dicha del dueño, siempre que de esa tenencia se hubiere dado aviso al Gobernador de la provincia.

Si la publicación calumniosa ó injuriosa no se hubiere hecho en periódico, folleto ó libro, serán responsables de ella conjuntamente los autores y el director ó dueño ó arrendatario ó tenedor de la imprenta, conforme la regla establecida con respecto á éstos en el párrafo anterior.”

A juicio del actor, el texto impugnado es contrario a los artículos 28, 29, 33, 39 y 42 de la Constitución Política, 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de los principios constitucionales de igualdad y razonabilidad.

Sobre el fondo.

VI.- Marco de análisis de la norma impugnada. El caso se aborda desde la perspectiva de la libertad de prensa en relación con funcionarios públicos o la divulgación de temas de relevancia social (hechos noticiosos), aunque la norma está concebida dentro de un marco más amplio de sujetos. No se trata entonces de una norma configurada para escudar la función pública, ni evitar la necesaria transparencia que debe existir sobre sus actos, sino que pretende en general, sancionar a quien de mala fe o por negligencia inexcusable, utiliza la libertad de prensa como medio para lesionar el honor de las personas y el derecho de los ciudadanos a recibir información adecuada y oportuna de parte de los periodistas y medios que difunden información a través de medios escritos. No se abordan por no ser parte del caso, los temas ajenos al marco señalado, como lo son los otros sujetos no periodistas o medios de comunicación, que se expresan e informan sobre los distintos temas diariamente a la ciudadanía por medio de la imprenta que engloba de manera genérica todos los tipos de impresos, impresión, edición, circulación de folletos, revistas y publicaciones de toda clase. Asimismo se aclara que esta sentencia no se pronuncia sobre la conveniencia o no que para el sistema democrático tenga la penalización en general, o

en concreto, de la agravada -como también se alega-, de los delitos de calumnias o injurias cometidos por la prensa, con respecto a esas mismas conductas reguladas en el Código Penal y cometidas por particulares. Esto porque la competencia asignada por la Constitución y por la ley a esta Sala, no le permite juzgar sobre la oportunidad o conveniencia de una determinada norma, ni aún como se ha dicho en oportunidades anteriores, si riñe contra la razón, sino únicamente, para determinar si se ajusta o no a los parámetros mínimos de la Constitución Política, que son los que está llamada a defender y aplicar - individualmente y como un todo-, incluyendo claro está, dentro de ese parámetro constitucional, la defensa de los derechos contenidos en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos vigentes, que se tienen incorporados a ésta por disposición expresa del texto Constitucional (artículo 48).

VII.- El diseño de la política criminal es competencia del legislador.

Es la propia Constitución Política en su artículo 39 la que le asigna al legislador la competencia exclusiva para dictar la política criminal, es decir de determinar que conductas se penalizan y con qué quantum de pena, cuando señala que la creación de los delitos y las penas, está reservado a la ley, de modo que esta Sala lo que puede controlar, es únicamente que ésta se dicte en armonía con el marco constitucional. Si la política criminal es particularmente buena o mala, es un tema que escapa -como se dijo-, de las competencias constitucionalmente asignadas a este Tribunal. Esta última es una tesis reiteradamente sostenida por este órgano y constituye un buen ejemplo de ello la sentencia que estimó constitucional el aumento de los límites máximos de prisión de 25 a 50 años (sentencia 10543-01), que en lo que interesa indicó que tanto el quantum de la pena como las conductas incluidas como delitos, son competencia exclusiva del legislador:

“II.- DE LA RESERVA LEGAL EN LA DEFINICIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL. Efectivamente, como lo argumenta el Fiscal General de la República, la determinación de los montos de las penas privativas de libertad constituye un asunto de política criminal, (lo subrayado no es del original) que por la propia definición del sistema político y de organización del Estado costarricense (artículos 1, 2, 9 y 121 de la Constitución Política) corresponde en exclusiva definir a los legisladores (el subrayado no es del original). Es en virtud del principio de legalidad

en materia penal, definido en los artículos 28 y 39 constitucionales y 11 de la Ley General de Administración Pública, que se reserva a la ley la definición del Derecho Penal, que constituye el marco normativo y procedimental del poder punitivo del Estado, de manera que tratándose de la determinación de los delitos, cuasidelitos y faltas, así como de las sanciones o penas, la ley es la única fuente creadora. El principio de legalidad es básico en el derecho penal material y constituye la línea rectora principal del derecho procesal penal; define el límite de la libertad individual, pero también el de la intervención estatal en tanto le corresponde desarrollar el poder punitivo, tal y como lo ha considerado con anterioridad este Tribunal Constitucional:

“A este respecto, debe decirse que el artículo 39 de la Constitución Política consagra entre otros, el principio de legalidad, que en materia penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. Esta garantía se relaciona directamente con la tipicidad, que es presupuesto esencial para tener como legítima la actividad represiva del Estado y a su vez determina que las conductas penalmente relevantes sean individualizadas como prohibidas por una norma o tipo penal. El objeto de este principio es proporcionar seguridad a los individuos en el sentido de que sólo podrán ser requeridos y eventualmente condenados por conductas que están debidamente tipificadas en el ordenamiento jurídico. La garantía del debido proceso en torno a este principio, se manifiesta claramente en la aplicación del principio de “nullum crimen, nulla poena sine previa lege” (artículo 39 Constitucional), el cual también obliga, procesalmente, a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que en materia penal especialmente, excluye no sólo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley (sustancial o procesal); todo lo anterior en función de las garantías debidas al reo, sea en la medida en que no lo favorezcan” (Sentencia número 3903-94, de las quince horas cincuenta y un minutos del tres de agosto de mil novecientos noventa y cuatro).

De este principio es que nace otro de gran importancia en el derecho penal, sea el de reserva legal en la definición de los tipos penales, es decir, que únicamente mediante ley formal aprobada por los procedimientos ordinarios es que pueden definirse y establecerse tanto las conductas

delictivas como la sanción correspondiente. Con anterioridad, la Sala estableció los alcances del principio de reserva de ley, como sigue:

"[...] a) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del poder legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso restringir derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y el régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente, su "contenido esencial"; y, c) En tercero, que ni aún en los Reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer..." (Sentencia número 3550-92 de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos).

En virtud de lo anterior, es que la definición de los tipos penales le corresponde al cuerpo legislativo, en tanto constituye una garantía frente al Poder Ejecutivo. De esta suerte, la determinación de las conductas que se sancionan -por estimarse delictivas- y las consecuencias jurídicas a las mismas (sanciones) depende de la orientación del legislador, como respuesta o medida de solución (teoría preventiva) ante la criminalidad de la sociedad, en atención a los bienes jurídicos que pueden verse afectados por las conductas consideradas lesivas a estos. Es así como la conducta humana sólo puede ser considerada un injusto punible si lesiona un bien jurídico, y haya sido determinada legalmente antes de que el hecho se haya cometido." (lo subrayado no es del original)

“... III.- DE LA FALTA DE COMPETENCIA DE LA SALA PARA CONOCER DEL ASUNTO PLANTEADO EN VIRTUD DEL OBJETO. Es con fundamento en los principios de legalidad y de reserva de ley en la definición del derecho material y procesal penal que esta Sala considera que no resulta competente para entrar a valorar el monto máximo de la pena cuestionado en esta acción, y establecido en el párrafo final del artículo 51 del Código Penal en cincuenta años, dado que es en virtud

de esos principios que su definición compete en exclusiva a la Asamblea Legislativa, tal y como se indicó en sentencia número 1010-93, de las catorce horas y cincuenta y un minutos del veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y tres:

“Ivo.- En virtud del principio de legalidad toda la materia procesal está reservada a la ley formal, es decir, a normas emanadas del órgano legislativo y, por los procedimientos de formación de las leyes.”

En esta materia se excluye totalmente la regulación de los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también a todas las fuentes no escritas del derecho, así como también toda interpretación analógica o extensiva de la ley -sustancial o procesal-, y la costumbre; unos y otras en función de las garantías debidas al reo, es decir, en la medida en que no lo favorezcan, careciendo los Tribunales de facultades para considerar como delictivos hechos distintos a los tipificados en la ley, de tal forma que cualquier conducta que no sea subsumible en ella, será impune. De igual manera, resulta imposible para los Tribunales de Justicia el cuestionamiento de la pena a imponer o el imponer pena distinta de la fijada en el tipo penal, dado que es la ley la que determina la misma en cada tipo, tanto en lo que respecta a su modalidad (pena privativa de libertad, extrañamiento, multa y la inhabilitación), como lo relativo a su monto, en tanto fija un mínimo y un máximo, dependiendo de las circunstancias en cómo se realizó el delito. En este sentido, debe agregarse que es esta materia de política criminal, en la que el legislador tiene amplias potestades para establecer los parámetros que considere que cumplen con el propósito que justifica su existencia. En todo caso, la Sala advierte que la fijación de los montos de las penas no puede ser arbitraria ni antojadiza, como se indicó anteriormente, y todo depende de la ponderación que el legislador hace de una serie de valores supra legales en los que se debe reflejar ciertos principios y valores supremos, como el de razonabilidad constitucional, el cual, en todo caso, no es considerado infringido por la accionante.”

Sobre este tema, la jurisprudencia constitucional ha sido uniforme, y como antecedentes pueden citarse adicionalmente a manera de ejemplo, las sentencias: 1997-92, 4850-96, 7009-96, 1797-97, 11517-00, 4250-01. Por lo demás, puede señalarse que tanto Corte Plena cuando

ejercía funciones de control de constitucionalidad de las leyes antes de la creación de la Sala, como esta última desde su propia creación, han sido contestes en respetar el mandato Constitucional que encarga al legislador el diseño de la política criminal del Estado.

El contralor de constitucionalidad se ha limitado dentro de las competencias asignadas, a controlar -como se dijo-, la razonabilidad y proporcionalidad de la política criminal, expresada por medio de la penalización de conductas específicas, para lo cual debe tomar en cuenta, al menos, los siguientes aspectos:

- La relevancia del bien jurídico tutelado,
- El respeto al principio de legalidad y tipicidad penal,
- La razonabilidad y proporcionalidad de la pena con respecto al bien jurídico tutelado,
- El respeto a los derechos fundamentales, dentro de los que naturalmente se encuentran la igualdad, honra y derecho a la información como parte del sistema de libertad, junto con la libertad de prensa.

La norma impugnada se cuestiona como se indicó, en cuanto supuestamente viola los parámetros de razonabilidad e igualdad, por lo que los argumentos se centraran en esos aspectos y en los que se relacionen directamente con ellos; los demás aspectos mencionados supra y no relacionados con los argumentos del actor, no serán desarrollados en esta sentencia, aunque la jurisprudencia de la Sala los ha tratado en forma amplia en otras ocasiones, aclarando eso sí que toda política criminal para ser conforme con la Constitución, debe contener normas penales que respeten el principio de legalidad y tipicidad penal, en todos los casos. Por su parte, la relevancia del bien jurídico tutelado, se entiende referido al hecho de que el o los bienes jurídicos protegidos en las normas penales, para ser constitucionalmente válidos, deben tener cierta relevancia en el sistema para ameritar la pérdida de un bien jurídico como sanción, sirviendo de límite al legislador que no tiene discrecionalidad para crear delitos y penas si él o los bienes jurídicos tutelados no tienen una significancia especial; este tema

queda contestado indirectamente en los argumentos que de seguido se exponen (artículo 28 de la Constitución Política).

VIII.- La libertad de expresión como requisito indispensable de la democracia. La libertad de expresión sin duda alguna es una de las condiciones -aunque no la única-, para que funcione la democracia. Esta libertad es la que permite la creación de la opinión pública, esencial para darle contenido a varios principios del Estado constitucional, como lo son por ejemplo el derecho a la información, el derecho de petición o los derechos en materia de participación política; la existencia de una opinión pública libre y consolidada también es una condición para el funcionamiento de la democracia representativa. La posibilidad de que todas las personas participen en las discusiones públicas constituye el presupuesto necesario para la construcción de una dinámica social de intercambio de conocimientos ideas e información, que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también constituya un cauce para la expresión de los disensos, que en la democracia son tan necesarios como los acuerdos. Por su parte, el intercambio de opiniones e informaciones que se origina con la discusión pública contribuye a formar la opinión personal, ambas conforman la opinión pública, que acaba manifestándose por medio de los canales de la democracia representativa. Como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional español, quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática... que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (Sentencia 6/1981), si no existieran unas libertades capaces de permitir ese intercambio, que... presupone el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto de los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos (Sentencia 159/1986).

IX.- Contenido de la libertad de expresión. La libertad de información podría decirse que tiene varias facetas, según lo ha reconocido la doctrina nacional (de las cuales las tres primeras se relacionan con lo que aquí se discute): a) la libertad de imprenta en sentido amplio, que cubre cualquier tipo de publicación, b) la libertad de información

por medios no escritos, c) el derecho de rectificación o respuesta. La libertad de prensa engloba de manera genérica todos los tipos de impresos, impresión, edición, circulación de periódicos, folletos, revistas y publicaciones de toda clase. Es por su naturaleza vehículo natural de la libertad de expresión de los ciudadanos. Se traduce en el derecho para los administrados de buscar y difundir las informaciones y las ideas a un número indeterminado de personas sobre hechos que por su naturaleza son de interés de la generalidad por considerarse noticiosos. Por su naturaleza, está sujeta a las mismas limitaciones que la libertad de expresión. Tiene como funciones en la democracia: informar (hechos, acontecimientos noticiosos), integrar la opinión (estimulando la integración social) y controlar el poder político, en cuanto es permanente guardián de la honestidad y correcto manejo de los asuntos públicos. Dado su vínculo simbiótico con la ideología democrática, un sin fin de instrumentos internacionales y prácticamente todas las Constituciones del mundo libre, desde la Declaración Francesa de 1789 (art.11) la han reconocido. Nuestra Constitución Política por su parte, la tutela por medio de diversas normas:

“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 las condiciones y modos que establezca la ley” (artículo 29)

“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas” (artículo 28).

Otras normas constitucionales relacionada con este derecho son:

“Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución. (artículo 27).

“Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

Quedan a salvo los secretos de Estado” (artículo 30).

La libertad de expresión tiene como consecuencia la prohibición de toda forma de censura, en un doble sentido: no se puede censurar a los interlocutores, por una parte; y no se puede, en general, tampoco censurar en forma previa los contenidos posibles de la discusión: en principio, en una democracia, todos los temas son discutibles. La no censurabilidad de los sujetos tienen un carácter prácticamente universal, como lo establece nuestra Constitución, nadie puede ser privado de la libertad de hablar y expresarse como mejor le parezca; la no censurabilidad de los contenidos, si bien no se da en forma previa, encuentra algunas limitaciones, sin embargo, éstas deben ser tales que la libertad siga teniendo sentido o no sea vaciada de su contenido, básicamente, como toda libertad, debe ejercerse con responsabilidad, en fin para perseguir fines legítimos dentro del sistema.

X.- Los límites a la libertad de expresión y libertad de prensa. Para determinar cuáles expresiones se pueden limitar y en qué medida, es importante tomar en cuenta que no todas las expresiones pueden tener el mismo valor ni gozar, en consecuencia, de la misma protección constitucional. Así por ejemplo, incluso la jurisprudencia internacional, vgr. el Tribunal Constitucional español, ha señalado que carecen de protección constitucional, los insultos o los juicios de valor formalmente injuriosos e innecesarios para la expresión de una idea, pensamiento u opinión. En otro peldaño se encuentran las opiniones, es decir, los juicios de valor personales que no sean formalmente injuriosos e innecesarios para lo que se quiere expresar, aunque contengan lo que se conoce como “opiniones inquietantes o hirientes”; estas opiniones sí estaría protegidas constitucionalmente por la libertad de expresión y

podría tener como contenido incluso la ironía, la sátira y la burla. En otro escalón estaría la información, entendiendo por tal la narración veraz de hechos, que estaría protegida como regla general, a menos que vulnere otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (por ejemplo, el honor, la intimidad, el orden y tranquilidad de la nación, los derechos de los niños y adolescentes). En otro nivel estaría la noticia, entendiendo por tal la narración veraz de hechos que tienen relevancia pública, ya sea por los hechos en sí mismos, o por las personas que intervienen en ellos; las noticias contribuyen de manera destacada a la creación de la opinión pública libre. En el último escalón se encontrarían las falsedades, los rumores o insidias que se esconden detrás de una narración neutral de hechos y que en realidad carecen por completo de veracidad. Sobre el tema de la veracidad, la Comisión de Derechos Humanos ha señalado (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108 periodo ordinario de sesiones en octubre de 2000) que se considera censura previa cualquier condicionamiento previo, a aspectos tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad de la información, pero a criterio de este Tribunal, debe entenderse que está referido a la posibilidad de utilizar dichos argumentos como justificantes de una **censura previa** de la información, no para impedir el derecho a una tutela judicial efectiva frente a las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales, como lo establece el artículo 41 de nuestra Constitución al señalar:

“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”

Se reconoce que el ejercicio de la libertad de prensa, entendida como parte del derecho a informar y por lo tanto una forma de libertad de expresión, debe ejercerse dentro de principios éticos elementales, pues *“la libertad de prensa no es sinónimo de derecho a injuriar”*. Esto porque existe otro derecho fundamental que justifica que el sistema jurídico provea un equilibrio que será determinado siempre con análisis del caso concreto. No quiere esto decir que en todos los casos el honor de las personas debe prevalecer, o que son derechos del mismo rango. Son más

bien libertades que se relacionan entre sí dentro del sistema de libertad que soporta nuestra institucionalidad democrática. Es reconocido que la libertad de expresión en su más amplio sentido, es tan fundamental que representa el fundamento de todo el orden político, es decir, no es una libertad más, de ahí que haya surgido -principalmente por influencia norteamericana-, la doctrina de la “posición preferente” del derecho a la información en materia de control de constitucionalidad, entendida como aquella que afirma que cuando el derecho a informar libremente entra en conflicto con otros derechos, aunque sean derechos fundamentales, tiende a superponerse a ellos, posición que explica el porqué aspectos del derecho a la intimidad y al honor de las personas públicas deban ceder ante el interés de la información. El Tribunal Constitucional español se ha referido a la posición preferente de la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales en los siguientes términos:

Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquélla goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado (sentencias 106/1986 y 159/1986).

Sin embargo es evidente que la posición preferente existe en cuanto el derecho sea ejercido para cumplir con su función legítima en la democracia y por ende como parte esencial del mismo, no para permitir falsedades, rumores o insidias que se esconden detrás del ejercicio de un derecho fundamental con la excusa como se indicó, de una supuesta narración neutral de hechos carentes por completo de veracidad, que causan violaciones a libertades también esenciales desde el punto de vista del sistema de libertad, como lo son el honor de las personas y el derecho a ser informados en forma adecuada y oportuna. Es tan importante esta libertad, que efectivamente goza de especiales protecciones en aras de su correcto ejercicio, como la libertad de conciencia, la protección de la fuente, la no censura previa para mencionar algunas, todo en aras de que ejerza la función social que está llamada a cumplir dentro del marco democrático. En ese sentido lleva razón el recurrente cuando señala que

la libertad de prensa, contrario al derecho al honor, tiene además de su dimensión de protección individual, una dimensión social. Se olvida sin embargo que la otra cara de la libertad de prensa, también con una dimensión social evidente, es precisamente el derecho de las personas a recibir una información, adecuada y oportuna (no manipulada), con lo cual se excluye la posibilidad de ejercer esta libertad en forma contraria a fines legítimos del sistema o que, a su vez, lesione intereses igualmente legítimos del mismo. En ese sentido la posición preferente vale en tanto y en cuanto no se utilice como mecanismo para violar otros fines relevantes del sistema, porque para eso no fue concebida. De lo contrario se estaría autorizando una manipulación o desinformación de las personas o de las masas, objetivo tan contrario para la democracia, como la censura misma. En ese sentido, cuando se habla de que el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia con preeminencia sobre el derecho a la intimidad y al honor, en caso de colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren, por las personas que en ellas intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública en forma legítima. En este caso el contenido del derecho de libre información alcanza su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información (sentencia STC 107/1988). Cabe aclarar que jurídicamente no es posible exigir que todo lo que se publique sea verdadero o exacto, pues como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (STC 28/96), pero tampoco puede amparar al periodista que ha actuado con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado. Lo que sí protege es la información rectamente obtenida y difundida “aunque resulte inexacta, con tal de que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente”. (STC 178/93). Igualmente protege, el reportaje neutral, entendido como “aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones de terceros, aun y cuando resulten ser contrarias a los derechos de honor, intimidad

personal y familiar y la propia imagen, (STC 22|93), siempre que medie la buena fe, es decir que no se haya enterado el responsable de la difusión de su inexactitud o falta de veracidad, porque a partir de ese momento, de no corregirse se estaría actuando de mala fe, en afectación de otras garantías relevantes para el sistema de libertad. Existen además otros límites que se imponen incluso a nivel convencional como límites para la coherencia y supervivencia del sistema democrático; la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (conocida como Pacto de San José) establece en su artículo 13 que la ley deberá prohibir:

“toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

También para proteger la moral de la infancia y la adolescencia el mismo artículo señala:

“Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa, con el exclusivo objeto de reglar el acceso a ellos para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia...”

o, el que contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 20 –en el mismo sentido-, al señalar que:

“ toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida en la ley”

Con respecto al contenido de este apartado 1, el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU ha sostenido que dicha prohibición “abarca toda forma de propaganda que amenace con un acto de agresión o de quebrantamiento de la paz contrario a la Carta de las Naciones Unidas” o que pueda llevar a tal acto.

Otras restricciones que pueden citarse, en este caso reguladas por nuestra propia Constitución son, los secretos de estado y la propaganda clerical (artículos 27 y 28). Naturalmente que como límite al ejercicio de este derecho, también figura el interés público, en el sentido de que la

información además de verdadera –en el sentido analizado supra- sea además necesaria en función del interés público.

A nivel legal pueden citarse –entre otras- la protección de la identidad de las víctimas menores de edad en los delitos sexuales o de los acusados, también en razón de su edad. En todos estos casos el derecho a informar, cede frente a otros valores, sin que se estime que se ejerce una censura previa o una censura en general a esta libertad.

XI.- La responsabilidad social de los medios de comunicación como detentadores de poder frente al ciudadano. La lucha por la defensa de los derechos fundamentales de los habitantes, tradicionalmente surge contra el poder político, no obstante, posteriormente evoluciona para proteger a la persona de otros sujetos particulares que tienen una relación de poder con respecto al ciudadano, en aquellos casos que lesionen algún derecho fundamental. Hay que tener claro que en las democracias, los medios de comunicación no tienen un papel simplemente pasivo en el tema de la libertad de expresión; no se limitan a ser víctimas de los atentados contra tan importante libertad. Tienen por el contrario una gran responsabilidad y poder al ser los vehículos naturales para que las libertades comunicativas (expresión, imprenta, información, etcétera) sean una realidad, que puedan servir al desarrollo de los procesos democráticos formando una ciudadanía bien informada, que conozca sus derechos y sus obligaciones, que tenga las herramientas necesarias para poder elegir bien a sus gobernantes. La responsabilidad social de los medios y el lugar de la libertad de expresión en el desarrollo democrático es lo que justifica que el estatuto jurídico de los medios y de los profesionales que en ellos trabajan sea distinto al del resto de las personas. Pero ese estatus, como se indicó no es invocable frente a fines ilegítimos, que incluyen el atentar contra libertades fundamentales de mala fe o con negligencia evidente. A tenor de estas razones y fundamentos, es que cabe concluir que el Estado, y concretamente el legislador, tiene derecho y el deber de proteger a los individuos, frente al uso ilegítimo de este derecho, el cual, mal utilizado, es tan dañino para la democracia como la censura misma, no sólo porque su ejercicio de mala fe, puede lesionar el honor de la persona afectada, sino el de la sociedad entera de recibir información adecuada capaz de ayudarla a conformar la opinión pública en forma

transparente. El peligro que representa un mal uso de este derecho para la democracia es tan grave como su no ejercicio, y ese mal uso no está determinado sólo por la negligencia evidente o mala fe que afecte otras libertades, sino también frente a otros factores, como la posibilidad que la falta de un pluralismo mediático afecte la capacidad de la prensa de generar una opinión pública libre e informada. Naturalmente que la exigencia de ese pluralismo, no se reduce a una vertiente puramente cuantitativa, sino que también conlleva algún factor cualitativo que se concreta en la “presencia de diversidad de opiniones y de fuentes de información”. Sin duda alguna que por su rol en la democracia, su posibilidad de difusión, los medios de comunicación están en una relación de poder con respecto al ciudadano y a la sociedad, y aunque su existencia es fundamental para fines legítimos y esenciales de la democracia, tienen el potencial, como cualquier poder, de desviarse ocasionalmente, frente a actuaciones individuales, en cuyo caso el Estado tiene la obligación de establecer las previsiones necesarias para la protección del sistema y del individuo. Evidentemente que como se indicó, la protección del Estado no puede darse como lo ha señalado la Corte de Derechos Humanos, con el derecho a censurar previamente las informaciones, lo cual será a todas luces inconstitucional (art. 28), sino que se refiere a su control a posteriori, en el caso que haya existido intención de infligir daño o actuado con pleno conocimiento de que se estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas y con ella resultó afectado el honor y reputación de alguna persona. La Sala comparte la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva 5/85) en el sentido de que:

33. ...No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

De igual forma reconoce la jurisprudencia sentada en el caso *New York Times vs. Sullivan* de 1964 en la que se señala que la protección que la Constitución ofrece a la libertad de expresión no depende de la verdad, popularidad o utilidad social de las ideas y creencias manifestadas, y reconoce que un cierto grado de abuso es inseparable del uso adecuado de esa libertad, a partir de la cual el gobierno y los tribunales deben permitir que se desarrolle un debate “desinhibido, robusto y abierto”, lo que puede incluir expresiones cáusticas, vehementes y a veces ataques severos desagradables hacia el gobierno y los funcionarios públicos. Los enunciados erróneos son inevitables en un debate libre, y deben ser protegidos para dejar a la libertad de expresión aire para que pueda respirar y sobrevivir. Las normas deben impedir que un funcionario público pueda demandar a un medio de comunicación o a un particular por daños causados por una difamación falsa relativa a su comportamiento oficial, a menos que se pruebe con claridad convincente que la expresión se hizo con malicia real, es decir, con conocimiento de que era falsa o con indiferente desconsideración de si era o no falsa. Esta salvedad que se hace es indispensable frente a la obligación del Estado de proteger la reputación y honra de las personas y más aún, dentro de la obligación que tiene de velar porque el mal uso o desvío de esta libertad no se utilice para violar fines igualmente esenciales del sistema democrático, entre los que se incluye el sistema de derechos fundamentales. Es reconocida en doctrina la interdependencia que existe entre los derechos fundamentales y su valor sistémico, en ese sentido, la protección de una libertad en demérito de otras por falta de una visión hermenéutica tiene un efecto negativo sobre todo el sistema de libertad (ver sentencia 2771-03 de esta Sala)

XII.- El tema de si esa protección ha de hacerse por medio del derecho penal y en este caso con utilización de la multa o prisión, como sanción, es definitivamente un problema de política criminal del Estado que esta Sala no tiene competencia para cambiar, como se explicó líneas atrás, mientras se mantenga dentro de los límites constitucionales, aún y cuando reconoce que la tendencia doctrinaria más reconocida se inclina hacia la despenalización de esas conductas, como lo ha recomendado la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su periodo ordinario de sesiones 108 en octubre de 2000,

con fundamento en el artículo 13 del Pacto de San José que señala que además de la prohibición de censura previa, la protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público, y además, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas. Independientemente de si la Sala estima que esa posición favorece la libertad, no puede intervenir, porque en cuanto a política criminal, está claro que sólo puede revisar si razonablemente cumple con los parámetros de la Constitución. Es importante aclarar, como se indicó supra, que no se trata de valorar aquí criterios de oportunidad y conveniencia, que no son competencia de la Sala, sino si la política criminal en cuestión es conforme con la Constitución. En este caso, si la penalización de las conductas de injurias y calumnias por la prensa atentan contra la libertad de prensa –como se alega-, o si el hecho de que además de la penalización la pena sea más agravada que la que regula el Código Penal para las mismas conductas cometidas por particulares, viola la igualdad. De no existir violación constitucional, el legislador tendrá libertad para regular las transgresiones a los bienes jurídicos en juego con prisión, multa o indemnización, según le parezca más conveniente.

XIII.- Cabe aclarar de antemano que no resulta válido, dentro de este contexto, el argumento del accionante, cuando cita parcialmente un texto de “The Sunday Times Case (judgment of 26 april, 1979, Series A, no. 30), al señalar que para la protección de las libertades, concretamente de la libertad de expresión, debe entre varias opciones escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Utiliza esa última frase para justificar que la protección de la libertad se da mejor manera con penas distintas a la prisión. La precisión que quiere hacer la Sala es que esa sentencia, se refiere a las limitaciones a la libertad de expresión en forma aislada, sin que se esté frente a un caso de coexistencia o colisión de varias libertades simultáneamente. Efectivamente las restricciones a los derechos fundamentales, deben

darse sólo frente a una necesidad social imperiosa y de la forma menos gravosa para el derecho fundamental, pero no se refiere, como se indicó, a la circunstancia de la colisión de derechos, es decir cuando la protección de unos es tan legítima como la de otros en ciertas circunstancias, por lo cual no podría decirse que no es asimismo una necesidad social imperiosa proteger el honor de las personas frente al abuso del derecho, o el derecho a recibir información veraz y oportuna como fines válidos y legítimos del sistema democrático que también merecen tutela del Estado.

XIV.- La norma impugnada soporta el test de razonabilidad y proporcionalidad. En cuanto a la pena contenida en el tipo penal de 1 a 120 días de arresto, no existe en opinión de la Sala, por sí misma una desproporción con respecto al bien jurídico tutelado. Se reitera que la Sala en el caso de las penas, y al igual que en materia tributaria, sólo puede eliminar normas evidentemente desproporcionadas, en el caso de los impuestos para poner un ejemplo, pueden existir normas muy gravosas, pero mientras no sean confiscatorias, están dentro del marco de la política tributaria del Estado que permite el orden constitucional. Lo mismo sucede con el quantum de las penas de prisión, en los que la Sala sólo puede analizar si rebasa límites (topes) de razonabilidad; debido a que la Sala aceptó como razonable el aumento de las penas de prisión a 50 años como tope, la pena analizada resulta estar dentro del marco de razonabilidad ya fijado. En cuanto a la proporcionalidad de la pena no en sí misma, sino en relación con la relevancia del bien jurídico tutelado, no parece tampoco irrazonable, tomando en cuenta que la tutela del bien jurídico tutelado (la honra) es de la máxima relevancia para el sistema democrático.

XV.- La norma no viola la igualdad. El argumento central del accionante pretende demostrar que la mayor severidad en el castigo a los delitos contra el honor cometidos a través de la prensa –precisamente por el empleo de este medio-, transgrede en forma flagrante los principios constitucionales de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, benignidad de la norma, el principio pro libertate y finalmente, conculcación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sostiene que es propio de filosofías políticas

de corte totalitario, castigar más severamente tomando en cuenta el medio empleado en la comisión del delito, porque se maneja el criterio de una mayor lesión. Esta Sala no comparte el argumento. Como bien lo señala la Procuraduría en su informe, dentro de la compleja formación de las leyes y de los tipos penales, el órgano legislativo, empleando criterios de política criminal, puede y debe tratar de abarcar la mayor cantidad de presupuestos generales de manera que sean aplicables a conductas humanas posteriores. Por ello, es común que en la formación de los tipos penales se tomen en cuenta una serie de variables, ya sea como atenuantes o agravantes, que tengan relación con diversos ámbitos del quehacer humano. En ese sentido, es totalmente admisible que el legislador endurezca la pena si concurre alguna circunstancia especial, esto si en su función de genuino intérprete de la voluntad popular considera que debe integrar el tipo penal, como forma de comportamiento social o bien, como condición especial o personal del agente. También en función de la protección de determinados valores o intereses de la sociedad, como sucede en el caso que nos ocupa, en que estimó que entrándose de delitos que atentaren contra el honor y que fueran cometidos a través de la imprenta (entendida actualmente como comprensiva de los medios de comunicación colectiva), su castigo debía ser mayor que si la ofensa fuera cometida frente al ofendido, tomando en cuenta que los alcances de la lesión serían infinitamente superiores si se emplearan aquellos medios de comunicación, por los efectos que estos tienen en la formación de la opinión pública. Desde ese punto de vista no son comparables las injurias y calumnias cometidas por un ciudadano común, bajo las circunstancias de extensión del daño y relación de poder mencionadas supra. No puede decirse válidamente que la posición del legislador sea de corte totalitario como lo afirma el promovente, por tomar en cuenta una diferencia evidente y razonable, entre los delitos de injurias y calumnias regulados en el Código Penal con respecto a los regulados en la Ley de Imprenta, agravando estos últimos por la condición especial de infligir daño que ostenta el sujeto activo. Como bien lo señala el Procurador, el legislador ha estimado que es más desvalorado ofender el decoro y el honor de una persona empleando un medio masivo de comunicación (prensa escrita) que si no se utilizara este vehículo. En ese sentido nuestra jurisprudencia ha reconocido que es válido hacer diferencias entre situaciones distintas si éstas son razonables, precisamente la mayor entidad lesiva sobre

el bien tutelado que conlleva el uso de los medios de comunicación colectiva, justifica plenamente la diferencia de trato al momento de sancionar. También alega que la desigualdad de trato entre los delitos cometidos a través de los medios de comunicación colectiva con los otros, está desprovista de una justificación objetiva y razonable y que esa justificación no debe colisionar con otros derechos de igual o mayor jerarquía (se arguye un valor preferente de la libertad de expresión sobre el honor). Sobre la igualdad frente a otros delitos de igual categoría cometidos por particulares, ya se explicó porqué se estima que la medida no es irrazonable ni lesiva de la igualdad. Ahora bien, el nuevo enfoque de la queja se dirige a sostener que una justificación no es razonable si colisiona con otros derechos fundamentales de igual o de superior jerarquía. Para sustentar ese valor preferente de la libertad de expresión con la protección del derecho al honor, el accionante hace uso de tres argumentos: a) la expresión y la difusión son inseparables, b) el derecho al honor carece de la dimensión colectiva o social que sí posee la libertad de expresión y c) la doctrina constitucional española ha concluido en el valor preferente de la libertad de expresión sobre el derecho al honor. En el considerando X ya se analizó la teoría del valor preferente y sus límites. En cuanto a la alegada unión indisoluble entre la expresión y la difusión del pensamiento, de modo que "... una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.", puede señalarse que dicha irreductibilidad es cierta, pues por antonomasia la libertad de expresión se materializa a través de la palabra, como manifestación humana básica; modernamente, empleando los medios de comunicación colectiva. Sin embargo esa indivisibilidad no puede llevarnos al extremo de asegurar que la Ley de Imprenta, cuando castiga con pena de prisión a los delitos cometidos contra el honor, provoca una división de aquel vínculo, como lo señala la Procuraduría. Más que división, el legislador opta por sancionar una conducta por el medio empleado, el que por sus alcances y mayor capacidad para infligir un daño al bien jurídico protegido merece mayor severidad que si no se utilizara dicho vehículo. Por esa razón en forma alguna esta previsión legal debe verse como una restricción o límite a la libertad de expresión. Reiteramos lo señalado en el sentido de que la protección de la honra es un derecho tan importante y merecedor de tutela como cualquier otro y por ello, es que el resguardo de un derecho fundamental, asentado en

instrumentos tanto constitucionales (artículo 41 Constitución Política) como convencionales (artículo 11 de la Convención Americana), nunca podrá verse como una restricción o límite a la libertad de expresión. La razonabilidad de la norma según lo expuesto, se da, en cuanto el legislador pretende equilibrar varios derechos que coexisten en el orden constitucional, partiendo hipotéticamente de la base de la existencia de un probado abuso, en aquellos casos que exista un abuso de libertad, tomando en cuenta -según lo expuesto hasta ahora - que:

a) Toda libertad debe ejercerse con responsabilidad, y dentro del marco del respecto a los fines del sistema y los derechos de las personas,

b) la prensa está en una relación de poder con respecto a la persona,

c) la protección al bien jurídico persigue un fin legítimo, cual es proteger a los ciudadanos en casos de abuso de la libertad de prensa, en cuanto resulte en la violación del derecho a la honra y reputación. Está claro que no sólo el poder político puede afectar los derechos fundamentales ni atentar contra los fines de la democracia.

d) Al existir la norma en forma proporcionada para proteger un fin legítimo en forma razonable y proporcionada, no puede hablarse de que existe una intención del legislador de ejercer por medio de la norma cuestionada, ni censura directa ni indirecta, ni mucho menos control del contenido de la información.

e) No existe desigualdad ni discriminación.

f) Según lo señalado, la norma impugnada no es una censura directa ni indirecta, ni constituye una mordaza para el ejercicio de la libertad de prensa. Como bien lo señala la Procuraduría en su informe, la posición que pretende defender el accionante, la pena de días multa y aún, la misma sanción civil (dependiendo de su cuantía y de la fortaleza económica del medio demandado) serían igualmente medios indirectos de restricción y nadie (no sólo los medios de comunicación colectiva –que no son los únicos que tienen el derecho de la libertad de expresión y pensamiento-) se atrevería a expresar sus ideas o a informar sobre hechos. No hay infracción porque la intervención del legislador se autorestringe a un

ámbito muy reducido y estricto de la libertad de expresión según se dijo arriba: el ámbito de las falsedades injuriosas. Y es en ese ámbito que la pena –desde la óptica que se le mire- tiene un indudable papel preventivo y desestimulador de la comisión de delitos; por ello, es vano sostener que la posibilidad de enfrentar una pena de prisión por ejercer un derecho fundamental es una restricción al ejercicio del derecho de la libertad de expresión y de pensamiento, si visto está que en el caso concreto se considera que fue un ejercicio abusivo del derecho y como tal no merece protección ni legal ni constitucional (artículo 22 del Código Civil). En ese sentido, la pena de prisión por haberse utilizado la prensa para cometer un delito en contra del honor, no debe verse como una restricción; la restricción es “...la conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión...”, tal y como lo entendió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 5/85 en el párrafo 35.

A mayor abundamiento, el sistema jurídico costarricense ha demostrado ser garantista del ejercicio pleno de la libertad de prensa. De los miles de noticias al año y los más de 57 años de vigencia de la Constitución actual, no se han dado más que unos cuantos casos de periodistas acusados, y un número aún menor de condenados. Ninguno ha cumplido una pena de prisión. Esto en los miles de noticias que se pueden dar en ese lapso y de los años de vigencia de la norma que es aún mayor-, demuestra que en realidad la norma impugnada no funge, ni fue concebida para limitar contenidos, censurar directa o indirectamente noticias, y mucho menos para perseguir periodistas, como sí sucede lamentablemente con otras leyes del hemisferio que sí tienen este objetivo. Por el contrario, puede decirse que la jurisprudencia constitucional, constantemente apoya la labor de la prensa en su rol de fiscalizador del ejercicio del poder, ya que son abundantes los casos en que la Sala ha declarado con lugar los amparos por derecho de petición en resguardo de la libertad de prensa. Se pueden citar algunos ejemplos recientes los siguientes:

a) Sentencia 4005-05. Se le negaba a periodista de un diario acceso a la información de las actas de la Junta Directiva de la CCSS. El caso se declaró con lugar ordenándose al Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social la entrega inmediata de las actas solicitadas.

b) Sentencia 3673-05. Se le negaba a periodista información sobre reaseguradoras que han suscrito contratos con el INS entre otros temas y le fue parcialmente negada. Se declara con lugar el recurso. Se ordena al Presidente Ejecutivo del Instituto Nacional de Seguros, o a quien ocupe su cargo, la entrega inmediata de la siguiente información: a) las condiciones de tarifa y cobertura que ofrecen las reaseguradoras en los contratos firmados con el INS desde 1990; b) el contenido de los contratos firmados entre el INS y las reaseguradoras desde 1990 hasta la fecha; c) las actas de las sesiones de la Junta Directiva del INS donde se ha aprobado la contratación de las empresas reaseguradoras; d) el monto anual pagado por el INS a cada empresa reaseguradora desde 1990.

c) Sentencia 2730-05. Se negaba información a un periodista sobre el presupuesto de la Universidad de Costa Rica. Se declara con lugar el recurso y se ordena a la Vicerrectora de Acción Social, al Vicerrector de Administración y a la Rectora, todos de la Universidad de Costa Rica, o a quienesensuslugaresejerzanesoscargos, queleentreguenalarecurrente la información solicitada en su nota del 6 de diciembre de 2004, dentro del plazo de tres días contado a partir de la notificación de esta resolución.

d) Sentencia 9705-04. Un banco privado negó a unos periodistas información sobre las cuentas corrientes de partidos políticos. Se declaró con lugar en cuanto parte de los dineros depositados eran fondos públicos por concepto de deuda política.

e) Sentencia 618-92. Se niega información de la lista de pensionados a periodista. Se considera arbitraria la medida de negar la información y se afirma que negar la información completa o juzgar por sí mismos que no es necesario brindarla, constituye una infracción constitucional. Se ordena dar la información solicitada, con excepción de los nombres de personas que obtuvieron la pensión por enfermedad mental o incapacidad, a fin de afectar su honra o reputación.

f) Sentencia 11186-03. Se niega información a periodistas sobre la lista de beneficiarios del bono de la vivienda. Se declara con lugar el recurso y se ordena a D. M. P., en su condición de Gerente General del Banco Hipotecario de la Vivienda, o a quien ocupe dicho cargo, que

suministre a la periodista, en forma inmediata toda la información por ella solicitada en escrito presentado el trece de setiembre de dos mil dos.

g) Sentencia 2120-03. Se niega a periodista información sobre la base de datos de los pensionados del régimen no contributivo. Se declaró con lugar el recurso de amparo. Y se ordenó a la Caja Costarricense de Seguro Social, a través de su Presidente Ejecutivo, suministrar la información solicitada.

XVI.-Finalmente, cabe señalar que en una oportunidad anterior (sentencia número 2996-92), frente al análisis de la norma impugnada, también se pronunció esta Sala para determinar sobre a quién y en qué caso corresponde responsabilidad penal, en caso de que se de, aclarando que la responsabilidad penal, por ser personal, no puede ser imputada objetivamente. En lo que interesa se consideró:

“IV. Se alega que la Ley de Imprenta en su artículo 70 viola el principio de culpabilidad, exigido como base de la responsabilidad penal en el artículo 39 de la Constitución Política, pues acuerda responsabilidad al editor o director del diario en donde se hiciera la publicación considerada injuriosa o calumniosa. El artículo 7 cuestionado dice, en lo que interesa: “Artículo 7: Los responsables de delitos de calumnia o injuria cometidos por medio de la prensa, serán castigados con la pena de arresto de uno a ciento veinte días. Esta pena la sufrirán conjuntamente los autores de la publicación v los editores responsables del Periódico. folleto o libro en que hubiere aparecido. Si en el periódico. folleto o libro. no estuviere estampado el nombre de los editores responsables, se tendrán como tales para los efectos de este artículo, los directores de la imprenta y si no los hubiere. la responsabilidad de éstos recaerá sobre los dueños de la imprenta. Pero si esta estuviere arrendada o en poder de otra persona por un título cualquiera. el arrendatario o tenedor de ella asumirá la responsabilidad dicha del dueño siempre que de esta tenencia se hubiere dado aviso al Gobernador de la provincia.

Si la Publicación calumniosa o injuriosa no se hubiere hecho en periódico, folleto o libro, serán responsables de ella conjuntamente los autores v el director o dueño o arrendatario o tenedor de la imprenta, conforme a la regla establecida con respecto a estos en el párrafo anterior...” En el derecho penal tiene plena aplicación el principio

“nullum crimen sine culpa”, no hay pena sin culpabilidad, principio recogido en el artículo 39 de nuestra Carta Magna. De la lectura simple del artículo 7 de la Ley de Imprenta, parece que se opta por el criterio de la responsabilidad objetiva -entendida esta en el sentido de que una conducta resulta constitutiva de delito, solo por el hecho de ser la causa inicial que provoca un resultado punible, sin exigirse que esa conducta sea o no posible de ser atribuida a título de dolo, culpa o preterintención (artículo 30 del Código Penal)- ya que permite sancionar penalmente a los editores del periódico, folleto o libro en que apareciese el escrito calumnioso y aún al dueño de la imprenta o a cualquiera que sea el responsable del negocio, sin exigir que exista relación de culpabilidad para fundamentar esa responsabilidad. Interpretado de esa forma el artículo resulta inconstitucional, por contravenir abiertamente lo dispuesto en el citado artículo 39 constitucional.

V.- Es función de esta Sala, en los casos en que puede una norma ser interpretada conforme al texto de la Carta Magna, señalar esa forma de interpretación, a la que deben atenerse los Tribunales de Justicia al aplicarla, no reconociéndose en este caso la inconstitucionalidad, pero señalando cual es la forma correcta de interpretarla. No cualquier enfrentamiento entre la norma y la Constitución conlleva el acogimiento de la acción, debe la Sala, según se indico, establecer si resulta posible interpretar la primera en forma que se ajuste a los principios que informan la segunda y si ello es posible, debe optar por esta solución a efecto de mantener la vigencia de la ley. Lo propio ocurre en el caso en examen, en que resulta posible buscar y encontrar concordancia entre el artículo 70. de la Ley de Imprenta y las consecuencias derivadas de la relación de culpabilidad establecida como garantía en el artículo 39 de la Constitución y desarrollada en los numerales 30 y siguientes del Código Penal. Es lo cierto que ni en el analizado artículo 70, ni en la Ley de Imprenta se hace referencia a la exigencia de culpabilidad, pero si se relaciona dicho numeral con lo dispuesto en los citados artículos 30 y siguientes del código represivo, de aplicación supletoria en su parte general a las leyes especiales, según lo dispone su artículo 30, la deficiencia se suple, de manera tal que debe interpretarse que la acción reprimida en el artículo 7, solo posibilita la imposición de la pena en el señalada si la acción realizada por el editor, los directores de la imprenta, sus dueños, arrendatarios o tenedores, les es atribuida por dolo, culpa

o preterintención. La responsabilidad penal del editor, director o dueño resulta entonces no del hecho de un tercero, sino de una acción u omisión reprochada personalmente, por haber sido realizado con conocimiento y voluntad o por no haberse puesto en la conducta la diligencia que le era exigible al autor al momento de la acción u omisión. Esta interpretación salvaguarda el derecho de defensa, en tanto le permite al director o editor demostrar cualquier circunstancia que le exima de responsabilidad penal, por ejemplo que no tuvo conocimiento del hecho, no obstante que sí ejerció la vigilancia que le era exigible, o que existiendo un interés público de por medio, autorice en forma correcta la publicación que se tacha de calumniosa o injuriosa”.

XVII.- Por las razones indicadas estima la Sala que el legislador no ha violado el marco constitucional al dictar la norma impugnada. Salvan el voto los Magistrados Calzada Miranda y Vargas Benavides y declaran inconstitucional la norma impugnada.

POR TANTO:

Se declara sin lugar la acción.

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Luis Paulino Mora M.

Ana Virginia Calzada M.

Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Acción de inconstitucionalidad número 04-001673-0007-CO

Contra el artículo 7° de la Ley de Imprenta

Voto salvado de la Magistrada Calzada y el Magistrado Vargas, con redacción del segundo.

Los suscritos salvan el voto y declaran con lugar la presente acción de inconstitucionalidad, con sus consecuencias.

La libertad de prensa en el Estado democrático. El artículo 1º de la Constitución Política establece que *“Costa Rica es una República democrática, libre e independiente”*; sentando la relevancia del principio democrático como base de todo el engranaje del Estado costarricense. El valor de este principio se manifiesta por su inclusión en el Preámbulo de la Constitución: *“...reiterando nuestra fe en la Democracia...”; así como en diversas normas fundamentales que refuerzan la importancia del principio democrático como elemento esencial de la vida social del país (cfr. artículos 4º, 9º, 11, 26, 28, 29, 30, 87, 93, 98, 105, 121, 123, 134, 149, 194, etc.). Es claro entonces que la democracia, como elemento indisoluble del Estado, informa todos los ámbitos de actuación públicos y privados, imponiendo que el poder sea ejercido únicamente cuando ha sido recibido por mandato popular expresado en elecciones libres y universales. Exige también que las acciones de quienes ejerzan dicho poder estén dirigidas a satisfacer el interés general, y a que tales detentadores se encuentren sometidos a una amplia fiscalización estatal y ciudadana. Las personas -no únicamente los órganos de control- deben estar en capacidad real de acceder a las fuentes de información pública, de modo que puedan verificar que los funcionarios oficiales hagan un uso legítimo y eficaz de las potestades que el pueblo les han delegado. Estos -los agentes del poder político- deben actuar no apenas en estricto apego de sus deberes, sino además en forma transparente, de modo que los ciudadanos estén capacitados para valorar adecuadamente su probidad y desempeño. Se trata de una cultura de transparencia y rendición de cuentas que en forma expresa consagra el artículo 11 constitucional, camino inequívoco de toda actuación pública. En este contexto, la libertad de expresión se constituye en un medio indispensable para el logro de la sociedad democrática, pues permite a las personas expresar libremente sus ideas y opiniones -incluso de aquellas que puedan desagradar a terceros- sin ser objeto de persecución alguna, salvo cuando se haga un ejercicio abusivo de dicha libertad en detrimento de los derechos de terceros. Se habla así de diversas manifestaciones (o vertientes) de la libertad de expresión, tales como la*

libre expresión artística, periodística, comercial o publicitaria, la libertad de cátedra, etc. Este es el sentido que comparten los artículos 29 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque esta última norma regula la materia en forma más amplia, vinculando la libre expresión con el derecho a la información, la libertad de pensamiento y la de prensa. Son por ende inconstitucionales cualesquiera mecanismos tendientes a censurar previamente la expresión de opiniones, y son igualmente inválidas aquellas medidas represivas (posteriores) que resulten excesivas o irrazonables, según se analizará más adelante. Los medios de comunicación masiva, en particular los de prensa, ofrecen un vehículo privilegiado para el ejercicio de la libertad de expresión. Se puede decir que se trata de una de las manifestaciones más directas de esta libertad, y que en mayor medida contribuye a permitir un adecuado acceso a la información de interés general y la consecuente viabilidad del control ciudadano acerca de las actividades y situaciones que afectan a las personas. La proximidad de una sociedad respecto del principio democrático no se mide únicamente por el respeto que en ella se dé a la libertad de prensa. Sin embargo, se trata de uno de los factores determinantes de dicha adecuación. No por casualidad, los regímenes autoritarios y totalitarios buscan siempre anular (o al menos neutralizar) el libre ejercicio de la actividad periodística. Conociendo del caso contencioso de Mauricio Herrera Ulloa contra el Estado de Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso en lo conducente que:

“(…)

109. Al respecto, la Corte ha indicado que la primera dimensión de la libertad de expresión “no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”. En este sentido, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

110. Con respecto a la segunda dimensión del derecho a la libertad de expresión esto es, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las

personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

111. Este Tribunal ha afirmado que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.

(...)

117. Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

118. Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad. Al contrario, los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención.

(...)

127. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público.

128. En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen

funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.

(...)"

Sobre la base de las consideraciones (propias y citadas) que anteceden, es necesario determinar si la oración impugnada, parte del artículo 7º de la Ley de Imprenta, transgrede la libertad de expresión, en su manifestación de libre expresión periodística.

Protección penal del derecho al honor. Pese a lo que se expuso en el párrafo anterior, es necesario tener que el derecho al honor es también un valor de rango fundamental, respaldado por diversas disposiciones de derecho interno e internacional. El artículo 41 constitucional es claro al reconocer a toda persona un derecho a obtener reparaciones adecuadas por los daños materiales y morales que sufra de parte del Estado y de otros particulares. La anterior norma debe ser leída en consonancia con el numeral 33, que reconoce el valor de la dignidad humana, así como el 40, que al prohibir las penas crueles o degradantes, reconoce indirectamente este derecho fundamental. En igual sentido, el Título II del Libro II del Código Penal dispone la tutela del derecho al honor como bien jurídico, a través de la sanción penal de la injuria, la calumnia y la difamación. Normas especiales de rango legal también desarrollan este valor, tales como el Código de la Niñez y la Adolescencia (artículo 26), la Ley contra la Violencia Doméstica (artículo 2º), la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor (artículo 6º), Ley de la Jurisdicción Constitucional (Capítulo II del Título III), etc. Por su parte, diversas normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconocen estos derechos: artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7º y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1º de los Principios Básicos para el Tratamiento de los reclusos, artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 11 de

la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc. No cabe duda, pues, que se trata de un valor considerado de fundamental importancia, pues el tratamiento que el legislador interno y el Derecho Internacional le han brindado ha sido profuso. Esta relevancia resulta incuestionable, dado que la honra de la persona cumple un papel fundamental en su desenvolvimiento social. Una lesión en su honor, puede impedir a la persona el ejercicio de muchos otros de sus derechos fundamentales, tales como los de asociación, trabajo, participación política, ejercicio de la paternidad o maternidad, etc. No se trata de un bien de entidad inferior a la libertad de expresión, no sólo porque los derechos fundamentales no se encuentran dispuestos en un orden de jerarquía, sino además porque su relevancia es tal que resulta fuera de toda discusión. El valor del honor como derecho fundamental obliga al legislador a tutelarlos en forma eficaz, pese a la prohibición constitucional de ejercer censura previa respecto de la expresión de ideas e información. Permite asimismo que se proteja este valor por medio del Derecho Penal o por cualquier otro medio idóneo para prevenir la comisión de lesiones al honor de las personas y reparar los daños y perjuicios causados de ese modo. Corresponde al legislador valorar los mecanismos adecuados de tutela de cada bien jurídico, para establecer una política criminal que, entre otros aspectos, determine cuáles requieren de protección por medio del sistema penal y cuáles pueden ser efectivamente amparados por otros medios, de modo que se satisfaga plenamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocida en el artículo 41 constitucional. Por lo anterior, no resulta inconstitucional que la Ley sancione penalmente las transgresiones al honor de las personas, pues de serlo, lo sería también la previsión de tipos penales que tutelan el patrimonio o la buena fe en los negocios, por ejemplo. Lo que se debe determinar, es si la previsión típica contenida en el artículo 7º de la Ley de Imprenta resulta inconstitucional, no por sancionar penalmente la difamación, sino por hacerlo de modo distinto que el Código Penal, y referirse específicamente a las especies difundidas en un medio de prensa.

Inconstitucionalidad de la norma impugnada. El Código Penal contempla cuatro previsiones típicas básicas para punir violaciones al honor de las personas. El artículo 145 sanciona las injurias:

“Artículo 145.- Injurias.

Será reprimido con diez a cincuenta días multa el que ofendiere de palabra o de hecho en su dignidad o decoro a una persona, sea en su presencia, sea por medio de una comunicación dirigida a ella. La pena será de quince a sesenta y cinco días multa si la ofensa fuere inferida en público”

Por su parte, el numeral 146 del mismo Código establece el tipo de difamación:

“Artículo 146.- Difamación.

Será reprimido con veinte a sesenta días multa el que deshonrare a otro o proplare especies idóneas para afectar su reputación.”

Para la emisión de ofensa en que se atribuya falsamente la comisión de un hecho delictivo, el artículo 147 dispone:

“Artículo 147.- Calumnia.

Será sancionado con cincuenta a ciento cincuenta días multa el que atribuya falsamente a una persona la comisión de un hecho delictivo.”

Finalmente, el numeral 148 sanciona las ofensas proferidas hacia una persona fallecida:

“Artículo 148.- Ofensa a la memoria de un difunto.

Será sancionado con diez a cincuenta días multa, el que ofendiere la memoria de una persona muerta con expresiones injuriosas o difamatorias. El derecho de acusar por este delito comprende al cónyuge, hijos, padres, nietos y hermanos consanguíneos del muerto.”

Como complemento de estas figuras básicas, el Código prevé la difamación de persona jurídica (153), así como sanciona las ofensas en juicio (artículo 154). Todos estos seis tipos penales son delitos de acción privada, según dispone el artículo 19 del Código Procesal Penal, y están

sancionados con penas pecuniarias (días multa). Por su parte, la frase objeto de esta acción, contenida en el numeral 7º de la Ley de Imprenta, sanciona a los autores de injurias o calumnias cometidas por medio de la prensa, con "...arresto de uno a ciento veinte días". Como fácilmente se puede apreciar, la conducta sancionada por la norma impugnada es análoga a la contenida en los numerales 145 a 148 del Código Penal. Una especie propalada "por medio de la prensa" puede tanto ser una difamación o una calumnia (si atribuye falsamente la comisión de un delito), formas calificadas de la injuria, y sin duda puede tratarse de información relativa a un difunto. Considerando que todos los tipos del Código Penal citados prevén una pena meramente económica, se podría pensar (como entiende la Procuraduría General de la República en el informe rendido en este proceso) que el artículo 7º de la Ley de Imprenta establece una forma calificada de los tipos básicos, con una pena más severa (privativa de libertad) debido al medio empleado, por considerarse que la difusión de especies en la prensa genera una afectación mucho mayor que la efectuada por cualquier otro medio. Si lo anterior fuese cierto, la norma objeto de esta acción sería válida. No obstante, el desarrollo tecnológico característico de la Sociedad de la Información que vivimos hoy día ha facilitado sustancialmente el tratamiento e intercambio de información, de modo que existen ahora muchos medios idóneos para propalar al Mundo entero especies injuriosas o calumniosas en cuestión de segundos, de modo a veces más efectivo que el que puede tener un "medio de prensa", en especial si se trata de un medio local o especializado en determinada categoría de lectores. Pero incluso los medios de comunicación más difundidos (algunos de alcance global) pueden lograr una propalación menos significativa que una página de Internet, un "blog" o el uso de correos electrónicos masivos. Tal como está configurado, el artículo 7º de la Ley de Imprenta resulta claramente discriminatorio, pues incrementa la penalidad únicamente en perjuicio de la prensa, dejando a salvo tantas otras actividades que pueden generar una lesión de igual o hasta mayor entidad. Esto a su vez incide directamente en la libertad de prensa, pues somete en forma especial a la actividad periodística, que como se dijo es esencial para la preservación del Estado democrático, a una amenaza de persecución penal que no sufren otros sectores. Quizás en el momento de promulgación de la Ley de Imprenta, en mil novecientos dos, la prensa era la única forma idónea para propalar especies injuriosas o

calumniosas en forma masiva, incrementando la afectación para la víctima. Hoy día, sin embargo, las circunstancias fácticas mencionadas (el desarrollo de la sociedad de la información) hacen que la norma impugnada incurra en un vicio de inconstitucionalidad sobreviniente, por discriminatoria y por inhibir el sano desarrollo de la actividad periodística. Si bien en sentencia número 02996-92, de las quince horas con diez minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y dos, esta Sala conoció de la constitucionalidad del artículo 7° de la Ley de Imprenta, declarando inválido únicamente el último párrafo, lo cierto es que en esa ocasión no se discutió expresamente el tema objeto de este proceso. En dicha ocasión, la Sala no valoró la frase inicial del numeral 7° a la luz del principio constitucionalidad de igualdad ni de la libertad de expresión periodística. Tampoco habían sido emitidas la Opinión Consultiva OC5/95 ni la sentencia del caso Herrera Ulloa contra el Estado de Costa Rica por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, tampoco resulta válido el argumento según el cual hasta ahora ningún periodista ha sufrido prisión por aplicación de la norma impugnada. Incluso presuponiendo que se trate de un dato exacto, lo cierto es que la simple existencia de la sanción contenida en el artículo 7° constituye una amenaza cierta para quienes ejercen la función de informar. Si esta norma no existiera, nadie podría sufrir una pena privativa de libertad por cometer injurias, calumnias o difamación, ya que las penas pecuniarias no son convertibles a pena de prisión. En cambio, mientras la norma en cuestión exista, implicará la posibilidad de privar de su libertad a un o una periodista por una conducta que, para cualquier otro ciudadano, acarrea una responsabilidad mucho menor. Todos estos factores nos habilitan para efectuar el presente análisis y concluir que la norma objeto de esta acción es inconstitucional, por lo que procede su anulación.

Ana Virginia Calzada M.

Adrián Vargas B.

Magistrados

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=346738&strTipM=T&strDirSel=directo

2007

CENSURA PREVIA. SUSPENSIÓN DE PROGRAMA DE RADIO. RESOLUCIÓN NO. 15269-2007

Exp: 07-011784-0007-CO

Res. N° 2007015269

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las doce horas y cincuenta y uno minutos del diecinueve de octubre del dos mil siete.

Recurso de amparo interpuesto por CARLOS ACUÑA VILLALOBOS, cédula de identidad número 0103080495, contra el CIRCUITO RADIAL BAHÍA LIMITADA.

RESULTANDO

1.-

Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 13 horas del 31 de agosto del 2007, el recurrente interpone recurso de amparo contra el CIRCUITO RADIAL BAHÍA LIMITADA y manifiesta que: a) Se desempeña como locutor, productor radial y comentarista desde hace muchos años en el Programa Radial “Comentarios al Día” que se transmite dentro de la franja horaria de las 11 am a 12 m.d de la Emisora Stereo Bahía Limón, ubicada en la Frecuencia Radial Estatal número 107.9 MHZ que tiene asignada la empresa Circuito Radial Bahía 90 propiedad de los señores Juan Rafael Cañas y Cecilia Villalon. Por la naturaleza de su trabajo los comentarios que realiza en su programa, son de contenido social, político, económico y de interés general para la comunidad de Limón, por lo que se cataloga como un programa de opinión y de difusión del pensamiento e ideas que se ha ganado el reconocimiento y la aceptación de una audiencia importante dentro de la provincia de Limón y la ciudad capital ya que las ondas del programa alcanzan el área Metropolitana; b) El 17 de agosto del presente, en horas de la mañana encontrándose en plena difusión del programa “Comentarios al día” por la Emisora Radio Bahía en el 107.9 del dial, en forma repentina, abrupta e injustificada se le sacó del aire, por decisión del recurrido y se le interrumpió la transmisión del programa. Posteriormente se le indicó que la medida fue tomada por el patrón Ingeniero Juan Rafael Cañas, siendo que no le pareció el desarrollo del tema al que se refería

en ese momento. A la fecha, la empresa recurrida no le ha dirigido explicaciones, razones y justificaciones por tan arbitraria determinación y perjudicial para su reputación, la moral y las responsabilidades comerciales con anunciantes; c) Patrocinadores procedieron a publicar en el Diario Extra las razones de su determinación, las cuales después de haberlas leído y por arbitrarias y absurdas motivaron la presente acción recursiva; d) Su relación comercial con la empresa Circuito Radial Bahía, ha sido verbal y no existe contrato escrito, ni fijación anticipada de restricciones, directrices, prohibiciones, reglas o políticas a seguir respecto a los comentarios, ideas y temas en general. No obstante ha acatado reglas elementales como el respeto a personas e instituciones, la búsqueda de la verdad y la no difusión de especies idóneas para afectar la reputación de las personas; e) El 21 de agosto del 2007, haciendo uso del denominado derecho de respuesta, la empresa recurrida reconoce la medida tomada y la pretende justificar, motivado por la presentación del recurso de amparo y señala entre ellas que un medio de comunicación es un negocio y como tal existen políticas y restricciones obvias a seguir sobre menciones de marcas razón por la que se suspendió el programa y otra razón fue que el programa venía con un atraso de dos meses de pago; f) El caso califica de acuerdo a los presupuestos que admiten el amparo contra sujetos de derecho privado, debido a que los propietarios de la emisora se encuentran en poder y la facultad técnica de desconectar la emisión de su programa y los remedios ordinarios jurisdiccionales resultan tardíos para restablecer los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los Derechos Humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica. Considera se violentan el derecho de información, la libertad de pensamiento y de expresión prevista en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Solicita se declare con lugar el recurso contra sujeto de derecho privado.

2.- Informa bajo juramento JUAN RAFAEL CAÑAS VEGA, en su calidad de Gerente de Stereo bahía Limitada (folio 028), que: a) El recurrente alquiló durante varios años dos espacios radiales para sus programas Comentarios al Día y Remeber Limón. El primero era un espacio de opinión pública y de corte informativo (por ejemplo, comentarios deportivos, de actividades de interés comunitarias como la lucha contra el dengue, el problema de la basura en Limón, etc), y el segundo sobre tradiciones, recuerdos, etc. El costo de dichos programas era de ochenta

mil colones y cuarenta mil colones mensuales, respectivamente; b) Desde junio del 2005 se venían presentando atrasos significativos en sus pagos, lo que motivó que se le confeccionaran varios estado de cuenta. Esa situación de atrasos y el tener que cobrarle ha generado enojo de parte del recurrente, quien en reiteradas ocasiones ha maltratado de palabra a varios empleados de la emisora, tanto a quien le cobra como a los locutores; c) El 17 de agosto del 2007 fue a la emisora y durante 43 minutos escuchó el programa Comentarios al Día, en el cual de lo único que se hablaba era de radio casino –quien es competencia directa en Limón-, era un programa dedicado a radio casino en su aniversario. Al respecto, no hacía falta tener un contrato para saber cuando un comportamiento es leal y ético. Se le preguntó por qué había hecho eso; d) A pesar de lo anterior, al recurrente en ningún momento se le rescindió el contrato para transmitir sus programas. Se le indicó que programas como el del día 17 de agosto del 2007, o cualquiera que se aleje de la línea normal de su espacio, requeriría de una autorización previa. El día 18 de agosto del 2007 se presentó a pagar lo que debía y no hizo más los programas por su propia voluntad. A quince días de esa situación el recurrente estaba instalado en Radio Casino haciendo su programa, ¿coincidencia?; e) No consideran haber violentado la libertad de prensa pues no se hizo censura de una opinión sobre algún problema de la comunidad o sobre alguna institución, sino que reclaman el derecho a la lealtad y ética. El recurrente no estaba haciendo uso de sus derechos de expresión o de pensamiento sino que estaba abusando de su derecho creando una situación ilegal al introducir propaganda a través de su programa, en forma desleal, a favor de una emisora competidora. Además se encontraban en derecho de suspender el servicio pues a la fecha se encontraba atrasado en dos mensualidades en su pago. 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

1.- Objeto del recurso.- El recurrente, comentarista de radio, considera que los personeros de Circuito Radial Bahía Limitada, violentaron su libertad de expresión por cuanto el pasado 17 de agosto del 2007,

mientras realizaba su acostumbrado programa de “Comentarios al Día”, se le sacó del aire abruptamente de forma injustificada, se interrumpió la transmisión y desconectó, por cuanto no les parecía el desarrollo del tema en ese momento.

II.- Sobre la admisibilidad de este recurso interpuesto en contra de un sujeto de derecho privado.-

En primer lugar debe señalarse que el recurso es interpuesto contra un sujeto de derecho privado. Sobre el particular indica la Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 57, que esta clase de demandas se conceden contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o, se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de la misma Ley. En el caso particular, es claro que en este caso se cumplen todos los presupuestos anteriores, básicamente porque la empresa recurrida, al ser concesionaria de una onda radial, se encuentra en una posición de poder frente al recurrente y los remedios jurisdiccionales resultan tardíos para garantizar el derecho a la libertad de expresión. En virtud de lo anterior, el recurso es admisible en contra de la empresa la empresa Stereo Bahía Limitada, sujeto de derecho privado, por la posible violación a la libertad de expresión del recurrente.

III.- Sobre el fondo de este recurso.-

De la contestación presentada y la prueba aportada, este Tribunal Constitucional observa que el punto en discusión está referido a la supuesta violación a la libertad de expresión del recurrente, quien aduce que, su programa de radio fue abruptamente suspendido porque a los dueños de la empresa no les pareció el desarrollo del tema del día 17 de agosto del 2007. Al respecto, indica el representante de Radio Bahía que es cierto que el 17 de agosto del 2007 el programa de radio que presentaba el recurrente, denominado “Comentarios al Día” fue suspendido, indicando que ello fue así con fundamento en que el recurrente se encontraba moroso, es decir, atrasado en los pagos, y en que el recurrente estaba alabando a la radioemisora de competencia –radio casino- incurriendo en faltas a la ética y lealtad. Agrega que el contrato verbal nunca se rescindió sino que, al día siguiente, el recurrente pagó sus deudas y por voluntad propia se fue, comenzando a trabajar quince días más tarde en la radio

de la competencia. Al respecto, esta Sala comprueba que en este caso se configuró una clara violación a la libertad de expresión, tal como se explica a continuación.

IV.- Sobre el derecho a la 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 1°, 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 2°, *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. Así entonces, 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, por supuesto, que el Derecho de la Constitución prohíba, implícitamente, un pseudo derecho al insulto por el ejercicio de expresiones ofensivas, ultrajantes o constitutivas de delito penal o civil, sino que, tal como se ha dicho, es válida la crítica a la gestión o funcionamiento de una persona, un ente u órgano –público o privado- quedando sujeto quien la exprese a responsabilidad civil y/o penal, en caso de cometer con ello una lesión antijurídica. Por otro lado, así que se ha dicho en jurisprudencia anterior que los funcionarios públicos, por la circunstancia de estar sometidos a

una relación estatutaria, no pueden ver diezmada o limitada su libertad de expresión y opinión, así tampoco los locutores de radio que guardan una relación contractual con el concesionario de la radioemisora, por la circunstancia de estar sometidos a una relación contractual, pueden ver diezmada o limitada su libertad de expresión y opinión. La existencia de una relación contractual no justifica el despojo transitorio o las limitaciones de los derechos fundamentales de los co-contratantes, de los cuales gozan en todas las facetas de su vida. El dueño del medio de comunicación que cede el espacio mediante el pago de una suma de dinero, no puede imponer o controlar el contenido del programa y menos interrumpir, abruptamente, la transmisión porque no está de acuerdo con las manifestaciones de los participantes en el espacio radial. La propiedad del medio no autoriza el ejercicio de una censura que lesiona derechos fundamentales. Ciertamente, la libertad de expresión en el ámbito de una relación contractual puede sufrir leves modulaciones por razón de la relación de los términos del contrato, que pueden establecer cláusulas de confidencialidad, por ejemplo. Sin embargo, tal regulación o determinación de límites ha de ser proporcionada y razonable. Los conceptos de buena fe y lealtad no pueden enervar la libertad de expresión cuando a través de su ejercicio no se causa una lesión antijurídica al co-contratante o a terceros, y si lo causaran, es ante la jurisdicción ordinaria donde debe declararse y no hacerse coartarse previamente como una especie de censura en el curso de la opinión que está siendo expresada. En síntesis, ningún locutor de radio puede ser inquietado, perseguido, recriminado o sancionado por expresar sus opiniones, ideas, pensamientos o juicios de valor acerca de la gestión de la radioemisora donde trabaja, o de cualquier otra; y si con ello causare una lesión antijurídica, es a la jurisdicción ordinaria a quien le corresponde valorarla y resarcirla.

V.- Sobre la violación al derecho a la libertad de expresión en el caso concreto.- Tomando como base lo dicho anteriormente, y habiéndose comprobado que el 17 de agosto del 2007 el programa de radio que presentaba el recurrente, denominado “Comentarios al Día”, fue suspendido o sacado del aire antes de su terminación, con fundamento en que el recurrente se encontraba moroso y estaba alabando a la radioemisora de competencia, se tiene por configurada la violación a la libertad de expresión del recurrente puesto que, si del cobro de la deuda pendiente se trataba lo correspondiente hubiera

sido utilizar los remedios legales ordinarios para hacerse pagar y no suspender el programa radial en media presentación. Asimismo, si de lo que se trataba era de que el representante de la empresa aludida sentía que las palabras expresadas por el recurrente resultaban ofensivas, y configuraban una falta a la ética y la lealtad, lo correspondiente era haber procedido con posterioridad a la terminación del programa a entablar las gestiones legales correspondientes a fin de discutir, hacer declarar y resarcirse de la lesión antijurídica, en caso en que correspondiera. En conclusión, por los motivos indicados, el recurso debe declararse con lugar, tal como en efecto se hace.

POR TANTO

Se declara CON lugar el recurso. Se condena a la empresa Stereo Bahía Limitada al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en la vía civil de ejecución de sentencia. El Magistrado Solano Carrera salva el voto y declara sin lugar el amparo.-

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Ana Virginia Calzada M. Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S. Fernando Cruz C.

Rosa María Abdelnour G. Jorge Araya G.

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO SOLANO CARRERA

El suscrito salva su voto y declara sin lugar el recurso, interpretando que en el conflicto planteado, en el fondo, tiene que ver con la ejecución de un contrato privado entre la parte recurrente y la empresa recurrida. No contradigo las apreciaciones generales del voto de mayoría sobre la libertad de expresión, pero sí la conclusión de que en el caso concreto se ha operado una violación a tal derecho. Dado que la sentencia de la mayoría no contiene un elenco de hechos probados (y su contrapartida de “no probados”) que oriente más apropiadamente en la decisión, yo tengo como cierta la afirmación hecha por el propietario de la empresa recurrida, en el sentido de que el recurrente se encontraba atrasado en sus obligaciones económicas y que eso motivó la suspensión del

programa “Comentarios al Día”. Los documentos sobre este tema, que corren a partir del folio 34 del expediente me confirman lo dicho por el recurrido, pues el pago de lo adeudado se realizó el día 18 de agosto, es decir, al siguiente de la suspensión. Por lo anterior, no considero que se haya dado la violación a la libertad de expresión que se alega.

Luis Fernando Solano Carrera

Magistrado

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=403240&strTipM=T&strDirSel=directo

2007

EL SECRETO DE LAS FUENTES PERIODÍSTICAS. CONTENIDO Y ALCANCES. RESOLUCIÓN NO. 7548-2008

Expediente No. 07-005291-0007-CO

Res. 7548-2008

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diecisiete y treinta y siete horas del treinta de abril de dos mil ocho.

Recurso de amparo interpuesto por **[NOMBRE 01]**, mayor, casado, abogado, portador de la cédula de identidad No. [Valor 01], vecino de San Rafael de Escazú, contra **EL DIRECTOR DEL PERIÓDICO [NOMBRE 05]**.

RESULTANDO

1.-

Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 08:34 hrs. del 20 de abril del 2007 (visible a folios 1-4), el recurrente interpuso recurso de amparo contra el Director del periódico [Nombre 05] y manifestó que el día 12 de enero del 2007, en la sección "Cartas a la Columna" del diario accionado, se consignó, parcialmente, un texto suyo relativo a una publicación del mismo medio del día 9 de enero del año en curso, en el cual, se agregó al pie la siguiente nota: "Todo lo publicado por este periódico, en el caso del autor de la nota anterior, está documentado". Consideró, que el contenido de la nota citada es una expresa manifestación que el periódico tiene en su poder documentos públicos o privados cuyo contenido le concierne o se refiere a él o a sus actividades. Indicó, que la referida nota, lo mismo que la publicación del 9 de enero y las demás que [Nombre 05] ha realizado en relación suyo, denotan que los documentos de marras y su contenido, interesan a ese medio y han sido habidos y conservados por éste con fines de investigación, siendo, incluso, utilizados y aprovechados de forma conexas con el proceso penal que, actualmente, afronta. En virtud de lo anterior, señaló que, mediante nota de fecha 26 de enero del 2007 se dirigió al Director accionado y le solicitó le proporcionara una copia de todos los documentos aludidos en la redacción bajo estudio, fueran éstos públicos o privados. Asimismo, en dicha nota se le indicó

al recurrido que él asumiría el costo de tal reproducción, siendo que, para tales efectos, autorizaba al Licenciado [Nombre 02]. Aunado a lo anterior, apuntó que en dicho documento manifestó, expresamente, que no pretendía con dicha petitoria conocer la fuente, el origen o bien, los medios por los que se había valido el periódico para obtener dicha información. Finalmente, en dicha oportunidad, requirió entregar al Ministerio Público una copia de los citados documentos por el interés que éstos pudieran tener en el proceso penal interpuesto en su contra. Adujo, que, en reiteradas oportunidades, el [Nombre 02] gestionó ante el periódico accionado la entrega de la citada documentación. Sin embargo, alegó que, en tales ocasiones, [Nombre 03], secretaria del Director recurrido, le indicó que dicha petición estaba siendo examinada por los abogados del medio, hasta que, finalmente, le manifestó que el periódico accionado no proporcionaría la documentación solicitada, motivo por el cual, tampoco, le sería resuelta la solicitud por escrito. En virtud de lo anterior, acusó que, a la fecha de interpuesto el presente proceso de amparo, la autoridad accionada no ha contestado su petición, ni le ha proporcionado la copia de la documentación requerida el día 26 de enero, razón por cual, estimó vulnerado su derecho a la autodeterminación informativa. De otra parte, manifestó que el presente recurso resulta procedente, dado que, el Director recurrido se encuentra, notoriamente, en una posición de poder para imponer su voluntad unilateralmente, con ignorancia de sus derechos fundamentales; posición frente a la cual, no dispone de otro remedio jurisdiccional adecuado, pronto y suficiente para reestablecerlos. Solicitó que se declare con lugar el recurso, ordenándosele al Director del periódico [Nombre 05], que le brinde una copia de todos los documentos requeridos mediante nota de fecha 26 de enero del 2007.

2.- Por resolución de las 09:59 hrs. del 10 de mayo del 2007 (visible a folio 8), se le dio curso al proceso y se requirió el informe al Director recurrido.

3.- [Nombre 04], en su condición de Director del periódico [Nombre 05] (visible a folios 10-16), contestó la audiencia conferida mediante resolución de las 09:59 hrs. del 10 de mayo del 2007. En primer término, indicó que no es el periódico recurrido el que se encuentra investigando al accionante, sino, más bien, el Ministerio Público por la supuesta comisión de delitos muy graves ocurridos durante el plazo en que éste ocupó la Presidencia de la República. Adujo, que el recurrente, desde

hace mucho tiempo, quiere que ese periódico, otros más y los noticieros de televisión, le revelen sus fuentes de información, tanto así que presentó similar recurso de amparo contra el Ministerio Público, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y varios medios de comunicación colectiva. Sabiendo de antemano la situación anterior, el recurrente interpone, nuevamente, un proceso de amparo, pretendiendo que el Director del periódico -que no es una empresa administradora de bases de datos-, le entregue la documentación que, según él, se encuentra en su poder; situación anterior que, en su criterio, vulnera con toda claridad el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes. Explicó, que ese último derecho, contrario a las afirmaciones del accionante, comprende la protección de los documentos y archivos, según lo tiene establecido, de forma, totalmente, pacífica, la doctrina y jurisprudencia, en especial, la de los organismos internacionales de tutela de los derechos humanos. Así, explicó que el citado derecho se encuentra contemplado en el principio 8°, de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° periodo de sesiones, al indicar que *"(...) Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales (...)".* Asimismo, señaló que la Sala Constitucional, en el Voto No. 2313-95 de las 16:18 hrs. del 9 de mayo de 1995, dispuso lo siguiente: *"(...) el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos (...) resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia (...)".* Añadió, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también, encontró que la orden de un Tribunal inglés para que un periodista entregara sus apuntes y los documentos descriptivos de la situación de una empresa transada en la bolsa de valores, es violatoria del secreto profesional de los informadores, el cual, es un elemento esencial de la libertad de expresión según la Convención Europea. En el caso en mención (Goodwin c. Reino Unido No. 16/1994/463/544), el Tribunal Europeo realizó un inventario no exhaustivo de los instrumentos que consagran el secreto profesional del periodista en Europa, indicando lo siguiente: *"(...) la protección de las fuentes periodísticas es una de las condiciones básicas para la libertad de prensa. Ello se refleja en las normas y los códigos profesionales de conducta en varios Estados parte y se afirma en diversos tratados y documentos internacionales sobre las libertades informativas (...). Sin esta protección, se disuadiría a las fuentes de asistir a la prensa para que informe*

al público sobre asuntos de interés general. Como resultado, el vital papel de la prensa como perro guardián podría verse socavado (...)." Agregó, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva No. OC-5-85, comparó la Convención Americana con la Europea y determinó que el sistema americano se encuentra diseñado para ser aún más generoso en su protección a la libertad de expresión, con lo que la jurisprudencia europea debía de ser vista como un pedestal mínimo a partir del cual se construye el sistema protector en nuestro continente. En dicha oportunidad, la Corte citada apuntó, en forma expresa, lo siguiente: *"(...) La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestran claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al minimum las restricciones a la libre circulación de ideas (...)"*. De otra parte, y en lo tocante al caso concreto, afirmó que se trata de un capítulo más en la insistencia del amparado para que el periódico exponga sus fuentes, aferrándose, a la fecha, a una frase aclaratoria publicada junto a uno de sus muchos derechos de respuesta, para solicitar, por medio del amparo, un acceso irrestricto a los archivos del periódico. Manifestó, que el recurrente presume que la frase aclaratoria *"Todo lo publicado por este periódico en el caso del autor de la nota anterior, está documentado"*, significa que todos los documentos publicados sobre él, obran, actualmente, en poder del diario. Además, consideró que el amparado, sin base o fundamento alguno, y, con el único propósito de sustentar sus esfuerzos por conseguir información sobre las fuentes, estima que se trata de documentos diferentes a los que figuran en los expedientes de la causa penal seguida en su contra. Por tales motivos, refirió que, éstas últimas presunciones se llevan a cabo a contrapelo de la realidad sabida por el recurrente, toda vez que, su intención no es obtener documentos desconocidos para él, sino, analizar, físicamente, los que el periódico pudiera tener en sus archivos. Manifestó, que, aun cuando la nota aclaratoria publicada junto al derecho de respuesta indica que todo lo publicado se encuentra documentado (lo cual es verdad), lo cierto es que la misma no señala que el periódico es quien posee todos los documentos ni, tampoco, que se trate de documentos desconocidos para la Fiscalía y la defensa de la causa penal seguida contra el recurrente. En ese sentido, argumentó que es el accionante quien interpreta la nota en cuestión de esa manera con el fin de tener un acceso irrestricto a sus

archivos y con el propósito de conseguir lo que hasta ahora no ha logrado, sea, la revelación de las fuentes mediante alguna nota al margen, sello o signo. Por tal motivo, consideró que el carácter general de la petición no nombra documento en particular alguno o contrae a los que dan sustento a las afirmaciones contenidas en la información que motivó el derecho de respuesta y la nota aclaratoria del diario. Señaló, que si el interesado es sincero en su deseo de respetar el derecho a la confidencialidad de las fuentes, no debe de pretender la entrega de comunicaciones confidenciales, correos electrónicos, fotos, grabaciones de entrevistas y apuntes que no consten en los expedientes tramitados por las autoridades, en virtud de su valor, exclusivamente, periodístico. Explicó, que, contrario a las insostenibles presunciones del recurrente, la documentación referida en la nota aclaratoria bajo estudio, figura en el expediente de la causa penal No. [Valor 02]; situación que, de antemano, conoce, perfectamente, el interesado. Indicó, que, como parte de la investigación, la Fiscalía solicitó, recibió e incorporó al expediente, el detalle de la cuenta corriente en dólares No. [Valor 03] de [Nombre 06]S.A. en el Banco Alemán Platina de Panamá, donde se detallan los pagos realizados. Manifestó, que la información que motivó la respuesta del recurrente primero y ahora su inusitada pretensión de recibir documentos que obran en su poder, fue publicada el día 6 de enero del 2007, siendo que, en dicha ocasión, se citan las fuentes, toda vez que, éstas no pidieron reserva. Se trata, como dice la nota, del Ingeniero Guillermo Constenla, Presidente Ejecutivo del INS, quien reveló el contenido de las conversaciones y la correspondencia cruzada con la empresa de reaseguros Guy Carpenter Reinmex. La otra breve referencia a [Nombre 06] consigna que *“La cuenta de [Nombre 06] es objeto de estudio por parte de la Fiscalía porque allí se depositaron parte de los dineros provenientes de la empresa francesa [Nombre 07]”*. Bajo tales consideraciones, estimó que, lógicamente, la investigación de la Fiscalía se encuentra documentada en el propio expediente cuya copia, sin duda alguna, se encuentra en poder de los defensores de [Nombre 01]. Señaló, que le sorprendería que dicha información no se encuentre en los archivos de la defensa del amparado; sin embargo, apuntó que, en el peor de los casos, la propia nota publicada por [Nombre 05] le indica adónde acudir si fuera necesario para conseguirla con todo derecho y sin violentar el secreto profesional de los periodistas. En ese sentido, adujo que las pretensiones del accionante, además de ilícitas, son superfluas, inconducentes y motivadas tan solo por su voluntad de

insistir en obtener información sobre las fuentes que maneja el periódico recurrido. Solicitó que se declare sin lugar el recurso planteado.

4.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 13:05 hrs. del 3 de agosto del 2007 (visible a folios 17-19), el recurrente se refirió al informe rendido por el Director del periódico [Nombre 05]. Al respecto, indicó, en primer término, que el citado periódico actúa maliciosamente al manifestar que lo solicitado por él se trató de documentos de fácil acceso o que poseía con anterioridad. Alegó, que nada impide que [Nombre 05]le entregue lo requerido, al menos, en todos los casos en que no se identifique la fuente. Señaló, que resulta público y notorio que es objeto de una investigación de parte de ese medio de prensa. Asimismo, adujo que resulta evidente que los documentos que dice tener el periódico, han servido en varias ocasiones como sustento de las gestiones realizadas por el Ministerio Público en la causa penal seguida en su contra. De otra parte, explicó que aun cuando en el supracitado proceso penal se constató que carece de fundamento probatorio la aseveración de [Nombre 05]en cuanto a que en la cuenta bancaria de la empresa [Nombre 06]se depositaron parte de los dineros provenientes de la empresa francesa [Nombre 07], el periódico dice apoyar dicha afirmación en los documentos que posee.

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

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

CONSIDERANDO:

I.- SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL AMPARO CONTRA SUJETOS DE DERECHO PRIVADO. En tratándose de acciones de amparo dirigidas contra sujetos de derecho privado, la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su artículo 57, señala que esta clase de demandas se conceden contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a), de la misma Ley. En el caso concreto, efectivamente, se constata una situación de poder de hecho del diario de circulación nacional [Nombre 05]

frente al amparado. No existiendo un cauce procesal célere y expedito para la protección de los derechos, presuntamente, lesionados, este Tribunal Constitucional considera que se está ante uno de los supuestos previstos por los artículos 48 de la Constitución Política, 29 y 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

II.- OBJETO DEL RECURSO. El punto medular de este proceso de amparo consiste en determinar si se ha vulnerado, en perjuicio del amparado, su derecho a la autodeterminación informativa y si existe un derecho fundamental de los informadores al secreto de las fuentes. Lo anterior, toda vez que, el Director del periódico [Nombre 05] negó proporcionarle al recurrente una copia de la documentación que solicitó el día 26 de enero del 2007, la cual, a su vez, se encuentra referida en nota publicada al pie de un texto redactado por el amparado en la sección “Cartas a la Columna” del periódico accionado el día 12 de enero de ese mismo año.

III.- HECHOS PROBADOS. De relevancia para dirimir el presente recurso de amparo se tienen por demostrados los siguientes: **1) El 12 de enero del 2007**, el periódico [Nombre 05] publicó en la sección “Cartas a la Columna” una texto redactado por el recurrente, a través del cual, se hizo referencia a una publicación del mismo medio del día 9 de enero del año en curso. En dicha redacción, se agregó al pie lo siguiente: *“Nota de la Redacción: Todo lo publicado por este periódico, en el caso del autor de la nota anterior, está documentado”* (visible a folio 5). **2)** Mediante nota de fecha **26 de enero del 2007**, el recurrente le solicitó al Director del periódico [Nombre 05] lo siguiente: *“(…) pido a usted que ponga en manos del Ministerio Público toda la documentación de que dispone el periódico y que se refiere a mí. Además, pido que me dé toda la documentación aludida en la nota de la Redacción, incluyendo la que sustenta, según dice el periódico, mi relación patrimonial con [Nombre 06] y los depósitos de dinero provenientes de [Nombre 07] hechos en la cuenta de aquella empresa. Esta solicitud incluye también, toda la información sobre otros hechos que me relacionen con el caso [Nombre 07]-ICE. [Nombre 05] ha publicado otras afirmaciones que yo he desmentido y que según la citada nota de redacción del 12 de este mes de enero están respaldadas por documentación en su poder. Como puede ver, no pido que se me dé a conocer la fuente de la que el periódico ha obtenido la documentación, ni los medios empleados para conseguirla. Todo lo que pido es acceso a datos e información que, según el decir de [Nombre 05], me atañen de modo directo, contenidos en esa documentación, que tienen o pueden tener*

importancia para mis propias actividades, y a la que obviamente tengo derecho. Estoy dispuesto a pagar una vez se indique el costo de confección de las copias de los documentos correspondientes. Con este objeto, y con el de recibir del periódico la documentación, autorizo expresamente al licenciado [Nombre 02], para que realice a mi nombre todas las gestiones que sean necesarias (...)." (visible a folios 6-7). **3) En fecha no precisa,** Ana Patricia Esquivel Morales, en su condición de secretaria del Director del periódico [Nombre 05], le indicó al Licenciado [Nombre 02] que no le sería proporcionado al amparado la documentación solicitada en fecha 26 de enero del 2007 (hecho incontrovertido).

IV.- SECRETO DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PERIODISTAS. Del contenido esencial del derecho a la información (artículos 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) cabe extraer el derecho al secreto de los periodistas, concretamente, de sus fuentes de información, de modo que es un derecho de naturaleza instrumental -lo que no le resta la sustantividad propia- para la plena efectividad del derecho a difundir y recibir información. El secreto de las fuentes es, entonces, condición indispensable o esencial para ejercer el derecho a la información. Este secreto tiene, adicionalmente, la condición de ser una garantía institucional, en cuanto garantiza el derecho a la información, el cual, a su vez, tiene por fin crear una opinión pública libre y fomentar el pluralismo democrático. El reconocimiento de este derecho fundamental a los periodistas, esto es, a los que en forma habitual o regular se dedican a informar, no constituye un privilegio injustificado, sino, como se indicó, una condición sine qua non para garantizar la libertad de información y, por ende, la formación de una opinión pública libre y del pluralismo democrático. El derecho fundamental al secreto de las fuentes que poseen los periodistas, puede ser definido como la facultad de no revelar las fuentes de la noticia, tanto a la empresa informativa para la que labora, a terceros o a las autoridades y poderes públicos, de manera que tiene una proyección y una eficacia erga omnes. El secreto del informador, singularmente, lo faculta para negarse a revelar sus fuentes de información, con lo que el periodista puede preservar la confidencialidad de sus fuentes de información, lo que supone para estas últimas el derecho a permanecer en el anonimato para protegerlas de publicidad no deseada que puede implicarles represalias

o molestias innecesarias por ser conocida su identidad, evitándose, así, que su voluntad de suministrar información de interés general y relevancia pública venga a menos y logrando que la información fluya y circule expeditamente. El secreto de los informadores, no puede ser equiparado al secreto clásico de las personas que ejercen una profesión liberal, por cuanto este último tiene, preponderantemente, la naturaleza de un simple deber ético y, en ocasiones, jurídico. En efecto, el secreto inherente a las profesiones liberales, se configura como un deber ético o jurídico del que pueden surgir una serie de facultades subjetivas frente a los poderes públicos, adicionalmente opera como un límite a las libertades de expresión y de información –obligación de guardar silencio sobre temas reservados o atinentes a la esfera de intimidad de sus clientes-. El bien jurídico tutelado lo constituye, en ese caso, la intimidad como derecho de la personalidad y las relaciones de confianza profesional-cliente, en virtud de una confidencia necesaria –por virtud de la consulta- que tienen asidero en valores constitucionales tales como la seguridad y la certeza. Este secreto surge respecto de los hechos y circunstancias que el profesional liberal conoce de su cliente en virtud del ejercicio de su profesión. El secreto de los periodistas, a diferencia del secreto de quienes ejercen una profesión liberal, se configura como un derecho fundamental que, adicionalmente, es garantía institucional de los derechos informativos en una sociedad pluralista y democrática. El secreto del informador tiene un ámbito o radio de protección mucho más amplio, por cuanto, no tiene por fin tutelar la relación o vínculo de confianza entre la fuente de información y el informador –en la mayoría de las ocasiones inexistente- o la esfera intimidad del informante, sino el derecho a la información –darla y recibirla-. En el secreto del informador su objeto no es el contenido de la información que constituye la noticia de la que se impone éste, por cuanto, el fin es publicarla o difundirla, consecuentemente no existe secreto sobre la noticia sino –y ese es el contenido del derecho fundamental de marras- sobre la identidad del informante y cualquier otro dato –documentos en cualquier soporte, notas, grabaciones, filmaciones, etc.- o circunstancia que pueda contribuir a su identificación o descubrimiento. El secreto de las fuentes de información no protege al informador o al informante sino al conglomerado social que es titular del derecho a recibir información, de modo que es garante de una prensa libre, responsable e independiente. Importa señalar que la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión emitida por la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones celebrado en el mes de octubre del año 2000, protege el derecho bajo estudio, al disponer, en el principio 8°, lo siguiente: "(...) *Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales (...)*". Finalmente, cabe agregar que el derecho fundamental de marras, como cualquier otro, tiene una serie de límites intrínsecos y extrínsecos, por lo que como todo derecho es relativo y no absoluto.

V.- REDACTA EL MAGISTRADO CRUZ CASTRO. LÍMITE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA RESERVA DE LAS FUENTES FRENTE AL JUEZ PENAL. La mayoría de este Tribunal Constitucional estima que frente a la jurisdicción penal, eventualmente y en determinados supuestos, el secreto de las fuentes debe ceder, en aras de la averiguación de los delitos y la garantía de ciertos derechos fundamentales. No existe una limitación absoluta frente al secreto de las fuentes de información del comunicador. La trascendencia de otros derechos y valores constitucionales podrían requerir una solución equilibrada entre el respeto al secreto de las fuentes del periodista y las necesidades que impone una administración de justicia eficaz. Las circunstancias y situaciones en que el secreto de las fuentes debe ceder ante las necesidades que impone la investigación de un hecho delictivo, se irán definiendo casuísticamente por este Tribunal Constitucional.

VI.- DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS FUENTES, LIBERTAD DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL CASO CONCRETO. El recurrente acude al amparo, por cuanto, el periódico [Nombre 05], el 12 de enero de 2007, publicó en la sección "Cartas a la Columna" unas manifestaciones, aclaraciones o rectificaciones remitidas por éste, intituladas "Lobo y la Fiscalía" siendo que el referido medio escrito de comunicación colectiva, colocó al final lo siguiente: "*Nota de la Redacción: Todo lo publicado por este periódico, en el caso del autor de la nota anterior, está documentado*". Ante tal circunstancia, el recurrente le solicitó, el 26 de enero de 2007, al Director del periódico recurrido que le suministrara copia de los documentos públicos o privados cuyo contenido se refieren a él o a sus actividades. Ulteriormente, a través de su representante legal, gestionó, en reiteradas ocasiones, la entrega de los referidos documentos, siendo que finalmente se le comunicó que esa empresa no se los suministraría. En lo tocante a este agravio, tal y

como se indicó *supra*, los periodistas tienen la titularidad y el ejercicio del derecho fundamental a guardar secreto de las fuentes de información, el cual dimana del derecho general a la información, todo con el propósito de garantizar la reserva de la identidad de éstas para así propiciar la formación de una opinión pública libre y el pluralismo democrático, de lo contrario las fuentes de información no se la suministrarían a los medios de comunicación colectiva. Bajo esta inteligencia, el recurrente no puede pretender que el periódico le suministre los documentos –públicos o privados-, en cualquier soporte, que han recabado los periodistas de la empresa editorial para difundir información a la sociedad sobre los presuntos hechos y actividades que se le imputan. Es menester agregar que la libertad a la autodeterminación informativa, puede ser ejercida frente a los entes públicos o privados que detentan datos personales de carácter confidencial o sensible de las personas en sus bases de datos, archivos o registros y que merecen ser suprimidos o bien cuando los datos personales no posean esas características, pero ameritan ser aclarados, precisados, rectificados o modificados por ser erróneos o inexactos. En el sub-lite, es claro que la empresa editorial recurrida, en cuanto ejerce la libertad de recabar y difundir información, no encaja en los supuestos en que resulta aplicable el derecho citado. De otra parte, el medio de prensa recurrido es una organización colectiva del Derecho privado, por lo que no puede entenderse que respecto de la información que recolectan los periodistas de éste se pueda ejercer el derecho de acceso a la información administrativa ad extra del artículo 30 constitucional, por cuanto, el mismo resulta predicable respecto de los archivos y registros públicos que contienen información de interés público o, incluso, de documentos públicos que ostentan los particulares, sea porque así lo ha dispuesto el ordenamiento jurídico o por bien por cuanto la información es, sustancial o materialmente, de claro interés público. En suma, el derecho de acceso a la información administrativa ad extra no puede ser ejercido frente a periodistas o empresas periodísticas cuyo giro principal es recolectar y difundir información.

VII.- DERECHO DE PETICIÓN. El gestionante, aduce, también, que el medio de comunicación colectiva recurrido no le respondió por escrito su petición del 26 de enero. Sobre el particular, debe indicarse que el artículo 27 de la Constitución Política consagra el derecho subjetivo público que tiene toda persona, tanto física como jurídica, de formular

ante cualquier órgano o entidad pública una petición para que sea respondida en el plazo que dispone la ley. La doctrina del Derecho Público ha señalado que el ejercicio del derecho de petición puede ser tanto individual como colectivo y, además, no requiere de intereses legítimos o derechos subjetivos, dado que, el mismo se deriva de las obligaciones propias que tienen los órganos y entes públicos frente a los administrados. Dentro de este orden de ideas, la jurisprudencia de esta Sala Constitucional ha establecido con claridad que mediando una petición del administrado ante una dependencia pública, ésta debe respetar, en todo momento, los plazos establecidos para dar respuesta, todo de conformidad con el numeral 27 de la Constitución Política, en relación con el artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Este Tribunal Constitucional, estima que, en el caso concreto, el recurrente no lleva razón, dado que, de conformidad con lo señalado el derecho de petición, garantizado en el numeral 27 de nuestra Constitución Política, sólo puede ser ejercido frente a órganos o entes públicos y no ante sujetos de Derecho privado como el medio de comunicación colectiva recurrido.

VIII.- COROLARIO. En mérito de lo expuesto, se impone declarar sin lugar el recurso de amparo interpuesto.

IX.- VOTOS SALVADOS Y NOTAS. El Magistrado Jinesta salvo el voto en cuanto al límite al derecho de las fuentes de los periodistas, que señala la mayoría frente al juez penal en el considerando V. El Magistrado Sosto salva el voto y declara con lugar el recurso con sus consecuencias. Los Magistrados Armijo, Cruz y Salazar ponen nota.

POR TANTO:

Se declara sin lugar el recurso.-

El Magistrado Jinesta salva el voto en cuanto al límite al derecho al secreto de las fuentes de los periodistas, que señala la mayoría, frente al juez penal. El Magistrado Sosto salva el voto y declara con lugar el recurso con sus consecuencias. Los Magistrados Armijo, Cruz y Salazar ponen nota.

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta a.i.

Luis Paulino Mora M.

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Federico Sosto L.

Roxana Salazar C.

EJL/vcg

VOTO SALVADO MAGISTRADO JINESTA LOBO

El suscrito Magistrado salva el voto en cuanto al límite del derecho al secreto de las fuentes de los periodistas que señala la mayoría frente al juez penal en el considerando V, por las siguientes razones:

El régimen de los límites intrínsecos y extrínsecos de los derechos fundamentales es reserva de Constitución o de ley (artículos 28 constitucional y 19 de la Ley General de la Administración Pública), de modo que son el poder reformador o el legislador ordinario, en el ejercicio de su libertad de configuración, los que deben definir los límites y limitaciones del derecho fundamental de los periodistas al secreto de las fuentes, no le corresponde a este Tribunal Constitucional, de lo contrario -aunque sea el sumo interprete del texto fundamental-, estaría asumiendo una función propia del constituyente derivado o del legislador, lo cual infringe el principio de separación de funciones establecido en el artículo 9° de la Constitución. De otra parte, el derecho al secreto de las fuentes de información que poseen los informadores se proyecta, incluso, frente a las autoridades jurisdiccionales, de modo que aunque, eventualmente, el periodista pueda, extraordinariamente, testificar en un proceso penal tiene derecho a reservarse las circunstancias de hecho o los soportes materiales de la información que puedan contribuir al descubrimiento o identificación de la fuente, quedando enervada cualquier medida jurisdiccional que pueda provocar la revelación de la fuente como las requisas y los registros. A mayor abundamiento, el presente proceso no versa sobre los límites del derecho fundamental de los periodistas, de modo que en aras del principio de la auto-contención (self restraint) inherente a todo Tribunal Constitucional, resulta ocioso e innecesario identificar límites que le

competente precisar al constituyente derivado o al legislador al ejercer su libertad de conformación y que no forman del objeto del debate.

Ernesto Jinesta L.

Nota del Magistrado Cruz Castro: El secreto de las fuentes de los informadores como derecho fundamental que protege y fortalece a la ciudadanía, asegurando el derecho a recibir una información veraz, demuestra, nuevamente, que los medios de comunicación, aunque sean de propiedad privada, ejercen un indiscutible poder, creando y configurando, en parte, la realidad socio-política y sus valores. Esta posición privilegiada del periodismo requiere que en su quehacer impere la ponderación, la autocontención, la transparencia y la exclusión de la manipulación. De igual forma, deben constituirse instrumentos jurídicos que definan saludables límites a un poder tan singular y penetrante. Se requiere la definición política de otros temas relacionados con los “mass media”, especialmente las distorsiones que provoca su concentración ilimitada y el debilitamiento del pluralismo informativo, así como la vulnerabilidad del comunicador frente a los propietarios de los medios de comunicación. Es indudable que existe una tensión entre el oficio del periodista y los intereses de los propietarios de los medios de prensa. Los dueños de las empresas periodísticas enfrentan la difícil contradicción entre la eficiente obtención de ganancias y asumir, de igual forma, la fiscalización del poder público, propiciando en la ciudadanía una conciencia crítica en libertad. Sobre el ciudadano, sujeto pasivo de la información y titular del derecho a buscarla y recibirla, se ciernen muchas amenazas para que pueda recibir una información veraz y confiable. Todas estas contradicciones o paradojas las suscita un servicio público tan singular como el que brindan los medios de comunicación, pues deben propiciar la información y formación de la ciudadanía. La respuesta a todas estas amenazas y disfunciones es tan importante como el reconocimiento del derecho al secreto de las fuentes. Las ideas de García Monge sobre este tema, siguen teniendo vigencia al proponer que un diario debe darle “... paso a los intelectuales honrados para que expliquen las cosas. Vivimos en un mundo de mentiras, de mistificaciones mantenidas por los poderes opresores, locales y forasteros. Hay que explicar, hay que abrirle los ojos a los lectores. Esta es la gran función de

los intelectuales independientes y comprensivos, valerosos y responsables, en la hora trémula del mundo en que vivimos, o mejor, nos desvivimos....". La prensa presta un servicio público singular y muy sensible, por esta razón debe asumir exigencias tan ambiciosas como las que propone el maestro García Monge. El ejercicio del periodismo en democracia, al que se le reconocen garantías tan importantes como la prohibición de la censura previa y el secreto de las fuentes, requiere un mayor desarrollo jurídico-político con el fin de propiciar el pluralismo en la información y una mayor independencia del periodista frente a los propietarios de los medios.

Fernando Cruz C.

Exp. 07-005291-0007-CO

NOTA DE LOS MAGISTRADOS ARMIJO SANCHO Y SALAZAR CAMBRONERO: Con redacción del primero. Discrepamos parcialmente de las aseveraciones que se formulan en la redacción del voto de mayoría en relación con el secreto de las fuentes, fundamentalmente en la medida en que se le califica como condición sine qua non para garantizar la libertad de información y se le confiere proyección y eficacia erga omnes, discrepancia que consideramos se había solventado al salvar el voto el ponente del proyecto en relación con este tema. Sin embargo, tal caracterización del secreto de las fuentes nos compele a aclarar, por medio de esta nota, la lectura distinta que suscribimos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estamos de acuerdo en que forma parte de la libertad de información, amplia y vigorosamente protegida en la norma citada, el secreto de las fuentes a las que ocurre un informador, pero propugnamos por una diferencia de grado, confiriéndole mayor flexibilidad. Y no se trata de una flexibilización sin propósito, sino de la necesaria consideración de otros derechos fundamentales que podrían entrar en antagonismo con el secreto de las fuentes, principalmente el problema clásico del respeto al derecho al honor y a la intimidad cuando se ejerce la libertad de información. Es bajo esta particular óptica que estimamos exageradamente rígido hacer depender tal libertad de este solo aspecto y llegar al punto de proporcionarle al secreto efectos generales, es decir, frente a toda autoridad pública, incluidas las de orden jurisdiccional. Debe tomarse en consideración también que ya ha declarado la Sala

(sentencia #2313-95 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995), siguiendo la línea marcada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la libertad de información atañe a todo ser humano y no solo a los profesionales en periodismo, de suerte que potenciar de esa forma los alcances del secreto de las fuentes podría implicar importantes conflictos sociales y la infracción innecesaria de derechos básicos.

Gilbert Armijo S.

Roxana Salazar C.

Expediente: 07-005291-0007-CO

Nota separada de la Magistrada Calzada Miranda:

Comparto el criterio externado por la mayoría de esta Sala que declaró sin lugar el presente recurso de amparo. Sin embargo, al igual que en la sentencia número 2006-002235 de las quince horas y diecinueve minutos del veintidós de febrero del dos mil seis, consigno las siguientes razones:

El concepto de prensa libre se encuentra intrínsecamente unido al de la libertad en el Estado Moderno, de manera tal que así como se requieren normas que impidan los obstáculos para su manifestación y reconocimiento pleno, también resulta indispensable y exigible la actitud hacia la verdad, lo cual significa el respeto hacia otras libertades que se pueden ver vulneradas por el informador. Lo anterior implica, que la libertad de información se encuentra correlativamente ligada a la responsabilidad, con lo cual, abordamos el ámbito de la responsabilidad social de la prensa. La libertad de expresión, sustrato básico de la libertad de prensa, plantea una serie de límites internos que tienen como fundamento objetivo la verdad y su divulgación, y como subjetivo, la actitud del informador frente aquella. En el caso del Derecho de Rectificación y Respuesta una información es objetivamente inexacta, cuando no guarda relación con la verdad de los hechos o cuando de alguna manera los oculta o distorsiona. Este derecho se traduce en la respuesta a referencias o informaciones de las cuales sea posible determinar inexactitud, causando agravio al aludido. Es decir, no porque los hechos sean inexactos se habilita la respuesta, sino porque el aludido en la información afirma que son inexactos. En consecuencia, en la respuesta se enfrenta información contra información, una del medio de comunicación y otra por parte del que responde, brindando cada uno su versión de los hechos. Estamos en presencia de una confluencia de

derechos. El comunicador tiene el derecho de afirmar que la información por él difundida es exacta y el afectado tiene el derecho a afirmar que es inexacta. Si lo anterior no fuera así, quien responde se encontraría en una situación de inferioridad que menoscabare su derecho frente al medio. Lo anterior significa que no es al medio de comunicación al que le corresponde determinar si el derecho de rectificación y respuesta procede o no. Estamos en presencia de un derecho fundamental, que no debe ser disminuido, y que de acuerdo con el principio de pro libertatis, debe interpretarse extensiva en todo lo que favorezca y restrictiva en todo lo que limite la libertad. Es un derecho subjetivo y general que le permite al aludido manifestar su verdad para proteger su honra y reputación frente a la sociedad. No es un límite abusivo a la libertad de prensa, sino por el contrario, un balance que fortalece el derecho que tienen todos los habitantes a tener una información veraz y equilibrada y para el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales vigentes de quien se considere ofendido en un sistema democrático.

Ana Virginia Calzada M.

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=419014&strTipM=T&strDirSel=directo

2010

TELEVISIÓN POR CABLE Y DIVERSIDAD CULTURAL. MUST CARRY RULES. RESOLUCIÓN NO. 15055-2010

Exp: 06-015330-0007-CO

Res. N° 2010015055

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas y cuarenta y siete minutos de ocho de setiembre de dos mil diez.

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por **RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE**, cédula No. 1-342-665, vecino de San José, en su condición de apoderado especial de la **ASOCIACIÓN CÁMARA DE INFOCOMUNICACIÓN Y TECNOLOGÍA**, contra la reforma al artículo 86 del Decreto Ejecutivo No. 31608-G de 24 de junio del 2004, Reglamento a la Ley de Control de Radio, mediante Decreto Ejecutivo No. 32637-G de 12 de setiembre de 2005. Interviene también en la acción la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**.

RESULTANDO:

1.- Por memorial presentado en la Secretaría de la Sala a las 15:45 hrs. del 12 de diciembre del 2006 (visible a folios 1-3), el accionante solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de la reforma al artículo 86 del Decreto Ejecutivo No. 31608-G de 24 de junio de 2004, Reglamento a la Ley de Control de Radio, mediante Decreto Ejecutivo No. 32637-G de 12 de setiembre de 2005. Alegó que la norma es inconstitucional, porque limita la libertad de empresa, la libertad de contratación y la garantía de juridicidad. La reforma obliga a las empresas de televisión por cable a transmitir, de manera gratuita, la programación de las frecuencias U.H.F. y V.H.F., imponiéndole así determinados clientes. Argumentó que uno de los contenidos esenciales de la libertad de empresa —que el artículo 46 constitucional garantiza— es el derecho de los empresarios a determinar, sin injerencias de terceros, su gestión empresarial. Así, la libertad de empresa supone que cada empresario puede establecer de manera autónoma, dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento, los medios necesarios para la realización de sus fines empresariales. De ahí que la organización interna de la empresa, y los medios financieros y materiales que utilice en su gestión empresarial, no pueden serle impuestos por terceros, sean públicos

o privados. De igual manera, otro de los elementos esenciales de la libertad de contratación, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es el derecho de las partes contratantes para que el contenido del contrato no sea variado, unilateralmente, por ninguna de ellas. Las concesiones que tienen las empresas de televisión por cable para la explotación del espectro radioeléctrico son contratos administrativos, que deben respetar los contenidos esenciales de la libertad de contratación. La reforma reglamentaria en análisis introduce, de manera unilateral, nuevas obligaciones en las concesiones de las cableras, lo cual es, por consiguiente, contrario al contenido esencial de la libertad de contratación. Finalmente, señaló que, de conformidad con el artículo 11 constitucional, la modificación de normas reglamentarias requiere la habilitación previa de, al menos, una norma de rango legal. Sin embargo, no existe disposición alguna en la Ley de Control de Radio que autorice al Poder Ejecutivo a imponer a las empresas que brindan el servicio de televisión por cable semejantes obligaciones ni a modificar, unilateralmente, sus concesiones. Para fundamentar su legitimación para accionar, señaló que acude a este Tribunal Constitucional de conformidad con el artículo 75, párrafo 2º, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. La asociación representada —según dijo— interpuso un proceso contencioso administrativo para la defensa de sus derechos, que se tramita en el expediente No. 05-001087-0163-CA, y en el que ya se formalizó la demanda. Solicitó que se declarara con lugar el presente proceso.

2.- Por resolución de la Presidencia de la Sala de las 10:30 hrs. del 17 de enero del 2007 (visible a folio 19), se le dio curso a la presente acción de inconstitucionalidad.

3.- Los avisos de Ley fueron publicados en los Boletines Judiciales números 23, 24 y 25 del 1º, 2 y 3 de febrero del 2007 (visible a folio 22).

4.- Mediante escrito presentado en la Secretaría de la Sala a las 15:36 hrs. del 6 de febrero del 2007 (visible a folios 23-54), Ana Lorena Brenes Esquivel, en su condición de Procuradora General de la República, recomendó rechazar la acción por falta de legitimación y porque es inadmisibles. En todo caso, declararla sin lugar por el fondo, si la Sala considera que sí hay legitimación. Argumentó que la accionante carece de legitimación, porque el proceso contencioso que interpuso como base tiene, además de defectos formales, como único objetivo abrir la

vía del control de legalidad. En el escrito de interposición de ese proceso, el accionante no alegó la inconstitucionalidad de la norma, sino que lo hizo posteriormente, en la deducción de la demanda. De igual manera, el decreto impugnado fue publicado en La Gaceta del 14 de setiembre del 2005, mientras que el proceso contencioso administrativo fue interpuesto el 17 de noviembre del 2005, cuando ya había transcurrido el plazo de dos meses, que dispone el ordenamiento jurídico para tales efectos. Los servicios inalámbricos son bienes propios de la nación; se encuentran fuera del comercio de los hombres. En consecuencia, solo pueden ser explotados por los particulares en los términos previstos en la Constitución Política, sin que el Estado tenga la obligación de concesionarlos. Incluso, si no hay una ley que permita la concesión, el Estado no está facultado para hacerlo. El carácter de bien demanial implica, además, que no está en una relación de propiedad con respecto al Estado. Se trata de una relación entre dominio y potestad pública, de manera que, según jurisprudencia de esta Sala, la administración puede modificar la extensión, el modo y la forma de las prestaciones respectivas, en aras del interés general. Por esa razón, el particular no puede alegar la libertad de empresa para pretender sustraerse del poder de regulación del Estado. El particular no adquiere un derecho de uso del espectro, sino tan solo una concesión, que se rige por el Derecho Público, no por el Privado. De igual manera, al concesionar, la administración no lo hace en ejercicio de la libertad de contratación. De esta manera, no cabe invocar la libertad contractual para desvirtuar la potestad de modificación. En otro orden de ideas, indicó que, en aras del derecho a la información, es de interés general que toda persona tenga acceso a la televisión nacional. No puede quedar al criterio de las empresas de televisión por cable si limitan o no dicho acceso. En aras de ese interés general a la información, se explica que, en otros ordenamientos jurídicos, también se imponga al concesionario la obligación aquí impugnada. La Procuraduría cita a su favor, en cuanto a este punto se refiere, la opinión consultiva No. OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ésta resalta la ilegitimidad de todo monopolio en la difusión de información. Finalmente, indicó que el principio de reserva de ley no invalida el artículo 86 impugnado. Ciertamente, la Ley de Radio, por su antigüedad, es insuficiente. Sin embargo, gracias a una interpretación constitucional, ha sido posible que, por la vía de un decreto ejecutivo, la televisión por cable haga uso del espectro electromagnético. No es congruente que la insuficiencia

de la ley se convierta en un mecanismo para limitar la televisión directa y los derechos de los abonados. La obligación de incluir canales de televisión abierta es razonable.

5.- Por memorial presentado en la Secretaría de la Sala a las 09:55 hrs. del 22 de febrero del 2007 (visible a folios 55-73), William Gerardo Gómez Vargas, periodista, cédula No. 2-273-010, solicitó que se le tuviera como coadyuvante del pasivo del presente proceso. Refirió que se equivoca el accionante cuando pretende ejercer la libertad de empresa de forma irrestricta, toda vez que ésta es susceptible de ser limitada. En ese sentido, aseveró que el Estado —en procura del bienestar común—, puede adoptar normas de interés público social, las cuales se manifiestan en el poder de policía que le permite, entre otras cosas, defender y proteger los intereses económicos de la colectividad. Manifestó que no se puede pretender que las concesiones otorgadas por el Estado para la explotación del espectro radioeléctrico se rijan por los principios de la libertad de contratación. Nos encontramos en presencia de bienes de dominio público, lo que implica que el Estado puede hacer uso de su poder de imperio, precisamente, para responder al interés general y para proteger los bienes demaniales. Finalmente, argumentó que no es cierto que el decreto impugnado se encuentre viciado de inconstitucionalidad por carecer de fundamento normativo superior, dado que dicho fundamento se encuentra previsto en la Constitución Política, en las normas de derecho internacional y en la Ley de Radio y Televisión, No. 1758 del 19 de junio de 1954 y sus reformas. Solicitó que se declare sin lugar la acción de inconstitucionalidad.

6.- Por memorial presentado en la Secretaría de la Sala a las 15:00 hrs. del 27 de febrero del 2007 (visible a folios 82-85), Omar Miranda Murillo, en su condición de Gerente y Representante Legal de la Cooperativa de Electrificación Rural de San Carlos R.L. (COOPELESCA R.L.), solicitó que se le tuviera como coadyuvante pasivo de la presente acción de inconstitucionalidad. Indicó que el presente proceso resulta inadmisibles, por cuanto no se cumple con el requisito establecido al efecto por el numeral 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, ya que no existe un asunto judicial base o proceso subyacente idóneo para que la acción de inconstitucionalidad sea viable. De otra parte, argumentó que el espectro electromagnético es un bien demanial explotable por particulares de modo temporal, previa concesión administrativa o legislativa. El dominio público implica la titularidad de potestades

públicas y prerrogativas de imperio dirigidas a mantener y conservar el dominio y su afectación al interés general. Tratándose de concesión de dominio público, el particular no puede alegar facultad de organización derivada de la libertad de empresa y libertad contractual —autonomía de la voluntad—, a efecto de sustraerse del poder de regulación del uso del espectro electromagnético y de la potestad de modificación de la concesión, la cual, a su vez, es regulada por condiciones legales y reglamentarias derivadas del dominio público, con propósito de asegurar el interés general. Añadió que la reforma efectuada al numeral 86 del Decreto Ejecutivo No. 32637 no deviene en inconstitucional, dado que todo ciudadano debe tener la posibilidad de obtener un acceso a la información que difunden los canales costarricenses. Finalmente, adujo que todos los ciudadanos de este país poseen el derecho fundamental de recibir, buscar y divulgar información de toda índole, tal y como lo dispone el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Solicitó que se declare sin lugar el presente proceso.

7.- Por resolución de la Presidencia de la Sala de las 15:50 hrs. del 29 de marzo del 2007 (visible a folio 98), se tuvieron por admitidas las solicitudes de coadyuvancia presentadas mediante memoriales de fecha 22 y 27 de febrero del 2007.

8.- Por resolución de la Presidencia de la Sala de las 15:30 hrs. del 27 de abril del 2007 (visible a folio 104), se tuvo por contestada la audiencia conferida a la Procuraduría General de la República.

9.- Por memorial presentado en la Secretaría de la Sala a las 15:35 hrs. del 8 de noviembre del 2007 (visible a folios 105-109), Erick Garita Jiménez, en representación de la empresa Cable Zarcero S.A., solicitó a esta Sala aclarar los alcances de la resolución que dio curso a esta acción, puesto que, a su juicio, los procedimientos ante el Ministerio de Gobernación, tendientes a otorgar una concesión, deben suspenderse.

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

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

CONSIDERANDO:

I.- LEGITIMACIÓN Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. El numeral 75, párrafo 1º, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece como uno de los presupuestos para interponer la acción de inconstitucionalidad, en el caso del control concreto, la existencia de un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, como un medio razonable para tutelar la situación jurídica sustancial que se estima lesionada. Al respecto, este Tribunal Constitucional, en la sentencia No. 4190-95 de las 11:33 hrs. del 28 de julio de 1995, indicó lo siguiente:

«(...) En primer término, se trata de un proceso de naturaleza incidental, y no de una acción directa o popular, con lo que se quiere decir que se requiere de la existencia de un asunto pendiente de resolver -sea ante los tribunales de justicia o en el procedimiento para agotar la vía administrativa- para poder acceder a la vía constitucional, pero de tal manera que, la acción constituya un medio razonable para amparar el derecho considerado lesionado en el asunto principal, de manera que lo resuelto por el Tribunal Constitucional repercuta positiva o negativamente en dicho proceso pendiente de resolver, por cuanto se manifiesta sobre la constitucionalidad de las normas que deberán ser aplicadas en dicho asunto; y únicamente por excepción es que la legislación permite el acceso directo a esta vía -presupuestos de los párrafos segundo y tercero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (...).»

En el presente asunto, mediante resolución de las 10:30 hrs. del 17 de enero del 2007 (ver folio 19) se le dio curso a esta acción, con base en el proceso contencioso administrativo No. 05-001087-0163-CA, en el cual ya se formalizó la demanda. En el informe rendido por la Procuraduría General de la República, ésta pone de relieve que el proceso que sirve de base a la acción tiene una serie de defectos formales que lo hacen inadecuado para tal efecto. Sin embargo, la determinación de los defectos formales que pueda tener el proceso contencioso-administrativo es competencia del Juez ordinario, no de este Tribunal. En este sentido, esta Sala ha considerado que un proceso de esa naturaleza, en el modelo de justicia de 1996, sirve de base a la acción —de manera que

ésta constituya medio razonable para amparar el derecho que se estima lesionado—, si ha superado la etapa de formalización de la demanda. De lo contrario, existiría la posibilidad de interponer procesos ficticios o irreales, con el único propósito de cumplir el requisito que exige el artículo 75, párrafo 1°, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. De otra parte, en este caso es necesario tomar en consideración que, según el criterio externado por este Tribunal en sentencia No. 9170-06, de las 16:36 hrs. del 28 de junio del 2006, los entes corporativos, como la asociación accionante, están legitimados para acudir en forma directa ante esta jurisdicción en defensa de los derechos de sus asociados, no solo en los casos en que no exista la posibilidad de una lesión individual y directa para alguno de ellos, sino también en los que sí exista tal posibilidad. En tal sentido, este Tribunal dispuso, en lo conducente, lo siguiente:

«(...) Al respecto, es necesario recalcar esta nueva posición de la Sala, que excepciona de un asunto previo pendiente cuando se trate de la defensa de intereses corporativos. Ciertamente en anteriores oportunidades, con las resoluciones 6433-98 y 2000-7155, esta Sala rechazó la legitimación en estos casos considerando que cuando la disposición normativa que se impugna esté destinada a concretizarse en numerosos y diversos casos de aplicación, y que incida directamente en la esfera de los individuos, de modo que puedan dar origen a reclamaciones en sede administrativa o jurisdiccional, no aplica la excepción de no contar con un asunto previo pendiente. Sin embargo, es la posición actual de esta Sala que, en estos casos, a pesar de que la disposición normativa impugnada esté destinada a concretizarse en la esfera de los individuos, los entes corporativos están autorizados para solicitar en forma directa la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, cuando ésta afecte directamente la esfera de acción del ente y de sus integrantes, pues el interés corporativo radica justamente en que el ente está naturalmente formado para defender un derecho o un interés que resulta lesionado por la norma que se impugna. No importa entonces, según la posición actual de esta Sala, que la norma fuere susceptible de afectar en forma directa los derechos de los agremiados, para aceptar la legitimación del ente corporativo sin contar con asunto previo pendiente (...).».

De ahí que, independientemente de los defectos formales que pueda tener el proceso ordinario que sirve de base a la acción y que, como se indicó, corresponde determinarlos al Juez Contencioso-Administrativo, la Asociación Cámara de Infocomunicaciones y Tecnología se encuentra legitimada para impugnar la reforma al artículo 86 del Decreto Ejecutivo No. 31608-G del 24 de junio del 2004, Reglamento a la Ley de Control de Radio.

II.- COADYUVANCIAS. De conformidad con el artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en los quince días posteriores a la primera publicación del aviso a que el alude el párrafo segundo del artículo 81 de esta misma ley, «(...) aquellos con interés legítimo, podrán apersonarse dentro de ésta, a fin de coadyuvar en las alegaciones que pudieren justificar su procedencia o improcedencia o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interesa». En este caso, se presentaron dos coadyuvancias pasivas, ambas admitidas en resolución de las 15:50 hrs. del 29 de marzo del 2007 (folio 98).

III.- OBJETO DE LA ACCIÓN. El gestionante cuestiona la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 32637-G del 12 de setiembre del 2005, en cuanto reforma el numeral 86 del Decreto Ejecutivo No. 31608-G del 24 de junio del 2004, Reglamento a la Ley de Control de Radio, por estimar que presenta, concretamente, los siguientes vicios de inconstitucionalidad: a) violación a la libertad de empresa, toda vez que dicha reforma obliga a las empresas proveedoras de televisión por cable a transmitir la programación de frecuencias U.H.F. y V.H.F. de manera gratuita, imponiéndoles, consecuentemente, determinados clientes; b) quebranto a la libertad de contratación, puesto que la reforma reglamentaria en análisis introduce, de manera unilateral, nuevas obligaciones en las concesiones de las empresas de televisión por cable y c) vulneración de la garantía de juridicidad, dado que, la Ley de Control de Radio no posee norma alguna que imponga a las empresas que brindan el servicio de televisión por cable ejecutar tales obligaciones ni modificar, unilateralmente, sus concesiones.

IV.- NORMA IMPUGNADA. El Decreto Ejecutivo No. 32637-G de 12 de setiembre de 2005, en cuanto reforma el numeral 86 del Decreto Ejecutivo No. 31608-G de 24 de junio de 2004, Reglamento a la Ley de Control de Radio, dispone lo siguiente:

«Artículo 1º- Modifíquese el artículo 86 del Decreto Ejecutivo N° 31608-G del 24 de junio del año 2004, para que en lo sucesivo se lea así: Artículo 86.-Contenido del servicio. Para los sistemas terrestres de televisión integrados por suscripción, los concesionarios deberán incluir dentro de su programación los canales costarricenses de televisión en las frecuencias U.H.F. y V.H.F., que tengan cobertura en por lo menos un sesenta por ciento del territorio nacional, excluyendo la Isla del Coco, que cumpla catorce horas mínimas de transmisión diaria, que la recepción de la señal cumpla con los requisitos de señal mínima establecidas en el presente reglamento, y cuenten con los derechos de transmisión correspondientes.

Artículo 2º—Rige a partir de su publicación».

V.- DEROGACIÓN DE LA NORMA IMPUGNADA. Cabe advertir que el Reglamento a la Ley General de Radio, al que pertenece la norma impugnada fue derogado por el Decreto Ejecutivo No. 34765-MINAET, Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, publicado en La Gaceta No. 186, del viernes 26 de setiembre del 2008. Bajo esta inteligencia, este Tribunal conoce y resuelve la acción de inconstitucionalidad interpuesta en virtud de los efectos que pudo haber generado (artículo 3º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). En todo caso, dado que el nuevo reglamento contiene una norma similar, artículo 138, el criterio externado en esta sentencia mantiene su interés.

VI.- TELEVISIÓN POR CABLE. Recientemente, al resolver la acción de inconstitucionalidad No. 05-016067-0007-CO, este Tribunal dictó la sentencia No. 2008-014921 de las 14:54 hrs. de 8 de octubre de 2008, que, en redacción del Magistrado ponente, analizó la naturaleza de los servicios de televisión por cable y concluyó que se trata de una actividad privada de interés público. En lo que aquí interesa, dice esa sentencia:

«VI.- TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN. Los servicios de televisión, desde un punto de vista técnico, suponen la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea. Se distingue entre la televisión abierta, que se caracteriza porque su señal puede ser recibida libremente por cualquier persona en el área de cobertura de la estación y la televisión por suscripción o cerrada, en la cual la señal, independientemente, de la tecnología de transmisión, está orientada

a ser recibida, única o restringidamente, por las personas autorizadas para la recepción (suscriptor). El Reglamento de Radiocomunicaciones (Decreto Ejecutivo No. 31608-G y sus reformas) define el “Servicio de televisión por suscripción” como el que se presta “(...) a través de redes cableadas, utilización de frecuencias del espectro radioeléctrico, o directamente del satélite, por el que, mediante contrato con proveedores autorizados de la señal se distribuye programación de audio y video asociado, de manera continua a los suscriptores que realicen un pago periódico de una cantidad preestablecida y revisable”. La televisión por suscripción, actualmente, se subdivide en las siguientes modalidades: a) Televisión satelital o DTH (“direct to home”) o directa al hogar, la cual permite la recepción exclusiva e individual de señales transmitidas, emitidas, difundidas y programadas desde el extranjero, por medio de redes satelitales especiales de difusión directa, con el uso consiguiente del espectro electromagnético a través de antenas parabólicas con decodificadores, hasta los equipos terminales de recepción individual. b) Televisión por cable, la cual tiene por característica que la señal es recibida por el usuario o consumidor –suscriptor- a través de un medio físico o alámbrico de distribución –redes de fibra óptica, cable coaxial o IP (protocolo IP o IPTV) con utilización de los servicios de Internet u otras-, destinado exclusivamente para ese fin o compartido para prestar otros servicios de telecomunicaciones. Debe advertirse que la televisión por suscripción ha adquirido gran aceptación a nivel mundial, frente a la televisión abierta, por cuanto las personas (usuarios y consumidores del servicio) encuentran mayores opciones, libertad y amplitud de contenidos, con lo cual constituye una verdadera alternativa para el goce efectivo de los derechos al ocio digno y a la información.

VII.- USO PASIVO DEL ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO O RADIOELÉCTRICO EN LA TELEVISIÓN POR CABLE. CARÁCTER INNECESARIO DE LA CONCESIÓN POR NO USARSE, APROVECHARSE O EXPLOTARSE. La televisión por cable para ser prestada, no requiere del uso del espectro electromagnético, por cuanto, utiliza para la transmisión de las señales a los suscriptores de medios físicos, tales como redes de cable coaxial o de fibra óptica. Las empresas que se dedican a brindar esta modalidad de televisión por suscripción, únicamente, utilizan el espectro radioeléctrico, para recibir pasivamente la señal que es irradiada por el respectivo satélite, de modo que no existe una explotación, uso o aprovechamiento de ese bien del dominio público constitucional. Bajo esa inteligencia, la prestación de ese servicio comercial no precisa de

una concesión otorgada de conformidad con una ley general o de una concesión legislativa. Para ejercer esta actividad empresarial privada, se precisa, por consiguiente, de una simple habilitación administrativa. En ese particular, el Reglamento de Radiocomunicaciones (Decreto Ejecutivo No. 31608-G), contiene diversas normas que reiteran, hasta la saciedad, que únicamente en el caso de la televisión por suscripción que supone el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, se precisa de concesión y, por consiguiente, de un fuerte control. Así el artículo 4°, inciso 8°, de esa disposición general dispone que las normas que regulan tales extremos, son aplicables a los servicios que prestan las estaciones inalámbricas radicadas en el territorio nacional de "Radiodifusión por televisión (...) por suscripción (...) en el tanto que se utilice el espectro radioeléctrico". Existen otros preceptos del Reglamento que subrayan la distinción y, por consiguiente, el régimen jurídico diferenciado entre la televisión por suscripción que precisa del uso y aprovechamiento del espectro electromagnético de la que no lo hace, así tenemos, entre otros, los ordinales 19, inciso 3°, 22, 28, 81, 82, inciso 2°, 92, 94. Así, el artículo 19, inciso 3, dispone que requieren de concesión otorgada por el Poder Ejecutivo –órgano que administra el espectro radioeléctrico- "Los servicios de Radiodifusión sonora y de Televisión (de acceso libre en VHF y en UHF, y por suscripción por ondas radio eléctricas, vía cable o directa por satélite), **en el tanto se utilice el espectro radioeléctrico**". El numeral 28 estatuye que "Una vez otorgada la concesión por el Poder Ejecutivo y de previo a otorgar la licencia de operaciones, para la explotación de los servicios al comercio entre particulares de radiodifusión sonora o televisiva en cualquier de sus bandas de acceso libre, o por suscripción en cualquiera de sus modalidades, **en el tanto utilice el espectro radioeléctrico**, se deberá establecer un contrato de concesión, entre la Administración y el Concesionario, donde se establezcan los términos de la concesión, así como los alcances en que debe explotarse el servicio de radiocomunicación (...)". El ordinal 81, dispone que "Los servicios de televisión o audio por suscripción, cuando para la prestación del servicio requieran del uso del espectro radioeléctrico, sea para la recepción o transmisión de la señal, sólo podrán ser prestador por concesionarios (...)". Finalmente, el artículo 82, inciso 2°, preceptúa que en caso que la televisión por suscripción requiera de la transmisión de señales de frecuencias del espectro radioeléctrico hasta el usuario final, se precisan de requisitos adicionales a los supuestos en que no sea así. A partir de la normativa citada, queda suficientemente claro que la televisión por suscripción en modalidad cable, al utilizar pasivamente el espectro

radioeléctrico y emplear medios físicos de transmisión de la señal del operador al suscriptor y, más concretamente, redes alámbricas (coaxiales, de fibra óptica u otras), no requiere del aprovechamiento activo del espectro radioeléctrico, por lo que para que esa actividad empresarial privada pueda operar no precisa de una concesión otorgada con fundamento en una ley general o de una concesión legislativa, según lo dispone el artículo 121, inciso 14, sub-inciso c), de la Constitución Política para aquellos servicios de televisión por suscripción que sí explotan o usan activamente ese bien del dominio público para efectuar las transmisiones de las señales del operador a los usuarios o consumidores finales y restringidos. En la televisión por cable no se compromete el uso y aprovechamiento óptimo y racional del espectro radioeléctrico, adicionalmente, por tratarse de una transmisión física de la señal, no se produce el fenómeno de la interferencia de las ondas que pretende evitar el control en el uso ordenado de ese bien del dominio público constitucional.

VIII.- TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN MODALIDAD CABLE NO ES UN SERVICIO PÚBLICO SINO UNA ACTIVIDAD EMPRESARIAL PRIVADA.

En opinión de este Tribunal Constitucional, un aspecto de primordial importancia para resolver la inconstitucionalidad planteada es determinar si la televisión por suscripción en la modalidad cable es o no un servicio público o si, por el contrario se trata de una simple actividad empresarial privada de interés público. Debe tomarse en consideración que la declaración por Constitución o ley de una actividad como servicio público, esto es, la asunción de ésta por una administración pública en particular, supone la sustracción de la esfera privada donde opera el principio de la autonomía de la voluntad, la libertad de constitución de empresas y de ejercicio del comercio. La titularidad de un servicio público la asume un ente público a través de la figura denominada "publicatio" que debe efectuar la Constitución o la ley, en virtud de la cual la actividad es sustraída de las relaciones jurídico-privadas y pasa a ser regulada, organizada y prestada bajo un régimen de Derecho Público-Administrativo exorbitante del Derecho común. La titularidad pública de un servicio público, habilita a la respectiva administración pública para determinar la forma de gestionarlo, ya sea directamente (nomine proprio) o indirectamente a través de figuras tales como la concesión o la gestión interesada. Consecuentemente, es preciso distinguir entre la titularidad del servicio público que es consecuencia de la asunción o publicatio y su gestión, puesto que, un ente público puede ser titular del servicio público pero no gestionarlo o

prestarlo de manera directa. Como ya se indicó la publicatio o asunción de la titularidad de una actividad como servicio público, al someterse a un régimen de Derecho público intenso y fuerte, es reserva de ley, por cuanto, supone una limitación al ejercicio de ciertos derechos fundamentales (artículos 28 de la Constitución y 19 de la Ley General de la Administración Pública) tales como la libertad de constitución de empresas y de desarrollar un giro empresarial privado. En el caso de la televisión por suscripción modalidad cable, no cabe la menor duda que se trata de una actividad empresarial privada sometida a las reglas del Derecho privado o común, que es prestada según la reglas de la oferta y la demanda del mercado y en un marco de libre competencia. La Ley de Radio y Televisión no dispone la asunción de la televisión por cable como un servicio público, de otra parte, el Reglamento de Radiocomunicaciones que no podría hacerlo por virtud del principio de reserva de ley señalado, únicamente, se limita en su artículo 13 a calificar esa actividad como de interés público, como lo constituyen, también, muchas otras a la luz del imperativo constitucional de protección de los derechos e intereses de los consumidores o usuarios (artículo 46, párrafo 5°, de la Constitución Política)».

VII. RESTRICCIONES A LIBERTAD DE EMPRESA. Analizada la naturaleza empresarial del servicio de televisión por cable, se impone ahora analizar si, constitucionalmente, procede imponerle restricciones. Ha sido criterio constante de este Tribunal que la libertad de empresa no es irrestricta. En sentencia No. 143-94, de las 16:00 hrs. de 11 de enero de 1994, al resolver una acción de inconstitucionalidad lo expuso en estos términos:

«La libertad de comercio que existe como garantía constitucional, es el derecho que cualquier persona tiene de escoger, sin más restricciones, la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus intereses [sic]. Pero ya en ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establece, como sería la fijación de precios al consumidor, la de pagar determinados salarios a los trabajadores y eventualmente la limitación de ganancias que se estime conveniente. De modo que el ejercicio del comercio no conlleva el derecho a una libertad irrestricta, máxime cuando, como en el caso, se está en presencia de una regulación que se considera de interés general».

Este criterio no solo ha sido ampliamente reiterado, sino que, cuando fue expuesto en la sentencia citada, ésta solo recogía lo que muchos

años antes ya había sostenido la Corte Plena en su función de contralor constitucional. De otra parte, en sentencia No. 2002-04879 de las 14:54 hrs. de 22 de mayo de 2002, agregó:

«La libertad contractual está íntimamente ligada a la libertad de comercio y a la propiedad privada, por cuanto la contratación es producto de la autonomía de dos o más voluntades en la que se conviene sobre relaciones jurídicas, entre ellas las de carácter patrimonial. Con base en ese poder, las personas concluyen contratos para programar sus intereses individuales y como producto de todo contrato hay derechos subjetivos que los particulares y el Estado deben de respetar, no obstante, la libertad de contratar tiene los límites normales de toda actividad lícita y debe de ajustarse a lo establecido en el ordenamiento jurídico».

Es usual, en consecuencia, que el ordenamiento jurídico imponga restricciones al ejercicio de la libertad de empresa y a la de contratación. No debe resultar extraordinario que las imponga cuando la actividad empresarial es de interés público. Mucho menos cuando están en juego otros derechos fundamentales, como el derecho a la información y a la conservación del patrimonio cultural inmaterial.

VIII. DERECHO A LA INFORMACIÓN. La más amplia difusión posible de información de fuentes diversas e, incluso, antagónicas es necesaria para la preservación de la democracia y está garantizada constitucionalmente, como parte de la libertad de expresión. Así lo ha sostenido este Tribunal en varias sentencias, entre ellas, en la No. 2313-95 de las 16:18 hrs. de 9 de mayo de 1995, este Tribunal se refería así al tema:

«Como instrumento de la libertad de expresión, hay un derecho de las personas a buscar, recibir y difundir cualquier información, y a escoger el medio para hacerlo».

Haciendo énfasis en que existe interés colectivo en preservar la vitalidad de ese derecho, este Tribunal agregó lo siguiente, en sentencia No. 2002-03074 de las 15:24 hrs. de 2 de abril de 2002:

«Ese derecho a la información, además, tiene un carácter preferente al considerarse que garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre; garantía que reviste una especial trascendencia ya que, de ser una condición previa y necesaria para el

ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de manera responsable en los asuntos públicos, ha de ser informado ampliamente de modo que pueda formar opiniones, incluso contrapuestas, y participar responsablemente en los asuntos públicos. Desde esta perspectiva, el derecho a la información no sólo protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, cual es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político y por ende, de naturaleza colectiva».

Por su parte, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice en su inciso 1) lo siguiente:

«Artículo 13.- Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de elección».

En el inciso 3) se agrega:

«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».

IX. INFORMACIÓN Y TELEVISIÓN POR CABLE. De no ser por la obligación de transmitir la señal de las emisoras locales o televisión abierta, el crecimiento de la industria de la televisión por cable traería como consecuencia la reducción, en dos sentidos, de las fuentes de información. Por un lado, desincentivaría entre los usuarios del servicio de cable sintonizar televisoras locales excluidas de la señal de cable. Aunque la señal abierta siempre estaría a su disposición, sería necesario cambiar constantemente el modo de recepción en sus televisores. Los inconvenientes de este mecanismo fueron analizados

por la Corte Suprema de los EE.UU. en la sentencia dictada en el caso *Turner Broadcasting System, INC.* y otros contra la Comisión Federal de Comunicaciones (520 U.S. 180) (1997). Quedaría a la entera decisión de las empresas proveedoras de cable privilegiar una u otra televisora local o, incluso, excluirlas completamente, con la reducción consecuyente de los puntos de vista ofrecidos a los televidentes. En segundo término, la expansión de la televisión por cable amenaza, también, con reducir la oferta de televisoras a disposición de televidentes que carecen de la señal por cable. En efecto, el aumento en la cobertura de la televisión por cable amenaza con acaparar los anuncios publicitarios. La rentabilidad de la televisión abierta disminuye. Sus propietarios dejan de invertir en ella y la oferta pierde calidad o, simplemente, desaparece. Las personas con ingresos insuficientes para acceder a la televisión por suscripción pierden opciones de información, lo que es contrario al interés público. En consecuencia, la obligación de transmitir la señal de las televisores de libre acceso garantiza la más amplia gama de opciones de información y una sana libertad empresarial o de emprendimiento para las empresas de capital nacional o mayoritariamente extranjero que utilicen la televisión abierta.

X. PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL. El artículo 11 , inciso a), de la *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, aprobado por Costa Rica mediante Ley No. 8560 de 16 de noviembre de 2006, dispone:

«**Artículo 11.—Funciones de los Estados Partes.** Incumbe a cada Estado Parte:

a) *adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio*»;

A su vez, el artículo 2 dispone:

«**Artículo 2º—Definiciones.** A los efectos de la presente Convención,

1. *Se entienden por "patrimonio cultural inmaterial" los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado*

constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.

2.El “patrimonio cultural inmaterial”, según se define en el párrafo 1 supra, se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes:

a)tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial;

b)artes del espectáculo;

c)usos sociales, rituales y actos festivos;

d)conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo;

e)técnicas artesanales tradicionales.

3.Se entiende por “salvaguardia” las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión -básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos.

4.La expresión “Estados Partes” designa a los Estados obligados por la presente Convención y entre los cuales ésta esté en vigor.

5.Esta Convención se aplicará mutatis mutandis a los territorios mencionados en el artículo 33 que pasen a ser Partes en ella, con arreglo a las condiciones especificadas en dicho artículo. En esa medida la expresión “Estados Partes” se referirá igualmente a esos territorios».

Por otra parte, es incuestionable que, en la vida moderna, uno de los vehículos más poderosos de difusión de cultura es la televisión. La legitimidad constitucional de que el Estado adopte medidas —siempre y cuando sean razonables— para resguardar la identidad cultural ha

sido aceptada por esta Sala desde hace mucho tiempo. En efecto, en sentencia No. 5965-94 de las 15:51 hrs. de 11 de octubre de 1994, este Tribunal se refirió así al tema:

«El legislador constata el hecho real del papel vital de los medios de difusión y las agencias de publicidad en la percepción individual y colectiva de la realidad, en la definición del curso de los acontecimientos y en la configuración de la cultura, y a la vista de este fenómeno ordena [...] como medio para lograr la siguiente finalidad: resguardar el modo de ser nacional, los valores en que se funda la cultura o la identidad nacionales.»

XI. TELEVISIÓN POR CABLE Y DIVERSIDAD CULTURAL. Ahora bien, la televisión por cable evidentemente privilegia la televisión extranjera sobre la local, lo que es comprensible pues, de lo contrario no ofrecería opciones nuevas al público. Al respecto, este Tribunal no tiene nada que objetar. Sin embargo, la expansión de la televisión por suscripción contribuye, como se expuso más arriba, a la contracción de la oferta de la televisión local. Como consecuencia, se pone en peligro uno de los medios más importantes para la difusión de las particularidades culturales del país. En conclusión, la norma que la asociación accionante impugna es un instrumento de política cultural que promueve el acceso de las personas costarricenses a programas y producciones nacionales, lo que contribuye a salvaguardar particularidades sociales, culturales, religiosas y lingüísticas del país. De otra parte, el Estado debe evitar que las consecuencias negativas apuntadas se manifiesten en nuestro medio, para lo cual la experiencia en otros mercados y la respuesta de los tribunales debe servir de guía.

XII. «MUST CARRY RULES». En los Estados Unidos de América, un mercado más avanzado que el nuestro, la obligación de transmitir la señal de la televisión abierta no es nueva. En varias oportunidades los reclamos interpuestos por las empresas de cable han llegado hasta la Corte Suprema. En el ya citado caso *Turner Broadcasting System, INC.* y otros contra la Comisión Federal de Comunicaciones (520 U.S. 180) (1997), la mayoría de jueces avaló la obligación. El criterio allí expuesto mantiene, en lo sustancial, su vigencia. Las «*must carry rules*», como se conoce en ese medio la obligación cuestionada en esta acción, enfrentan ahora un nuevo reto —al que pronto también se enfrentará el país—, el cambio total de la señal televisiva a la tecnología digital. Del mismo modo, en el mercado europeo, el tema ha sido ampliamente

conocido. La discusión se mantiene aún abierta en torno a la forma de la regulación, pero la legitimidad de la de la obligación es ampliamente aceptada. En sentencia dictada el 13 de diciembre de 2007, en el caso C-250/06 *United Pan-Europe Communications Belgium* y otros [2007], el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, confirmó la conformidad de la decisión del estado belga de imponer la obligación de retransmitir la señal de televisoras locales. La discusión, incluso, fue más allá para abordar el tema de las condiciones para que las televisoras locales exijan la retransmisión de su señal. Por su parte, en América Latina, el tema tampoco es desconocido. La discusión se ha presentado en Colombia, donde la normativa de regulación sobre las telecomunicaciones ha avanzado más rápidamente que en Costa Rica. En sentencia C-654-03, dictada el 5 de agosto de 2003, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró válida la disposición normativa que impuso la obligación cuestionada en esta acción. En suma, la obligación de transmitir por cable la señal de la televisión abierta ha gozado de amplio debate. Una y otra vez, los tribunales extranjeros constatan que los beneficios de la medida son mayores que sus perjuicios. No hay razón para suponer que, en nuestro, medio, conlleve más perjuicios y la accionante no lo ha demostrado. Por otra parte, persigue fines que aquí son también de interés público y están garantizados en la Constitución Política.

XIII. RESERVA DE LEY. A diferencia de cuestionamientos en otros países, la acción presentada agrega un nuevo elemento. La asociación recurrente argumentó que la norma impugnada carece de un fundamento normativo superior, al menos de rango legal. Recientemente, ante la consulta legislativa planteada en torno al proyecto de Ley General de *Telecomunicaciones* este Tribunal se pronunció sobre el principio aludido y su aplicación en la materia de telecomunicaciones. En sentencia No. 2008-004569 de las 14:30 hrs. de 26 de marzo de 2008, con redacción del Magistrado ponente, esta Sala, en lo que interesa, dijo:

«Como primer agravio por el fondo los legisladores consultantes refieren que el proyecto de ley aprobado en primer debate violenta el principio de reserva de ley en la regulación de los derechos fundamentales. Señalan que el proyecto crea una habilitación genérica al Poder Ejecutivo para regular la comunicación de los particulares y produce una deslegalización de materias reservadas a la ley.»

[...]

En criterio de este Tribunal Constitucional, el hecho que se delegue en el Poder Ejecutivo la determinación de las medidas técnicas y administrativas necesarias para asegurar el secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad y la protección de los datos de carácter personal de los abonados y usuarios finales, no infringe el Derecho de la Constitución, pues, es evidente que la consagración de los derechos viene establecida por una ley y el desarrollo de esas normas y los detalles operativos, en especial, las medidas técnicas y administrativas para asegurar su tutela, puede estar librado a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo».

Tanto el derecho a la información como la salvaguardia del patrimonio cultural están garantizados en disposiciones normativas de rango superior a la ley. Es ampliamente aceptado, como se expuso, que la obligación de transmitir la señal de televisión abierta es necesaria para la operatividad de esos derechos. No puede entenderse, en consecuencia, que la falta de una disposición legal impida su disfrute. No considera este Tribunal que le esté vedado al Poder Ejecutivo exigir una condición para el ejercicio de una actividad empresarial, si es necesario para el disfrute de otros derechos de igual rango. Con mucha mayor razón en este caso donde se trata de una actividad empresarial de interés público que, además, hace uso, aunque sea solo de manera pasiva, del espectro electromagnético. En la sentencia recién citada, este Tribunal avaló que una dependencia administrativa modifique contratos privados en materia de telecomunicaciones, para ajustarlos al ordenamiento jurídico. El Tribunal dijo lo siguiente:

«En criterio de este Tribunal Constitucional la norma propuesta no infringe el Derecho de la Constitución, dadas las competencias o atribuciones conferidas a la SUTEL como órgano de la ARESEP encargado de regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, el cual incluye, desde luego, el extremo relativo al régimen de acceso e interconexión, incluso, entre sujetos de Derecho privado. Resulta plenamente congruente con el Derecho de la Constitución que el órgano encargado de tan delicada labor se imponga del contenido y los alcances de tales negociaciones privadas entre operadores de redes públicas de telecomunicaciones, pudiendo adicionar,

eliminar o modificar las cláusulas contractuales necesarias para conformar el acuerdo con el marco de regulación pública establecido en el proyecto de ley».

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

POR TANTO:

Se declara sin lugar la acción interpuesta.

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta

Luis Paulino Mora M.

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

José Paulino Hernández G.

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=497918&strTipM=T&strDirSel=directo

**DERECHO A LA COMUNICACIÓN Y ACCESO A INTERNET.
RESOLUCIÓN NO. 10627-2010**

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 LUZ MERY CASTILLO CHAVARRIA, cédula de identidad 0105840964, 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 zsal 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 rural, 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 PÚBLICOS. 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 6º 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 4º 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.

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

Fernando Cruz C

Fernando Castillo V.

Aracelly Pacheco S.

Roxana Salazar C.

Ricardo Guerrero P.

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=483875&strTipM=T&strDirSel=directo

LÍMITES A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. RESOLUCIÓN NO. 4657-2010

Exp: 09-006834-0007-CO

Res. N° 2010-004657

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas y trece minutos del cinco de marzo del dos mil diez.

Recurso de amparo presentado por Carlos Manuel Serrano Castro, mayor, casado, abogado, portador de la cédula de identidad número 1-600-727, a favor de Elías Alvarado Jiménez, Canal 42, Diario La Extra y La Prensa Libre, contra el Ministerio de Seguridad Pública y el Organismo de Investigación Judicial.

RESULTANDO:

1.-

Por escrito recibido en la Secretaría de esta Sala a las once horas cuarenta y cuatro minutos del seis de mayo del dos mil nueve el recurrente presenta recurso de amparo contra el Ministerio de Seguridad Pública y el Organismo de Investigación Judicial. Manifiesta que: **a)** El 01 de mayo de 2009 se conoció la noticia del accidente de un helicóptero en el Cerro de la Muerte; **b)** En horas de la tarde periodistas de Diario Extra, La Prensa Libre y Canal 42 se hicieron presentes con el fin de informar a la ciudadanía de lo sucedido; **c)** Por la hora, el clima y las condiciones selváticas del sitio en que se produjo el accidente, ningún periodista se atrevió a incursionar en la montaña para cubrir la información; **d)** El único voluntario fue el periodista de Diario Extra Elías Alvarado Jiménez, quien se internó en la montaña ese mismo día junto con un grupo de policías, de “vaqueanos” y de miembros de la Cruz Roja; **e)** El amparado nunca entorpeció la labor policial; **f)** El sábado encontraron el helicóptero accidentado, los cuerpos sin vida de los dos ocupantes de la aeronave y una cantidad muy importante de estupefacientes; **g)** El amparado documentó y tomó fotografías y videos de la escena para mostrarla a la ciudadanía; **h)** El domingo ese grupo regresó al campamento base a eso de las diez de la noche y el amparado fue atendido por paramédicos por presentar hipotermia y

fatiga; **i**) Al día siguiente, fue entrevistado por agentes del Organismo de Investigación Judicial (O.I.J.); **j**) En esa entrevista, los agentes judiciales primero le pidieron una copia de la tarjeta de memoria en la que tenía almacenadas las fotografías y los videos de lo que había presenciado; **k**) Le manifestaron que requerían obtener una copia de la misma, a lo que el amparado accedió para colaborar con el trabajo policial pero luego de entregarles la tarjeta para copiarla en la computadora policial, los oficiales iniciaron un interrogatorio de acoso contra el amparado, le ordenaron que no podía llamar a los medios de comunicación para los que trabajaba para informarles acerca de lo que había visto y escuchado; **l**) Le ordenaron no conversar de lo que observó y escuchó con ninguna persona y que si lo hacía, se metería en serios problemas, dándole a entender que pararía en prisión; **m**) Esa prohibición de difundir los hechos que había presenciado es abuso, arbitrariedad y censura previa; **n**) Los oficiales le abrieron y le registraron sin su autorización y sin orden judicial de ninguna especie la mochila en la que tenía sus pertenencias personales; **o**) Luego insistieron en las tácticas de acoso y de engaño para lograr que el amparado les entregara el material audiovisual que con tanto trabajo y riesgo para su integridad física había conseguido, a lo que el amparado se negó porque no tenían derecho a secuestrárselo o a censurarle la información; **p**) El amparado les ofreció una copia de lo que él había obtenido y de lo que ya sabían los otros miembros de la patrulla, pero los Agentes Judiciales le prohibieron con amenazas e intimidación difundir los hechos que había presenciado, para impedirle difundir la noticia, también le secuestraron la tarjeta de fotografías y de videos que antes les había entregado sólo para ser copiada; **q**) Como los agentes de la Policía Judicial no tenían actas de decomiso, ni tampoco autorización Fiscal o Judicial, le pidieron a los oficiales del Ministerio de Seguridad participar en el secuestro; **r**) Ambas entidades policiales en conjunto procedieron a secuestrar el material audio visual del periodista Elías Alvarado; **s**) Con estos hechos el recurrente afirma se ejerció censura previa, y se violentó el derecho del amparado a buscar y difundir información; **t**) El recurrente que esas autoridades estatales no pudieron censurar a toda la prensa y no pudieron impedir que el hecho trascendiera como noticia en Diario Extra (La Prensa Libre y Canal 42), pero sí lograron intimidar a un corresponsal y si lograron prohibirle e impedirle a él y a Diario Extra (al igual que a La Prensa Libre y a Canal 42) que el sustento probatorio audiovisual de la información fuera publicado; **u**) Los Agentes Judiciales y administrativos no fundamentaron el acto

del secuestro y decomiso del material audiovisual en el acta respectiva, en la cual solo consignaron hacerlo para fines de investigación, lo que califica de arbitrario, tampoco se trata de un supuesto en que esté de por medio un secreto de Estado, inclusive un miembro de la Cruz Roja vendió a Canal 7 y a Canal 6 las mismas imágenes; **v)** El 4 de mayo de 2009, el Director de Extra Noticias Canal 42 le solicitó a los jefes de ambos cuerpos policiales que devolvieran el material secuestrado y no tuvo respuesta positiva, entonces remitió por fax a la Ministra de Seguridad Pública y al Director del O.I.J. una petición expresa para que se le devolviera el material audio visual secuestrado y no ha obtenido respuesta escrita; **u)** Ninguna Autoridad Estatal ha impedido a otros medios de comunicación difundir imágenes e informaciones relacionadas con el accidente aéreo y con la droga encontrada en el sitio. Fundamenta este amparo en los artículos 9, 11, 28 y 29 constitucionales, en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Solicita se acoja el recurso y se declare que las instituciones del Estado violaron el derecho a la libertad de expresión del amparado, de Diario Extra, de La Prensa Libre y de Canal 42, y se ordene a las autoridades recurridas no volver a realizar conductas como la acusada.

2.- Por resolución de las once horas y dieciséis minutos del once de mayo del dos mil nueve se le dio curso al presente amparo y se le solicitó informe a la Ministra de Seguridad Pública y al Director del Organismo de Investigación Judicial (ver folios 17-20 del expediente).

3.- Por memorial presentado en la Secretaría de esta Sala a las once horas veinte minutos del once de mayo del dos mil nueve Raúl Francisco Silesky Jiménez en calidad de Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Periodistas de Costa Rica solicita coadyuvancia activa en el presente recurso de amparo (ver folios 21-29 del expediente).

4.- Informa bajo juramento Janina Del Vecchio Ugalde en calidad de Ministra de Seguridad Pública (ver folios 34-35 del expediente) que: **a)** La diligencia judicial y policial realizada en el lugar de los hechos, en ocasión de un accidente sufrido por un helicóptero en el Cerro de la Muerte, fue llevada a cabo bajo la responsabilidad judicial y policial de funcionarios del Poder Judicial, en este sentido, el Fiscal Adjunto de Pérez Zeledón, el Lic. Edgar Ramírez y el Subjefe de la Delegación del Organismo de Investigación Judicial de Pérez Zeledón, el Lic. Randy Trejos Morales; **b)** El personal policial-perteneiente a la Policía de Proximidad de Pérez

Zeledón, en todo momento realizó una coadyuvancia en las acciones que se realizaron en el lugar de los hechos, sea el punto en que se localizaron los restos de un helicóptero siniestrado; **c)** El hecho de que la respectiva acta de decomiso de un material informativo al amparado, se hubiera confeccionado en un formulario oficial del Ministerio de Seguridad Pública, encuentra su explicación y justificación en el hecho de que los funcionarios del Poder Judicial que se encontraban en el sitio, no contaban con ese tipo de formulario, por lo que en una entendible labor de cooperación institucional, los efectos de ese Ministerio, suministraron el formulario en cuestión; **d)** El artículo 284 del Código Procesal Penal, en cuanto a las actuaciones de la policía administrativa preceptúa que *“Los agentes de la policía administrativa serán considerados oficiales o agentes de la policía judicial, cuando cumplan las funciones que la ley y este Código les imponen a estos y serán auxiliares los empleados de aquella. La policía administrativa, en cuanto cumpla actos de policía judicial, estará bajo la autoridad de los jueces y fiscales, sin perjuicio de la autoridad general administrativa a que esté sometida. Actuará siempre que no pueda hacerlo inmediatamente la policía judicial, pero desde el momento en que ésta intervenga, la administrativa será auxiliar”*; **e)** Todas las diligencias realizadas en el lugar de los hechos, incluyendo el referido decomiso realizado a pertenencias del amparado, fueron dispuestas y materializadas por los funcionarios del Poder Judicial allí presentes en ese momento; **f)** Tanto el Fiscal como el Subjefe del Organismo de Investigación Judicial, fueron los que, como parte de su actuación, ejercieron lo que la doctrina jurídica denomina *“el dominio de la situación”*, por lo que el personal policial perteneciente a su representado, se limitó en todo momento, a actuar de conformidad con las disposiciones de los citados funcionarios y en atención a la normativa que los rige; **g)** El recurso de amparo número 09-006933-0007-CO se tramita bajo la misma línea del presente. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

5.- Informa bajo juramento Jorge Rojas Vargas en calidad de Director General del Organismo de Investigación Judicial (ver folios 39-46 del expediente) que: **a)** Su representada no ha tenido participación directa en los hechos que motivan la interposición del presente recurso de amparo; **b)** El 01 de mayo del 2009, se recibió información sobre el accidente aéreo que se presentó en un área montañosa del Cerro de la Muerte y que dejó como resultado dos personas fallecidas, razón por la

cual personal de la Delegación de Pérez Zeledón se trasladó al lugar de los hechos; **c)** Dadas las dificultades propias del terreno, el personal no pudo ingresar de inmediato al sitio donde se encontraba la aeronave siniestrada y los fallecidos, por lo cual se debió esperar la ayuda de funcionarios de otras dependencias especializadas en este tipo de rescates, a la vez que fue necesario coordinar apoyo aéreo; **d)** Mientras ello sucedía, algunas personas lograron ingresar al sitio del suceso sin autorización alguna, de ahí la necesidad de tratar de reconstruir la escena lo mejor posible; **e)** Cuando los oficiales se encontraban realizando las diligencias de investigación propias de su cargo, recibieron información en el sentido de que una persona –de las primeras en ingresar al lugar- había logrado tomar una serie de fotografías y/o un video del sitio del suceso, las cuales podrían resultar de gran importancia para el esclarecimiento de los hechos; **f)** Fue por ello que se dieron a la tarea de ubicar a esta persona que fue identificada como Elías Alvarado Jiménez; **g)** Desde un principio, el amparado se identificó como un particular y en ningún momento manifestó ser empleado o corresponsal de algún medio periodístico de nuestro país; **h)** Por considerarse en ese momento que las tomas fotográficas y/o de video realizadas por el amparado podrían ser prueba importante en la investigación penal, se le solicitó por parte de nuestro personal que facilitara copia de las mismas; **i)** Dado que existió anuencia para facilitarnos dicho material, se procedió a introducir la tarjeta de memoria en un computador portátil que se tenía en el lugar, sin embargo, no fue posible abrir los archivos y realizar una copia, pues aparentemente presentaba algún daño; **j)** Ante esa situación se estimó necesario enviar la tarjeta a los laboratorios forenses para que personal especializado procurara recuperar la información; **k)** Esa posibilidad fue tomada con interés por el mismo amparado, pues no sólo estaría colaborando con la Policía Judicial, sino que además podría recuperar las tomas que en apariencia se habían perdido; **l)** Como respaldo a ese acuerdo debía dársele un documento de recibido, lamentablemente en medio de la situación, el encargado de las diligencias no contaba con documentación propia y por ello optó erróneamente por formalizar la entrega de la memoria fotográfica en un acta de decomiso de la Fuerza Pública que le facilitó un compañero de ese cuerpo policial que se encontraba en el lugar; **m)** En el acta que se adjunta como prueba, que en las mismas calidades del amparado se afirma ser estudiante y así lo avala el mismo al firmar conforme, hecho que ratifica la versión de que éste nunca dijo tener oficio conocido; **n)** El

amparado, al día anterior le había facilitado la tarjeta de memoria de la cámara fotográfica a funcionarios de la Cruz Roja, de tal manera que se trataba de tomas que ya habían trascendido a otras personas, quienes aparentemente sí obtuvieron las fotografías y/o el video y fueron los que aparentemente le ocasionaron el daño a la misma, según se le manifestó por parte de un periodista de Extra TV 42 que estaba bastante molesto por la situación; o) El día 08 de mayo del 2009, mediante "Acta de Entrega" cuya copia también se adjunta como prueba, se procedió a devolverle al amparado la tarjeta de memorial que les facilitó, sin que fuera posible recuperar información alguna de la misma se debió al daño que presentaba. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

6.- Por resolución número 2009-008591 de las trece horas treinta y dos minutos del 22 de mayo del 2009 este Tribunal acordó acumular el expediente 09-006933-0007-CO al presente amparo (ver folios 62-107 del expediente).

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

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

CONSIDERANDO:

I.- SOBRE LA SOLICITUD DE COADYUVANCIA: El señor Alejandro Delgado Faith, en su condición de Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Periodistas de Costa Rica; se apersona en escritos visible a folio 21 como coadyuvante activo por tener interés directo en la resolución de este asunto. En cuanto a la naturaleza jurídica de la coadyuvancia, la Sala, en sentencia número 3235-92 de las nueve horas veinte minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa y dos, reiterada en varias ocasiones como por ejemplo en la sentencia número 2007-003185 de las diez horas cuarenta y siete minutos del nueve de marzo del dos mil siete, dijo que:

"La coadyuvancia es una forma de intervención adhesiva que se da cuando una persona actúa en un proceso adhiriéndose a las pretensiones de alguna de las partes principales, como consecuencia está legitimado para actuar como coadyuvante quien ostente un interés directo en el resultado del recurso, pero al no ser actor principal, el coadyuvante no resultará directamente afectado por la sentencia, es decir, la eficacia de ésta no

podrá alcanzarle de manera directa e inmediata, ni le afecta la condición de cosa juzgada del pronunciamiento, aunque en materia de amparo pueda favorecerle la eficacia de lo resuelto, debido al carácter “erga omnes” que tiene la Jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional)”

A partir de lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en el artículo treinta y cuatro de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se acepta la gestión de esta personas y se le admite como coadyuvante activo en lo que respecta de manera particular y puntual al objeto concreto de este recurso de amparo, bajo la advertencia de que no resultará directamente beneficiado por la sentencia, con lo cual la eficacia de ésta no podrá alcanzarles de manera directa e inmediata.

II.- OBJETO DEL RECURSO: El punto medular de este proceso de amparo consiste en determinar si se ha vulnerado, en perjuicio del amparado, su derecho a la libertad de expresión y a la censura previa. Lo anterior, toda vez que, las autoridades recurridas le decomisaron un “Memory Stick” sin orden judicial e intimidándolo, aunado a que le prohibieron difundir los hechos presenciados y no le quieren devolver el material decomisado.

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. Que a las siete horas cuarenta minutos del **04 de mayo del 2009** el Ministerio de Seguridad Pública emitió “Acta de Decomiso o Secuestro” por un “Memory Stick PRO DVD marca Sony de 4 GB, Magic Gato” (ver folio 14 del expediente).

b. Que en el acta de decomiso de fecha 04 de mayo del 2009 se indicó “se decomisa para efectos de investigación” (ver folio 14 del expediente).

c. Que en fecha **05 de mayo del 2009** el Director de Noticias 42 le solicitó a la Ministra de Seguridad Pública la devolución del material decomisado (ver folio 55 del expediente).

d. Que a las once horas con veinticinco minutos del **08 de mayo de 2009** en la Delegación Regional del Organismo de Investigación

Judicial de Pérez Zeledón se le entregó al amparado *“UN MEMORY STICK, PRO DVD, MARCA SONY de 4GB, MAGIC GATE, CON UN ADAPTADOR MSAC-M2, el MEMORY STICK presenta una muesca por presión en uno de los extremos”* (ver folio 58 del expediente).

e. Que en el momento en que los oficiales se encontraban realizando las diligencias de investigación propias de su cargo, recibieron información en el sentido de que una persona –de las primeras en ingresar al lugar- había logrado tomar una serie de fotografías y/o un video del sitio del suceso, las cuales podrían resultar de gran importancia para el esclarecimiento de los hechos, por lo que se dieron a la tarea de ubicar a esta persona que fue identificada como Elías Alvarado Jiménez (ver informe a folio 39 del expediente).

f. Que el amparado tuvo anuencia en facilitar el material al Organismo de Investigación Judicial, por lo que se procedió a introducir la tarjeta de memoria en una computador portátil que se tenía en el lugar, sin embargo, no fue posible abrir los archivos y realizar una copia, pues aparentemente presentaba algún daño (ver informe a folio 39 del expediente).

g. Que la tarjeta de memoria del amparado fue enviada a los laboratorios forenses para que personal especializado procurara recuperar la información (ver informe a folio 39 del expediente).

h. Que al amparado se le entregó erróneamente como documento de respaldo una orden de decomiso (ver informe a folio 39 del expediente).

IV.- SOBRE EL FONDO. El artículo cuarto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; trece de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; diecinueve del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; veintiocho y veintinueve de la Constitución Política de Costa Rica *reconocen que toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio, de tal forma que nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.* El ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento o expresión no puede estar sujeto a previa censura sino únicamente a responsabilidades ulteriores, las que deben estar fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el

orden público o la salud o la moral públicas. En este sentido, claramente el artículo veintiocho de la Constitución Política señala en lo conducente:

“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”.

Del primer párrafo de esta disposición constitucional se deriva el denominado *principio de libertad*, del cual se desprende el adagio de que *“todo lo que no está prohibido está permitido”*. A partir de este principio se construye la noción de sistema de libertad, que establece no sólo la posibilidad de que el ser humano pueda hacer todo lo que la ley no le prohíba, sino también la garantía de que ni siquiera la ley podrá invadir su esfera intangible de libertad. Incluye asimismo la normativa constitucional de cita la noción del *ejercicio abusivo de un derecho*, según el cual las acciones privadas no podrán exceder los límites impuestos por la moral, el orden público o el ejercicio de los derechos de terceros. Esto significa que en caso de que una acción privada imposibilite que un tercero ejerza libremente sus derechos, la ley sí podrá intervenir con la finalidad de limitar el abuso y, de esta forma, armonizar el ejercicio de todas las libertades que concurren en el grupo social. Esta intervención en las acciones privadas es posible también a través del sistema de seguridad ciudadana, reconocido por los artículos 140 y 12 de la Constitución Política, que facultan al Presidente de la República y al respectivo Ministro de Gobierno para *“tomar las providencias necesarias para el resguardo de las libertades públicas”*, así como les atribuye la obligación de *“vigilar y conservar el orden público”*. Pero la potestad de ordenar y ejecutar actos en contra del ejercicio abusivo de un derecho, con la finalidad de tutelar el ejercicio de los derechos y libertades de los terceros, tampoco es irrestricta. Por el contrario, dado que se trata de acciones públicas, éstas se encuentran limitadas por el principio de legalidad, según el cual, al contrario de lo que sucede con el principio de libertad, *“todo lo que no está permitido está prohibido”*—ver, en este sentido, sentencia de esta Sala número 2000-3020, de ocho horas cincuenta y seis minutos del catorce de abril de dos mil-

V.- De manera específica en cuanto a la libertad de expresión, la Sala, mediante sentencia número 2005-10341, de nueve de agosto de dos mil cinco, ha definido que:

“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 1°, 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 2°, 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, implícitamente, un pseudo derecho al insulto por el ejercicio de expresiones ofensivas, ultrajantes o constitutivas de delito penal o civil”.

VI.- SOBRE EL DERECHO DE INFORMACIÓN. La Sala en sentencia No. 8109-98 de las catorce horas con veintiún minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y ocho dispuso:

“..IV.- El Derecho de Información es aquel que permite a todas las personas recibir información suficientemente amplia sobre determinados hechos y sobre las corrientes de pensamiento y a partir de ellos escoger y formarse sus propias opiniones. Ello se logra a partir de dos vías diferentes: mediante la exposición objetiva de los hechos y por el pluralismo de las corrientes ideológicas. Asimismo, la Libertad de Expresión y de Pensamiento constituye un derecho fundamental que le permite al individuo dentro de un amplio ámbito de libertad, formular criterios personales de lo que

éste considere adecuado o no, para responder a determinadas situaciones; permitiendo a la vez, poder comunicar sin censura previa, el resultado de su planteamiento ideológico. Este derecho tiene una gran trascendencia, ya que contribuye a la formación de la opinión pública, mediante los aportes intelectuales del individuo que ejerce opiniones o conceptos ya establecidos, o bien criticándolos. El ámbito de libertad es muy amplio, pues en él se comprenden todas las manifestaciones que realizan los individuos sobre política, religión, ética, técnica, ciencia, arte, economía, etc, por lo que de lo anterior se desprende que el ejercicio de la Libertad de Expresión y la Libertad de Pensamiento excluye la censura previa, ocurriendo que el control existente se da a posteriori y sobre los excesos sujetos al abuso de tales libertades, excluyéndose de tal prohibición los considerados espectáculos públicos.”

VII.- SOBRE EL CASO CONCRETO: De los informes rendidos por las autoridades recurridas que son rendidos bajo la solemnidad del juramento con las consecuencias legales que ello implica, se desprende que no lleva razón el recurrente en sus alegatos. Para ello esta Sala analizará cada uno de los alegatos presentados por el recurrente. En primertérmino el recurrente indica que *El acto administrativo de secuestrar y decomisar las fotografías y videos constituye un acto estatal de censura previa porque impide al periodista y a los medios, informar a la población acerca de los hechos noticiados.* Tal y como se cita en la jurisprudencia supra, este Tribunal al referirse a la libertad de expresión y su correlativo inmediato derecho a la información, es claro al indicar que la censura previa está excluída del ejercicio de la libertad de expresión, ocurriendo que el control existente se dá a posteriori y sobre los excesos sujetos al abuso de tal libertad. Lo anterior conduce a afirmar que la censura previa puede analizarse en el contexto de la libertad de expresión, y su interdicción implica una ausencia de control por parte de los poderes públicos y de órganos administrativos al momento de ejercitar ese derecho, lo que quiere decir que no es necesaria autorización alguna para hacer publicaciones, y que no se puede ejercer la censura previa, salvo que esté de por medio la salud, la seguridad nacional, la moral y las buenas costumbres. *(En ese sentido, a manera de ejemplo, ver la sentencia número 3667-03 de las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del siete de mayo del dos mil tres.-)* En consecuencia, los hechos descritos por el recurrente no son contrarios al artículo 29 Constitucional por cuanto no es por capricho o por censura previa que los agentes policiales

“decomisaran” la tarjeta de memoria del recurrente, que según su dicho contenía material audiovisual que respaldaba la información que quería difundir. Los funcionarios del Ministerio de Seguridad Pública, así como el Organismo de Investigación Judicial están revestidos de autoridad plena, por lo que tienen la facultad de realizar decomisos y allanamientos, tal y como se dio en el caso del recurrente. Ahora bien, el Director General del Organismo de Investigación Judicial informó que el recurrente estuvo **anuyente** a entregar el material, pero que al constatar que la tarjeta de memoria entregada presentaba problemas, se le propuso al amparado enviarla a los laboratorios forenses -propuesta que fue avalada por el recurrente-. Indicó también que la confección del acta de decomiso o secuestro se originó por la carencia de la documentación propia y que de todas formas, el recurrente firmó en condición de estudiante y no de periodista. Al respecto observa este Tribunal que si bien es cierto el Organismo de Investigación Judicial incurrió en un error al utilizar el formulario de actas de decomiso o secuestro, para respaldar la entrega de un material, bajo juramento indican que el recurrente tenía conocimiento y tal como se desprende a folio 58 del expediente, al momento de realizar la entrega de la tarjeta de memoria se consignó *“Se procede a hacer devolución del mismo por cuanto no tuvo efectos para la investigación por encontrarse dañado, y no permitir recuperar la información”*, es decir, efectivamente el material se encontraba dañado y el fin de la recepción de éste, era tratar de recuperar la información que contenía. Así las cosas, estima este Tribunal Constitucional que en el presente caso no se lesionó derecho fundamental alguno, toda vez que existió anuencia del amparado en facilitar la información contenida en la tarjeta de memoria, no demostró que fuera periodista y finalmente, el material fue entregado.

VII.- Como segundo alegato el recurrente indica que el acto de secuestro o decomiso generado por el Ministerio de Seguridad Pública carece de de orden judicial. Al respecto se le recuerda al recurrente que el recurso de amparo contra órganos o servidores públicos garantiza los derechos y libertades fundamentales, y procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos. En el caso de examen, como en el fondo lo que pretende el recurrente con el amparo, es plantear una denuncia contra

los oficiales del Organismo de Investigación Judicial y del Ministerio de Seguridad Pública que llevaron a cabo el decomiso de la tarjeta de memoria, en razón de que estima que actuaron sin autorización judicial para ello y por ende con abuso de autoridad, resulta improcedente que esta Sala se pronuncie al respecto, pues con la actuación acusada no se lesionan, en forma directa, sus derechos fundamentales. Por ende, no es en esta vía donde corresponde dilucidar dicha situación, sino en la instancia respectiva, sea ante la Dirección del Organismo de Investigación Judicial, o ante la Inspección Judicial en su caso, o en su defecto, si estiman que con lo actuado se incurrió en un delito, así deberá denunciarlo ante las autoridades jurisdiccionales correspondientes, a fin de que se establezcan las responsabilidades del caso y se declare lo que en derecho corresponda.

VIII.- Por último indica que desde el 04 de mayo del 2009 solicitó a la Ministra de Seguridad Pública la devolución del material decomisado, siendo que a la fecha de presentar el recurso de amparo –sea 06 de mayo del 2009- no se lo habían entregado. Al respecto observa esta Sala que el material decomisado al recurrente fue entregado el 08 de mayo del 2009 en la Oficina de la Delegación Regional del Organismo de Investigación Judicial de Pérez Zeledón (ver folio 58 del expediente), es decir, con anterioridad a la notificación de la resolución de curso del presente amparo (ver acta de notificación a folio 33 del expediente), por lo que no procede la estimatoria del recurso en cuanto a este extremo.

IX.- CONCLUSIÓN: Por las razones expuestas, este Tribunal considera que lo procedente es desestimar el recurso interpuesto, pero advirtiendo al Director del Organismo de Investigación Judicial que deberá tomar las medidas necesarias, a fin de evitar el uso de actas de decomiso o secuestro para acusar el recibido de cualquier instrumento, objeto o prueba.

POR TANTO:

Se declara sin lugar el recurso. Tome nota el Director General del Organismo de Investigación Judicial de lo dicho en el último considerando de esta sentencia.

Gilbert Armijo S.

Presidente a.i.

Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

Aracelly Pacheco S.

Roxana Salazar C.

Ricardo Guerrero P.

José Paulino Hernández G.

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=467596&strTipM=T&strDirSel=directo

ACCESIBILIDAD A LOS CONTENIDOS POR TELEVISIÓN. DERECHO A LA INFORMACIÓN. RESOLUCIÓN NO. 13847-2010

Exp: 10-001530-0007-CO

Res. N° 2010013847

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las doce horas y treinta minutos del veinte de agosto del dos mil diez.

Recurso de amparo interpuesto por Juan Pablo Salgado Figueroa, cédula 1-0830-0220; contra Representaciones Televisivas REPRETEL Sociedad Anónima.

RESULTANDO:

1. Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala, a las 10:00 horas de 1° de febrero de 2010, el recurrente manifiesta que es persona no oyente. Impugna que, el martes 26 de enero de 2010, cuando la televisora recurrida transmitió el debate suscitado entre varios de los candidatos a la Presidencia de la República de Costa Rica, omitió incorporar el servicio de información que necesitan para tener acceso a lo que se dijo en ese programa. El recurrente solicita que se declare con lugar el recurso (folio 1).

2. Fernando Contreras López, presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de Representaciones Televisivas REPRETEL Sociedad Anónima, contesta la audiencia otorgada. Indica que, efectivamente, el 26 de enero de 2010, su representada transmitió un debate político en el que intervinieron algunos de los candidatos a la Presidencia de la República. Señala que se adoptaron las medidas necesarias para que el debate pudiera ser presenciado por todos los ciudadanos interesados, incluyendo el sistema de traducción para que las personas que padecen alguna discapacidad auditiva pudieran tener acceso al programa de televisión. Agrega que, de todas formas, desde el voto 1998-06732 de 15:18 horas de 18 de septiembre de 1998, se reconoció el deber de las empresas televisivas de implementar un sistema que permita a las personas con discapacidades auditivas acceder a los contenidos expuestos en los telenoticieros, obligación que fue ampliada a través del voto 2002-5974, en la cual se dispuso la

necesidad de que los programas destinados a transmitir el criterio de especialistas o, bien, a formar opinión pública respecto de temas de interés nacional e internacional. Ahora bien, en este caso, como sistema de traducción para el debate al que hace referencia el recurso, la empresa recurrida utilizó el “close caption”, el cual consiste en reproducir, en la parte inferior de la pantalla los contenidos principales de las noticias o intervenciones que se van generando en cada programa. Menciona que el funcionamiento del “close caption” requiere, por un lado, que la unidad de televisión disponga de esa facilidad, que es ofrecida por casi todos los modelos en el mercado, y, por otro, que el usuario lo haya activado en la programación interna, de tal forma que las líneas aparezcan en la parte inferior de la pantalla. Sostiene que no se vulneraron los derechos fundamentales del accionante. Considera que no se cumplen los presupuestos del artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Solicita que se desestime el recurso planteado (folio 11).

3. Por resolución de 10:52 horas de de 25 de marzo de 2010, el magistrado instructor ordenó prueba para mejor resolver (folio 15).

4. Fernando Contreras López, presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de Representaciones Televisivas REPTEL Sociedad Anónima, señala que la prueba ordenada por la Sala fue aportada junto con el escrito de contesta de la demanda de amparo (folio 17).

5. En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

Redacta la Magistrada **Arias Madrigal**; y,

CONSIDERANDO:

I. Cuestión Previa. Del amparo contra sujetos de derecho privado. Tratándose de acciones de amparo dirigidas contra sujetos privados, como es aquí el caso, la Sala ha sido clara al decir:

“Por su excepcional naturaleza, el trámite ordinario de los recursos de amparo contra sujetos de derecho privado exige comenzar por examinar si, en la especie, estamos o no ante alguno de los supuestos que lo hacen admisible, para –posteriormente y en caso afirmativo– dilucidar si es

estimable o no." (Sentencia 1997-00151 de las 15:27 horas de 8 de enero de 1997).

En este sentido, la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su artículo 57, estipula bajo qué supuestos es admisible el amparo contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, es decir, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o, se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2º inciso a) de la misma Ley. En el caso concreto, se tiene por acreditado que Representaciones Televisivas REPRETEL Sociedad Anónima se encontró en una situación de poder, de hecho, frente al recurrente, en razón de que la información que ese medio le aportara ciertamente podía incidir en la escogencia que, a la hora de votar, en las elecciones nacionales, realizara el accionante. Por ello, la Sala considera que el amparo es admisible.

II. Objeto del recurso. El recurrente, quien afirma ser persona no oyente, impugna que la empresa televisiva recurrida transmitió un debate entre varios candidatos a la Presidencia de la República, sin ofrecer una traducción simultánea, que le permitiera acceder al contenido de las ideas sometidas a discusión. Estima que esa situación vulnera sus derechos fundamentales y, en consecuencia, el Derecho de la Constitución.

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 26 de enero de 2010, Representaciones Televisivas REPRETEL Sociedad Anónima organizó y transmitió un debate de carácter político para permitir un voto informado en las elecciones nacionales de febrero de 2010, en el cual intervinieron varios de los candidatos a la Presidencia de la República (hecho no controvertido).

b. Durante el debate mencionado en el hecho probado a), para que las personas no oyentes pudieran acceder a lo que se iba manifestando

por parte de las personas que participaron en él, Representaciones Televisivas REPRETEL Sociedad Anónima utilizó el sistema “close caption”, el cual consiste en reproducir, en la parte inferior de la pantalla los contenidos principales de las intervenciones que se iban generando (contestación de la audiencia a folio 11 y DVD aportado como prueba).

c. Que en la transmisión del debate no se contó con el sistema de interpretación en Lesco (hecho no controvertido).

IV. Hechos no probados. Ninguno que interese para resolver el amparo.

V. Sobre el fondo. En un caso idéntico a este, la Sala, al analizarlo, consideró:

“III.- Sobre el fondo.- Los recurrentes sostienen que la omisión de la empresa Televisora de Costa Rica S.A. de transmitir el veinticuatro de enero de dos mil diez, el debate suscitado entre varios de los candidatos a la Presidencia de la República simultáneamente en lenguaje de señas costarricense (Lesco) es violatorio de los derechos de las personas con alguna discapacidad auditiva. Sobre este tema, esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que contar con personal que pueda comunicarse por lenguaje de señas implica hacer efectivos los principios y el espíritu de la ley N° 7600, que desarrolla derechos fundamentales para personas discapacitadas que facilitan su inserción en la vida social de una forma más equitativa e igualitaria; consecuentemente ha declarado con lugar varios recursos de amparo por omitirse esa obligación (ver al respecto resoluciones 2002-04832, 2002-09233 y 2004-14748), argumentándose que existe un marco legal y constitucional que pretende buscar plena participación social para las personas con discapacidad, así como garantizarles el libre ejercicio de derechos y deberes establecidos en nuestro ordenamiento mediante el efectivo acceso a la información. Ese marco legal y constitucional se ha derivado de la “Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad” que tiene sustento en los artículos 33, 50, 51 y 67 de la Constitución Política, y pretende el desarrollo moral, físico, intelectual y espiritual de las personas con discapacidad, para lograr su plena participación social. Dicha ley establece una serie de principios básicos en materia de acceso a los medios de comunicación, los cuales resultan de especial relevancia para la resolución de este asunto. Específicamente el artículo 50 de la ley establece lo siguiente:

“Artículo 50.- Información accesible

Las instituciones públicas y privadas deberán garantizar que la información dirigida al público sea accesible a todas las personas, según sus necesidades particulares.”

Del artículo anterior se desprende que existe una obligación no sólo del Estado sino también de las instituciones privadas de garantizar el acceso de todas las personas a la información que difunden. Asimismo, el artículo 51 de la citada ley establece:

“Artículo 51.- Programas informativos.

Los programas informativos transmitidos por los canales de televisión, públicos o privados, deberán contar con los servicios de apoyo, inclusive intérpretes o mensajes escritos en las pantallas de televisión, para garantizarles a las personas con deficiencias auditivas el ejercicio de su derecho de informarse.”

De la norma transcrita se desprende una obligación clara y concisa de las empresas, tanto estatales como concesionarias privadas de utilizar intérpretes o mensajes escritos que aparezcan en la televisión para garantizar a las personas con deficiencias auditivas su derecho de informarse. Concretamente desde la sentencia 6732-98 de las quince horas dieciocho minutos del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, se dispuso en lo conducente:

“Es en realidad, la creación de un sistema de actualización y de promoción de las condiciones necesarias para que las personas con discapacidad alcancen su plena participación social (artículo 3 inciso a) de la Ley 7600) y por ello, el incumplimiento de sus disposiciones, implica una violación flagrante de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad y por ello el amparo debe estimarse. No es una razón aceptable para la Sala, el que el Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural no tenga en la actualidad programas informativos, porque lo cierto es que desde el punto de vista técnico, no existe ningún impedimento para que los tenga; ni tampoco lo es el que se afirme que el tema está centrado en un incumplimiento de la ley y que por ello escapa del ámbito constitucional, porque no lo es así, puesto que todo intento por ayudar a que las personas discapacitadas puedan insertarse en la vida social del país, implica una medida que les garantice su derecho a la plena igualdad; menos es

admisible que se afirme que instalar sistemas como el que se pretende es muy oneroso para la empresa televisiva, puesto que no se trata de una opción libre de aceptar por la empresa, sino de un deber que ha creado el Estado a cargo de los canales concesionarios de las frecuencias.”

Al respecto, esta Sala considera importante transcribir en lo conducente la sentencia número 2003-07275, en la cual se conoció una situación similar a la que se estudia en el caso concreto y en la cual, se establece la utilización del sistema “close caption” y la transcripción de la información en internet:

“...IX.- Asimismo, se trata de excusar la responsabilidad de los canales de televisión a través del empleo de medios alternativos a la utilización del lenguaje lesco o del sistema de “close caption” como sería la presentación de títulos escritos en la pantalla o la transcripción de la información en internet. Al respecto debe recordarse que en la sentencia número 2001-05792 de las 9:12 horas del 29 de junio de 2001 ya esta Sala precisó que tales medios no solucionan la desigualdad que se pretende paliar, porque la información recibida no es completa –en el caso de la aparición de titulares escritos en la pantalla-. En lo que concierne a internet, está de por medio el igual acceso a los programas informativos televisados –precisamente a través de la televisión- y no de los datos que constan en esa red sobre los programas, cuya difusión no alcanza los mismos niveles que los de la televisión...”

IV.- En el caso concreto de la empresa Televisora de Costa Rica S.A., se comprueba que en la transmisión del debate realizado el veinticuatro de enero de dos mil diez, no se utilizó el sistema de interpretación con Lesco, omisión que según criterio reiterado esta Sala viola el derecho a la igualdad. Así las cosas, el hecho de que se brindara la posibilidad a las personas con discapacidad auditiva de utilizar el sistema “close-captioned” cuando esta facilidad es habilitada por el televidente, el acceso a la información mediante la transmisión de las ediciones regulares de Telenoticias, con la participación de una intérprete en Lesco y la posibilidad de acceder a la página de Internet de la televisora no lo justifica; no son facilidades (sic) equiparables a la utilización del intérprete al Lesco, dada su característica de inmediatez. Por otra parte, la interpretación que se echa de menos resultaba de suma trascendencia por cuanto mediante ese debate los televidentes tenían mayor oportunidad de conocer a los candidatos a la Presidencia de la República y ejercer así con mayor responsabilidad y definición de criterio su derecho al sufragio. En virtud de ello, se determina la lesión a los

derechos fundamentales de los recurrentes, así como el incumplimiento al artículo 51 de la Ley 7600. En consecuencia, lo procedente es declarar con lugar el recurso, únicamente para los efectos de la indemnización y costas, teniendo en cuenta, que el objeto del recurso carece de interés actual, por cuanto el debate alegato ocurrió en el mes de enero de dos mil diez.” (Sentencia 2010-09414 de 08:59 horas de 28 de mayo de 2010).

VI. Como se podrá constatar, el precedente anterior trata sobre un caso en idéntica situación fáctica al que se analiza en este asunto. De esta forma, la Sala no encuentra motivos para variar su criterio, de forma tal que considera que, en efecto, se han vulnerado los derechos fundamentales del recurrente, razón por la cual se impone la estimatoria del amparo, tal y como se ordena.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso. Se condena a Representaciones Televisivas REPRETEL Sociedad Anónima al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en la vía de ejecución de sentencia de lo civil.-

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=490107&strTipM=T&strDirSel=direc to

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CONTENIDOS PORNOGRÁFICOS. RESOLUCIÓN NO. 13719-2010

Exp: 08-006902-0007-CO

Res. N° 2010013719

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas y cincuenta minutos del dieciocho de agosto del dos mil diez.

Recurso de amparo presentado por Olga Salazar Vega, mayor, portadora de la cédula de identidad número dos-doscientos ochenta y tres-quinientos cincuenta, contra la Comisión de Control y Calificación de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos de Carácter Pornográfico, y el Diario Extra.

RESULTANDO

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las diez horas del cinco de mayo de dos mil diez, la recurrente presenta recurso de amparo argumentando violación a sus derechos fundamentales. Señala que de manera frecuente el Diario Extra publica fotografías de mujeres en ropa íntima, mostrando sus partes privadas, o en situaciones y posiciones obscenas, vulgares y de adulta intimidad, extralimitando la publicación de la pornografía, incluso con descuido de la sección del diario donde tales fotografías sean insertadas, llegando incluso a publicarse en la misma página o en páginas adyacentes donde se incluye material educativo, por lo que las fotografías son inevitablemente vistas por menores de edad, por lo que se favorece la corrupción de los niños; todo sin que la Oficina de Censura actúe en defensa de los derechos de los niños y evite la publicación de material ofensivo e inapropiado. Solicita declarar sin lugar el recurso.

2.- Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las quince horas veintiocho minutos del siete de agosto de dos mil ocho (folio 9), informa bajo fe de juramento el señor William Gómez Vargas, Director de Diario Extra, quien señala que la inconformidad de la recurrente es imprecisa y poco clara, pero en todo caso es falsa. Explica que Diario Extra no es un establecimiento dedicado a la distribución o exhibición de material pornográfico, sino un medio de comunicación para

difundir informaciones e ideas de toda índole. En cuanto a la primera publicación, afirma que en la página denominada Tía Zelmira, nunca se han publicado fotografías de mujeres mostrando sus partes íntimas ni en situaciones o posiciones obscenas, vulgares o de adulta intimidad que favorezcan la corrupción de menores. Añade que la página aportada por la recurrente corresponde a una edición semanal que realiza el periodista Rogelio Benavides y en la que se publican cuatro fotografías de una modelo costarricense, las cuales se encuentran dentro de un contexto que narra y describe a esa persona. Indica que el oficio de modelo no está prohibido, no atenta contra la moral pública ni corrompe a los menores de edad. Asegura que la publicación de este periodista no es morbosa ni favorece la corrupción de los niños. Reconoce que pueden existir personas que consideren que publicar la imagen de otra persona en traje de baño sea inmoral o mortificante, pero para la mayoría de costarricenses ello no es así, pues incluso estas cuatro fotografías no muestran a la modelo en estado de desnudez. Con respecto a la segunda publicación, refiere que a diferencia de la página de Tía Zelmira que se publica una vez por semana, la segunda información no es ni siquiera habitual y es consecuencia de un escándalo público debatido socialmente, y que debe ser interpretada y leída como una noticia, es decir, como una actuación periodística con la finalidad de informar un acontecimiento de interés público cual fue que una persona decidiera voluntariamente exponer públicamente su intimidad, mediante un oficio poco común en nuestro medio. Explica que las imágenes publicadas se difundieron en sitios públicos, y la persona involucrada en las tomas recibió dinero por realizar el acto publicado, todo lo cual generó polémica. Esta segunda información fue elaborada por el periodista Ariel Chaves González, y fue revisado y autorizado por el Jefe de Redacción del periódico, quienes señalan que la información es veraz, de interés público y que las imágenes fueron incluidas como prueba de la veracidad de lo informado, cubriendo previamente las partes íntimas de los protagonistas con tal de no ofender la moral pública, sin que se pueda ver lo que está detrás de lo censurado. Asegura que el material escrito y las fotografías objeto de la información no son de carácter pornográfico y no puede ser tenido como tal según la definición de la ley 7440. Por el contrario, continúa, la noticia es de carácter estrictamente informativo. Explica que en la actualidad, el término pornografía se entiende como los materiales dirigidos a provocar la excitación sexual del receptor, lo cual

no se cumple en este caso donde la finalidad es informar. Reitera que la noticia se publicó porque era de interés público y los informadores consideraron necesario acompañar las imágenes como prueba de su veracidad. Agrega que la información es de interés público por varias razones: porque la modelo es sumamente conocida en el espectáculo nacional y como tal, creadora de opinión pública; porque esta persona decidió de manera voluntaria comerciar con su intimidad y mostrarla al público, por lo que sus actuaciones salieron de su esfera privada; porque se trata de una persona costarricense; porque esta persona participó en un espectáculo de televisión donde se le pagó públicamente por sus escenas íntimas; porque ese y otros videos circulan en sitios públicos de Internet, por lo que el video del que se da cuenta fue objeto de escándalo público antes de ser publicado en Diario Extra, por lo que el periódico recibió muchas llamadas de alerta; porque el tema de la pornografía es un tema de interés público que debe ser debatido y evidenciado, pues la información muestra una realidad que aunque fuerte, no es pornográfica o ilícita, por lo que se pretende debatir esos temas sin censura. Indica que lo informado es una nota de denuncia y no de morbo, pues el público debe estar alerta y atento, y los padres, los medios de comunicación y el Estado, educar e informar. Manifiesta que no es prohibido mostrar imágenes censuradas de hechos sexuales noticiables. Refiere otras realidades culturales para explicar que la representación de elementos sexuales no es pornografía. Reitera que esta publicación tiene carácter informativo y no tiene la finalidad de despertar el apetito sexual o promover la corrupción de menores, pues incluso las imágenes fueron autocensuradas por el periodista para respetar la ley 7440, y que en casos como el de la modelo publicada, existe un deber de los medios de comunicación de denunciar el tipo de actividad que ella ejerce. Acepta que la libertad de expresión y la libertad de prensa tienen límites, pero en el caso bajo estudio, ninguna de las dos notas puede ser considerada ilícita. Solicita declarar sin lugar el recurso.

3.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las ocho horas veintiún minutos del trece de agosto de dos mil ocho (folio 31), informa bajo fe de juramento la señora Mayra Chaverri Calvo, Directora Ejecutiva de la Dirección Nacional de Control y Calificación de Espectáculos Públicos, quien señala que la ley 7440 establece la obligación del Estado de ejercer actividades tendentes a la protección de la sociedad, los menores

de edad y la familia en la relación con los espectáculos públicos, para lo cual establece órganos reguladores como el Consejo Nacional de Espectáculos Públicos y la Comisión de Control y Calificación –esta última depende de aquel-, y a través de los cuales, el Estado puede ejercer un control preventivo para evitar la lesión a la salud psíquica de las personas menores de edad y la moral pública. Refiere que el artículo 2 del Reglamento a la ley 7440 define el término pornografía como la presentación, exhibición, descripción o representación de actos sexuales, de los genitales, de funciones excretivas, de actos de masturbación, normales, pervertidos o desviados actuales o simulados, por lo que la valoración que realiza la Comisión permite evitar que los menores de edad accedan al mismo, a la vez que permite a la Comisión detectar en los contenidos, la utilización de personas menores de edad o su imagen. En ese sentido, el único material impreso o escrito sometido a la ley 7440 es exclusivamente el de tipo pornográfico, pero la calificación que emite la Comisión no representa ninguna prohibición de difusión, sino únicamente las condiciones de esa difusión o comercialización. Añade que es la Comisión la que tiene la potestad para determinar la diferencia entre lo que es pornográfico y lo que no, tomando en cuenta para ello el criterio de auto-calificación del empresario. Refiere que el principio del interés superior del niño es el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de educar y orientar a las personas menores de edad. Explica que el control preventivo que realiza la Comisión se hace tanto de oficio como a petición de parte, para lo cual se cuenta con la participación del Ministerio de Educación, el Ministerio de Cultura, el Ministerio de Justicia y el Patronato Nacional de la Infancia. Asimismo, que la Comisión califica todo el material pornográfico que circula en el país de previo a su comercialización. En el caso de la prensa escrita que circula diariamente, menciona que la misma se valora únicamente cuando existe algún indicio –por queja o de oficio- de que contiene elementos que pueden ser considerados pornográficos, para establecer ya sea la denuncia o las medidas correctivas que prevengan nuevas publicaciones de ese tipo. Con respecto a las cada vez más frecuentes publicaciones de mujeres en ropa íntima, trajes de baño y poses sensuales, la Comisión ha valorado el material y no ha encontrado que dichas publicaciones puedan ser catalogadas como material pornográfico, toda vez que la pornografía presenta elementos y características que no están presentes en las publicaciones mencionadas por la recurrente, pues la explicitud genital y el objetivo de la excitación sexual son

elementos fundamentales para que un material sea catalogado como pornográfico. Afirma que la Comisión ha acordado que las imágenes de mujeres semidesnudas, muy eróticas o de caricias sensuales que con mucha frecuencia se exhiben en la prensa escrita, se encuentran enmarcadas en noticias, reportajes o eventos, y en ninguno de los casos se presentan en forma aislada. Agrega que la delimitación teórica para definir si un material es pornográfico, se realiza en lo dispuesto en la ley 7440 y su reglamento, y en aquellos casos en que la Comisión ha juzgado que el material transgrede los parámetros establecidos, se ha interpuesto la denuncia judicial, quienes son los órganos competentes para determinar la violación a lo dispuesto en la ley 7440. Señala que ante el límite de actuación que los mismos Juzgados Contravencionales han establecido en relación con las denuncias planteadas, la Comisión ha buscado involucrar a otras instituciones como la Defensoría de los Habitantes, el Instituto Nacional de la Mujer, Control de Propaganda del Ministerio de Seguridad y la fundación Paniamor. Agrega que se ha conformado una Comisión Interinstitucional con el objetivo de realizar acciones concretas que contrarresten la denigrada imagen de la mujer. Añade que la recurrente nunca ha presentado ante la Comisión ninguna queja o denuncia. Solicita declarar sin lugar el recurso.

4.- Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las ocho horas dieciocho minutos del dieciséis de setiembre de dos mil ocho (folio 40), la señora Patricia Barquero Espinoza, mayor, casada, Profesora, portadora de la cédula de identidad número uno-quinientos trece-doscientos once; y el señor Roberto Chacón Arce, mayor, casado, Topógrafo, portador de la cédula de identidad número cuatro-ciento veintiséis-novecientos cuarenta y seis, ambos vecinos de Santo Domingo de Heredia, se presentan como coadyuvantes activos en este recurso de amparo. Señalan que aunque las publicaciones del Diario Extra encuentran fundamento en la libertad de expresión, el Estado está en la obligación de proteger al niño de acuerdo al principio del interés superior del niño. Agregan que es evidente que las publicaciones como las aquí impugnadas, atentan contra este principio, pues los exponen al tráfico cotidiano de la pornografía, pues es imposible evitar que los menores tengan acceso a los periódicos, y en consecuencia, son bombardeados por publicaciones de este tipo que atentan contra su formación ética. Solicitan declarar con lugar el recurso.

5.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las once horas doce minutos del veinticinco de junio de dos mil nueve (folio 43), la recurrente presenta nuevo recurso de amparo en similares términos al escrito presentado el cinco de mayo de dos mil ocho; este nuevo recurso fue tramitado inicialmente bajo el expediente número 09-008750-0007-CO.

6.- Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las once horas doce minutos del veinticinco de junio de dos mil nueve (folio 55), presentado dentro del recurso de amparo tramitado bajo el número de expediente 09-008750-0007-CO, informa bajo fe de juramento la señora Mayra Chaverri Calvo, Directora Ejecutiva de la Dirección Nacional de Control y Calificación de Espectáculos Públicos, quien refiere términos similares a su anterior informe visible a folio 31 del expediente.

7.- Por resolución de esta Sala, número 2009-10711, de las quince horas cuarenta y cuatro minutos del siete de julio de dos mil nueve (folio 64), se ordena acumular el recurso de amparo tramitado bajo el número de expediente 09-008750-0007-CO, al que se tramita bajo el expediente número 08-006902-0007-CO.

8.- Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las dieciocho horas quince minutos del seis de noviembre de dos mil nueve (folio 67), el señor William Gómez Vargas adjunta documentación que solicita ser tenida en cuenta en la resolución de este recurso de amparo.

9.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las diecisiete horas treinta y ocho minutos del veintidós de mayo de dos mil nueve (folio 77), Álvaro Francisco Calvo Jiménez, mayor, portador de la cédula de identidad número uno-seiscientos ochenta y ocho-quinientos noventa y cinco, presenta nuevo recurso de amparo contra el Diario Extra, el periódico La Teja y el periódico Al Día, el cual fue tramitado inicialmente bajo el expediente número 09-007777-0007-CO. Señala que esos diarios publican fotografías de mujeres semidesnudas, las cuales atentan contra la salud psicológica y emocional de los menores de edad, violentando la normativa nacional e internacional de protección de los niños. Solicita declarar con lugar el recurso.

10.- Mediante resolución de esta Sala de las siete horas veintisiete minutos del veintiséis de mayo de dos mil nueve (folio 79), dictada dentro del recurso de amparo tramitado bajo el número de expediente

09-007777-0007-CO, se previene al recurrente presentar la personería jurídica vigente de los medios de comunicación recurridos.

11.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las diecisiete horas cincuenta y siete minutos del 8 de junio de 2009 (folio 91), dentro del recurso de amparo tramitado bajo el número de expediente 09-007777-0007-CO, el recurrente cumple la prevención efectuada.

12.- Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del 29 de junio de 2009 (folio 113), dentro del recurso de amparo tramitado bajo el número de expediente 09-007777-0007-CO, informa William Gómez Vargas, representante Sociedad Periodística Extra Limitada, quien señala la incompetencia de la Sala para conocer de este asunto al no encontrarse dentro de los supuestos del artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pues la competencia para conocer estos hechos es de la Oficina de Control de Espectáculos Públicos. Agrega que en sede ordinaria se puede analizar con amplitud procesal los casos específicos que el recurrente considere ilícitos, y que en este recurso ni siquiera se establecen supuestos concretos a los cuales referirse. Refiere que una parte del contenido semanal del periódico incluye fotografías con modelos nacionales en su mayoría, quienes aparecen en traje de baño, pero ninguna de esas imágenes contraviene la ley. Menciona que la única posibilidad de restringir la libertad de expresión del periódico es mediante una ley formal, ley que en el ordenamiento costarricense sería la Ley de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos, cuyos artículos 11.b y 13 disponen que la difusión de material impreso sólo se puede prohibir cuando el mismo constituya un peligro social por su contenido estrictamente pornográfico o violento, por su potencial de incitación al crimen o al vicio, o porque degrada la condición del ser humano. Estima que mostrar modelos en traje de baño no es un acto prohibido porque no es material pornográfico ni reúne las otras condiciones. Afirma que no existe ley formal alguna que prohíba publicar modelos en traje de baño. Añade que no se ha recibido queja del Patronato Nacional de la Infancia, de la Procuraduría, del Ministerio de Salud, de algún Colegio Profesional, ni de la Comisión de Control y Calificación de Espectáculos Públicos. Solicita declarar sin lugar el recurso.

13.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las dieciocho horas once minutos del 27 de julio de dos mil nueve (folio 120), dentro del recurso de amparo tramitado bajo el número de expediente 09-007777-0007-CO, el recurrente aporta nombres y números de cédula de diferentes personas que aduce muestran su preocupación por las fotografías publicadas.

14.- Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las diecisiete horas quince minutos del seis de noviembre de dos mil nueve (folio 125), dentro del recurso de amparo tramitado bajo el número de expediente 09-007777-0007-CO, el recurrente aporta nombres y números de cédula de diferentes personas que aduce muestran su preocupación por las fotografías publicadas.

15.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las catorce horas cincuenta y nueve minutos del dieciséis de noviembre de dos mil nueve (folio 137), dentro del recurso de amparo tramitado bajo el número de expediente 09-007777-0007-CO, informa Jorge Robert Lara, representante legal de Grupo Nación GN Sociedad Anónima, quien señala que las fotografías que se publican en los diarios La Teja y Al día se enmarcan dentro de las potestades de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, derecho cuyo ejercicio no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores. Agrega que las gráficas publicadas son de modelos y su publicación se planifica como contenido gráfico-informativo, del mismo modo que se hace con un artículo, noticia o reportaje. En otros casos se trata de un contenido publicitario. Menciona que se ha reconocido la libertad de expresión comercial como una libertad más del ser humano. Refiere que la obtención de la imagen, tanto en su elaboración y contenido, equivale al derecho que tiene todo ciudadano de obtener información, pues a través de la fotografía el fotógrafo busca informar. Afirma que en estas fotografías no hay desnudos ni semidesnudos, y a lo sumo pueden catalogarse como eróticas, pero no obscenas o pornográficas. Resalta la guía y supervisión de los padres en los materiales que ven sus hijos. Solicita declarar sin lugar el recurso.

16.-Mediante sentencia de esta Sala, número 2010-50, de las catorce horas treinta y seis minutos del seis de enero de dos mil diez (folio 146), dictada dentro del recurso de amparo tramitado bajo el número de

expediente 09-007777-0007-CO, se ordena acumular ese recurso al que se tramita bajo el número de expediente 08-006902-0007-CO.

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

Redacta el **Magistrado Mora Mora**; y,

CONSIDERANDO

I.- Cuestión de trámite. Las coadyuvancias presentadas. La señora Patricia Barquero Espinoza y el señor Roberto Chacón Arce, se apersonan en escrito visible a folio 40 del expediente, solicitando se les tenga como coadyuvantes activos por tener interés directo en la resolución de este asunto. En cuanto a la naturaleza jurídica de la coadyuvancia, la Sala, en sentencia número 3235-92 de las nueve horas veinte minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa y dos, reiterada, entre otras, en la sentencia número 2007-3185 de las diez horas cuarenta y siete minutos del nueve de marzo del dos mil siete, estableció que:

“La coadyuvancia es una forma de intervención adhesiva que se da cuando una persona actúa en un proceso adhiriéndose a las pretensiones de alguna de las partes principales, como consecuencia está legitimado para actuar como coadyuvante quien ostente un interés directo en el resultado del recurso, pero al no ser actor principal, el coadyuvante no resultará directamente afectado por la sentencia, es decir, la eficacia de ésta no podrá alcanzarle de manera directa e inmediata, ni le afecta la condición de cosa juzgada del pronunciamiento, aunque en materia de amparo pueda favorecerle la eficacia de lo resuelto, debido al carácter “erga omnes” que tiene la Jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional)”

A partir de lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se acepta la gestión de estas personas y se les admite como coadyuvantes activos en lo que respecta de manera particular y puntual al objeto concreto de este recurso de amparo, bajo la advertencia de que no resultarán directamente beneficiados por la sentencia, con lo cual la eficacia de ésta no podrá alcanzarles de manera directa e inmediata.

II.- El amparo contra sujetos de derecho privado. En materia de amparo contra sujetos de derecho privado, la jurisprudencia de la Sala es clara al definir que:

“Por su excepcional naturaleza, el trámite ordinario de los recursos de amparo contra sujetos de derecho privado exige comenzar por examinar si, en la especie, estamos o no ante alguno de los supuestos que lo hacen admisible, para –posteriormente y en caso afirmativo– dilucidar si es estimable o no.” -sentencia número 151-97 de las quince horas veintisiete minutos de ocho de enero de mil novecientos noventa y siete-

El artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, señala que esta clase de recursos se conceden contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o bien, se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el inciso a) del artículo 2 de la misma Ley. En el caso concreto, la situación que se pone en conocimiento de la Sala evidencia que el sujeto privado recurrido se encuentra en una posición especial por su carácter de medio de comunicación y formador de opinión pública, situación que por la naturaleza de los hechos aducidos los remedios jurisdiccionales comunes podrían resultar tardíos para garantizar los derechos constitucionales que se acusan violentados. Por ese motivo, se hace necesario tramitar el recurso, a fin escuchar los argumentos de la parte recurrida, y así verificar si efectivamente en su actuación se dio algún exceso que roce con alguno de los derechos constitucionalmente reconocidos al amparado.

III.- Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos: **a)** que en la página 8 de la edición del Diario Extra del miércoles dieciséis de abril de dos mil ocho, se publica la sección Aula Abierta, la cual contiene explicación sobre el continente Oceanía (folio 4). **b)** que en la página 15 de la edición del Diario Extra del viernes dieciocho de abril de dos mil ocho, se incluye información y fotografías sobre presuntos videos de carácter pornográfico que circulan en Internet (folio 3). **c)** que en la página 13 de la edición del Diario Extra del jueves veintiuno de mayo

de dos mil nueve, aparece reportaje sobre actrices estadounidenses, la cual se acompaña con la imagen de una actriz (folio 49 vuelto). **d)** que en la portada de la Sección de Tía Zelmira publicada en la edición del Diario Extra del viernes veintidós de mayo de dos mil nueve, aparece nota e imágenes de una modelo (folio 50). **e)** que en la portada y página 8 de la edición del Diario Extra del sábado veintitrés de mayo de dos mil nueve, aparecen imágenes de una mujer en traje de baño (folios 46 y 48). **f)** que en la página 18 de la edición del Diario Extra del martes veintiséis de mayo de dos mil nueve, se publica nota periodística de la sección de Deportes, la cual se acompaña con imágenes de mujeres (folio 45). **g)** que en la página 47 de la edición del Diario Extra del miércoles veintisiete de mayo de dos mil nueve, aparece información sobre la realización de una pasarela con fines benéficos, mostrando imágenes de dos personas que participarían en la misma (folio 47).

IV.- Sobre la libertad de expresión e información. La Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el contenido de la libertad de expresión y la relación que guarda con respecto a la libertad de información y la libertad de prensa. Así, resulta de particular importancia e utilidad referir la sentencia de esta Sala, número 2006-5977, de las quince horas dieciséis minutos del tres de mayo de dos mil seis, en la cual se realiza un concreto estudio sobre la libertad de expresión, su contenido, naturaleza y alcance, así como su relación con la libertad de prensa e información y otros derechos fundamentales que entran en su órbita de actuación. En la referida sentencia, en lo conducente definió la Sala que:

“VIII.- La libertad de expresión como requisito indispensable de la democracia. *La libertad de expresión sin duda alguna es una de las condiciones -aunque no la única-, para que funcione la democracia. Esta libertad es la que permite la creación de la opinión pública, esencial para darle contenido a varios principios del Estado constitucional, como lo son porejemplo el derecho a la información, el derecho de petición o los derechos en materia de participación política; la existencia de una opinión pública libre y consolidada también es una condición para el funcionamiento de la democracia representativa. (...) [E] intercambio de opiniones e informaciones que se origina con la discusión pública contribuye a formar la opinión personal, ambas conforman la opinión pública, que acaba manifestándose por medio de los canales de la democracia representativa. Como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional español,*

quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática... que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (Sentencia 6/1981), si no existieran unas libertades capaces de permitir ese intercambio, que... presupone el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto de los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos (Sentencia 159/1986).

IX- Contenido de la libertad de expresión. La libertad de información podría decirse que tiene varias facetas, según lo ha reconocido la doctrina nacional (de las cuales las tres primeras se relacionan con lo que aquí se discute): a) la libertad de imprenta en sentido amplio, que cubre cualquier tipo de publicación, b) la libertad de información por medios no escritos, c) el derecho de rectificación o respuesta. La libertad de prensa engloba de manera genérica todos los tipos de impresos, impresión, edición, circulación de periódicos, folletos, revistas y publicaciones de toda clase. Es por su naturaleza vehículo natural de la libertad de expresión de los ciudadanos. Se traduce en el derecho para los administrados de buscar y difundir las informaciones y las ideas a un número indeterminado de personas sobre hechos que por su naturaleza son de interés de la generalidad por considerarse noticiosos. Por su naturaleza, está sujeta a las mismas limitaciones que la libertad de expresión. (...). Dado su vínculo simbiótico con la ideología democrática, (...) instrumentos internacionales y prácticamente todas las Constituciones del mundo libre, desde la Declaración Francesa de 1789 (art.11) la han reconocido. Nuestra Constitución Política por su parte, la tutela por medio de diversas normas:

“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 las condiciones y modos que establezca la ley” (artículo 29)

“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas” (artículo 28). (...)

La libertad de expresión tiene como consecuencia la prohibición de toda forma de censura, en un doble sentido: no se puede censurar a los interlocutores, por una parte; y no se puede, en general, tampoco censurar en forma previa los contenidos posibles de la discusión: en principio, en una democracia, todos los temas son discutibles. La no censurabilidad de los sujetos tienen un carácter prácticamente universal, como lo establece nuestra Constitución, nadie puede ser privado de la libertad de hablar y expresarse como mejor le parezca; la no censurabilidad de los contenidos, si bien no se da en forma previa, encuentra algunas limitaciones, sin embargo, éstas deben ser tales que la libertad siga teniendo sentido o no sea vaciada de su contenido, básicamente, como toda libertad, debe ejercerse con responsabilidad, en fin para perseguir fines legítimos dentro del sistema.

X.-. Los límites a la libertad de expresión y libertad de prensa. Para determinar cuáles expresiones se pueden limitar y en qué medida, es importante tomar en cuenta que no todas las expresiones pueden tener el mismo valor ni gozar, en consecuencia, de la misma protección constitucional. (...) [L]a *información*, entendiendo por tal la narración veraz de hechos, que estaría protegida como regla general, a menos que vulnere otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (por ejemplo, el honor, la intimidad, el orden y tranquilidad de la nación, los derechos de los niños y adolescentes). En otro nivel estaría la noticia, entendiendo por tal la narración veraz de hechos que tienen relevancia pública, ya sea por los hechos en sí mismos, o por las personas que intervienen en ellos; las noticias contribuyen de manera destacada a la creación de la opinión pública libre. (...)

Se reconoce que el ejercicio de la libertad de prensa, entendida como parte del derecho a informar y por lo tanto una forma de libertad de expresión, debe ejercerse dentro de principios éticos elementales, pues “la libertad de prensa no es sinónimo de derecho a injuriar”. Esto porque existe otro derecho fundamental que justifica que el sistema jurídico provea un equilibrio que será determinado siempre con análisis del caso concreto. No quiere esto decir que en todos los casos el honor de las personas debe prevalecer, o que son derechos del mismo rango. Son

más bien libertades que se relacionan entre sí dentro del sistema de libertad que soporta nuestra institucionalidad democrática. (...)

Es tan importante esta libertad, que efectivamente goza de especiales protecciones en aras de su correcto ejercicio, como la libertad de conciencia, la protección de la fuente, la no censura previa para mencionar algunas, todo en aras de que ejerza la función social que está llamada a cumplir dentro del marco democrático. En ese sentido lleva razón el recurrente cuando señala que la libertad de prensa, contrario al derecho al honor, tiene además de su dimensión de protección individual, una dimensión social. Se olvida sin embargo que la otra cara de la libertad de prensa, también con una dimensión social evidente, es precisamente el derecho de las personas a recibir una información, adecuada y oportuna (no manipulada), con lo cual se excluye la posibilidad de ejercer esta libertad en forma contraria a fines legítimos del sistema o que, a su vez, lesione intereses igualmente legítimos del mismo. (...) Cabe aclarar que jurídicamente no es posible exigir que todo lo que se publique sea verdadero o exacto, pues como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (STC 28/96), pero tampoco puede amparar al periodista que ha actuado con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado. (...) Existen además otros límites que se imponen incluso a nivel convencional como límites para la coherencia y supervivencia del sistema democrático; la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (conocida como Pacto de San José) establece en su artículo 13 que la ley deberá prohibir:

“toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

También para proteger la moral de la infancia y la adolescencia el mismo artículo señala:

“Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa, con el exclusivo objeto de reglar el acceso a ellos para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia...”

o, el que contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 20 –en el mismo sentido-, al señalar que:

“toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida en la ley”

Con respecto al contenido de este apartado 1, el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU ha sostenido que dicha prohibición “abarca toda forma de propaganda que amenace con un acto de agresión o de quebrantamiento de la paz contrario a la Carta de las Naciones Unidas” o que pueda llevar a tal acto.

Otras restricciones que pueden citarse, en este caso reguladas por nuestra propia Constitución son, los secretos de estado y la propaganda clerical (artículos 27 y 28). Naturalmente que como límite al ejercicio de este derecho, también figura el interés público, en el sentido de que la información además de verdadera –en el sentido analizado supra- sea además necesaria en función del interés público.

A nivel legal pueden citarse –entre otras- la protección de la identidad de las víctimas menores de edad en los delitos sexuales o de los acusados, también en razón de su edad. En todos estos casos el derecho a informar, cede frente a otros valores, sin que se estime que se ejerce una censura previa o una censura en general a esta libertad.

XI.- La responsabilidad social de los medios de comunicación como detentadores de poder frente al ciudadano. (...) [L]os medios de comunicación no tienen un papel simplemente pasivo en el tema de la libertad de expresión; no se limitan a ser víctimas de los atentados contra tan importante libertad. Tienen por el contrario una gran responsabilidad y poder al ser los vehículos naturales para que las libertades comunicativas (expresión, imprenta, información, etcétera) sean una realidad, que puedan servir al desarrollo de los procesos democráticos formando una ciudadanía bien informada, que conozca sus derechos y sus obligaciones, que tenga las herramientas necesarias para poder elegir bien a sus gobernantes. La responsabilidad social de los medios y el lugar de la libertad de expresión en el desarrollo democrático es lo que justifica que el estatuto jurídico de los medios y de los profesionales que en ellos trabajan sea distinto al del resto de las personas. Pero ese estatus, como se indicó no es invocable frente a fines ilegítimos, que incluyen el atentar contra libertades fundamentales de mala fe o con negligencia evidente. A tenor de estas razones y

fundamentos, es que cabe concluir que el Estado, y concretamente el legislador, tiene derecho y el deber de proteger a los individuos, frente al uso ilegítimo de este derecho, el cual, mal utilizado, es tan dañino para la democracia como la censura misma, no sólo porque su ejercicio de mala fe, puede lesionar el honor de la persona afectada, sino el de la sociedad entera de recibir información adecuada capaz de ayudarla a conformar la opinión pública en forma transparente. El peligro que representa un mal uso de este derecho para la democracia es tan grave como su no ejercicio, y ese mal uso no está determinado sólo por la negligencia evidente o mala fe que afecte otras libertades, sino también frente a otros factores, como la posibilidad que la falta de un pluralismo mediático afecte la capacidad de la prensa de generar una opinión pública libre e informada. (...) [L]os medios de comunicación están en una relación de poder con respecto al ciudadano y a la sociedad, y aunque su existencia es fundamental para fines legítimos y esenciales de la democracia, tienen el potencial, como cualquier poder, de desviarse ocasionalmente, frente a actuaciones individuales, en cuyo caso el Estado tiene la obligación de establecer las previsiones necesarias para la protección del sistema y del individuo. Evidentemente que como se indicó, la protección del Estado no puede darse como lo ha señalado la Corte [Interamericana] de Derechos Humanos, con el derecho a censurar previamente las informaciones, lo cual será a todas luces inconstitucional (art. 28), sino que se refiere a su control a posteriori, en el caso que haya existido intención de infligir daño o actuado con pleno conocimiento de que se estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas y con ella resultó afectado el honor y reputación de alguna persona. La Sala comparte la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva 5/85) en el sentido de que:

33. ...No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

(...) Es reconocida en doctrina la interdependencia que existe entre los derechos fundamentales y su valor sistémico, en ese sentido, la

protección de una libertad en demérito de otras por falta de una visión hermenéutica tiene un efecto negativo sobre todo el sistema de libertad (ver sentencia 2771-03 de esta Sala) (...)

[L]as restricciones a los derechos fundamentales, deben darse sólo frente a una necesidad social imperiosa y de la forma menos gravosa para el derecho fundamental, pero no se refiere, como se indicó, a la circunstancia de la colisión de derechos, es decir cuando la protección de unos es tan legítima como la de otros en ciertas circunstancias, por lo cual no podría decirse que no es asimismo una necesidad social imperiosa proteger el honor de las personas frente al abuso del derecho, o el derecho a recibir información veraz y oportuna como fines válidos y legítimos del sistema democrático que también merecen tutela del Estado.”

V.- Sobre la limitación de derechos fundamentales. De tal forma, atendiendo al carácter de derecho y libertad fundamental de la libertad de expresión, prensa y información, y dejando establecido que resulta indebido establecer una censura previa en este ámbito, resulta necesario referirse a la posibilidad de imponer algún otro tipo de restricción o limitación. Los derechos fundamentales sí admiten algún tipo de limitación, mas estas limitaciones deben acordarse únicamente bajo cierto tipo de circunstancias y de conformidad con lo establecido por el Derecho de la Constitución, el cual integra e incorpora debidamente todo el andamiaje de las normas de origen internacional y los pronunciamientos de los órganos judiciales regionales sobre la materia. Los derechos fundamentales se erigen como el reconocimiento que a través de los más altos instrumentos se realiza de la concepción de los derechos humanos, los cuales, a partir de su condición de inherencia a la persona humana merecen pleno respeto y protección. En el ejercicio de esta protección, la normativa, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de establecer ciertas limitaciones, las cuales deben ser entendidas no en cuanto al contenido de los derechos sino en cuanto a la vigencia o aplicación en situaciones determinadas, donde, a la luz de la aplicación de principios de carácter sistemático, se realice el análisis de ponderación que dará como resultado la aplicación de manera irrestricta del derecho específico considerado, o bien, la concesión de un interés jurídico privilegiado a otro bien jurídico en el caso concreto. Sobre este ejercicio de ponderación y la consiguiente limitación de algún derecho fundamental, ya desde la sentencia número

3173-93, de las catorce horas cincuenta y siete minutos del seis de julio de mil novecientos noventa y tres, estableció la Sala Constitucional que:

“I. Es corrientemente aceptada la tesis de que algunos derechos subjetivos no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados; en primer lugar, en razón de que se desarrollan dentro del marco de las reglas que regulan la convivencia social; y en segundo, en razón de que su ejercicio está sujeto a límites intrínsecos a su propia naturaleza. Estos límites se refieren al derecho en sí, es decir, a su contenido específico, de manera tal que la Constitución al consagrar una libertad pública y remitirla a la ley para su definición, lo hace para que determine sus alcances. No se trata de restringir la libertad cuyo contenido ya se encuentra definido por la propia Constitución, sino únicamente de precisar, con normas técnicas, el contenido de la libertad en cuestión. Las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir, implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias. Por esta razón constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo. Para que sean válidas las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en la propia Constitución, o en su defecto, la misma debe autorizar al legislador para imponerlas, en determinadas condiciones.

II. Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo, el principio de la coexistencia de las libertades públicas -el derecho de terceros- no es la única fuente justa para imponer limitaciones a éstas; los conceptos “moral”, concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de sus miembros-, y “orden público”, también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuya definición es en extremo difícil.”

Y haciendo una precisión sobre la procedencia de estas limitaciones, mediante la sentencia número 4205-96, de las catorce horas treinta y

tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis, la Sala complementó su posición señalando que:

“[N]o obstante que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones, éstas resultan legítimas únicamente cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que además de “necesaria”, “útil”, “razonable” u “oportuna”, la restricción debe implicar la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente. En este orden de ideas, debe distinguirse entre el ámbito interno, que se refiere al contenido propio o esencial del derecho -que ha sido definido como aquella parte del contenido sin el cual el derecho mismo pierde su peculiaridad, o lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a determinado tipo-, de manera que no caben las restricciones o límites que hagan impracticable su ejercicio, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección; y el ámbito externo, en el cual cobra relevancia la actuación de las autoridades públicas y de terceros. Asimismo, la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales está ordenada a una serie de principios que este Tribunal ha señalado con anterioridad -sentencia número 3550-92-, así por ejemplo: 1.- deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; 2.- para alcanzar ese interés público, debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3.- la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4.- la restricción debe ser imperiosa socialmente, y por ende excepcional.”

En este sentido, es claro que toda limitación que deba imponerse a un derecho fundamental deberá cumplir, al menos, con estas cuatro condiciones definidas por la Sala para su implementación en el ámbito interno, las cuales se encuentran en perfecta consonancia con los compromisos internacionales asumidos por el Estado en lo que a ello se refiere. De tal forma, a efectos de determinar su conformidad con el Derecho de la Constitución, toda limitación que se acuerde deberá examinarse en atención a aquellos cuatro lineamientos generales.

VI.- En un Estado Democrático de Derecho, las limitaciones a los derechos humanos sólo pueden emanar de leyes; se trata de una materia sometida a la llamada reserva legal, de modo que el Poder Ejecutivo no está facultado para aplicar más limitaciones que las que

previamente hayan sido recogidas en una ley del Poder Legislativo. Este es un principio universal del ordenamiento democrático, expresado, entre otros textos por el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual las restricciones que la Convención autoriza para el goce de los derechos por ella reconocidos, sólo podrán emanar de *“leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*. Respecto de este artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado *“que la palabra leyes (...) significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento previsto en las constituciones de los estados partes para la formación de las leyes”* –ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-6/86, de nueve de mayo de mil novecientos ochenta y seis, §38”-. En consonancia con esta definición normativa y jurisprudencial del Sistema Interamericano –de consecuente impacto en el Derecho de la Constitución de conformidad con el artículo 48 de la Constitución-, la misma Sala Constitucional, mediante la ya citada sentencia número 3173-93, admitió que:

“VI. El régimen de los derechos y libertades fundamentales es materia de reserva de la ley. Este principio tiene rango constitucional (artículo 39 de la Constitución); rango legal, en este sentido se encuentra consagrado expresamente en la Ley General de Administración Pública –«el régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley» (artículo 19); «los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares» (artículo 124)-, y también tiene reconocimiento jurisprudencial, tanto constitucional como administrativo, que han declarado aplicables a la materia disciplinaria, las garantías de la legalidad penal. «Lo anterior da lugar a cuatro corolarios de la mayor importancia para la correcta consideración de la presente acción de inconstitucionalidad, a saber:

a.) En primer lugar, el principio mismo de “reserva de ley”, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el pronunciamiento previsto en la Constitución, para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales, todo, por supuesto en la medida en que la

naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-;

b.) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su “contenido esencial”-;

c.) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, ni mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer, de donde resulta una nueva consecuencia esencial:

d.) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley» (ver sentencia número 3550-92).”

Así, es claro que una limitación a un derecho fundamental únicamente puede ser impuesta mediante una ley válidamente aprobada por la Asamblea Legislativa, siempre que la naturaleza y régimen del derecho lo permita, que no se vacíe al derecho de su contenido esencial, no se incrementen las restricciones ya establecidas y, especialmente, dentro de las limitaciones constitucionales aplicables. En caso de no respetarse estos lineamientos, las restricciones o limitaciones impuestas resultan totalmente censurables e ilegítimas, y ante su verificación y reclamo, así deben ser declaradas por los órganos judiciales correspondientes –ver artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-.

VII.- Sobre el control de material audiovisual de carácter pornográfico. En este sentido, atendiendo a la imposibilidad de ejercer censura previa sobre los medios de comunicación, pero considerando igualmente la responsabilidad social de los medios y su impacto como formadores de opinión pública, el Estado se ha ocupado no de imponer restricciones formales a la libertad de expresión, pero sí de regular su adecuado ejercicio mediante la creación de órganos e instancias de control que de manera técnica identifiquen eventuales trasgresiones a los lineamientos básicos del ejercicio de la actividad periodística, publicitaria o de espectáculos públicos. Así, para la atención de situaciones como las alegadas por la recurrente, el legislador promulgó

la denominada Ley de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos -ley número 7440-, la cual parte de la obligación del Estado de «proteger a la sociedad, particularmente a los menores de edad y a la familia, en cuanto al acceso a los espectáculos públicos, a los materiales audiovisuales e impresos [y regular] la difusión y comercialización de esos materiales» -artículo 1 de la Ley-, entre ellos, el material escrito de carácter pornográfico –artículo 3-. Para ello, la Ley determina la creación de la Comisión de Control y Calificación de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos de Carácter Pornográfico, dependencia adscrita al Ministerio de Justicia; el artículo 11 de esta ley define las competencias de esta Comisión de esta manera:

“ARTICULO 11.- Funciones de la Comisión.

Las funciones de la Comisión serán las siguientes:

a) Resolver, en primera instancia, sobre la calificación y la regulación de las actividades contenidas en esta Ley. Contra sus resoluciones, podrán interponerse los recursos de revocatoria y apelación subsidiaria ante el Consejo, dentro de los cinco días hábiles posteriores a que se notifique la resolución.

b) Regular, en aras del bien común y sobre la base de que la libertad de expresión no incluye la libertad de exhibición, las actividades mencionadas en el artículo 2, y prohibir las que constituyan un peligro social, por su contenido estrictamente pornográfico o violento, por su potencial de incitación al crimen o al vicio o por degradar la condición del ser humano. (...)”

Así, de manera técnica y excluyente, es la Comisión la entidad del Poder Ejecutivo que valora el contenido del material impreso que, como en el caso bajo estudio, se presume o acuse ser de carácter pornográfico, competencia y valoración que en tratándose del material impreso de los medios de comunicación, y tomando en consideración la imposibilidad de ejercicio de censura previa alguna, la Comisión realiza a posteriori para determinar las eventuales medidas o incluso sanciones que corresponda en cada situación. La definición de la Comisión sobre este tema, puede ir en alza ante el denominado Consejo Nacional de Espectáculos Públicos y Afines, y a su vez, lo que allí se decida, resulta impugnabile ante la jurisdicción contravencional –artículos 8, 12, 26 y 27 de la Ley-. De tal forma, ante la posibilidad de una inconformidad con el material

impreso, es decir, ante la posibilidad de que un determinado material pueda ser considerado de carácter pornográfico, la persona interesada deberá interponer las acciones que estime pertinentes ante la Comisión, para iniciar así el procedimiento que puede llevar al planteamiento de otras acciones procesales ante el Consejo y la justicia contravencional. En este sentido, la valoración y definición de un material determinado para concluir si el mismo contiene elementos de carácter pornográfico y es indebidamente difundido, resulta ser un aspecto de legalidad ordinaria que escapa al ámbito de competencias de la jurisdicción constitucional, toda vez que implica el ejercicio de facultades técnicas y la realización de procedimientos específicos que de manera evidente son incompatibles con la jurisdicción constitucional. La Sala no soslaya la necesaria permeabilidad que el principio general del interés superior del niño posee sobre todo el ordenamiento y la práctica administrativa y judicial –sobre la aplicabilidad de este principio, ver sentencia de esta Sala número 2008-15461, de las quince horas siete minutos del quince de octubre de dos mil ocho-, mas su efectiva protección y aplicación en este tipo de situaciones, resulta ser de competencia técnica, exclusiva, y excluyente de la administración y la justicia contravencional, por haberlo así dispuesto el legislador mediante la promulgación de normativa específica que justamente tiende a proteger los derechos de los niños, la familia y la sociedad en general. Así, pronunciamientos previos de la Sala dan cuenta de este carácter; mediante sentencia número 2009-3298, de las once horas treinta y nueve minutos del veintisiete de febrero de dos mil nueve, la Sala definió que:

“[S]i el accionante estima que la programación de la televisora recurrida excede los límites fijados por la legislación nacional, deberá plantear la denuncia correspondiente ante la Comisión antes mencionada, por ser ella la competente para solventar dicha queja. Así en razón de lo expuesto, lo procedente es desestimar el recurso planteado, como en efecto se hace.”

Este criterio fue enfatizado mediante sentencia número 2009-13257, de las catorce horas cincuenta minutos del veinticinco de agosto de dos mil nueve, en la que se estableció que:

“[L]o que se pretende es que este Tribunal se convierta en un regulador y fiscalizador de la información o imágenes difundidas por los medios recurridos, lo cual es a todas luces improcedente.”

Así, al recibir reclamaciones como las aducidas por la recurrente, la Sala ha debido desestimar los recursos y dirigir a los accionantes hacia las instancias que en estricto derecho corresponde, tal como se expresa en las sentencias números 2004-8229, de las catorce horas cuarenta y siete minutos del veintiocho de julio de dos mil cuatro, y 2009-5546, de las nueve horas veintidós minutos del tres de abril de dos mil nueve, al definir que:

“[E]l recurrente (...) se apersona directamente ante esta Sala para demandar que el Tribunal Constitucional corrija el supuesto exceso del medio recurrido. Claramente, como puede desprenderse de lo expuesto en los considerandos anteriores, tal labor no es del resorte de esta jurisdicción. Lo propio es que el petente utilice los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para tales fines (...) De esta suerte, el extremo es inadmisibile.”

VIII.- El caso concreto. La aducida violación constitucional. De conformidad con lo establecido en los considerandos precedentes, escapa al ámbito de competencias de la jurisdicción constitucional valorar el material acusado por los recurrentes y determinar si el mismo reviste el carácter pornográfico que le aducen. Sobre el particular, la Comisión Calificadora de Espectáculos Públicos es clara en definir en su informe que ante mediciones efectuadas con anterioridad a las publicaciones del Diario Extra –lo cual evidencia el ejercicio de sus competencias de control y calificación–, han definido que las mismas distan de ser consideradas técnicamente como material pornográfico, toda vez que para ello se debe evidenciar en la publicación determinados aspectos y finalidades que aduce la Comisión se encuentran ausentes en las publicaciones de referencia. Por otra parte, observa la Sala que contra estas publicaciones los recurrentes no ha interpuesto acción alguna ante los órganos competentes –la Comisión–, sino que optaron por dirigirse a la vía de amparo, la cual, según lo explicado, resulta impropia para el conocimiento de este tipo de pretensiones, pues lo adecuado es dirigir las reclamaciones ante los órganos competentes aquí indicados. En todo caso, la Sala no pasa por desapercibido que imágenes como las aducidas por los recurrentes pudieren eventualmente ser ajenas a la escala de valores de algún sector de la población, razón por la cual insta a los medios de comunicación a hacer un uso responsable de las imágenes para aminorar el posible impacto, así como a las instancias de control a ejercer con criterio sus competencias en esta materia. En

consecuencia, siendo que lo pretendido trasciende la naturaleza de esta acción de garantía, el recurso debe ser declarado sin lugar, como en efecto se dispone. Los Magistrados Calzada y Castillo salvan el voto y declaran con lugar el recurso con sus consecuencias. El Magistrado Cruz y Armijo ponen nota.

POR TANTO

Se declara sin lugar el recurso. Los Magistrados Calzada y Castillo salvan el voto y declaran con lugar el recurso con sus consecuencias. El Magistrado Cruz y Armijo ponen nota.

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta

Luis Paulino Mora M.

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

José Paulino Hernández G.

EXP: N.º 08-006902-0007-CO

RES: N.º 1010013719

VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS CALZADA MIRANDA Y CASTILLO VÍQUEZ, CON LA REDACCIÓN DEL SEGUNDO

I.-LAS IMÁGENES OBSCENAS NO GOZAN DE LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Después de revisar cuidadosamente no hemos encontrado un precedente ni jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre el asunto que nos ocupa. Se trata, entonces, de un asunto novedoso. En estos supuestos, así como en otros que presentan mayores dificultades, resulta prudente consultar lo que han dicho otros Tribunales constitucionales y las Cortes internacionales de Derechos Humanos sobre el tema. En todo caso, la defensa del principio de supremacía constitucional y la garantía y protección de los derechos fundamentales es una función que corresponde a estos Tribunales, independientemente del Estado a que

pertenezcan o de su naturaleza internacional, por lo que no resultaría de recibo la crítica en el sentido de que se estaría “constitucionalizando” doctrina extranjera, pues la función de los Tribunales constitucionales y de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos trasciende las fronteras de los Estados, y en este tanto se ajuste a las condiciones de un Estado determinado, son de plena utilidad. Es una función al servicio de todos los habitantes del planeta. Ergo, cuando un Tribunal extranjero o una Corte internacional de Derechos Humanos ha realizado un abordaje acertado de un asunto, lo que corresponde es consultar esa jurisprudencia o precedente para determinar si encontramos en ésta o en él la solución justa y conforme al Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) al caso que estamos estudiando y resolviendo. Mal haríamos en no recurrir a ellos ateniendo a una visión reduccionista, siempre en el entendido de que esa jurisprudencia no tiene ningún efecto vinculante, sino que constituye un elemento más de juicio en la resolución del asunto. Es con fundamento en este razonamiento, que haremos algunas citas de importante jurisprudencia y precedentes de otros Tribunales.

Las imágenes con contenido sexualmente explícito –obscenas-, no gozan de la protección de la libertad de expresión. Desde esta perspectiva, no gozan de ninguna garantía constitucional y, por consiguiente, con fundamento en el numeral 28 de la Carta Fundamental pueden ser prohibidas o reguladas. En este sentido, lleva razón la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América cuando ha señalado que la obscenidad, es decir, lo que ofende el pudor, se encuentra fuera del ámbito de protección de la primera enmienda, toda vez que considera ese material de escaso valor social para alcanzar la verdad. En efecto, y siguiendo el resumen que hizo la Corte Constitucional colombiana en la acción de tutela n.º T-391/07 sobre la jurisprudencia que a continuación se expone, en *Roth v. US*, *Albert v. California*, al declarar constitucional leyes federales y estatales que penalizaban la obscenidad, la Corte Suprema de Justicia expresó lo siguiente: *“Todas las ideas que tienen incluso la más leve importancia social –ideas heterodoxas, controvertidas, incluso odiosas para el clima prevaleciente de la opinión – tienen la protección plena de las garantías, a menos que sean limitables porque invaden el área limitada de los intereses más importantes. Pero el rechazo de la obscenidad se encuentra implícito en la historia de la Primera Enmienda, como absolutamente carente de importancia social (...) Consideramos*

que la obscenidad no se encuentra dentro del área de expresión o prensa constitucionalmente protegida". Ahora bien, para evitar que imágenes o materiales que sí están protegidas por la libertad de expresión fuera objeto de exclusión, tales como: la representación del sexo en el arte, la literatura y trabajo científico, definió la obscenidad como aquello que despierta un interés morboso, lascivo o impúdico en el sexo. Ergo, señaló que el test para determinar si un material es o no una expresión obscena debe considerar o aplicar los estándares comunitarios contemporáneos. En otro asunto posterior, *Miller v. California*, la Corte Suprema de Justicia declaró que los Estados federados tienen un interés legítimo en prohibir la distribución o exhibición de material obsceno, cuando su forma de exhibición conlleva un peligro significativo de ofender la sensibilidad de los receptores involuntarios, piénsese en menores edad o personas adultas a quienes, dadas sus creencias o valores, les resulta chocantes esas imágenes. En esta dirección, en el caso *Paris Adult Theater I. v. Slaton*, la Corte Suprema afirmó que es posible establecer salvaguardas para impedir su exposición a menores y transeúntes, enfatizando en el derecho de los Estados a mantener una sociedad decente. Pero no sólo en los Estados Unidos de América se excluye el material obsceno de la protección de la libertad de expresión, sino también en el Reino Unido, toda vez que desde el caso *R v. Hicklin* de 1868 se definió la obscenidad como aquel material que persigue depravar y corromper a personas que es probable, dadas las circunstancias, que lean, vean u oigan el asunto. Alguien podría afirmar que la jurisprudencia descrita corresponde a otras sociedades, que tiene su propia escala de valores, que difiere de la nuestra, por lo que los criterios antes descritos no se aplican a nuestro medio. Se trata de ideas exóticas. Sin embargo, el texto constitucional es claro en el sentido de que hay una moral socialmente aceptada que goza de cobertura constitucional. En efecto, el artículo 28 constitucional le otorga a la Asamblea Legislativa la competencia para prohibir las acciones privadas que dañen la moral. Por su parte, el artículo 75 del Código Político condiciona el ejercicio de otros cultos a que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres. Sobre el particular, este Tribunal ha definido la moral y las buenas costumbres como el conjunto de principios y creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofende gravemente a la generalidad de los miembros de la sociedad (véase el voto n.º 4869-04). Ergo, esos principios y creencias fundamentales tienen protección constitucional.

En resumen: una imagen obscena no aporta nada a la verdad, amén de que la difusión de este tipo de material es de escaso o ningún valor social; muy por el contrario, afecta y lesiona el derecho de los menores y los derechos de toda aquella “audiencia cautiva” que a causa de su exhibición pública ven lesionadas sus creencias y sus valores.

II.- LAS IMÁGENES OBSCENAS DEGRADAN A LAS MUJERES

No cabe duda que este tipo de material tiene un efecto muy negativo sobre la imagen que se tiene de la mujer en la sociedad, lo que resulta aún más grave en aquellas sociedades, como la nuestra, donde por razones históricas, sociológicas, de poder y culturales se ha cultivado una imagen del hombre dominante frente a una mujer subyugada y relegada. Este tipo de material denigra a la mujer de múltiples formas. En primer lugar, se le presenta como un objeto sexual, ya que se le exhibe y se le promociona como seres que únicamente existen para la satisfacción sexual de los hombres. Lo anterior, tiene un efecto nocivo, antipedagógico, también sobre la mujer, en especial en aquellas que conforman los conglomerados sociales más vulnerables que, por desgracia son los más, en el sentido de que se les hace creer que su misión, su fin como ser humano, su proyecto de vida, es la satisfacción sexual del varón y, posteriormente, la crianza de los hijos, reduciéndola a una condición social degradante. En segundo término, este tipo de imágenes afectan la dignidad humana o veján o discriminan la imagen la mujer, presentándola como un objeto de consumo erótico aditivo utilizando estereotipos que implícitamente degradan su condición. Muy por el contrario del pensamiento contemporáneo que se encausa a lograr una igualdad real de la mujer en todos los ámbitos de la vida, este tipo de conductas van en sentido contrario. Persiguen, en el fondo, con o sin propósito, mantener estereotipos de las mujeres que en nada contribuyen a lograr tan justo y necesario fin: como es la erradicación de la desigualdad por razones de género. Lo que se persigue lograr con las acciones afirmativas o la discriminación positiva, dada la situación de desigualdad en que se encuentra la mujer, las cuales tienen un carácter temporal y extraordinario, es socavada por aquellas conductas que presentan a la mujer como un objeto de satisfacción sexual para el hombre. En esta dirección, se debe recordar que no sólo se trata de crear las condiciones materiales para que efectivamente se practique una igualdad real entre hombres y mujeres, sino el cambiar los patrones

culturales y de mentalidad para desterrar ideas e instituciones que han colocado a la mujer en una posición de desigualdad.

En síntesis: las imágenes obscenas de la mujer afectan la dignidad humana y constituyen expresiones que en nada ayudan a erradicar la desigualdad de la mujer; muy por el contrario, la mantiene y la prolonga.

III.- LAS IMÁGENES OBSCENAS Y LAS POBLACIONES CAUTIVAS

Debe de quedar claro que la población adulta, en el ejercicio de su libertad, garantizada en el numeral 28 de la Carta Fundamental, no tiene ningún impedimento de acceder a este tipo de material. Sin embargo, lo anterior no conlleva que este tipo de material sea de libre acceso por parte de toda la población, ni tampoco implica que aquella población que a causa de sus convicciones morales y religiosas esté desprotegida contra aquellas imágenes que no quieren ver, oír o leer. En tales casos, cuando a una persona se le coloca en una posición tal que debe soportar algo que es contrario a sus convicciones o creencias, nada más y nada menos que estamos vulnerando sus libertades fundamentales. La situación adquiere una mayor gravedad cuando se trata de menores de edad, a quienes se les expone a mirar, leer o escuchar materiales que pueden afectar su desarrollo emocional o físico. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Hanyside v. Reino Unido*, luego de recordar que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática –afirmación con la cual se está totalmente de acuerdo -, que cualquier limitación debe ser proporcional al fin que se persigue y recordar que la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades, llegó a la conclusión que la información que se incluía en algunos capítulos del libro cuestionado podía desarrollar en las personas jóvenes actividades precoces que les podrían causar daño, o incluso podrían tener consecuencias penales, concluyendo que ese material podría tener efectos perniciosos sobre la moral de muchos niños y adolescentes que lo leyeran. Igual ocurre con las imágenes obscenas que se exponen de forma libre al público. En estos casos, estamos en presencias de “audiencias cautivas”, donde los menores y los adultos que no lo desean, se ven expuesto a ver lo que no deben o lo que no quieren. Cuando una imagen obscena se expone en los puestos de periódico de forma abierta, la posibilidad de control por parte de los menores y de los transeúntes se reduce de forma significativa. La presencia de menores de edad y de adultos

que no consienten las exposiciones públicas de imágenes obscenas, lo cual afecta seriamente su libertad, implica necesariamente que las autoridades tienen un mayor margen para establecer limitaciones razonables y proporcionales encaminadas a armonizar el derechos de quienes publican y los derechos de los menores y la libertad de las personas adultas que no consiente con este tipo de material.

IV.- LA PREVALENCIA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DEL MENOR Y DE LA LIBERTAD DE OTRAS PERSONAS FRENTE AL DERECHO DE AQUELLOS QUE PUBLICAN IMÁGENES OBSCENAS

De conformidad con el numeral 28 de la Carta Fundamental y el numeral 19 de la Ley General de la Administración Pública el régimen jurídico de los derechos fundamentales está reservado a la Ley formal. Nótese que el numeral 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite que, mediante Ley, se establezcan responsabilidades **ulteriores necesarias** para asegurar la moral pública. En el caso que nos ocupa, en principio, la reserva de Ley no se aplica en vista de que las imágenes obscenas no gozan de la protección constitucional, ya que no son una manifestación de la libertad de prensa. En pocas palabras, no está en entredicho la libertad de expresión. Sin embargo, ocurre que como las imágenes se insertan en un medio de comunicación escrito cualquier **limitación ulterior** –se debe recordar que la censura previa no está permitida– para garantizar la moral pública, ha de ser razonable y proporcionada, y tener origen en una Ley. Lo anterior supondría que el presente recurso de amparo debería ser declarado sin lugar; empero, el asunto que nos ocupa tiene otra arista que es subsumible dentro de la competencia de este Tribunal. En efecto, de lo que se trata es de determinar si el derecho, no constitucional, de aquellas personas o empresas que insertan imágenes en un medio de comunicación colectiva escrita tiene o no prevalencia sobre la libertad de las personas adultas que son parte de una “audiencia cautiva” y que se ven expuestas a ver lo no deseado y querido y los derechos de los menores. No cabe duda de que estamos frente a una colisión de derechos, uno de naturaleza no constitucional y, por consiguiente, que no tiene la connotación de fundamental, y otros fundamentales –la libertad de las personas garantizado en el numeral 28 constitucional– y el derecho superior de los menores. Es en este contexto, que el Tribunal Constitucional debe de resolver el asunto. En relación con la libertad de las personas adultas que no quieren ver las imágenes obscenas que se

exponen al público, no cabe duda que se debe optar por ésta, y no por la del medio de comunicación colectiva. En primer lugar, porque si los derechos fundamentales no son absolutos, tal y como lo han reconocido de forma reiterada los Tribunales internacionales de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales, por lo que resulta competente el Poder Legislativo para fijar limitaciones mediante el ejercicio de la potestad de legislar, siempre y cuando no conculque o elimine el contenido esencial del derecho, sean razonables y proporcionales y esté de por medio intereses superiores (véase el voto n.º 1115-94), debiéndose escoger aquella opción que no sólo alcanza el fin propuesto, sino también que resulta ser la menos gravosa dentro de un elenco de alternativas posibles para el derecho o libertad fundamental, con mucho más razón cuando se trata de una actividad que no es la manifestación del ejercicio de una libertad pública, en este caso de la libertad de prensa. Por otra parte, conviene traer a colación la máxima de que mi libertad termina donde comienza la de los demás. Si lo anterior es cierto para los derechos fundamentales, a fortiori, cuando no se está en el ejercicio de una libertad fundamental; en este supuesto, este principio expande toda su fuerza. Ergo, si dicha actividad está lesionando la libertad de los demás, en este caso la libertad de las personas adultas que son expuestas a ver lo que no quieren ver, necesariamente este Tribunal debe amparar esta libertad frente a una actividad que resulta perniciosa y que lesiona la libertad de las demás personas. En tercer término, tal y como ha quedado expuesto, este Tribunal debe garantizar, a toda costa, el interés superior del menor, de forma tal que éste no quede expuesto a imágenes obscenas que afectan su desarrollo emocional y físico. Sobre el particular, la Convención del Derecho del Niño señala, en su artículo 17, lo siguiente:

“Artículo 17. Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;

(...) e) *Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.*”

Cuando entra en colisión la libertad de expresión, lo cual no ocurre en este caso de forma directa porque las imágenes obscenas no tienen protección constitucional, aunque sí de forma indirecta al insertarse las imágenes en un medio de comunicación escrita, y el interés superior del menor, no cabe duda que el Juez constitucional debe amparar este último en demérito de aquélla. En esta dirección, la Corte Constitucional colombiana, en la acción de tutela n.º T-391/07, con acierto, ha señalado lo siguiente: *“En consecuencia, en casos en los que potencialmente esté de por medio la preservación de los derechos de menores de edad, en particular ante transmisiones de información e imágenes a través de los medios de comunicación que pueden ser perjudiciales para su desarrollo integral, los jueces han de prestar especial atención a su protección, y a la armonización concreta de los derechos enfrentados, sobre la base de la prevalencia de los derechos de los niños –que puede vencer, por mandato expreso del artículo 44 de la Constitución, la primacía ab initio de la libertad de expresión-. En ocasiones anteriores, la Corte Constitucional ha explicado que los conflictos entre la libertad de expresión y los derechos de los niños se han de abordar constitucionalmente sobre la base de la prevalencia de los segundos. Sin embargo, el carácter prevaleciente de los derechos de los menores de edad no otorga a las autoridades completa discrecionalidad para limitar la libertad de expresión a su agrado; las limitaciones establecidas para proteger a los menores de edad también deben cumplir con la totalidad de las condiciones constitucionales que se explican en el presente acápite, y no pueden invocarse como un comodín para limitar la libertad de expresión cada vez que se anticipe que quizás algún niño sea receptor de la información, las opiniones y las imágenes divulgadas por un medio masivo de comunicación. Se debe recordar que en este tipo de casos, el juez constitucional ha de garantizar que, por virtud de la protección de los derechos de los niños, no se termine restringiendo indebidamente la libertad de expresión”.* Por su parte, este Tribunal, en la sentencia n.º 17364-08, ha señalado sobre el interés superior del menor lo siguiente:

“Sobre el interés superior del niño (a).- En materia de los derechos especiales que tienen los niños se encuentran varias normas de rango constitucional, internacional e infraconstitucional; reconociéndose en

todas ellas el interés superior del niño (a) como criterio de toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años. “La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido” así reza el artículo 51 de nuestra Carta Magna. En igual sentido **la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas** (aprobada y ratificada por nuestro país, mediante, la Ley No. 7184 del 18 de julio de 1990, la cual entró en vigencia, a tenor del numeral 2 de ese instrumento legal, el día de su publicación en La Gaceta No. 149 del 9 de agosto de 1990), le establece una serie de derechos a cualquier niño, independientemente, de su raza o nacionalidad (artículo 2º), tales como: el derecho a ser cuidado por sus padres (artículo 7º), el derecho a un “nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” reconociéndose a los padres como los responsables primordiales de proporcionarles las condiciones de vida necesarias para su desarrollo y el deber del Estado de adoptar “medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho” (artículo 27) y en caso de tratarse además de un niño (a) mental o físicamente impedido el derecho a “disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren dignidad, permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad” además de “recibir cuidados especiales” (artículo 23). Por otro lado, **la Declaración Universal de Derechos Humanos** del 10 de diciembre de 1948, precisa en su artículo 16, párrafo 3º, que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (en idéntico sentido artículo 23, párrafo 1º, del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966). Por su parte, el artículo 25, párrafo 2º, de la supraindicada Declaración señala que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...” y, finalmente, en el artículo 24, párrafo 1º, se establece que “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna... a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. De las normas de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos transcritas, resulta, a todas luces, que los Estados tienen como deberes fundamentales la protección del interés superior del niño, evitando la desmembración del núcleo familiar y promover las condiciones necesarias para que gocen de la presencia permanente de la autoridad parental en especial cuando el niño (a) requiere cuidados

especiales. Los derechos humanos o fundamentales y las obligaciones correlativas de los poderes públicos, han sido también, desarrollados en el plano infraconstitucional, tenemos así el Código de la Niñez y de la Adolescencia en general y la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, cuando se trate además de un niño (a) con necesidades especiales. Así, el **Código de la Niñez y de la Adolescencia** (Ley No. 7739) puntualiza que el norte interpretativo de toda acción pública o privada debe ser el interés superior del niño (artículo 5º). El ordinal 12 de ese cuerpo normativo estipula que el Estado deberá garantizar el derecho a la vida “con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral”. El numeral 29 establece la obligación del padre, la madre o la persona encargada de “velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años” y de “cumplir con las instrucciones y los controles que se prescriban para velar por la salud de las personas menores de edad bajo su cuidado” (artículo 45). Por su parte, además de todo lo dicho, cuando el niño (a) requiera de necesidades especiales en razón de su discapacidad entendida como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (artículo I de la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad) es aplicable además los derechos de las personas discapacitadas, reconocidos también en normas internacionales (Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad ratificada por la Asamblea Legislativa mediante Ley N° 7948) y con rango legal la **Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad** N° 7600, publicada en La Gaceta del 29 de mayo de 1996. Así pues, a las personas discapacitadas se les debe garantizar igualdad de oportunidades, mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales o psicológicos que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad, en este sentido define el artículo 2 la estimulación temprana cuando dice que es toda aquella “atención brindada al niño entre cero y siete años para potenciar y desarrollar al máximo sus posibilidades físicas, intelectuales, sensoriales y afectivas, mediante programas sistemáticos y secuenciados que abarcan todas las áreas del desarrollo humano...” y el artículo 13 de la Ley General de Salud No. 5395, del 30 de octubre de 1973 cuando reconoce el deber

de los padres y el Estado de velar por la salud y el desarrollo de los niños: “Los niños tienen derecho a que sus padres y el Estado velen por su salud y su desarrollo social, físico y psicológico. Por tanto, tendrán derecho a las prestaciones de salud estatales desde su nacimiento hasta la mayoría de edad. Los niños que presenten discapacidades físicas, sensoriales, intelectuales y emocionales gozarán de servicios especializados.” En conclusión, luego de todo lo dicho es claro que a los niños le asisten una serie de derechos especiales y correlativamente al Estado y los padres o encargados de los niños le asisten una serie de obligaciones y deberes para con ellos, más aún cuando se trate de niños con necesidades especiales, todo lo cual tiene respaldos en numerosos instrumentos internacionales, en nuestra Constitución Política y en normas legales”.

V.- SOBRE EL CASO CONCRETO

Las imágenes que cuestionan los recurrentes efectivamente tienen la característica de ser obscenas –imágenes realizando el acto sexual, donde se cubren los órganos genitales de las personas con una franja negra, página 15 de la edición del 18 de abril del 2008, folio 15 del expediente judicial; la que se encuentran al folio 2 del expediente judicial, la de la edición del 26 de mayo del 2009, página 18, folios 44 y 45 del expediente judicial; la de la portada del 23 de mayo del 2009, folios 46 y 107; la de la página 2 de la edición del 27 de mayo del 2009, folio 47 del expediente judicial; la de la página 3 de la edición del 23 de mayo del 2009, folio 49 del expediente judicial; la de la página 13 de la edición del 21 de mayo del 2009, folio 49 vuelto del expediente judicial; la de la edición del 22 de mayo del 2009, folio 50 del expediente judicial; la de la portada de la edición del 28 de febrero del 2009, folio 100 del expediente judicial; la del Diario la Teja, folio 101 del expediente judicial y; por último, la de la portada de la edición del 8 de mayo del 2009, folio 108 del expediente judicial-. En primer lugar, por medio de éstas, los medios de comunicación no proyectan ningún pensamiento o idea a la audiencia. En segundo término, ninguna de éstas tiene ningún valor artístico, literario o científico. Por otra parte, están diseñadas de forma tal que lo que estimulan en las personas es lo impúdico, lo deshonesto, aspecto que no se elimina, ni siquiera se atempera, con el hecho de que se haya puesto una “franja negra” sobre los genitales de quienes están realizando el acto sexual. Asimismo, las mujeres son presentadas en posiciones que estimulan o despiertan un interés morboso, lascivo o impúdico en el sexo, lo que lesiona la libertad de la “población cautiva”

que, como los amparados, se ven expuestos involuntariamente a este tipo de imágenes, así como los derechos de los menores de edad. No debe de perderse de vista, en este asunto, que dichas imágenes se exhiben de forma abierta en los puestos de periódicos, de revistas, supermercados, etc. Además, también hay que tomar en cuenta que, como son medios de circulación masiva, sin restricción alguna por lo que señala el numeral 28 de la Carta Fundamental y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todas las personas e, incluso los menores, pueden tener acceso libre a este tipo de imágenes.

COLORARIO: Llegamos a la conclusión que el Diario Extra, al publicar las imágenes obscenas que en este proceso constitucional de garantías se cuestionan, ha lesionado la libertad de los amparados y los derechos de los menores, dañando con dicha conducta la moral pública, por lo que declaramos con lugar este recurso en todos sus extremos, sea la condena a pago de daños y perjuicios al Diario Extra, los cuales se deberán liquidar por medio de la ejecución de sentencias en el Código Procesal Civil.

Ana Virginia Calzada M. Fernando Castillo V.

Magistrada Magistrado

FCV/pmc.-

Expediente N° 08-006902-0007-CO

Nota separada de los Magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro, con redacción del segundo:

Determinar en esta instancia si una publicación puede calificarse como obscena, es un tema que trasciende la misión de un tribunal de garantías constitucionales. El tema podría plantearse a propósito de una acción de control o de censura, ex ante o ex post, situación en la que esta instancia judicial tendría que valorar, íntegramente, lo que señala el artículo trece de la Convención Americana de Derechos Humanos. La tutela de la infancia y de la dignidad de la mujer, si bien son temas de indudable trascendencia, no es posible emitir un pronunciamiento como lo pretenden los amparados, tal como se expresa en el voto de mayoría. Empero, esta limitación no impide al parlamento plantearse una posible reforma legal que complemente la existente, imponiendo algunas limitaciones y controles, cuyo contenido no conculque la

libertad de pensamiento y de expresión, según lo prevé con amplitud el artículo trece de la Convención Americana de Derechos Humanos. El delicado equilibrio entre la libertad de expresión, la prohibición de la censura previa, la tutela de las personas menores de edad, así como el fortalecimiento de la dignidad de la mujer, erradicando estereotipos lesivos de su dignidad, requiere una respuesta legislativa específica, puesto que el marco normativo constitucional y convencional no legitima a este tribunal definir una situación en la que la convergencia de valores, contradictorios y complementarios, requiere una prudente autocontención.

Gilbert Armijo S.Fernando Cruz C.

Disponible en:

http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=633485&strTipM=T&strDirSel=directo

2012

CENSURA A LA CAMPAÑA PUBLICITARIA DE FERTILIZACIÓN IN VITRO. RESOLUCIÓN NO. 5178-2012

Exp : 11-008601-0007-CO

Res. N°2012-005178

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas treinta minutos del veinte de abril del dos mil doce.

RECURSO DE AMPARO PRESENTADO POR J. N. G CÉDULA DE IDENTIDAD [...], L. R. C, CÉDULA DE IDENTIDAD [...], A FAVOR DE M. N. R, CONTRA EL MINISTERIO DE GOBERNACIÓN Y POLICÍA.

RESULTANDO:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala, el once de julio del dos mil once, los accionantes presentan recurso de amparo contra el Ministerio de Gobernación y Policía. Acusan lesión a la libertad de expresión y debido proceso. El veintiocho de junio del dos mil once, la Dirección Nacional de Control de Propaganda, ordenó sacar del aire las cuñas con la voz de su hija M. N. R, por medio de una resolución que no se encuentra debidamente fundamentada, pues únicamente se indicó se prohibían los anuncios pues participan menores de edad y el hecho de que una niña diga que mataron a sus hermanos en un laboratorio constituye una discriminación hacia las personas que nacieron bajo estas técnicas, de Fecundación In Vitro. Aclara que no existe discriminación, se informa sobre una verdad científica, probada por cientos de estudios y reconocida por las propias clínicas que practican la Fecundación In Vitro.

2.- Mario Zamora Cordero, Ministro de Gobernación Policía y Seguridad Pública y José Antonio Pastor Pacheco, Director de la Oficina de Control de Propaganda informan, mediante Decreto Ejecutivo 11235-G se crea la Oficina de Control de Propaganda como dependencia del Ministerio de Gobernación, oficina que se encarga de revisar o improbar el material propagandístico que regula la Ley 5811. Por auto de prevención 38-11 de las doce horas veinte minutos del veintiocho de junio del dos mil once, la Oficina de Control de Propaganda ordena al Director de Radio Fides suspender de forma inmediata la campaña publicitaria. El treinta de

junio, la Oficina de Control de Propaganda, recibe recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la prevención 38-11. Por resolución 229-11 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio del dos mil once, la Oficina de Control de Propaganda rechazó recurso de revocatoria. Por oficio 245-2011 se traslada el recurso de apelación. Por oficio 641-2011-ALG, la Asesoría Jurídica hace devolución a la oficina de origen, indicando que de previo al conocimiento del recurso de segunda instancia debe cumplirse con el artículo 22 del Reglamento 112356-G del diez de octubre de mil novecientos setenta y nueve, sea obtener el criterio del Consejo Asesor de Propaganda para completar el expediente y remitirlo al despacho.

3.- M. A. G. Ch, Apoderado Generalísimo sin límite de suma de las Temporalidades de la Arquidiócesis de San José, aporta por escrito el contenido de las catorce cuñas referentes a la Fertilización in Vitro para la vida humana.

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

Redacta el **Magistrado Piza R.**; y,

CONSIDERANDO:

I.- OBJETO DEL RECURSO: Acusan los accionantes lesión a la libertad de expresión y debido proceso por la suspensión de la campaña publicitaria de [...] –catorce cuñas radiales- sobre la oposición a la Fecundación In Vitro, utilizando la voz de una niña para tal fin.

II.- HECHOS PROBADOS: De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos

a- El veintiocho de junio del dos mil once, el Patronato Nacional de la Infancia presenta denuncia ante la Oficina Nacional de Control de Propaganda, referente a las cuñas radiales de [...] contra la Fecundación In Vitro, por incluir niños y niñas en una discusión de personas adultas, discriminar a un grupo de niños y niñas nacidos de la Fecundación In Vitro y violentar el derecho a la integridad física y emocional, la privacidad, el honor y la dignidad e imagen de las personas menores de edad (ver informe);

a-Por auto de prevención 38-11 de las doce horas veinte minutos del veintiocho de junio del dos mil once, se ordena al Director de [...] suspender de forma inmediata la campaña publicitaria. Establece que la Convención sobre los Derechos del Niño, impone al Estado costarricense la obligación de velar por el cumplimiento de la Ley y la potestad de aprobar o improbar la dilución de la propaganda comercial que atente contra los valores infantiles a proteger. Al incluirse en la publicidad la voz de una niña diciendo que la Fecundación In Vitro atenta contra la vida se está estigmatizando a todos los niños nacidos bajo este tipo de fecundación y violenta el aparte segundo del artículo de la citada Convención, ratificada por Costa Rica que indica *“Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o creencias de sus padres o sus tutores o de sus familiares”*. Se pretende evitar daños de difícil reparación en la población, en especial en nuestros niños y niñas, sectores socialmente vulnerables, evitando así distorsionar los valores y la concepción sobre la dignidad de la familia y de la mujer (ver resolución);

El treinta de junio del dos mil once, la Oficina de Control de Propaganda, recibe recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la prevención 38-11. (ver informe); Por resolución 229-11 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio del dos mil once, la Oficina de Control de Propaganda rechazó recurso de revocatoria (ver informe); Por oficio DNCOP-367-2011 del cinco de julio del dos mil once, el Director de la Oficina de Control de Propaganda traslada el recurso de apelación al Ministro de Gobernación (ver informe); Por oficio 641-2011-ALG, la Asesoría Jurídica hace devolución a la oficina de origen, indicando que de previo al conocimiento del recurso de segunda instancia debe cumplirse con el artículo 22 del Reglamento 112356-G del diez de octubre de mil novecientos setenta y nueve, sea obtener el criterio del Consejo Asesor de Propaganda para completar el expediente y remitirlo al despacho (ver informe); La grabación de las catorce cuñas publicitarias contiene información sobre la técnica de Fecundación in Vitro: **Cuña #1: Locutor:** Este es un mensaje de [...], sobre la Fecundación In Vitro- [...] Dado que en este momento el Gobierno de Costa Rica, evalúa a petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la prohibición de la FIV vigente en el país desde el año dos mil y ante la posibilidad que

se reinstaure una técnica que todavía hoy infringe la barrera que tutela la dignidad humana, los obispos de la CECOR nos sentimos en el deber de iluminar las conciencias de los fieles católicos y de todas las personas de buena voluntad, manifestando nuestro compromiso cristiano, con el respecto incondicional a la vida humana desde su concepción. **Cuñía #2:** Locutor: Este es un mensaje de [...] sobre la Fecundación In Vitro- [...] Aunque la FIV es frecuentemente representada a la opinión pública, como la última oportunidad para las mujeres que sufren esterilidad, quienes la promueven, ocultan que dicha técnica conciente que los seres humanos, en el estado más débil y más indefenso de su existencia sean seleccionados, abandonados, asesinados o utilizados como material biológico.

Cuñía #3: Locutor: Este es un mensaje de [...] sobre la Fecundación In Vitro- [...]: La iglesia conoce el sufrimiento de los esposos que no alcanzan la anhelada descendencia, advirtiéndoles la angustia de estas personas y acompañándolas en el dolor que experimentan, la iglesia les recuerda que un hijo es siempre un don y consecuentemente no puede constituir un medio para satisfacer una necesidad o un deseo, sino que la dignidad como persona exige que se le trate siempre como fin, por el reconocimiento y la tutela al derecho a vivir. **Cuñía #4: Niña: Mi vida no se negocia.**

Locutor 1: Sabía usted que un embrión es un ser humano con toda la dignidad de la persona, sin embargo más de un noventa por ciento de los embriones producidos por la fecundación in Vitro mueren...esto sin contar a los embriones que se descartan en el laboratorio o son congelados.

Locutor 2: Como nos enseña el Beato Juan Pablo II: "Las técnicas de reproducción artificial, que parecerían puestas al servicio de la vida y que son practicadas no pocas veces con esta intención, en realidad dan pie a nuevos atentados contra la vida" (EV14). Niña: La Fecundación in Vitro atenta contra la vida. **Cuñía #5: Niña:** Mi vida no se negocia.

Locutor 1: Sabía usted que Costa Rica no ha sido condenada a prohibir la fecundación in Vitro y que nuestro país tiene derecho a no aceptarla?

Locutor 2: Como nos enseña el Beato Juan Pablo II: "Las técnicas de reproducción artificial, que parecerían puestas al servicio de la vida y que son practicadas no pocas veces con esta intención, en realidad dan pie a nuevos atentados contra la vida" (EV14). **Niña:** La Fecundación

in Vitro atenta contra la vida. **Cuñ#8: Niña:** Mi vida no se negocia. **Locutor 1:** Sabía usted que “Los cristianos no podemos permitir que los seres humanos (y el embrión lo es) sean tratados como si fueran cosas que se pueden reproducir, manipular o comercializar. El fin nunca puede justificar los medios. El deseo de alguien a tener un hijo no puede prevalecer sobre el derecho fundamental a la vida”. **Locutor 2:** Como nos enseña el Beato Juan Pablo II: “Las técnicas de reproducción artificial, que parecerían puestas al servicio de la vida y que son practicadas no pocas veces con esta intención, en realidad dan pie a nuevos atentados contra la vida” (EV14). **Niña:** La Fecundación in Vitro atenta contra la vida. **Cuñ#9: Niña:** Mi vida no se negocia. **Locutor 1:** Sabía usted que “Antes que el supuesto derecho a la tener un hijo, debe prevalecer el hecho que ese hijo, (por su dignidad de persona desde el momento de la concepción), si que tiene derecho a ser tratado con máxima dignidad y no como si fuera algo que se puede reproducir, manipular o comercializar). El hijo es un don no un derecho ni un producto. **Locutor 2:** Como nos enseña el Beato Juan Pablo II: “Las técnicas de reproducción artificial, que parecerían puestas al servicio de la vida y que son practicadas no pocas veces con esta intención, en realidad dan pie a nuevos atentados contra la vida” (EV14). **Niña:** La Fecundación in Vitro atenta contra la vida. **Cuñ#10: Niña:** Yo soy una persona, no un cosa y tengo derecho a vivir. **Locutor:** Este es el sonido de la lucha por vivir. La FIV atenta contra la vida. **Cuñ#11: Niña:** Papi, mami, yo le habría hecho falta de no haber nacido. **Locutor:** Por uno que pudiste ver, ocho murieron en un laboratorio. La FIV atenta contra la vida. **Cuñ#12: Niña:** Hola, soy Sofi, la tercera de ocho hermanitos y aunque mis papitos me amen con todo su corazón, se que para venir al mundo, mis otros siete hermanitos murieron en un laboratorio. **Locutor:** Quién tiene derecho a decidir sobre la vida de los otros. La FIV atenta contra la vida. **Cuñ#13: Niña:** Yo nací, porque mis hermanitos no? **Locutor:** Podrá contener la conciencia, la muerte de tantos indefensos? La FIV atenta contra la vida. **Cuñ#14: Niña:** Tu derecho a ser mamá, no está por encima de mi derecho a vivir. **Locutor:** Hay otras maneras de llegar a ser padres. La FIV atenta contra la vida (ver informes y grabación presentada por la autoridad recurrida).

III.- SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA:

En cuanto al concepto de libertad religiosa, esta Sala ha dispuesto en resolución 3173-93 de las catorce horas con cincuenta y siete minutos del seis de julio d mil novecientos noventa y tres, lo siguiente:

externamente la creencia hecha propia. **Además la integran la libertad de proselitismo o propaganda**, la libertad de congregación o fundación, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y asociación y los derechos de las comunidades religiosas, etc.

VIII.- La libertad de culto, en cuanto manifestación externa de la libertad religiosa, comprende el derecho a mantener lugares de culto y a practicarlo, tanto dentro de recintos como en el exterior, siempre dentro de las limitaciones establecidas por el ordenamiento, sea por norma constitucional o norma legal. En este sentido, es el mismo texto constitucional que permite el libre ejercicio en la República de otros cultos -de la religión católica-, siempre y cuando “no se opongan a la moral universal, ni a las buenas costumbres” (artículo 75)

IX.- El artículo 75 de la Constitución dispone que el Estado debe contribuir al “mantenimiento” de la religión Católica, esta norma constitucional no puede interpretarse en sentido restrictivo; por el contrario, se entiende que el Estado tiene una obligación, en sentido general, de cooperar con las diferentes confesiones religiosas que profesan los habitantes del país y en forma específica con la Iglesia Católica. Esta obligación constitucional consiste en posibilitar la formación religiosa en los centros docentes públicos, en la creación necesaria para su desarrollo y no concretamente en la asistencia de financiamiento económico. Con esto, la norma suprema considera de interés general la satisfacción de las necesidades religiosas, pese a la existencia de personas que no participen de ellas. Además, debe interpretarse, no como un indicador de parcialidad de la Constitución en beneficio de una confesión religiosa determinada, sino como un indicador de una realidad sociológica, cual es la mención expresa a la confesión indiscutiblemente más arraigada y extendida en nuestro país, lo que en ningún momento implica una discriminación por parte de los poderes públicos para las demás confesiones o para los ciudadanos a confesionales. Por su parte, la sentencia número 6139-96 de las quince horas treinta minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y seis, señaló “III. Alega el recurrente que lo actuado por la funcionaria accionada lesiona en perjuicio de la amparada su libertad de culto. No hay que olvidar que la libertad de culto es un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política (en el artículo 75, que se refiere al “libre ejercicio en la República de otros cultos (además del católico) que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres”). La Convención Americana sobre Derechos

Humanos -para no citar otros instrumentos internacionales-, más amplia y actualizada, lo contempla en el artículo 12, que al referirse a la libertad de conciencia y de religión dice que este derecho implica (entre otras cosas) “la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”. Es decir, de la libertad en materia religiosa -que se expresa en creencias religiosas que a su vez se manifiestan socialmente- deviene como cosa natural la libertad de culto, que, como suele decirse, es la libertad para realizar prácticas religiosas externas (como la celebración de ritos que supongan incluso la enseñanza religiosa), y que, desde luego, incluye el derecho a establecer y mantener lugares para el culto. De otro lado, si la libertad de religión tiene tanto un carácter individual como colectivo (caso en el cual es un derecho que en términos generales se ejerce mediante las confesiones religiosas o los grupos con específica finalidad religiosa, sobre todo en cuanto no se trata de derechos personalísimos), su cobertura alcanza a los derechos de asociación con fines religiosos (posiblemente, la Asociación Nacional de Comunidades Cristianas es un ejemplo de ello) y de reunión con los mismos fines. Conviene agregar, finalmente, que la libertad de culto no es una libertad ilimitada: por el contrario, ya se mencionó que el artículo 75 de la Constitución Política subordina su ejercicio a ciertos límites cuya definición corresponde a la ley Asimismo, mediante sentencia 2002-08557 de las quince horas contreinta siete minutos del tres de setiembre del dos mil dos, indicó: **“III.- Sobre el fondo.** La libertad de creencias, reconocido por el artículo 75 constitucional, es un género que comprende no sólo la libertad religiosa o de ejercer libremente su culto, sino que comprende el derecho de desarrollar y cultivar las convicciones individuales sin ser perturbados por el Estado. La libertad religiosa se inserta en la más comprensiva libertad de creencias nacida en la historia de la humanidad a partir de la Paz de Westfalia, como un reconocimiento a la tolerancia por parte de la Iglesia. El principal efecto de este reconocimiento es que nadie puede ser perjudicado ni favorecido por causa de sus creencias. También hay un trasfondo de respeto de igualdad ante la ley en este principio. El Derecho de profesar libremente el culto es la libertad de practicar una creencia religiosa. Ello significa libertad de exteriorización religiosa -no de creencia en la intimidad, pues ella escapa al alcance del derecho-, siempre que no afecte el orden, la moral o la seguridad pública (artículo 28 constitucional)...”.

Dado que en el presente caso, se defiende el derecho de un medio de comunicación de vocación religiosa (Radio Fides), de difundir colectivamente sus creencias, lo que en efecto se constata, es obvio que el artículo 12, inciso 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el que establece que

“Artículo 12. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.”

En este caso, las cuñas radiales cuya difusión fue suspendida por la Oficina Nacional de Control de Radio, corresponden a la exteriorización de valores y creencias religiosas, por un medio de comunicación de vocación religiosa, por lo que, en tales circunstancias, cualquier violación a la libertad de difusión de esos valores y creencias, debe considerarse contrario al derecho a la libertad religiosa, a menos que lo que se divulgue afecte directa y claramente otros valores en juego del mismo rango –orden y moral públicas, derechos de los demás- o que se incite abiertamente al odio o a la violencia.

IV.- SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: Por resolución 2002-08867 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del once de setiembre del dos mil dos, este Tribunal sostuvo lo siguiente:

“c.- Sobre la propaganda electoral.- La propaganda es una actividad cuyo objetivo es influenciar en la opinión y en la conducta de la sociedad, con el fin de que sus miembros adopten determinadas conductas que interesan a quien promueve la actividad propagandística. La propaganda es una técnica o medio de comunicación para influir colectivamente. Por su parte, la propaganda electoral es aquella de contenido político que se enmarca dentro del proceso electoral y que se orienta a que los electores adopten cierta conducta, es decir fundamentalmente a que voten por los candidatos de determinado partido político. El derecho de los particulares para efectuar propaganda electoral deriva de los derechos constitucionales de la libertad de información y libre emisión del pensamiento que consagran los artículos 28 y 29 de la Constitución Política. No obstante, la propaganda electoral puede tener limitaciones, dado que sólo es constitucionalmente válido la prohibición que no causa

daños innecesarios, es por ello por ejemplo que la limitación temporal de la propaganda electoral está justificada en razones de orden público

d.- Sobre la libertad de pensamiento.- De previo a resolver sobre el fondo del extremo alegado, es conveniente analizar la concepción que sobre la libertad de expresión, y el derecho a recibir información que ha mantenido esta Sala, con el fin de delimitar el contenido y los alcances de los derechos que considera violentados el accionante. La libertad de pensamiento es uno de los principios sobre los que descansa el régimen democrático y su limitación sólo puede realizarse por razones muy calificadas. El artículo 29 de la Constitución Política consagra la libertad de información, al disponer 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 ese derecho, en los casos y de modo que la ley establezca”. La libertad de expresión forma parte de la libertad de información y en un Estado de Derecho, implica una ausencia de control por parte de los poderes públicos, y de órganos administrativos al momento de ejercitar ese derecho, lo que quiere decir que no es necesaria autorización alguna para hacer publicaciones, y que no se puede ejercer la censura previa, salvo que esté de por medio la salud, la seguridad nacional, la moral y las buenas costumbres, como es el caso de los espectáculos públicos. El ejercicio de la libertad de expresión no puede ser ilimitado, ya que de ser así, los medios de comunicación ó cualquier sujeto de derecho, se podría prestar para propagar falsedades, difamar o promover cualquier tipo de desórdenes y escándalos. Es por ello que la libertad de información trae implícito un límite, que funciona como una especie de autocontrol para el ciudadano que ejercita ese derecho, en el sentido de que si comete un abuso será responsable de él, en los casos y del modo en que la ley lo establezca. De allí que existan, en nuestro ordenamiento, figuras penales como la injuria, la calumnia o la difamación , que pueden ser la consecuencia de un abuso en el ejercicio del derecho de información.

d.- Sobre el derecho de información.- La Sala en sentencia No. 8109-98 de las catorce horas con veintiún minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y ocho dispuso

“...IV.- El Derecho de Información es aquel que permite a todas las personas recibir información suficientemente amplia sobre determinados hechos y sobre las corrientes de pensamiento y a partir de ellos escoger y formarse

sus propias opiniones. Ello se logra a partir de dos vías diferentes: mediante la exposición objetiva de los hechos y por el pluralismo de las corrientes ideológicas. Asimismo, la Libertad de Expresión y de Pensamiento constituye un derecho fundamental que le permite al individuo dentro de un amplio ámbito de libertad, formular criterios personales de lo que éste considere adecuado o no, para responder a determinadas situaciones; permitiendo a la vez, poder comunicar sin censura previa, el resultado de su planteamiento ideológico. Este derecho tiene una gran trascendencia, ya que contribuye a la formación de la opinión pública, mediante los aportes intelectuales del individuo que ejerce opiniones o conceptos ya establecidos, o bien criticándolos. El ámbito de libertad es muy amplio, pues en él se comprenden todas las manifestaciones que realizan los individuos sobre política, religión, ética, técnica, ciencia, arte, economía, etc., por lo que de lo anterior se desprende que el ejercicio de la Libertad de Expresión y la Libertad de Pensamiento excluye la censura previa, ocurriendo que el control existente se da a posteriori y sobre los excesos sujetos al abuso de tales libertades, excluyéndose de tal prohibición los considerados espectáculos públicos

C.- Sobre censura previa.- En la sentencia citada anteriormente también se dispuso: *“V.- Como censura previa entiende esta Sala, aquel control, examen o permiso, a que se somete una publicación, texto u opinión, con anterioridad a su comunicación al público y tiene como objetivo, realizar un control preventivo de las manifestaciones hechas por un medio de comunicación colectiva, ya bien sea radiofónico, televisivo o impreso. Este concepto no sólo se incorpora a nuestra Constitución Política en el artículo 29, sino que también se hace visible en los artículos 13 y 14 del Pacto de San José, en el que se consagra el derecho a la información, en su forma más amplia, prohibiendo la censura previa, salvo casos especiales. A pesar de la gran amplitud que tiene el individuo para formar según criterios personales, opiniones y a su vez, poder expresarlas con toda libertad, no debe esto, hacer pensar que el ejercicio de estas libertades no tiene límite alguno. La libertad de expresión y la libertad de pensamiento, al igual que el resto de las libertades públicas no son irrestrictas; todas tienen límites que vienen dados del mismo Orden Constitucional. Al respecto esta Sala en sentencia N° 3173-93 de las horas de mil novecientos noventa y, manifestó*

“II.- Los derechos fundamentales de cada persona, deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio

de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa y necesaria para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo, el principio de la coexistencia de las libertades públicas -el derecho de terceros- no es la única fuente justa para imponer limitaciones a éstas; los conceptos "moral", concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofende gravemente a la generalidad de sus miembros-, y "orden público", también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales. III- No escapa a esta Sala la dificultad de precisar de modo unívoco el concepto de orden público, ni que este concepto puede ser utilizado, tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones en nombre de los intereses colectivos a los derechos. No se trata únicamente del mantenimiento del orden material en las calles, sino también del mantenimiento de cierto orden jurídico y moral, de manera que está constituido por un mínimo de condiciones para una vida social, conveniente y adecuada. Constituyen su fundamento la seguridad de las personas, de los bienes, la salubridad y la tranquilidad."

Por su parte la resolución 2004-09759 de las catorce horas con cincuenta y un minutos del primero de setiembre del dos mil cuatro, dispuso sobre la libertad de expresión en materia de publicidad:

"IV.- El primero de ellos es que, en efecto, conseguir –onerosa o gratuitamente- la publicación o difusión de información a través de los espacios que los medios de comunicación ponen a disposición del público forma parte de la libertad tutelada por el artículo 13 en la fórmula amplia que utiliza su primer párrafo. Esta afirmación debe verse temperada por la jurisprudencia de este Tribunal, según la cual la protección de la libertad de expresión en materia de publicidad es accesoria a la de la libertad comercial, en los términos que siguen: *"La propaganda comercial es hoy en día una de las principales herramientas de quienes pretenden vender bienes y servicios, pues les permite dirigir su mensaje comercial a la mayor cantidad de personas con el fin de que los adquieran. Si bien puede difundirse a través de medios de comunicación colectiva, como periódicos, radioemisoras o canales de televisión, es una actividad cuyo objetivo principal es disuadir y convencer a los consumidores de la conveniencia o necesidad de adquirir un bien o servicio determinado, por lo que a juicio de este Tribunal es una actividad que, fundamentalmente, se relaciona con la libertad de empresa. El contenido esencial de esta libertad,*

consagrada en el artículo 46 de la Constitución Política, involucra la libre escogencia de la actividad empresarial, la determinación de la estructura de la empresa, así como de los medios necesarios para la consecución de los fines escogidos, entre los cuales es de singular importancia obtener un lucro razonable. Es por ello que el ejercicio del derecho de hacer propaganda comercial está sujeto a limitaciones, también de rango constitucional, cuyo fundamento se encuentra en el numeral 28 constitucional, que establece como límite general a las libertades públicas la moral, el orden público y el daño a terceros, y en el artículo 46 párrafo último de la Constitución, que consagra el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, del medio ambiente, de la seguridad e intereses económicos, así como el derecho de recibir información adecuada y veraz, a elegir libremente y recibir un trato equitativo. Asimismo, es constitucionalmente legítima la restricción de la propaganda comercial, en atención a la protección de valores y principios también de primer orden, como la dignidad de las personas, y el bienestar de la familia y de los menores de edad, que gozan de reconocimiento expreso en varios instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento costarricense...” (Sentencia número 2000-08196 de las 15:08 horas del 13 de setiembre de 2000. En el mismo sentido las número 5393-97 de las 15:18 horas del 5 de setiembre de 1997 y 2001-05695 de las 16:24 horas del 26 de junio de 2001). Esto sin olvidar que en el examen de la inconstitucionalidad que se pide, el supuesto del acto concreto que justificó la interposición de la acción ejemplifica cómo si bien la mayoría los espacios pagados en los medios de comunicación constituyen publicidad, existe también una parte de ellos que no cumplen fines comerciales. Así, el estudio de la constitucionalidad de las normas, en tanto que supuestos de aplicación general, exige tomar en cuenta estos distintos ámbitos a los que ellas pueden referirse, con una aplicación más restringida de la libertad de expresión –y por ende más vasta de la libertad de comercio– cuando se trate de la publicidad de bienes y servicios y más amplia de la primera en casos en los que no medie ese fin comercial”.

V.- SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LÍMITES: Esta Sala mediante resolución 2000-8196 de las quince horas ocho minutos del trece de setiembre del dos mil dispuso en cuanto a la Ley número 5811, denominada “Ley de Control de Propaganda”, y el Reglamento N° 11235-G de 10 de octubre de 1979, lo siguiente

“IV.- De la Libertad de Expresión. La doctrina caracteriza a la libertad de expresión como una libertad presupuesto del ejercicio de otras libertades, que opera como legitimadora del funcionamiento del sistema democrático y de la eficacia de sus instituciones y que jurídicamente adopta pluralidad de formas. La vinculación más clara se da con la libertad de pensamiento, que es la condición previa e indispensable para la existencia de la libertad de expresión. En ejercicio de ambas libertades, el individuo puede escoger o elaborar las respuestas que pretende dar a todas aquellas cuestiones que le plantea la conducción de su vida en sociedad, de conformar a estas respuestas sus actos y, comunicar a los demás aquello que considera verdadero, sin censura previa. El ámbito de acción de esas libertades es muy amplio, pues comprende las manifestaciones de los individuos sobre política, religión, ética, técnica, ciencia, arte, economía, etc. La libertad de expresión, entonces, implica la posibilidad de que el sujeto transmita sus pensamientos (ideas, voliciones, sentimientos), y comprende la libertad de creación artística o literaria, la libertad de palabra, la libre expresión cinematográfica y también las manifestaciones vertidas por medio de la prensa escrita, la radio y la televisión, en tanto son medios de difusión de ideas. Así también, de la libertad de expresión se infiere el derecho de dar y recibir información y el derecho a comunicar con propósito diverso ya sea económico, político, recreativo, profesional, etc., sin que se impongan medidas restrictivas que resulten irrazonables. La libertad de expresión no sólo protege al individuo aislado, sino las relaciones entre los miembros de la sociedad y es por ello que tiene una gran trascendencia, ya que contribuye a la formación de la opinión pública. Es a su vez presupuesto de la libertad de prensa y de la libertad de información, pues de la libertad de expresión derivaron en sucesión histórica la libertad de prensa (o de escritos periódicos dirigidos al público en general) y la libertad de información, que es como hoy día se denomina a la libertad de expresión concretada en los medios de comunicación social. La libertad de información entonces, comprende la prensa escrita, oral, audiovisual y por su naturaleza, se encuentra relacionada con el derecho de crónica, de crítica, a la industria o comercio de la prensa y al fenómeno de la publicidad. Este aspecto ha adquirido mucha importancia en las últimas décadas, pues debido al alto costo de instalación y mantenimiento de los medios de comunicación colectiva, cuando son propiedad privada sólo pueden subsistir por el uso intensivo de la publicidad. Asimismo, existe el

fenómeno del derecho social a la información, que reside precisamente en la comunidad y en cada uno de sus miembros, y que les da la posibilidad de ajustar su conducta a las razones y sentimientos por esa información sugeridos, para la toma de decisiones y a la vez cumple una función de integración, ya que unifica una multitud de opiniones particulares en una gran corriente de opinión, estimulando así la integración social **V.-** Una de las principales garantías que protegen la libertad de expresión es la prohibición de censura previa, ocurriendo así, que cualquier control debe darse a posteriori. Como censura previa entiende esta Sala aquel control, examen o permiso a que se somete una publicación, texto u opinión, con anterioridad a su comunicación al público, mediante el cual se pretende realizar un control preventivo de las manifestaciones hechas por un medio de comunicación colectiva, ya bien sea radiofónico, televisivo o impreso. Este concepto no sólo está plasmado en nuestra Constitución Política en el artículo 29, sino que también se incorporó en el Pacto de San José, cuyo artículo 13 inciso 2, dispone que el ejercicio de la libertad de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar ya sea el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. El artículo 29 de la Constitución Política consagra lo que parte de la doctrina califica como libertad de prensa, mientras que otra señala como libertad de información, y dispone:

“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 Sala se refirió a este tema en la sentencia No. 1292-90 de las horas del de mil novecientos noventa y dijo: *“La libertad de expresión contenida en el artículo 29 de nuestra Constitución, permite la comunicación de pensamientos de palabra o por escrito y su publicación sin previa censura, garantía que refuerza el artículo 28 del mismo cuerpo normativo al prohibir la persecución por el ejercicio de esa libertad. No obstante, como todo derecho, esa libertad no es absoluta, y tiene su límite, de tal forma que el abuso que se haga de ella hará incurrir en responsabilidad a su autor, según la legislación que rige la materia.”*

El artículo 29 de la Constitución Política se complementa con las disposiciones contenidas en los Convenios Internacionales aprobados por Costa Rica, por ejemplo el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José-, que indica: *“1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o, b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”* (ver además el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ahora bien, a pesar de la gran libertad de que goza el individuo para formar opiniones basado en criterios personales y a su vez comunicarlas con toda amplitud, no debe pensarse que el ejercicio de estas libertades no tiene límite alguno, pues la libertad de expresión, al igual que el resto de las libertades públicas no es irrestricta: sus límites vienen dados por el mismo Orden Constitucional, y así lo consideró esta Sala en la sentencia N° 3173-93, al indicar que *“II.- Los derechos fundamentales de cada persona, deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa y necesaria para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo,*

el principio de la coexistencia de las libertades públicas -el derecho de terceros- no es la única fuente justa para imponer limitaciones a éstas; los conceptos "moral", concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofende gravemente a la generalidad de sus miembros-, y "orden público", también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales. VI- No escapa a esta Sala la dificultad de precisar de modo unívoco el concepto de orden público, ni que este concepto puede ser utilizado, tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones en nombre de los intereses colectivos a los derechos. No se trata únicamente del mantenimiento del orden material en las calles, sino también del mantenimiento de cierto orden jurídico y moral, de manera que está constituido por un mínimo de condiciones para una vida social, conveniente y adecuada. Constituyen su fundamento la seguridad de las personas, de los bienes, la salubridad y la tranquilidad." Asimismo, en la sentencia N° 3550-92 de las dieciséis horas de veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos, este Tribunal desarrolló el tema de los límites legítimos a las libertades públicas y se refirió al principio de reserva de ley enfatizando que "solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-."

VI.- Hechas las anteriores consideraciones, es preciso referirse a la propaganda comercial, objeto de regulación en la ley cuya constitucionalidad se cuestiona, y que, según se indicó, está relacionada con la libertad de expresión, que calificamos antes como el género y con su especie la libertad de información. La propaganda es la publicidad desarrollada para propagar o difundir un producto, servicio, una materia, un espectáculo etc.; consiste en el conjunto de acciones que, técnicamente elaboradas, utilizando principalmente los medios de comunicación colectiva, pretenden influir en determinados grupos humanos para que éstos actúen de cierta manera. La actividad persigue ejercer influencia en la opinión y la conducta de la sociedad, con el fin de que adopte determinadas decisiones. La propaganda comercial es hoy en día una de las principales herramientas de quienes pretenden vender bienes y servicios, pues les permite dirigir su mensaje comercial

a la mayor cantidad de personas con el fin de que los adquieran. Si bien puede difundirse a través de medios de comunicación colectiva, como periódicos, radioemisoras o canales de televisión, es una actividad cuyo objetivo principal es disuadir y convencer a los consumidores de la conveniencia o necesidad de adquirir un bien o servicio determinado, por lo que a juicio de este Tribunal es una actividad que, fundamentalmente, se relaciona con la libertad de empresa. El contenido esencial de esta libertad, consagrada en el artículo 46 de la Constitución Política, involucra la libre escogencia de la actividad empresarial, la determinación de la estructura de la empresa, así como de los medios necesarios para la consecución de los fines escogidos, entre los cuales es de singular importancia obtener un lucro razonable. Es por ello que el ejercicio del derecho de hacer propaganda comercial está sujeto a limitaciones, también de rango constitucional, cuyo fundamento se encuentra en el numeral 28 constitucional, que establece como límite general a las libertades públicas la moral, el orden público y el daño a terceros, y en el artículo 46 párrafo último de la Constitución, que consagra el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, del medio ambiente, de la seguridad e intereses económicos, así como el derecho de recibir información adecuada y veraz, a elegir libremente y recibir un trato equitativo. Asimismo, es constitucionalmente legítima la restricción de la propaganda comercial, en atención a la protección de valores y principios también de primer orden, como la dignidad de las personas, y el bienestar de la familia y de los menores de edad, que gozan de reconocimiento expreso en varios instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento costarricense, a los que se hará referencia más adelante

VII.- Los Estados se han preocupado por dictar normas protectoras de la dignidad de las personas en materia de medios de comunicación y de propaganda, porque a pesar de los avances logrados en las últimas décadas en el respeto a la dignidad de todos los seres humanos independientemente de su sexo, religión o raza, los medios masivos de comunicación, en general, tienden a reproducir el sistema de ideas y valores establecidos, entre los cuales se encuentran los roles o papeles tradicionalmente asignados a mujeres y hombres, en una sociedad que trata de superar la desigualdad social y la discriminación por razones de raza, sexo y etnias. Se produce la proyección constante de imágenes negativas y degradantes de la mujer en los medios de comunicación,

entre otras cosas, utilizando su imagen como consumidora y objeto de venta en la publicidad comercial, lo cual distorsiona además el proceso de formación de los adultos del mañana, a los que les tocará conducir las riendas de la sociedad en un futuro cercano. Foros tan importantes como la plataforma de Beijing 94, han señalado que *“Hay que suprimir la proyección constante de imágenes degradantes de la mujer en los medios de comunicación, sean electrónicos, impresos, visuales o sonoros. Los medios impresos y electrónicos de la mayoría de los países no ofrecen una imagen equilibrada de los diversos estilos de vida de las mujeres y de su aportación a la sociedad en un mundo en evolución.”* Las disposiciones adoptadas en los diversos organismos internacionales se inspiran en el principio cristiano de la dignidad esencial de todo ser humano, que informa todo el orden social, colocando los seres en un plano de igualdad, y repudiando toda discriminación irrazonable. Dicho principio está contemplado en el artículo 11 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que dispone

“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad” la obligación de respetar ese derecho primario alcanza a quienes realizan propaganda comercial, quienes deben tener en cuenta la condición de sujetos de todos los seres humanos, sin utilizar abusivamente su imagen como medio para promover las ventas de un producto o servicio. La publicidad comercial tiende a utilizar la imagen de la mujer con el objeto de llamar la atención de los compradores o usuarios y promover las ventas del producto publicitado, y el ejercicio abusivo de esa técnica publicitaria contribuye a difundir patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, así como prejuicios que se basan en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualesquiera de los géneros, o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer, que legitiman o exacerban la violencia y constituyen prácticas discriminatorias contra ellas. El fenómeno ha sido considerado de tal importancia, que la *“Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”*, en la que los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra ella, y que fuera aprobada por Ley N°6968 de dos de octubre de 1984. En su preámbulo, establece que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer, es necesario modificar sus papeles tradicionales

en la sociedad. Su artículo 2 obliga a los Estados partes a adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer y el numeral 5 los compele a: *“modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”*. En el mismo sentido, la “Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer”, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2263 de 7 de noviembre del 1967 establece en el artículo 3 que deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para educar a la opinión pública y orientar las aspiraciones nacionales hacia la eliminación de los prejuicios y la abolición de prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad de la mujer.

VIII.- Por su parte, la Ley de Control de Propaganda aquí cuestionada, establece la regulación y control preventivo de la propaganda que utilice la imagen de la mujer impudicamente para promover las ventas -la falta de pudor se refiere a la ausencia de un sentimiento de reserva hacia lo que tiene o puede tener relación con el sexo-. Así se prohíbe el recurrir en forma abusiva a la anatomía y sexualidad femeninas, y utilizarlas únicamente como imán de la atención de los destinatarios de la publicidad comercial. El legislador consideró que esa utilización, que hace parecer a la mujer un objeto, afecta sin duda su pudor, su dignidad y su papel dentro de la familia y la sociedad. La limitación a la publicidad comercial que incurra en abusos de esta naturaleza encuentra fundamento en la dignidad del ser humano y en el artículo 10 de la Convención ya citada, que obliga a los Estados Partes a adoptar medidas necesarias para asegurar la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza. Los medios de comunicación colectiva influyen decididamente en la opinión pública, especialmente en las personas en proceso de formación, como los menores de edad, por lo que los mensajes que difundan influirán en la percepción que éstos tengan de la sociedad y de sus diferentes integrantes, por lo que el control establecido en la ley, que tiene por objeto evitar los abusos

en la utilización de la imagen de un ser humano, es compatible con el Derecho de la Constitución.

IX.- Otro de los valores que se pretende proteger mediante el control preventivo establecido en la “Ley de Control de Propaganda” es el “pudor de la familia”. La Ley somete a control y regulación la propaganda comercial que ofenda el pudor de la familia, es decir, que irrespete la concepción imperante en nuestra sociedad sobre lo adecuado, desde el punto de vista sexual, en relación con ella. La Constitución Política en su artículo 51 consagra que la familia es el elemento natural y fundamento de la sociedad, y como tal tiene derecho a la protección especial del Estado. Este Tribunal se ha referido a la importancia de la familia en la sociedad, indicando que *“es el vehículo ideal para lograr el desarrollo humano y la preparación de la vida en sociedad; es el marco en el cual le corresponde al individuo aprender –entre otras cosas-, a respetar los derechos y propiedades de los otros y es allí donde se forman los principios de cooperación y mutuo auxilio, base de la familia moderna, los que se trasladan de generación en generación dándonos la estabilidad social de la que gozamos.”* (sentencia número 346-94 de las 15:42 horas del 18 de enero de 1994). Asimismo, el preámbulo de la “Convención sobre los Derechos del Niño” reconoce también que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, por lo que debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Es así como la convención establece que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad: “y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.” Lo anterior obliga a procurar que los niños y adolescentes se desarrollen en un ambiente seguro, de manera que puedan crecer sanos de cuerpo y mente, por lo que la regulación de la propaganda comercial con el objeto de impedir que se difundan percepciones negativas que afecten el pudor de la familia, y obstaculicen la formación de los menores de edad de acuerdo con los valores recién citados, resultan también criterios razonables y constitucionalmente permitidos que legitiman el control preventivo que establece la Ley de Control de Propaganda.

X.- Por todas las anteriores consideraciones estima la mayoría de la Sala que la regulación preventiva establecida por el legislador ordinario para

disciplinar el ejercicio del derecho a hacer publicidad comercial, tiene fundamento en la protección de principios o derechos similares reconocidos en la Constitución Política y los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por nuestro país. Asimismo, que las limitaciones son proporcionadas y razonables pues no impiden el ejercicio del derecho, y tienen por objeto evitar un peligro real contra la sociedad –ver sentencia 1944-95 de las 15:18 horas del 18 de abril de 1995-. En consecuencia no violan las normas impugnadas los numerales 7, 28 y 29 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Tampoco violan el artículo 40 constitucional -que prohíbe los tratamientos crueles o degradantes, las penas perpetuas, y la pena de confiscación-, pues la atribución conferida al Ministerio de Gobernación para decomisar y destruir la propaganda comercial en caso de desobediencia a la orden de suspensión de la propaganda que no haya sido aprobada, o que no se ajuste a las estipulaciones reglamentarias, contemplada en el artículo 12 de la Ley de Control de Propaganda, pretende suministrar a la oficina encargada del control previo y fiscalización de la propaganda comercial una herramienta para evitar su difusión, si ofende los valores y derechos que se pretende proteger. Ello tiene plena justificación en razón del daño que la propaganda comercial puede causar, si se considera la amplia difusión que se le suele dar a este material en los medios de comunicación colectiva y que se dirige al público indiscriminadamente. Cabe señalar que las atribuciones dichas están establecidas en la Ley de Control de Propaganda y no en su reglamento, número 11235-G del 10 de octubre de 1970 por lo que tampoco se da una infracción del principio de reserva de ley, como alegan los accionantes. En suma, la medida resulta razonable y proporcionada y acorde con el orden constitucional”.

VI.- SOBRE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:

Esta Convención es enfática en detallar la obligación de los Estados suscribientes en proteger a las niñas y los niños en todos los ámbitos de su vida. Al respecto tenemos:

“ARTICULO 2: 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en esta Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico, o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas

apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. ARTICULO 3: 1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. ARTICULO 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. ARTICULO 13 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas. ARTICULO 14: 1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley

que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás. ARTICULO 16 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. ARTICULO 17 Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación social y velarán porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes: a) Alentarán a los medios de comunicación social a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29. b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales. c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños. d) Alentarán a los medios de comunicación de masas a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena. e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18". **VII.- SOBRE LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LOS NIÑOS Y NIÑAS.** **IMAGEN:** Este Tribunal mediante resolución 2009- 02577 de las doce horas veintiséis minutos del diecisiete de febrero de dos mil nueve, indicó

“IV.- SOBRE LA PROTECCIÓN A LOS MENORES DE EDAD. El Derecho de la Constitución consagra una protección especial del Estado hacia los menores. En este sentido, el artículo 51 constitucional dispone lo siguiente: “La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido”. Bajo esa inteligencia, toda política pública, instrumento legal o reglamentario y, en general, la actuación administrativa activa u omisiva debe propender a garantizar la seguridad y el libre desarrollo de los menores, puesto que, de lo contrario se transgrediría lo que el numeral 51 constitucional consagra como un Derecho y una Garantía Social y que, de por sí, constituye un valor constitucional que debe

orientar la libertad de configuración legislativa y la función o gestión administrativas. En lo que atañe al Derecho de los Derechos Humanos, es preciso indicar que la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (aprobada y ratificada por nuestro país mediante la Ley número 7184 del dieciocho de julio de mil novecientos noventa) establece en su artículo 2° que los Estados partes tomarán las medidas apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares. Igualmente, ese instrumento internacional fija una serie de obligaciones a los Estados parte o signatarios, tales como la de velar porque *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”* y *“...asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar...”* En este mismo sentido, dispone que los Estados parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada (Artículo 3°). Ahora bien, los derechos humanos o fundamentales y las obligaciones correlativas de los poderes públicos también han sido desarrollados en el plano infraconstitucional. Así, el Código de la Niñez y de la Adolescencia del seis de enero de mil novecientos noventa y ocho, Ley número 7739, dispone dentro de las obligaciones del Estado *“...adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad.”* (Artículo 4°). Asimismo, dicho cuerpo normativo establece en el artículo 13 el derecho de la protección estatal en los siguientes términos: *“La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral. El Patronato Nacional de la Infancia, el Instituto Mixto de Ayuda Social y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social brindarán las oportunidades para la promoción y el desarrollo humano social, mediante los programas correspondientes y fortalecerán la creación de redes interinstitucionales, así como con las*

organizaciones de la sociedad civil que prevengan el abuso, el maltrato y la explotación, en sus distintas modalidades, contra las personas menores de edad". De otra parte, el numeral 29 establece que "El padre, la madre o la persona encargada están obligados a velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años." Partiendo de lo dicho anteriormente, resulta claro que los Estados tienen como deber fundamental la protección del interés del superior del niño, protegiendo su imagen, identidad y procurando su libre y completo desarrollo mental, físico y psicológico"

VIII.- SOBRE EL CONFLICTO DE DERECHOS Y LA SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MISMO EN EL PRESENTE CASO.

El presente recurso plantea un conflicto de derechos: entre la libertad de expresión y la libertad religiosa por una parte; y los derechos relativos a la protección de la niñez y la dignidad humanas, por otra parte. Conflicto que, además, se plantea por los recurrentes en relación con el derecho a la vida y por el derecho de *"los consumidores y usuarios..., a recibir información adecuada y veraz..."*, conforme a algunos escritos aportados al Expediente

Todos estos derechos, están reconocidos por nuestra Constitución y por los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos reconocidos por nuestro país. La libertad de expresión, en los artículos 29 y 28 de la Constitución; 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH); 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH). La libertad religiosa, en los artículos 75 de la Constitución, 12 de la CADH, 18 del PIDCP y 18 de la DUDH, además del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC). Los derechos de la niñez y la infancia, en los artículos 51, 53, 54 y 55 de la Constitución, 18 y 13.4 de la CADH; 24 del PIDCP; 10, 12, 13 del PIDESC; 25 de la DUDH; además de la Convención sobre los Derechos del Niño arriba citada. El derecho a la vida, está reconocido en el artículo 21 de la Constitución y en el artículo 4 de la Convención Americana, con la particularidad de que ese derecho se reconoce, "en general, a partir del momento de la concepción". El derecho a la igualdad y a la no discriminación está tutelado en el artículo 33 de la Constitución y en los artículos 1 y 24 de la CADH, entre otros. La protección de los consumidores y usuarios se

reconoce en el artículo 46, párrafo quinto de la Constitución, entre otros. El derecho a la dignidad humana, ha sido ampliamente reconocido por la CADH y la jurisprudencia constitucional a partir del concepto recogido en el artículo 33 de la Constitución.

Los recurrentes alegan que la “suspensión” ordenada por el “Ministerio de Gobernación” de la “campana” y las “cuñas radiales” en contra de la fecundación in vitro de la radiodifusora “Radio Fides”, violenta los derechos a la libertad de expresión y la prohibición de la censura previa, en relación con los derechos a la vida, la igualdad y no discriminación y a la libertad religiosa

La Oficina Nacional de Control de Propaganda del Ministerio de Seguridad y Gobernación, aduce que suspendió la difusión de las cuñas radiales de Radio Fides contra la Fecundación In Vitro, por incluir niños y niñas en una discusión de personas adultas, discriminar a un grupo de niños y niñas nacidos de la Fecundación In Vitro y violentar el derecho a la integridad física y emocional, la privacidad, el honor y la dignidad e imagen de las personas menores de edad (ver informe). Se trata, pues, de un conflicto entre derechos fundamentales, el derecho a la libertad de expresión y a la libertad religiosa, en relación con los derechos a la igualdad y a la vida, y sus corolarios, por una parte; y el derecho de la niñez y la infancia a la protección de la integridad física y emocional, la privacidad, el honor y la dignidad e imagen de las personas menores de edad. Aunque se alega por los recurrentes, no se discute en este Recurso, los derechos a la igualdad y no discriminación (sobre el que no se aportan mayores elementos de juicio ni términos de comparación), ni sobre el derecho a la vida, ni la protección necesaria de la misma desde la concepción. Tampoco se discute aquí la licitud o no de la técnica de la fecundación in vitro. La discusión se centra en las cuñas radiales que defienden un punto de vista y lo difunden públicamente, en relación con los derechos a la vida y a la fecundación in vitro. Por este motivo, la Sala no entra a analizar esos derechos y los argumentos sustantivos que sostienen cada una de las partes sobre esos temas.

Es evidente que en caso de conflictos entre derechos de un mismo rango normativo –todos constitucionales y todos derechos humanos-, los tribunales deben buscar el equilibrio y la proporcionalidad y tratar de privilegiar la solución que mejor proteja los derechos de que se trata, con el menor menoscabo para los derechos que puedan verse afectados

o limitados. Es lo que en doctrina se conoce como el criterio del interés más legítimo. Como ha sido dicho, en casos de conflictos de derechos deben preferirse las soluciones que más desarrollen y que menos afecten los contenidos esenciales de un derecho, respecto de los de los demás que entran en contradicción (criterio del contenido esencial); entre varias soluciones posibles, debe preferirse aquella que aporte más beneficios a favor de un derecho o principio por contraposición a los beneficios o limitaciones que esa solución puede provocar sobre otro derecho o principio constitucional (criterio de los intereses en juego); debe preferirse la solución que logre alcanzar los fines más y mejor delimitados (precisión de la protección normativa y lingüística), por sobre los que estarían protegidos menos claramente; debe preferirse la solución que logre mayor proporcionalidad entre el contenido del acto (la censura impuesta a las cuñas radiales, en este caso) y el fin de cada norma (libertad de expresión, libertad religiosa, protección de la niñez), o entre el contenido y el motivo del acto –la censura de cuñas radiales, en este caso-.

Se trata, entonces, de proteger el derecho de la niñez, de la dignidad e imagen de las personas menores de edad; con el menor menoscabo posible a la libertad de expresión y a la libertad religiosa; y de proteger estos derechos con el menor menoscabo posible de la integridad, los valores y de los derechos de la niñez en juego

Es verdad que la libertad de pensamiento y de libre expresión y la libertad religiosa gozan, en nuestro sistema político y democrático, de una posición preferente; pero es verdad también que los “derechos superiores de las personas menores de edad”, deben ser también protegidos y, por ello, cualquier solución al conflicto planteado debe resolverse equilibrando en la práctica el ejercicio de todos los derechos en juego.

No se oculta a esta Sala Constitucional que las cuñas radiales en cuestión, han sido difundidas por un medio de comunicación que tiene por finalidad defender y difundir los valores religiosos católicos y la defensa de lo que consideran esencial para la fe y la vida del ser humano. La Sala no debe entrar ni entra a considerar, ni mucho menos a juzgar, el sentido y los valores que se difunden. Tratándose de medios de comunicación de vocación religiosa, es obvio que lo que difundan

está protegido no solo por la libertad de expresión, sino por la propia libertad religiosa, que incluye

“la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado” (ver artículo 12 de la Convención Americana)

Por tanto, la difusión masiva de valores y puntos de vista religiosos por medios de comunicación, debe estar especialmente protegida y no puede estar sujeta a las reglas propias de la propaganda comercial, ni a la exigencia constitucional del artículo 46 in fine, puesto que las personas receptoras no son consumidoras o usuarias de servicios comerciales, industriales o agrícolas. Los pensamientos religiosos, ideológicos, filosóficos, jurídicos, políticos, sociales, científicos, económicos o culturales, no están sujetos a la obligación de dar ni de probar que la información que difundan sea “adecuada y veraz” como establece el artículo 46 in fine. La libertad implica la posibilidad de difundir sus creencias, sus tesis o los valores que profesen, sin más restricción que la de respetar el orden público, la moral pública y los derechos de los demás.

La publicidad y la información comercial en general, como queda dicho, está cubierta por la libertad de expresión y sus corolarios esenciales, pero es verdad que su regulación y limitación están sujetas a un escrutinio más amplio y por ello se admite que esas formas de expresión –la publicidad y la información comercial– pueden permitir restricciones derivadas de la veracidad y adecuación de las mismas a los derechos de los consumidores o usuarios (artículo 46 in fine de la Constitución); e incluso restricciones relativas a la censura previa en cuanto esas modalidades se expresen en medios de comunicación masiva, dirigidos a un público indeterminado e indeterminable de personas (como el caso de la radio y la televisión), o en espectáculos públicos (artículo 13, inciso 4 de la CADH, entre otros). Sin embargo, tratándose de información que no pretende la venta o difusión de bienes o servicios, sino la divulgación de ideas o de posiciones religiosas, culturales, políticas, filosóficas, científicas, jurídicas o sociales; el escrutinio aplicable a las restricciones que se pretendan debe ser mucho más estricto, por estar de por medio la libertad de pensamiento en su más pura expresión y, en el presente caso, además, la libertad religiosa. Para que una regulación o restricción de la divulgación de un pensamiento o expresión o de la difusión

de creencias religiosas, ideas o posiciones personales; es necesario demostrar que la restricción a aplicar es necesaria y la menos grave posible para alcanzar el objetivo constitucional que se pretende (en este caso, proteger a la infancia y la adolescencia)

En un sentido amplio, la campaña establecida por Radio Fides, al utilizar un medio masivo de comunicación, dirigido a un número indeterminado e indeterminable de personas, entra dentro del concepto de "espectáculos públicos" y, en tal virtud, de acuerdo con el inciso 4) del artículo 13 de la CADH,

"pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2" a lo que la propia Convención agrega la prohibición de toda "apología" que constituya incitaciones

"al odio, a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo" (inciso 5 del artículo 13 CADH)

Pero esa potestad (de censurar previamente la información y la campaña difundida por medio de la Radio), debe interpretarse restrictivamente, porque va dirigida a restringir un derecho fundamental a la libertad de pensamiento y de expresión que, en este caso, está ligado a derechos como la libertad religiosa y al propio derecho a la vida. Por tanto, solo puede ejercerse por los órganos competentes conforme a los fines que la justifican, siguiendo los procedimientos establecidos al efecto por la Ley, en el marco de los límites que les atribuyen esa competencia, y ha de aplicarse únicamente cuando lo que se difunde sea claramente contrario a aquellos valores a proteger y la censura se manifieste como "necesaria" para lograr ese objetivo. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia OC-5/85, párrafo 46), que esta Sala ha hecho suya (ver Sentencia #1995-002313, entre tantas otras):

"necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una "necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". (Eur. Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión,

que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (The Sunday Times case, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series no. 90, párr. no. 59, pág. 26).”

Tomando en cuenta los criterios arriba expuestos y a la luz del texto normativo que recoge cada derecho y principio constitucional en juego y de la jurisprudencia establecida por esta Sala Constitucional, el conflicto planteado debe resolverse de manera que la campaña radial de Radio Fides sobre la Fecundación In Vitro, en ejercicio de la libertad de expresión y libertad religiosa, pueda desarrollarse plenamente, salvo en aquellos supuestos en que la información pudiera afectar clara y sensiblemente los derechos de los menores de edad a su dignidad e integridad psíquica y moral. Esto es así, porque las restricciones a la libertad de expresión solo serán válidas en la medida en sean “necesarias” para proteger valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (entre ellos, la protección de la integridad de la niñez o la “protección moral de la infancia y la adolescencia”)

Esta Sala ha sostenido también la imposibilidad de censurar campañas publicitarias dirigidas a defender la Fecundación In Vitro, a pesar de que se ha alegado, al amparo de la propia jurisprudencia de esta Sala Constitucional (Sentencia #2000-002306), que esa técnica violenta el derecho a la vida desde el momento de la concepción; porque la Sala ha considerado, en tales casos, que una sociedad democrática y libre, debe permitir el mayor margen posible para la discusión pública, de las ideas y creencias de los miembros de esa sociedad, aunque esas ideas

les disgusten e incluso les repugnen a otros sectores de la sociedad. En esos casos, ha recordado que cualquier restricción –censura o “responsabilidad ulterior”- a la libertad de expresión, al derecho a la información pública y –en este caso, a la propia libertad religiosa-, está sujeta a un “escrutinio estricto” y que no bastaría con probar que esa restricción, fuera útil para salvaguardar otros derechos fundamentales (en este caso a la niñez), sino que sería indispensable demostrar que la salvaguarda o restricción son necesarias para proteger esos derechos y que, además, esa salvaguarda y el grado de afectación a esos derechos, es de mayor entidad que la propia salvaguarda de la libertad de expresión y el derecho a la libertad religiosa

IX.- SOBRE LA CENSURA DE LAS CUÑAS RADIALES DE [...]: A criterio de esta Sala, las cuñas publicitarias numeradas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 presentadas por [...] no presentan roces de constitucionalidad. La Sala valora que [...], en ejercicio de la libertad religiosa, de la libertad de expresión e información, mediante su espacio radial, comunican su ideología y sus creencias referentes al tema de la Fecundación In Vitro. Tales comunicaciones no menoscaban clara y sensiblemente los derechos de los menores de edad a su dignidad e integridad psíquica y moral.

Aunque las siguientes las cuñas radiales #12 y #13, al poner en boca de una Niña, las expresiones: “Hola, soy Sofi, la tercera de ocho hermanitos y aunque mis papitos me amen con todo su corazón, se que para venir al mundo, mis otros siete hermanitos murieron en un laboratorio.” (Cuña #12) y “Yo nací, ¿por qué mis hermanitos no?” (Cuña #13); pudieran considerarse, prima facie, eventualmente lesivas a la imagen de los niños nacidos bajo la técnica de reproducción in vitro (art. 2 de la Convención de los Derechos del Niño); esta Sala Constitucional considera que no tienen la magnitud ni la incidencia como para validar una censura como la que se reclama en el presente Amparo. Como queda dicho *“Es reconocido que la libertad de expresión en su más amplio sentido, es tan fundamental que representa el fundamento de todo el orden político, es decir, no es una libertad más, de ahí que haya surgido -principalmente por influencia norteamericana-, la doctrina de la “posición preferente” del derecho a la información en materia de control de constitucionalidad, entendida como aquella que afirma que cuando el derecho a informar libremente entra en conflicto con otros derechos, aunque sean derechos*

fundamentales, tiende a superponerse a ellos...” (Sentencia # 2006-05977 del 3 de mayo del 2006).

De manera que este Tribunal declara con lugar el recurso en este extremo por considerar que la reproducción de las cuñas radiales se ajusta a los límites dispuestos en la legislación internacional y a la jurisprudencia parcialmente transcrita en esta sentencia. Por lo anterior, se declara con lugar el recurso en este extremo, y se ordena a Mario Zamora Cordero, Ministro de Gobernación Policía y Seguridad Pública y José Antonio Pastor Pacheco, Director de la Oficina de Control de Propaganda, o a quienes en sus lugares ejerzan esos cargos, permitir su reproducción

XI.- SOBRE EL DEBIDO PROCESO. CASO CONCRETO: Del estudio de la prueba que consta en autos esta Sala no tiene por demostrada la lesión al debido proceso. Se tiene por acreditado que los recurrentes presentaron recurso de revocatoria con apelación en subsidio, el treinta de junio del dos mil once, contra el auto de prevención 38-11 de las doce horas veinte minutos del veintiocho de junio del dos mil once. Se observa que por resolución 229-11 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio del dos mil once, la Oficina de Control de Propaganda rechazó recurso de revocatoria. Por oficio DNCOP-367-2011 del cinco de julio del dos mil once, el Director de la Oficina de Control de Propaganda traslada el recurso de apelación al Ministro de Gobernación. Mediante oficio 641-2011-ALG, la Asesoría Jurídica hace devolución a la oficina de origen, indicando que de previo al conocimiento del recurso de segunda instancia debe cumplirse con el artículo 22 del Reglamento 112356-G del diez de octubre de mil novecientos setenta y nueve, sea obtener el criterio del Consejo Asesor de Propaganda para completar el expediente y remitirlo al despacho. De lo expuesto, se determina que los accionantes han podido ejercer su derecho de impugnación, por lo que se rechaza que encuentren en un estado de indefensión procesal. En consecuencia, lo procedente es declarar sin lugar el recurso en este extremo.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Mario Zamora Cordero, Ministro de Gobernación Policía y Seguridad Pública y José Antonio Pastor Pacheco, Director de la Oficina de Control de Propaganda, o a quienes en sus lugares ejerzan esos cargos permitir reproducción de

las cuñas publicitarias numeradas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 presentadas por [...]. Se condena al Estado 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 los demás extremos se declara sin lugar el recurso.

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta

Gilbert Armijo S. Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C. Fernando Castillo V.

José Paulino Hernández G. Rodolfo E. Piza R.

Diponible: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=539760&strTipM=T&strDirSel=directo

LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN BLOQUEO DE CUENTAS INSTITUCIONALES DE FACEBOOK. RESOLUCIÓN NO. 16882-2012.

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 @ **presidenciacr** 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 *@presidenciacr* puede ser acesada (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 M.A.S 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 derechos, 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 a los 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 prohíba, Simplícitamente, un seudo 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 ulteriores, 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 M.A.S 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 de la 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.

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=563690&strTipM=T&strDirSel=directo

2014

RASTREO DE LLAMADAS TELEFÓNICAS A UN PERIODISTA Y SECRETO DE LAS FUENTES. RESOLUCIÓN NO. 4035-2014

Exp: 14-000848-0007-CO

Res. N. 2014-004035

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas y cero minutos del veintiuno de marzo del dos mil catorce .

Recurso de amparo interpuesto por [NOMBRE 01]cédula de identidad [VALOR 01], [NOMBRE 02], cédula de identidad [VALOR 02], [NOMBRE 03], cédula de identidad [VALOR 03], [NOMBRE 04], [NOMBRE 05], cédula de identidad [VALOR 05], [NOMBRE 06], [VALOR 06], [NOMBRE 07], cédula de identidad [VALOR 07] [NOMBRE 08], cédula de identidad [VALOR 08], [NOMBRE 09], [NOMBRE 10], cédula de identidad [VALOR 010], a favor de[NOMBRE 011]y [NOMBRE 012], contra el DIRECTOR GENERAL DEL ORGANISMO DE INVESTIGACIÓN JUDICIAL, y la FISCALÍA ADJUNTA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA .

RESULTANDO:

1.-Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 11:41 horas del 23 de enero de 2014, los recurrentes indican en resumen que: presentan este recurso en su condición de periodistas por violación al Derecho a la Libertad de Expresión, Reserva de Fuentes y Acceso a la Información que cobija a los comunicadores. Manifiestan que a partir del 01 de abril de 2013 y hasta fecha aún indeterminada, periodistas del Diario Extra y, especialmente, [NOMBRE 012], fueron víctimas de rastreo de sus llamadas telefónicas por un período no menor a diez meses. La orden de rastreo –aunque tiene fecha 01 de abril de 2013-, dispuso investigar los números de teléfono a partir de 01 de noviembre de 2012, momento para el cual desconocían la violación que en el presente recurso se alega. Refieren que la invasión que se acusa, no inició con el rastreo de teléfonos de funcionarios públicos dependientes del Poder Judicial, sino más bien, con la orden de rastrear 38 números de teléfono que corresponden a comunicadores y empleados de Diario Extra, para luego enfatizar en los teléfonos móviles que utiliza el periodista [NOMBRE 012]. Aducen que a partir de ese momento, se determinaron los funcionarios judiciales que tuvieron comunicación con los periodistas

de Diario Extra, situación que culminó con la detención de una de las funcionarias judiciales que por esa vía fue detectada. Destacan que no consta que para el rastreo telefónico realizado mediara autorización judicial, dado que la misma fue ordenada por la Fiscalía Adjunta contra Crimen Organizado y fue ejecutada y solicitada por el Organismo de Investigación Judicial, dependencia del Poder Judicial. Indican que la legislación no otorga al Ministerio Público la potestad para ordenar dicho rastreo, pues la misma surge –según los recurrentes-, a partir de una interpretación de la Sala Constitucional, siendo ese el soporte jurídico sobre el que se erigió el acto arbitrario de la Fiscalía y la Policía Judicial. Ello lesiona el Principio de Legalidad que establece el artículo 13 de la Convención, la Doctrina del Sistema Interamericano para la Protección de la Libertad de Expresión y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establecen con claridad, que para imponer restricciones al ejercicio del derecho de Libertad de Expresión, es necesario que la restricción sea dispuesta por Ley. Sostienen que en una sociedad democrática, dicha legislación tiene que ser expresa y absolutamente clara en sus alcances. Recalcan que en Costa Rica no existe norma con rango de Ley que autorice el rastreo del teléfono de un comunicador y, mucho menos, existe una ley que permita a los recurridos rastrear las llamadas de los periodistas, a fin de detectar quiénes son sus fuentes, para posteriormente, encausar a los funcionarios públicos por divulgar secretos. Explican que el rastreo ordenado tuvo como finalidad primaria y fundamental, determinar la identidad de las personas que sirvieron de fuente para la difusión de una serie de noticias de Diario Extra, que culminó con una imputación penal a una funcionaria judicial, a quien se le acusa de ser fuente de información de Diario Extra y a quien se le encausó por la comisión de los delitos de Divulgación de Secretos y de Divulgación de Información Confidencial, que tienen una pena de prisión de hasta ocho años. Indican que una vez que las autoridades judiciales detectaron todas las fuentes policiales consultadas por el periodista [NOMBRE 012], eligieron a una de las funcionarias, la amparada, como una de las fuentes usadas por el comunicador. Cuestionan que a dicha funcionaria no sólo la detuvieron y la encausaron penalmente en diciembre de 2012, sino también, allanaron su oficina, secuestraron su aparato telefónico, sus archivos personales y los de su trabajo y la están investigando en el ámbito laboral; en la actualidad se encuentra suspendida de su trabajo por tres meses, mientras se determina si su conducta constituye una

falta laboral merecedora de despido. Resaltan que con el arbitrario rastreo telefónico, la autoridad estatal no sólo detectó y señaló a la señora [NOMBRE 013] como posible fuente de una de las noticias de secuestro difundidas por el comunicador [NOMBRE 012], sino que señalaron a otros funcionarios judiciales que tuvieron contacto telefónico con el periodista en mención, lo cual muestra el propósito de ponerlos en evidencia para amenazarlos y e impedir la difusión de información de interés público. Aducen que el interés principal de los accionados, fue detectar a todas y cada una de las fuentes que utiliza Diario Extra en sus investigaciones, y determinar y evidenciar quiénes son los funcionarios con los cuales conversa el señor Estrada. Arguyen que en el Informe Preliminar de Investigación Criminal de la Sección de Estupefacientes, fechado 12 de diciembre de 2013, consta que el objetivo para iniciar la investigación y rastreo de los teléfonos del periodista Estrada, fue el descontento que generó en el personal de investigación, los certeros reportajes que hizo el Diario Extra, de evidente interés público. Aclaran que las noticias sobre los dos secuestros que se mencionan (uno en perjuicio de un catedrático de una Universidad Estatal y el otro en perjuicio de un empresario colombiano), no pusieron en peligro a ninguna víctima de secuestro y que ese argumento, es una falacia para tratar de justificar la intromisión que en el recurso presente se acusa. Subrayan que la invasión al Derecho de Reserva de Fuentes, obedeció al simple descontento de algunos funcionarios, a quienes no les gusta que los ciudadanos estén plenamente informados, que los periodistas investiguen y revelen hechos de relevancia pública y al malediciente interés de determinar todas y cada una de las fuentes que utiliza el periodista y Diario Extra en el ejercicio del periodismo de investigación. Como agravante de la situación mencionan que, en la actualidad, al periodista Estrada, se le impide el ejercicio del periodismo de investigación, porque el efecto resultante de los hechos acaecidos es que ha sido estigmatizado entre sus informantes, quienes, por razones obvias de temor y amenazas, no quieren ningún tipo de acercamiento ni comunicación con él. Manifiestan que con la actuación descrita se lesionan la libertad de expresión, el derecho de reserva de fuentes y derecho al acceso de información pública de los amparados. Solicitan que se declare con lugar el recurso, con las consecuencias legales que ello implique. Además solicitan la aplicación como medidas cautelares de lo siguiente:

a) “cesar de forma inmediata cualquier acción de acoso, amenaza u

hostigamiento en contra el periodista [NOMBRE 012] conocido como [NOMBRE 012], de la funcionaria [NOMBRE 011]. así como, de cualquier otro funcionario judicial, que se encuentre implicado dentro de la causa número [VALOR 011] o cualquier otra investigación judicial en la que figuren los amparados, por parte del Organismo de Investigación Judicial y la Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado” **b)** “cesar de manera inmediata cualquier acto de rastreo o interceptación de los teléfonos de los comunicadores de Diario Extra, así como, de los funcionarios judiciales que aparecen dentro de la causa número [VALOR 011]o cualquier otra investigación judicial en la que figuren los amparados” **c)** “cesar toda actuación que afecto o amenaza el derecho de reserva de las fuentes por parte de los distintos medios de comunicación amparados, en particular de los comunicadores de Diario Extra y del periodista [NOMBRE 012]” **d)** “se garantice el acceso a la información de interés público a los comunicadores del Diario Extra y del periodista [NOMBRE 012], a efecto de garantizar el ejercicio pacífico y libre del derecho periodístico”.Posteriormente, mediante escrito presentado el 06 de febrero del 2014, el apoderado especial judicial de la co recurrente manifiesta en resumen que, respecto de los informes se desprende del cuadro fáctico, lo siguiente: sí hubo rastreo de los teléfonos del periodista y del grupo periodístico Extra; que los rastreos iniciaron con los teléfonos del comunicador y del medio de comunicación; la finalidad de tal rastreo era determinar la fuente del periodista, es una vía indirecta para obligar al periodista a revelar la identidad de sus fuentes y eso vulneró el derecho del comunicador; fue gracias a ese análisis de llamadas que se pudo señalar a una funcionaria judicial; los hechos generaron un efecto disuasivo y atemorizante en muchas otras personas y además a cualquier ciudadano que quiera denunciar o suministrar datos de interés público; con ello se impide el periodismo de investigación pues ninguna fuente se atreve a contactarlo por temor a ser objeto de persecución; tenían conocimiento de la ilicitud de ordenar el rastreo para fines prohibidos; todas las noticias fueron investigadas por ser de interés público; se violentó el derecho de reserva de la fuente, derecho garantizado en una sociedad democrática, además de la libertad de expresión; el rastreo para detectar las fuentes de [NOMBRE 012] no está autorizado en la ley y es ilícito.

2.- Mediante resolución número 2014-000933 de las 10:30 horas del 24 de enero del 2014 esta Sala resolvió darle curso a este recurso, darle

traslado al Director General del Organismo de Investigación Judicial, el Fiscal General de la República y el Fiscal Adjunto que tramita la causa número [VALOR 011]o en su defecto el Fiscal Coordinador de la Fiscalía Adjunta Contra la Delincuencia Organizada, sobre los hechos alegados por los recurrentes; y además sobre las medidas cautelares solicitadas se resolvió lo siguiente: **III.-** Las partes recurrentes han solicitado al Tribunal la disposición de algunas medidas cautelares, solicitud que se resuelve como a continuación se indica: **a)** Se solicita “...cesar inmediatamente cualquier acción de acoso, amenaza u hostigamiento contra el periodista [NOMBRE 012] conocido como [NOMBRE 012]; contra la señora [NOMBRE 011] y contra cualquiera otro de los funcionarios judiciales, que aparecen en el rastreo realizado por el Organismo de Investigación Judicial y por Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado en el expediente [VALOR 011]y en cualquier otra investigación...”. Se resuelve: en relación con el “cese” del hostigamiento y las presuntas acciones de acoso en contra de periodistas que se pide, se trata de un aspecto que esta Sala no podría tener por demostrado a priori en este expediente sino que deberá declararse –en este expediente o por las instancias respectivas- luego de la investigación correspondiente, con cumplimiento de las reglas del debido proceso.- En cuanto a la amparada [NOMBRE 011] se ordena a las autoridades recurridas, no dictar sanción administrativa alguna hasta tanto no se resuelva este recurso. **b)** Se solicita “...cesar de inmediato cualquier acto de rastreo o de interceptación de los teléfonos de los comunicadores de Diario Extra y/o, de cualquiera otro de los funcionarios judiciales que aparecen en el rastreo realizado por el Organismo de Investigación Judicial y por Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado en el expediente [VALOR 011]y en cualquier otra investigación...”. Se deniega la medida. La constitucionalidad de los rastreos telefónicos, será un tema de análisis de fondo en este amparo. **c)** Se solicita “**cesar de inmediato cualquier actuación que afecte o amenace el derecho a la reserva de fuentes que tienen los comunicadores de Diario Extra y especialmente el periodista [NOMBRE 012]**”; se ordena: que el Organismo de Investigación Judicial y el Ministerio Público deberán garantizar al amparado, el libre acceso a la información pública que conste en su poder, dentro del marco jurídico de la Constitución Política y las leyes de la República. Cualquier reclamo que tenga sobre un hecho concreto sobreviviente, a raíz de las investigaciones en curso, deberá ser resuelto directamente por el titular del órgano concernido o quien ocupe su cargo, dentro de las cuarenta

y ocho horas siguientes. La negativa a brindar cualquier información deberá hacerse mediante resolución fundada. **d)** Se solicita: *garantizar el acceso a las informaciones de interés público a los comunicadores de diario Extra y al periodista [NOMBRE 012] a quien se le debe garantizar el ejercicio pacífico y libre de su función*". Se dispone conceder esta medida cautelar en los mismos términos y condiciones de lo ordenado en el punto c) inmediato anterior.

3.- Informa bajo juramento, FRANCISCO SEGURA MONTERO, en su calidad de Director General del Organismo de Investigación Judicial, en resumen que: **a)** Los periodos de los rastreos realizados no sobrepasan el mes y una semana, a lo sumo. Además, en ningún momento se solicitaron rastreos de llamadas telefónicas, lo que se solicitaron fueron listados de abonados; **b)** La misma Sala ha enfatizado en que para realizar un rastreo de llamadas no es necesario contar con la orden de una autoridad judicial, ya que esta es indispensable únicamente para las intervenciones telefónicas en las cuales lo que se pretende es conocer el contenido de las conversaciones realizadas. Ese organismo, bajo la potestad de la dirección funcional que ostenta el Ministerio Público, puede obtener y realizar análisis telefónicos a los listados suministrados por dicha Entidad y en los cuales se verifican las llamadas entrantes y salientes de números telefónicos; **c)** Lo que se intentaba determinar era la fuga de información de la que estaban siendo objeto, y esclarecer con ello cuál funcionario estaba faltando al artículo 27 de la Ley Orgánica, donde se indica que *"los agentes de investigación deben guardar absoluto secreto con respecto a las investigaciones en que intervengan para evitar que estas trasciendan al público"*. Además por lo que establece el párrafo segundo del artículo 295 del Código Procesal Penal *"Las partes, los funcionarios que participan de la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas, tendrán la obligación de guardar secreto. El incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave"*. Por lo que, el proceder de la funcionaria es indiscutiblemente reprochable y como tal debe aplicársele la ley; **d)** Es contundente lo arrojado por los análisis telefónicos incorporados como por el estudio pormenorizado de las notas publicadas por el periodista Estrada, en los cuales sin lugar a dudas se desprende que se suministraba información sumamente detallada y de suma confidencialidad; **e)** Ese organismo no debe ni puede obstaculizar la labor de información a la ciudadanía, pero según

la ley, tal organismo debe tener una total y completa reserva sobre las investigaciones realizadas, las cuales trascienden al público una vez que se cuenta con los responsables de cometer el hecho ilícito o cuando se considera que algún grado de información suministrada a la ciudadanía podría ayudar a lograr el cometido citado; **e)** En cuanto a las medidas cautelares dispuestas, se indica que en ningún momento se dará un trato desigual al recurrente. Solicita que se desestime el recurso planteado.

4.- Mediante escrito presentado el 29 de enero del 2014 se apersona [NOMBRE 014], en su calidad de víctima de secuestro, para coadyuvar con los recurridos y solicitar se rechace este recurso. Indica en resumen que se afectó y puso en peligro el resultado exitoso de la investigación que en aquel momento se estaba llevando a cabo, dándole la oportunidad y ventaja a los presuntos responsables de su secuestro, pues bajo pretexto de la libertad de información se pretende defender su derecho a inmiscuirse en investigaciones confidenciales y privadas, propias de las etapa preliminar de un proceso penal. En definitiva se estaría creando en los periodistas un grupo privilegiado, que bajo el pretexto del derecho de información y protección de sus fuentes, pueden incluso violar el artículo 24 de la Constitución Política. De admitirse este recurso se estaría permitiendo que el Diario Extra y otros sigan su ejemplo en esa carrera inhumana de “cazar” noticias a toda cosa y salir de primeros, buscando beneficios económicos a costa de los derechos de las víctimas y sin existir de por medio ningún interés público. Solicita se declare sin lugar el recurso planteado.

5.- Mediante escrito presentado el 29 de enero del 2014 se apersona [NOMBRE 015], en su calidad de Presidente de la Asociación denominada Instituto de Prensa y Libertad de Expresión, IPLEX, a coadyuvar en el recurso y solicitar este sea declarado con lugar. Indica en resumen que: **a)** El Instituto goza de legitimación para apersonarse como codyuvante, por contar con un interés legítimo en el resultado. El IPLEX es una asociación profesional privada, sin fines de lucro; **b)** A partir del 01 de abril del 2013 y hasta fecha aún indeterminada, Periodistas del Diario Extra (y especialmente [NOMBRE 012]) fueron víctimas de rastreo de sus llamadas telefónicas. La invasión que se denuncia no inició con el rastreo de teléfonos de funcionarios públicos dependientes del Poder Judicial. Inició con la orden de rastrear 38 números de teléfono que corresponden todos ellos a comunicadores y empleados de Diario

Extra, para luego enfatizar en los teléfonos móviles que usa el periodista [NOMBRE 012]. El rastreo fue ordenado por la Fiscalía y ejecutado por el OIJ. El rastreo tuvo como finalidad primaria y fundamental determinar la identidad de las personas que sirvieron de fuente para la difusión de una serie de noticias; **c)** Conforme a la Declaración de principios sobre libertad de expresión dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108, sesiones de octubre del 2000, principio 8 *“Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales”*. Solicita que sea declarado con lugar el recurso, por violación al derecho a la libertad de expresión.

6.- Informa bajo juramento, MIGUEL ABARCA RIVAS, en su calidad de Fiscal Adjunto de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada, en resumen que: **a)** El caso penal de fondo objeto del recurso corresponde a la causa [VALOR 011], tramitada en la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada, seguida contra una investigadora judicial por los delitos de divulgación de secretos y divulgación de información confidencial, previstos en los artículos 203 y 332 bis del Código Penal, investigación a cargo del fiscal Peñaranda Chaverri; **b)** La causa se generó a raíz de lo ocurrido en dos casos por secuestro extorsivo que se tramita en la misma fiscalía adjunta, en los cuales se detectó fuga de información confidencial y por ello se dispuso la apertura de una investigación para corroborarla o descartarla. La causa por la fuga de información se radicó en la misma fiscalía que investigaba los secuestros extorsivos; **c)** La imputada en la causa es oficial del OIJ, destacada en la sección de delitos varios, oficina a la que por competencia material le corresponde la investigación de los delitos de secuestro extorsivo. Dicha funcionaria formó parte de los equipos de investigación de los secuestros extorsivos identificados con el número [VALOR 012]y [VALOR 013], en ambos el grupo familiar ingresó al programa de protección de la oficina de atención y protección de víctimas y testigos del Ministerio Público, hecho de conocimiento de los oficiales y en particular de la sospechosa. En medio de la investigación criminal de los secuestros extorsivos, en el Diario Extra salieron publicados datos sensibles y confidenciales respecto de ambos casos; **d)** Como lo demandaban la lógica, la experiencia y la legalidad ante el escenario planteado, los primeros actos de investigación debían dirigirse a establecer la existencia de algún nexo de comunicación entre el periodista y alguno

o algunos de los integrantes del equipo judicial de investigación, para poder ir determinando la posible fuga de información y revelación de los datos confidenciales del caso. De esta forma, siendo el contacto telefónico una de las más relevantes formas de comunicación y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la potestad para pedir registros telefónicos, se solicitaron esos datos respecto de teléfonos vinculados al periodista; **e)** En esta tarea de análisis, se requirió información a varias compañías telefónicas, relativa a abonados de servicios, registros telefónicos de llamadas entrantes, salientes, duración de contactos, etc, y en fechas específicas que contemplaron el curso de los eventos de los secuestros, a fin de canalizar frecuencia de contactos telefónicos y poder establecer conclusiones y señalar hipótesis; **f)** Una vez con elementos que señalaban a la sospechosa como autora de los delitos investigados, se solicitó al Juzgado una orden de allanamiento, registro, secuestro y examen de documentos probados, de la oficina, escritorio y casillero de la sospechosa a fin de buscar otros elementos de convicción de interés para el caso. Solicitud que fue acogida por el despacho señalado, el cual emitió una orden mediante resolución de las 14:50 horas del 13 de diciembre del 2013, la cual se ejecutó a las 09:04 horas del 16 de diciembre del 2013, diligencia en que se decomisó el teléfono celular de la investigada, su computadora, un dispositivo USB y prueba documental. Posteriormente la imputada fue indagada en la Fiscalía y el Juzgado Penal, como medidas cautelares le prohibió acercarse a su lugar de trabajo, prohibición de tener contacto con los testigos de la causa, suspensión del cargo con goce de salario, todo por el lapso de tres meses. Medidas que quedaron en firme; **g)** De conformidad con el artículo 182 del Código Procesal Penal que establece el principio de libertad probatoria dentro del proceso penal y en virtud de jurisprudencia constitucional, y otros, el Ministerio Público dispuso el secuestro de registros telefónicos del periodista que hizo las publicaciones sobre los secuestros extorsivos; **h)** Los plazos de los registros solicitados correspondieron a los necesarios y pertinentes para el esclarecimiento del punto de interés. Sobre las líneas [VALOR 014]y [VALOR 015]se solicitaron y analizaron únicamente los rastreos telefónicos entre el 01 y 08 de marzo. En relación a la línea [VALOR 016] primero entre el 01 y 08 de marzo y luego entre el mes de mayo y el 11 de junio. Todos del año 2013. Así que los periodos de los rastreos señalados por los recurrentes son totalmente inexactos. Sólo se requirieron los nombres de los abonados de los números que aparecían

en los registros del autor de las publicaciones periodísticas de interés para la investigación; **i**) La investigación inició con la solicitud de los registros telefónicos de [NOMBRE 012]. Tras el análisis inicial se dispuso solicitar los nombres de los abonados de servicios telefónicos que tuvieron contacto con [NOMBRE 012] durante el curso de las investigaciones de los secuestros. No se hicieron análisis de registros telefónicos de otros funcionarios de Diario Extra o teléfonos ligados a esta empresa. La determinación del abonado de un servicio telefónico se limita a establecer a nombre de quién está el servicio en la compañía telefónica. Esto es distinto a la solicitud de un rastreo, donde se observan los registros pasados de llamadas entrantes y salientes de un abonado; **j**) Los registros telefónicos se iniciaron con [NOMBRE 012] y no con los funcionarios judiciales que podían ser sospechosos, guiados por el sentido común, pues siendo lo relevante para el caso un posible contacto entre algún funcionario y el periodista, lo más lógico era solicitar el registro de quien si se sabía tenía relación con las publicaciones y no con los registros telefónicos de decenas de funcionarios que tenían relación las investigaciones y pudieran filtrar los datos, esto último resultaría muchísimo más trabajoso, menos eficiente y mucho menos asertivo, que hacerlo de la forma en que se hizo; **k**) Efectivamente no existe dentro del expediente ninguna orden jurisdiccional para la obtención de los rastreos telefónicos, por tratarse de un requisito inexistente en nuestro ordenamiento procesal penal. De acuerdo con nuestro legislador, en materia de investigación de hechos delictivos, rige un principio de libertad probatoria (artículo 182 del Código Procesal Penal), según el cual, todo se puede probar por cualquier medio de prueba lícito. Respecto de los rastreos telefónicos, esa condición de licitud de la información obtenida o instancia directa del Ministerio Público a las compañías telefónicas, se ha establecido desde hace muchos años por jurisprudencia; **l**) El caso en investigación no tiene que ver en absoluto con una violación a la libertad de expresión, ni mucho menos con la averiguación de las fuentes de un periodista, tiene que ver con el deber de probidad violentado por un funcionario judicial. El objetivo de la investigación en el caso no ha sido nunca el periodista, el estudio de sus registros telefónicos en periodos estrictamente necesarios y razonables, solo fue un medio lícito de prueba para detectar al funcionario judicial que debía mantener en reserva los datos de la investigación; **ll**) Efectivamente el rastreo, junto con otros elementos de convicción, permitió señalar a la investigadora judicial como posible

autora de dos delitos. Rechaza que se haya señalado o amenazado a algún funcionario que haya tenido contacto con el periodista. El Ministerio Público se ha limitado a promover la acción penal contra la posible autora de los hechos delictivos investigados. Es falso que se haya pretendido evitar la difusión de información de interés público por parte del Diario Extra, pues la investigación está relacionada con información ya difundida, que para nada tenía interés público; **m)** Ni el periodista, ni el medio de prensa, tienen potestad, la pericia o el derecho de afirmar que, con sus publicaciones de información confidencial no pusieron en peligro la vida o la integridad física de las víctimas, testigos o funcionarios involucrados en el caso. La falacia radica en negar la puesta en peligro para justificar las publicaciones. En todo caso, para la consumación de los delitos investigados, no se requiere la concreción efectiva de algún daño o perjuicio, sino la potencialidad dañosa de la divulgación; **n)** Como consideraciones finales se indica que el caso en examen tiene que ver con la violación al deber legal de confidencialidad que tienen los funcionarios judiciales en materia penal, respecto de las investigaciones en las que participan, en absoluto se relacionan con intrusiones ilegítimas a la libertad de expresión. La investigación que se atribuye a la funcionaria judicial investigada se relacionó de manera tangencial con un periodista, no para conocer sus fuentes lícitas y válidas, sino para identificar y conocer el funcionario corrupto que indebidamente trasladó la información. Se debe emitir criterio sobre si un funcionario público adquiere la condición de “fuente periodística” aunque cometa un delito para trasladar información que no debe propalar. Podría provocar un cisma social de dimensiones inconmesurables el hecho de que se cambie de criterio sobre la constitucionalidad de las actuaciones fiscales respecto de los registros telefónicos. Solicita que se desestime el recurso planteado.

7.- Informa bajo juramento, JORGE CHAVARRIA GUZMAN, en su calidad de Fiscal General de la República, en resumen que: a) En la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada se tramita la causa [VALOR 011] en la que se investiga la posible comisión de los delitos de divulgación de secretos (artículo 203 del Código Penal) y Divulgación de información confidencial (artículo 332 bis del Código Penal), en la que se investiga a una funcionaria de la policía judicial por haber suministrado a un periodista del Diario Extra, información secreta y confidencial relacionada a dos causas penales por secuestros, cuando dichos

secuestros se encontraban en fase de investigación y los involucrados todavía no habían sido detenidos. Además de la autoría de tales delitos la oficial investigada pudo incurrir en la violación del artículo 27 de la Ley Orgánica del OIJ, que ordena a los funcionarios mantener secreto sobre las investigaciones que son de su conocimiento; **b)** La información que se analizó en relación a dos teléfonos relacionados al amparado [NOMBRE 012] está circunscrita a periodos cortos de tiempo en los que se pudieron dar contactos entre él y la oficial investigada, y que giran alrededor del momento en que se publicaron noticias relacionadas a los secuestros que se estaban investigando; **c)** No es cierto que se hayan realizado estudios de llamadas de teléfono de otros periodistas del Diario Extra; **d)** El hecho de que se estuviera investigando a una funcionaria de la policía judicial no impedía recopilar información relacionada a teléfonos de otras personas con el fin de ubicar indicios para demostrar la eventual comisión de los delitos investigados, ni obligaba a tener que solicitar en un primer momento información de teléfonos de funcionarios judiciales; **e)** Lo que se evidenció que se podía estar ante la comisión de los delitos investigados fue la publicación en el Diario Extra de información sensible (secuestros extorsivos en proceso) y que para el momento de las publicaciones no debía ser de conocimiento público; **f)** Producto de la investigación judicial realizada efectivamente se procedió a detener a la sospechosa, lo cual faculta el artículo 237 del Código Procesal Penal; **g)** Para obtener los listados de llamadas que fueron solicitados a las diferentes compañías telefónicas no se contó con una orden judicial ya que no se requería, conforme la jurisprudencia constitucional que citan. Las solicitudes fueron planteadas por oficiales de la policía judicial a los fiscales, quienes requirieron esa información a las compañías telefónicas. Se solicitó al ICE que facilitara información sobre las llamadas realizadas desde dos teléfonos celulares relacionados al amparado [NOMBRE 012]. A la empresa [NOMBRE 016] que brindara información sobre las llamadas realizadas desde tres teléfonos celulares relacionados al amparado [NOMBRE 012], de las cuales finalmente se retiró y analizó únicamente la información de los dos teléfonos del ICE. El Ministerio Público consideró pertinente solicitar la información de los registros telefónicos del amparado [NOMBRE 012] para verificar o descartar los contactos con la funcionaria judicial investigada, lo cual de conformidad con los principios de legalidad y de libertad probatoria, es una diligencia completamente admisible, de conformidad con lo que establecen los artículos 62, 63, 68, 180, 181, 289, 290 y 291 del Código

Procesal Penal; **h)** Es falso que la Fiscalía haya realizado actos con el fin de imponer restricciones al ejercicio de libertad de expresión y con el objetivo de conocer las fuentes de los periodistas del Diario Extra; **i)** En la causa contra la funcionaria, ya un juez ordenó allanamiento e impuso medidas cautelares en contra de la funcionaria judicial, por lo que se ha realizado una valoración sobre la legalidad de la prueba que existe en el expediente citado; **j)** El derecho a la libertad de expresión, al igual que otros derechos, no es un derecho ilimitado, conforme la normativa nacional e internacional. No es válido aprovecharse de la existencia de ese derecho para tratar de justificar la comisión de delitos como son la divulgación de secretos y la divulgación de información confidencial. Así la finalidad primaria no fue determinar la identidad de las personas que sirvieron de fuente para la difusión de noticias del Diario Extra, sino que era acceder a prueba dentro de la investigación de una causa criminal; **k)** Las publicaciones del Diario Extra sí pudieron en peligro a la víctimas de los secuestros y sus familiares; **l)** El Ministerio Público no ha realizado ninguna acción que pretenda vulnerar o que haya vulnerado la libertad de prensa. Tampoco el derecho de acceso a información pública pues el procedimiento preparatorio no es público para terceros por lo que el amparado [NOMBRE 012] no estaba legitimado para tener acceso a los expedientes de los secuestros ni para informar sobre esas investigaciones. Solicita se declare sin lugar el recurso planteado.

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

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

CONSIDERANDO:

I.- Objeto del recurso.- Los recurrentes presentan este recurso en su condición de periodistas, por violación al Derecho a la Libertad de Expresión, Reserva de Fuentes y Acceso a la Información que cobija a los comunicadores. Lo anterior debido a que a partir del 01 de noviembre de 2012 y hasta fecha aún indeterminada, periodistas del Diario Extra (particularmente [NOMBRE 012]), fueron víctimas de rastreo de sus llamadas telefónicas. Todo ello sin que mediara autorización judicial, dado que la orden fue dada por la Fiscalía Adjunta contra Crimen Organizado y fue ejecutada y solicitada por el Organismo de Investigación Judicial, dependencia del Poder Judicial. Indican que no

existe norma con rango de Ley que autorice el rastreo del teléfono de un comunicador y, mucho menos, existe una ley que permita a los recurridos rastrear las llamadas de los periodistas, a fin de detectar quiénes son sus fuentes, para posteriormente, encausar a los funcionarios públicos por divulgar secretos. Como agravante de la situación mencionan que, una funcionaria judicial fue detenida, está suspendida laboralmente y encausada penalmente; y además el periodista mencionado no puede ejercer el periodismo pues ha sido estigmatizado entre sus informantes.

II.- Sobre las coadyuvancias presentadas.- La coadyuvancia es una forma de intervención adhesiva que se da cuando una persona actúa en un proceso adhiriéndose a las pretensiones de alguna de las partes principales, como consecuencia está legitimado para actuar como coadyuvante quien ostente un interés directo en el resultado del recurso, pero al no ser actor principal, el coadyuvante no resultará directamente afectado por la sentencia, es decir, la eficacia de ésta no podrá alcanzarle de manera directa e inmediata, ni le afecta la condición de cosa juzgada del pronunciamiento, aunque pueda favorecerle la eficacia de lo resuelto, debido al carácter de “erga omnes” que tiene la jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). En este caso, la Sala procede a admitir la coadyuvancia activa presentada por [NOMBRE 015], en su calidad de Presidente de la Asociación denominada Instituto de Prensa y Libertad de Expresión, IPLEX. Sin embargo, en cuanto a la coadyuvancia pasiva, presentada por [NOMBRE 014], en su calidad de víctima de secuestro, a favor de las actuaciones de los recurridos, por tratarse, más que de una coadyuvancia, de manifestaciones que sólo pueden comprobarse en el ámbito de la legalidad cuando indica que “se afectó y puso en peligro el resultado exitoso de la investigación que en aquel momento se estaba llevando a cabo, dándole la oportunidad y ventaja a los presuntos responsables de su secuestro.” Corresponde su desestimatoria, tal como en efecto se hace.

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) Que luego de lo ocurrido en dos casos por secuestro extorsivo que se tramita en Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada, en

los cuales se detectó fuga de información confidencial, los recurridos dispusieron la **apertura de una investigación** para corroborarla o descartarla (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).

b) Que, en virtud de lo anterior, en la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada se tramita **la causa [VALOR 011]** que es investigación por la posible comisión de los delitos de divulgación de secretos (artículo 203 del Código Penal) y Divulgación de información confidencial (332 bis del Código Penal), en la que se investiga a una funcionaria de la policía judicial por haber suministrado a un periodista del Diario Extra, información secreta y confidencial relacionada a dos causas penales por secuestros, cuando dichos secuestros se encontraban en fase de investigación y los involucrados todavía no habían sido detenidos (ver informe del Fiscal general y la Fiscalía Adjunta).

c) Que la investigación **inició con la solicitud de los registros telefónicos** de [NOMBRE 012], solicitando los nombres de los abonados de servicios telefónicos que tuvieron contacto con [NOMBRE 012] durante el curso de las investigaciones de los secuestros (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).

d) Que la investigación **no inició** con los funcionarios judiciales que podían ser sospechosos (ver informe del Fiscal General).

e) Que **el objetivo de la investigación** en el caso no ha sido nunca el periodista. Que el estudio de sus registros telefónicos fue un medio de prueba para detectar al funcionario judicial (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).

f) Que se requirió información a varias compañías telefónicas, **respecto de teléfonos vinculados al periodista**, relativa a abonados de servicios, registros telefónicos de llamadas entrantes, salientes, duración de contactos, etc, y en fechas específicas que contemplaron el curso de los eventos de los secuestros (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).

g) Que las solicitudes de registro fueron planteadas por oficiales de la policía judicial a los fiscales, quienes requirieron esa **información a las compañías telefónicas**. Que se solicitó al ICE que facilitara información sobre las llamadas realizadas desde dos teléfonos celulares relacionados

al amparado [NOMBRE 012]. A la empresa [NOMBRE 016] que brindara información sobre las llamadas realizadas desde tres teléfonos celulares relacionados al amparado [NOMBRE 012], de las cuales finalmente se retiró y analizó únicamente la información de los dos teléfonos del ICE (ver informe del Fiscal General).

h) Que sobre dos líneas telefónicas se solicitaron y analizaron los rastreos telefónicos **entre el 01 y 08 de marzo**. Que respecto de otra línea telefónica primero **entre el 01 y 08 de marzo y luego entre el mes de mayo y el 11 de junio**. Todos del año 2013 (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).

i) Que **no se hicieron** análisis de registros telefónicos de otros funcionarios de Diario Extra o teléfonos ligados a esta empresa (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).

j) Que una vez con elementos que **señalaban a la sospechosa como autora** de los delitos investigados, se solicitó al Juzgado una orden de allanamiento, registro, secuestro y examen de documentos probados, de la oficina, escritorio y casillero de la sospechosa a fin de buscar otros elementos de convicción de interés para el caso. Solicitud que fue acogida por el despacho señalado, el cual emitió una orden mediante resolución de las 14:50 horas del 13 de diciembre del 2013, la cual se ejecutó a las 09:04 horas del 16 de diciembre del 2013, diligencia en que se decomisó el teléfono celular de la investigada, su computadora, un dispositivo USB y prueba documental. Posteriormente la imputada fue detenida, indagada en la Fiscalía y el Juzgado Penal, como medidas cautelares le prohibió acercarse a su lugar de trabajo, prohibición de tener contacto con los testigos de la causa, suspensión del cargo con goce de salario, todo por el lapso de tres meses. Medidas que quedaron en firme (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).

k) Que **la imputada** en la causa es oficial del OIJ, destacada en la sección de delitos varios, oficina a la que por competencia material le corresponde la investigación de los delitos de secuestro extorsivo. Dicha funcionaria formó parte de los equipos de investigación de los secuestros extorsivos identificados con el número [VALOR 011] y [VALOR 013], en ambos el grupo familiar ingresó al programa de protección de la oficina de atención y protección de víctimas y testigos del Ministerio

Público, hecho de conocimiento de los oficiales y en particular de la sospechosa (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).

IV.- Hechos no probados. No se estiman demostrados los siguientes hechos de relevancia para esta resolución:

a) Que el Ministerio Público hubiera ordenado el rastreo o listado de abonados de llamadas telefónicas de todos los periodistas del Diario Extra.

b) Que el rastreo de llamadas telefónicas haya sido por el plazo de diez meses o que se extendiera desde el 01 de noviembre del 2012.

c) Que el periodista [NOMBRE 012] estuviera siendo investigado por tener algún grado de participación en la causa [VALOR 011] que es investigación por la posible comisión de los delitos de divulgación de secretos (artículo 203 del Código Penal) y Divulgación de información confidencial (332 bis del Código Penal).

d) Que el rastreo se hiciera con el fin de intimidar al periodista o invisibilizar hechos de corrupción.

e) Que el rastreo se hiciera con el fin de amenazar a funcionarios judiciales o impedir que transmitieran información de orden público.

f) Que la detención de la señora [NOMBRE 013] se diera con el fin de intimidar.

V.- Sobre el fondo.-Como se observa del escrito de interposición, los recurrentes denuncian el hecho de que la Fiscalía ordenara y el OIJ ejecutara, rastreo de llamadas telefónicas de periodistas del Diario Extra (especialmente de [NOMBRE 012]), básicamente porque consideran que para ello debió mediar una autorización judicial y porque no existe una ley que permita a los recurridos rastrear las llamadas de los periodistas. Todo lo cual consideran viola los derechos fundamentales de libertad de expresión y reserva de fuentes, y acceso a información. Ahora bien, antes de proceder al examen de dichos alegatos, esta Sala resalta los siguientes hechos probados:que luego de lo ocurrido en dos casos por secuestro extorsivo que se tramita en Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada (aparente fuga de información confidencial), esa misma Fiscalía dispuso la apertura de una investigación; que

dicha investigación se tramitó bajo la causa número [VALOR 011] por la posible comisión de los delitos de divulgación de secretos (artículo 203 del Código Penal) y Divulgación de información confidencial (332 bis del Código Penal) de parte de un funcionario judicial; que pese a que la investigación se dirigía contra funcionarios judiciales y no contra un periodista, esta inició con la solicitud, de parte de la Fiscalía al OIJ, de los registros telefónicos del periodista [NOMBRE 012]; que para ello se requirió información a varias compañías telefónicas, respecto de teléfonos vinculados al periodista, relativa a abonados de servicios, registros telefónicos de llamadas entrantes, salientes, duración de contactos, etc, y en fechas específicas (entre marzo, mayo y junio del 2013) que contemplaron el curso de los eventos de los secuestros; y que una vez con elementos que señalaban a la sospechosa como autora de los delitos investigados, se solicitó al Juzgado una orden de allanamiento, registro, secuestro y examen de documentos probados, posteriormente la imputada fue detenida, indagada en la Fiscalía y el Juzgado Penal, como medidas cautelares le prohibió acercarse a su lugar de trabajo, prohibición de tener contacto con los testigos de la causa, suspensión del cargo con goce de salario, todo por el lapso de tres meses. Medidas que quedaron en firme. De todo lo cual queda plenamente demostrado que es cierto que la Fiscalía ordenó y el OIJ ejecutó el rastreo de llamadas de un periodista, como medio para lograr identificar al funcionario judicial objeto de la causa [VALOR 011] (seguida por la posible comisión de los delitos de divulgación de secretos, artículo 203 del Código Penal y Divulgación de información confidencial, 332 bis del Código Penal), y que para ello no se contó con una orden o autorización judicial. Siendo poco relevante el hecho de que el plazo durante el cual se realizó el rastreo, no fuera de diez meses –como dicen los recurridos- sino de algunos días, pues a los efectos de análisis que se realizará es suficiente que el rastreo se comprobara. Ahora bien, respecto de tales hechos, son dos las cuestiones que corresponde examinar a esta Sala, por un lado, la potestad de realizar rastreo de llamadas de parte del Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial, y si el hecho de no contar con autorización judicial para ello, y que el rastreo haya sido a un tercero ajeno a la investigación, si tales actos, en algún modo, violan el artículo 24 Constitucional, el cual consagra y regula el derecho al secreto de las comunicaciones. *Por otro lado*, es importante determinar si el hecho que ese tercero sea un periodista, implica que el rastreo de sus llamadas

sea una violación de la libertad de expresión y secreto de las fuentes. Cada uno de estos aspectos se analiza por separado.

VI.- Sobre el rastreo de llamadas telefónicas sin orden judicial y el principio de proporcionalidad.- Lo primero que se debe resaltar es que, en efecto, esta Sala ha hecho en oportunidades anteriores, una distinción entre el rastreo telefónico y la intervención telefónica. Exigiéndose la orden judicial únicamente para esta última. Conforme se estableció mediante el voto número 2007-017097 de las nueve horas y veintinueve minutos del veintitrés de noviembre del dos mil siete, esta Sala ha sostenido reiteradamente que el rastreo de llamadas y la intervención telefónica son figuras diferentes, en tanto la última está protegida por el artículo 24 de la Constitución Política y sólo puede ser autorizada por juez competente en los casos que taxativamente prevé la ley respectiva, la primera no está sometida a dichas restricciones y no viola el contenido del citado artículo constitucional, por lo que bien puede ser ordenada por el Ministerio Público, [NOMBRE 016] está, si estamos frente a la investigación de un ilícito penal. En este sentido, en sentencia número 9421-02 de las dieciséis horas con ocho minutos del veintiséis de setiembre del dos mil dos, la Sala expresó:

“II.- Por otra parte, se le debe indicar al recurrente que, mediante resolución número 3195-95 de las quince horas doce minutos del veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco, esta Sala estableció que “... la doctrina es conteste en señalar que el procedimiento de intervención telefónica implica el registro y la escucha, es decir, la imposición del contenido o la posibilidad de imponerse de contenido de las llamadas registradas mediante la intervención misma. El tema ha sido discutido sobre todo por la doctrina española, a partir de la necesaria distinción que ha de hacerse entre los términos “intervención” y “observación” telefónica contenidos en los incisos 2 y 3 del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente y con el fin de delimitar el alcance de la autorización que conceden esos incisos para incidirse en la inviolabilidad de las comunicaciones orales. Así, claramente se ha diferenciado entre ambos conceptos, estableciéndose que la intervención supone apoderarse del contenido de las conversaciones telefónicas, poder llegar a conocerlas. Por su parte, el término “observación” ha de reducirse a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, del número telefónico del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento

del contenido, el cual debe permanecer secreto. Estas conclusiones son perfectamente trasladables a nuestro medio, distinguiéndose tanto desde el punto de vista conceptual, como del punto de vista técnico, entre la intervención telefónica, que implica la grabación y la imposición eventual del contenido de las llamadas registradas y el procedimiento de "rastreo" telefónico, procedimiento mediante el cual es posible identificar los números telefónicos de los cuales procede una llamada o a los cuales se dirige la comunicación, sin posibilidad alguna de imponerse del contenido de las llamadas."

Ahora bien, en el caso en estudio, se observa que la parte recurrida ordenó el rastreo de las llamadas enviadas y recibidas desde el teléfono celular del recurrente, con el objeto de determinar no solo quien es el propietario de dicha línea telefónica sino también con que personas o con cuales números telefónicos se ha establecido comunicación desde ese teléfono en los meses anteriores, ello con la finalidad de establecer un cuadro de relaciones que permita establecer los posibles vínculos formados con ocasión del delito que se investiga, por lo que no se aprecia la violación de derechos fundamentales alegada en este recurso toda vez que en ningún momento se tuvo acceso al contenido de las llamadas hechas o recibidas."

Ahora bien, si bien es cierto se ha admitido el rastreo de llamadas telefónicas en casos de investigación de ilícitos penales (nunca en casos de sanciones administrativas), sin necesidad de orden judicial, es lo cierto que dicho rastreo, por parte del Ministerio Público, no puede operar libremente, sino que debe sujetarse también al **principio de proporcionalidad**. Aunque la intervención telefónica está sometida a varias limitaciones, por ser evidentemente más gravosa que un rastreo telefónico, es lo cierto que también se pueden aplicar algunas de esas limitaciones para el rastreo, como lo es el principio de proporcionalidad. La Constitución Política, en su artículo 24, establece que sólo por orden jurisdiccional resulta legítima la intervención de cualquier tipo de comunicación, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento. Por ejemplo en la sentencia 1571-96 de las 12:36 horas del veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis (en el mismo sentido que la sentencia No.6378-95 de 22 de noviembre de 1995 y que luego es retomada en la resolución número 2007-003890 de las quince horas y cincuenta y un minutos del veinte de marzo de dos mil siete) se dijo:

“en el numeral 24 según el cual, la intervención de las comunicaciones sólo podrá ser decretada para la investigación de delitos, y en segundo lugar, se lesiona el principio de proporcionalidad al utilizarse el resultado obtenido en perjuicio de un tercero no destinatario de la orden judicial y para fines disciplinarios, lo que, obviamente, no guarda la más mínima relación con la lesión implícita a un derecho fundamental, por más importantes que se estimen los principios de corrección en el desempeño de la función pública y especialmente en la Administración de Justicia. Debe entenderse que, de la medida de intervención telefónica que necesariamente conlleva la intromisión en un derecho fundamental, no puede derivarse jamás, en forma antojadiza, cualquier efecto, puesto que ello haría nugatorias las exigencias constitucionales establecidas en el artículo 24 de la Carta Fundamental y a la vez, por que con el pretexto de investigar un delito de los contemplados en el artículo 8 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, se podría encubrir, en realidad, cualquier investigación policial paralela, a partir de la cual se pueden derivar cualquier clase de efectos que, en definitiva, irían en detrimento de la garantía constitucionalmente establecida. Por esa misma razón, el artículo 24 constitucional establece que existirán sanciones y responsabilidad para los funcionarios que apliquen ilegalmente la excepción bajo la cual se permite la intervención de las comunicaciones y de igual manera, en el párrafo final de ese artículo se indica que, “... la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación, no producirá efectos legales.” De igual manera, el artículo 28 de la Ley de marras establece:

Art. 28: Los resultados de la intervención de las comunicaciones orales o escritas no podrán ser utilizados para ningún propósito distinto del que motivó la medida.

*De este modo, puede concluirse que es violatorio del derecho a la intimidad, **el utilizar el resultado obtenido en intervenciones telefónicas autorizadas para la investigación de un delito, como fuente de prueba en un procedimiento disciplinario**, de modo tal que la violación ocasionada en el caso concreto, **implica necesariamente, la declaratoria con lugar del presente recurso de amparo**, ordenando a los recurridos que en un futuro, deberán de abstenerse de incluir las transcripciones de intervenciones telefónicas efectuadas en una causa penal, como medio*

probatorio directo o indirecto para procedimientos como los desarrollados en el caso concreto. (subrayado no corresponde al original).

En un sentido similar se puede indicar que, el rastreo telefónico en este caso, sí podía ordenarlo el Ministerio Público, sin necesidad de una orden judicial, si de la investigación de un ilícito penal se trata, PERO únicamente a los sujetos sospechosos y NUNCA a un tercero ajeno a la investigación, so pena de violar el derecho a la intimidad de este último. Situación que se ve agravada, en este caso, porque ese tercero resultó ser además un periodista, y como se verá en el considerando siguiente, tutelado por la libertad de expresión y el derecho de secreto de sus fuentes. Por lo tanto, debe quedar [NOMBRE 016] que, esta Sala no está mermando en modo alguno la potestad del Ministerio Público de realizar rastreos telefónicos (nótese que son rastreos y no intervenciones), sin necesidad de contar con una orden judicial, sino que lo único que esta Sala está indicando es que para poder ejercer tal potestad se debe sujetar al principio de proporcionalidad, el cual implica en este caso, que el rastreo puede ordenarse respecto de sujetos investigados o sospechosos de un ilícito penal, pero NO de terceros ajenos a la investigación. Nótese como los recurridos admiten que siguieron el camino de rastreos del periodista Estrada porque era lo más fácil, cuando indican: *“Los registros telefónicos se iniciaron con [NOMBRE 012] y no con los funcionarios judiciales que podían ser sospechosos de la fuga de la información, guiados por el sentido común,... y no con los registros telefónicos de decenas de funcionarios que tenían relación con las investigaciones y pudieran filtrar los datos, esto último resultaría muchísimo más trabajoso, menos eficiente y mucho menos asertivo, que hacerlo de la forma en que se hizo.”* (ver informe de la Fiscalía Adjunta, folio 12-13). Sin embargo, el respeto a la constitucionalidad y la tutela de los derechos fundamentales no siempre coincide con el camino más fácil o que ignore ciertas limitaciones infranqueables. Bien pudieron los recurridos proceder, aunque fuera menos eficiente y tardara más tiempo, proceder con el rastreo telefónicos de los funcionarios judiciales sospechosos, y no optar, como lo hicieron, con el rastreo telefónico de un sujeto ajeno a la investigación. Nótese que los recurridos, finalmente se impusieron del conocimiento de TODAS las llamadas entrantes y salientes de varios teléfonos, no sólo de un tercero ajeno a la investigación, sino de muchos otros terceros que tampoco tenían relación alguna con la investigación. **En conclusión,** aunque pudiera efectivamente el Ministerio Público

proceder con una investigación para dar con el o los funcionarios judiciales que podrían estar divulgando información confidencial, y aunque pudiera efectivamente ordenar el rastreo de llamadas telefónicas sin orden judicial, el hecho que dicho rastreo se haya llevado a cabo a los teléfonos de un tercero, ajeno a la investigación, viola el principio de proporcionalidad que opera como límite para el rastreo telefónico, y con ello, se violó el derecho a la intimidad del tercero.

VII.- En general sobre el secreto de las fuentes en periodismo.-Tal como se mencionó en el considerando anterior, el tercero al cual se le rastrearon sus llamadas telefónicas, no sólo era un sujeto ajeno a la investigación sino además, periodista. Por ello, además de la violación constatada a su derecho a la intimidad, se procederá a examinar si los hechos descritos implicaron una violación de la libertad de expresión y secreto de las fuentes. Sobre el secreto de las fuentes de información, esta Sala mediante el voto número 2008-007548 de las diecisiete y treinta y siete horas del treinta de abril de dos mil ocho, estableció lo siguiente:

“IV.- SECRETO DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PERIODISTAS. *Del contenido esencial del derecho a la información (artículos 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) cabe extraer el derecho al secreto de los periodistas, concretamente, de sus fuentes de información, de modo que es un derecho de naturaleza instrumental -lo que no le resta la sustantividad propia- para la plena efectividad del derecho a difundir y recibir información. El secreto de las fuentes es, entonces, condición indispensable o esencial para ejercer el derecho a la información. Este secreto tiene, adicionalmente, la condición de ser una garantía institucional, en cuanto garantiza el derecho a la información, el cual, a su vez, tiene por fin crear una opinión pública libre y fomentar el pluralismo democrático. El reconocimiento de este derecho fundamental a los periodistas, esto es, a los que en forma habitual o regular se dedican a informar, no constituye un privilegio injustificado, sino, como se indicó, una condición sine qua non para garantizar la libertad de información y, por ende, la formación de una opinión pública libre y del pluralismo democrático. El derecho fundamental al secreto de las fuentes que poseen los periodistas, puede ser definido como la facultad de no revelar las fuentes de la noticia, tanto a la empresa informativa para la que labora, a terceros o a las autoridades y poderes públicos, de*

manera que tiene una proyección y una eficacia erga omnes. El secreto del informador, singularmente, lo faculta para negarse a revelar sus fuentes de información, con lo que el periodista puede preservar la confidencialidad de sus fuentes de información, lo que supone para estas últimas el derecho a permanecer en el anonimato para protegerlas de publicidad no deseada que puede implicarles represalias o molestias innecesarias por ser conocida su identidad, evitándose, así, que su voluntad de suministrar información de interés general y relevancia pública venga a menos y logrando que la información fluya y circule expeditamente. El secreto de los informadores, no puede ser equiparado al secreto clásico de las personas que ejercen una profesión liberal, por cuanto este último tiene, preponderantemente, la naturaleza de un simple deber ético y, en ocasiones, jurídico. En efecto, el secreto inherente a las profesiones liberales, se configura como un deber ético o jurídico del que pueden surgir una serie de facultades subjetivas frente a los poderes públicos, adicionalmente opera como un límite a las libertades de expresión y de información –obligación de guardar silencio sobre temas reservados o atinentes a la esfera de intimidad de sus clientes-. El bien jurídico tutelado lo constituye, en ese caso, la intimidad como derecho de la personalidad y las relaciones de confianza profesional-cliente, en virtud de una confidencia necesaria –por virtud de la consulta- que tienen asidero en valores constitucionales tales como la seguridad y la certeza. Este secreto surge respecto de los hechos y circunstancias que el profesional liberal conoce de su cliente en virtud del ejercicio de su profesión. El secreto de los periodistas, a diferencia del secreto de quienes ejercen una profesión liberal, se configura como un derecho fundamental que, adicionalmente, es garantía institucional de los derechos informativos en una sociedad pluralista y democrática. El secreto del informador tiene un ámbito o radio de protección mucho más amplio, por cuanto, no tiene por fin tutelar la relación o vínculo de confianza entre la fuente de información y el informador –en la mayoría de las ocasiones inexistente- o la esfera intimidad del informante, sino el derecho a la información –darla y recibirla-. En el secreto del informador su objeto no es el contenido de la información que constituye la noticia de la que se impone éste, por cuanto, el fin es publicarla o difundirla, consecuentemente no existe secreto sobre la noticia sino –y ese es el contenido del derecho fundamental de marras- sobre la identidad del informante y cualquier otro dato –documentos en cualquier soporte, notas, grabaciones, filmaciones, etc.- o circunstancia que pueda contribuir a su identificación o descubrimiento. El secreto de las fuentes de información no protege al informador o al informante sino al

conglomerado social que es titular del derecho a recibir información, de modo que es garante de una prensa libre, responsable e independiente. Importa señalar que la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones celebrado en el mes de octubre del año 2000, protege el derecho bajo estudio, al disponer, en el principio 8°, lo siguiente: "(...) Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales (...)" Finalmente, cabe agregar que el derecho fundamental de marras, como cualquier otro, tiene una serie de límites intrínsecos y extrínsecos, por lo que como todo derecho es relativo y no absoluto.

V.- REDACTA EL MAGISTRADO CRUZ CASTRO. LIMITE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA RESERVA DE LAS FUENTES FRENTE AL JUEZ PENAL. *La mayoría de este Tribunal Constitucional estima que frente a la jurisdicción penal, eventualmente y en determinados supuestos, el secreto de las fuentes debe ceder, en aras de la averiguación de los delitos y la garantía de ciertos derechos fundamentales. No existe una limitación absoluta frente al secreto de las fuentes de información del comunicador. La trascendencia de otros derechos y valores constitucionales podrían requerir una solución equilibrada entre el respeto al secreto de las fuentes del periodista y las necesidades que impone una administración de justicia eficaz. Las circunstancias y situaciones en que el secreto de las fuentes debe ceder ante las necesidades que impone la investigación de un hecho delictivo, se irán definiendo casuísticamente por este Tribunal Constitucional."*

De lo cual se puede extraer las siguientes conclusiones:

-El derecho al secreto a las fuentes de información de los periodistas, ha sido reconocido, además de la jurisprudencia constitucional, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando indica que *"Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales."*

-Tal derecho deriva del derecho a la información, es más, se constituye en una condición para ejercer el derecho a la información.

-Este derecho no constituye un privilegio injustificado a los periodistas, sino una condición sine qua non para garantizar la libertad de

información y, por ende, la formación de una opinión pública libre y del pluralismo democrático.

-Este derecho puede ser definido como la facultad de no revelar las fuentes de la noticia, tanto a la empresa informativa para la que labora, a terceros o a las autoridades y poderes públicos, de manera que tiene una proyección y una eficacia erga omnes.

-Finalmente, este derecho en realidad no protege al informador o al informante sino al conglomerado social que es titular del derecho a recibir información, de modo que es garante de una prensa libre, responsable e independiente.

-Por lo demás, como cualquier otro derecho fundamental, no se trata de un derecho absoluto, sino que también puede estar sujeto a limitaciones, establecidas por el legislador o por el juez penal. Siendo, estas últimas limitaciones examinadas casuísticamente por este Tribunal Constitucional.

Establecido lo anterior, ya puede esta Sala proceder a examinar si el rastreo de llamadas al periodista [NOMBRE 012] constituyó, además de una violación a su derecho a la intimidad, una violación al derecho de secreto de las fuentes de información de los periodistas. Lo primero que debe indicarse es que, con el rastreo telefónico ordenado (para identificar al funcionario judicial que supuestamente había revelado información confidencial, y por tanto, había incurrido en varios delitos penales), los recurridos se impusieron del conocimiento de las fuentes del periodista en cuestión. Lógicamente ello fue así porque, con el rastreo de llamadas entrantes y salientes, además de lograr identificar al supuesto funcionario judicial, tuvieron acceso y conocimiento a los números telefónicos de las personas que llamaron y las personas que fueron llamadas por el periodista. Lo cual, a todas luces, constituyó una violación al secreto de las fuentes. Distinto hubiera sido el caso si la investigación penal se dirigiera en contra del periodista (nótese que en este caso no se probó que el periodista [NOMBRE 012] estuviera siendo investigado por tener algún grado de participación en la causa [VALOR 011]), y por razones que sólo se pueden fundamentar en el proceso penal, un juez penal ordenara tal rastreo, pues en este caso, una vez analizado el delito en cuestión y las razones de hecho y de derecho, podría estarse frente a una limitación válida al derecho al secreto de las

fuentes –que como se dijo supra- no es un derecho absoluto. Sin embargo, en este caso, ni el periodista era investigado, ni estaba siendo objeto de un proceso penal, ni tampoco medió resolución judicial válida que pudiera justificar levantar el secreto de las fuentes periodísticas, que fue lo que “de hecho” –y no “de derecho”- ocurrió en este caso. Ciertamente el rastreo a los teléfonos del periodista tuvo por finalidad determinar la identidad de las personas que sirvieron de fuente para la difusión de una serie de noticias, para luego de ello verificar si alguna de esas “fuentes” era un funcionario judicial, y por esa sola condición, poder ser objeto de un proceso penal. En realidad, cualquier persona, incluido un funcionario judicial, podría ser una “fuente periodística”. Aunque, [NOMBRE 016]está, ello no significa que dicho funcionario judicial no pueda ser objeto de una investigación por revelar información confidencial o que no debe propalar. Sin embargo, para proceder con tal procesamiento, no puede válidamente levantarse el secreto de las fuentes periodísticas, salvo que el periodista también sea imputado en algún delito, y un juez penal así lo determine. En otras palabras, aunque un funcionario público pueda adquirir la condición de “fuente periodística”, ello no lo exime, si se determina por medios válidos, de las correspondientes responsabilidades en que incurra con sus acciones. Para sancionar a A (funcionario judicial), no se puede violar el derecho de intimidad de B (un tercero), y menos aún cuando se trata de un periodista por cuanto, si la violación a su derecho a la intimidad se relacionó con imponerse del conocimiento de sus fuentes periodísticas, por medio de un rastreo telefónico, se está en presencia además de una violación al secreto de las fuentes de información de un periodista. Pero sí se podría sancionar a A (funcionario judicial) si por medios válidos se logra determinar que pudo incurrir en la divulgación de información confidencial. Nótese que, conforme el mencionado principio de libertad de prueba que mencionan los recurridos, ciertamente existen varios medios de prueba para lograr identificar al posible responsable de un delito. Sin embargo, pese a todo ese abanico de posibilidades de medios de prueba, los recurridos acudieron al más gravoso (imponerse del rastreo de llamadas de un tercero ajeno, que además resultó ser periodista), por ser, en palabras de los recurridos, el de menor complejidad. Nótese la relación tan estrecha que existe entre el pluralismo democrático y la libertad de información. Cercenar esta última es en el fondo, un debilitamiento del sistema democrático. El conglomerado social tiene derecho a recibir información plural, y el

hecho de que una autoridad se haya impuesto del conocimiento de las fuentes periodísticas, de manera inválida, evidentemente conlleva un perjuicio para la labor que desarrolla el periodista, y en última instancia la sociedad que tiene derecho a recibir información. En este sentido, nótese que estas afirmaciones la hace esta Sala de forma general, y en modo alguno significa que se está afirmando que la publicación concreta en cuestión era de interés público o que no se pudiera haber causado un daño a algunas personas, todos esos aspectos referidos a la responsabilidad concreta del periodista, y del funcionario judicial, si fuere el caso, pueden ser planteadas y examinadas en la vía judicial ordinaria, y esta Sala omite pronunciamiento al respecto, por carecer de competencia para ello. Así entonces, pese a todo lo dicho, debe quedar [NOMBRE 016] que esta Sala no está estableciendo que un periodista o un funcionario judicial tengan inmunidad, ni que el primero no pueda resultar responsable por causar daños por la publicación de una información, ni que el segundo no pueda resultar responsable por divulgar información que está llamado a guardar. Lo único que está estableciendo esta Sala es que el medio empleado (rastreo de llamadas a un tercero ajeno, que además resultó ser periodista) para establecer responsabilidades, no fue el adecuado, pues violentó el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las fuentes. Tampoco esta Sala está cambiando de criterio ni estableciendo que se requiera de una orden judicial para que el Ministerio Público pueda ordenar realizar rastreos telefónicos en una investigación. Lo único que se está estableciendo al respecto es que, el rastreo telefónico que se ordene tiene que darse en el contexto de una investigación penal, respetar el principio de proporcionalidad (y no ordenar al rastreo de un tercero ajeno a la investigación) y por supuesto el resto de derechos fundamentales, como lo son, el derecho de intimidad y el derecho al secreto de las fuentes periodísticas. **VIII.- Conclusiones.-** **1)** Aunque pudiera efectivamente el Ministerio Público proceder con una investigación para dar con el o los funcionarios judiciales que podrían estar divulgando información confidencial, y aunque pudiera efectivamente ordenar el rastreo de llamadas telefónicas sin orden judicial, el hecho de que dicho rastreo se haya llevado a cabo a los teléfonos de un tercero, ajeno a la investigación, violó el principio de proporcionalidad que opera como límite para el rastreo telefónico, y con ello, se violó el derecho a la intimidad del tercero. **2)** Dado que ni el periodista era investigado, ni estaba siendo objeto de un proceso penal, ni tampoco medió resolución

judicial válida que pudiera justificar levantar el secreto de las fuentes periodísticas; y dado que el rastreo se dio a los teléfonos del periodista con la finalidad de determinar la identidad de las personas que sirvieron de fuente para la difusión de una serie de noticias (aunque ello haya sido solo el medio empleado para procesar a un funcionario judicial) se constató, además de la violación al derecho a la intimidad del periodista, la violación al derecho del secreto de las fuentes periodísticas. **3)** No es competencia de la Sala descender al examen del caso concreto para verificar la prueba que consta en el expediente judicial que se lleva en contra de la funcionaria judicial. Esa tarea debe dejarse en manos del juzgador ordinario. Máxime que se trata de un caso delicado, y en el que pueden existir otro elenco probatorio adicional que permita mantenerla como imputada. Sobre lo único que esta Sala emite pronunciamiento es sobre el hecho de que en el caso del rastreo de llamadas a teléfonos del periodista en cuestión, se violentó su derecho a la intimidad y su derecho al secreto de las fuentes periodísticas, y procede a anular la prueba así recabada, pero ello no significa que esta Sala esté emitiendo criterio alguno sobre el proceso penal que se lleva a cabo en contra de la funcionaria judicial, el cual seguirá su curso normal, únicamente prescindiendo de la prueba lograda inconstitucionalmente. **4)** Esta declaratoria es parcialmente con lugar de este recurso. Sin lugar pues no se desdice la competencia del Ministerio Público a ordenar rastreos telefónicos sin orden judicial; y sin lugar respecto del resto de amparados, pues únicamente se logró comprobar el rastreo telefónico del periodista [NOMBRE 012] y no de todos los periodistas del Diario Extra. Con lugar en cuanto se demostró la violación del derecho a la intimidad y del derecho al secreto de las fuentes periodísticas, del periodista [NOMBRE 012]. **5)** Los efectos de esta declaratoria son, no sólo anulan todos los rastreos de las llamadas telefónicas entrantes y salientes efectuados o vinculados con el periodista [NOMBRE 012], sino, conforme lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la prevención a las autoridades recurridas de no volver a incurrir en los actos u omisiones que dieron mérito para acoger este recurso, bajo apercibimiento de cometer el delito sancionado en el artículo 71 de la citada ley de rito, así como condenar al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados.

POR TANTO:

Se declara PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso únicamente por violación al derecho a la intimidad y al secreto de las fuentes del periodista [NOMBRE 012]. En consecuencia: 1) Se anulan todos los rastreos de las llamadas telefónicas entrantes y salientes efectuados o vinculados con el periodista [NOMBRE 012]. 2) Se previene a las autoridades recurridas, conforme lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no volver a incurrir en los actos u omisiones que dieron mérito para acoger este recurso. Todo 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 hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado 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 a todas las partes.-

Ponen notas separadas los Magistrados Armijo, Rueda, Castillo y Hernández. El Magistrado Jinesta Lobo declara parcialmente con lugar el recurso por razones diferentes que son, esencialmente, las siguientes: Los "rastreos telefónicos" respecto de los periodistas o de quienes se dedican de manera habitual o regular a informar al público o a la opinión pública, violenta, siempre, el derecho fundamental al secreto de las fuentes de información reconocido por esta Sala Constitucional en el Voto No.7548-2008, asimismo estimo que los "rastreos telefónicos", respecto de los periodistas o de quienes se dedican de modo habitual o regular a informar al público, resultan total, absoluta y radicalmente inconstitucionales, en cuanto revelan las fuentes de información del mismo, de modo que no pueden ser siquiera ordenados por un Juez. Respecto de la funcionaria judicial, que fue fuente de información del periodista los rastreos deben ser, también, anulados, por cuanto, tampoco admito, bajo ningún concepto, el "rastreo telefónico" respecto de las personas que son fuente de información de un periodista o de persona que se dedica de manera habitual o regular a informar al público.

Gilbert Armijo S.

Presidente

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L.

Nancy Hernández L.

Luis Fdo. Salazar A.

Exp. No. 14-000848-0007-CO

RAZONES DIFERENTES DEL MAGISTRADO JINESTA LOBO

Si bien coincido, plenamente, con lo ordenado y dispuesto en la parte dispositiva de la sentencia, estimo que los “rastros telefónicos” respecto de los periodistas o de quienes se dedican de manera habitual o regular a informar al público o a la opinión pública, violenta, siempre, el derecho fundamental al secreto de las fuentes de información reconocido por esta Sala Constitucional en el Voto No.7548-2008, asimismo estimo que los “rastros telefónicos”, respecto de los periodistas o de quienes se dedican de modo habitual o regular a informar al público, resultan total, absoluta y radicalmente inconstitucionales, en cuanto revelan las fuentes de información del mismo, de modo que no pueden ser siquiera ordenados por un Juez. Respecto de la funcionaria judicial, que fue fuente de información del periodista, los rastros deben ser, también, anulados, por cuanto, tampoco admito, bajo ningún concepto, el “rastreo telefónico” respecto de las personas que son fuente de información de un periodista o de persona que se dedica de manera habitual o regular a informar al público.

Mis razones estriban en que esta Sala Constitucional en el citado Voto No. 7548-2008 de las 17:37 hrs. de 30 de abril de 2008, reconoció, explícitamente, el “Derecho fundamental de los periodistas al secreto de las fuentes”, el que, hasta ese momento, no había sido reconocido como tal y que resulta suficiente para acoger parcialmente el presente amparo. El infrascrito fue el Magistrado ponente o redactor del Voto No. 7548-2008, y en esa ocasión señalé lo siguiente:

“IV.- SECRETO DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PERIODISTAS. *Del contenido esencial del derecho a la información (artículos 13.1 de la Convención Americana*

sobre Derechos Humanos y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) cabe extraer el derecho al secreto de los periodistas, concretamente, de sus fuentes de información, de modo que es un derecho de naturaleza instrumental -lo que no le resta la sustantividad propia- para la plena efectividad del derecho a difundir y recibir información. El secreto de las fuentes es, entonces, condición indispensable o esencial para ejercer el derecho a la información. Este secreto tiene, adicionalmente, la condición de ser una garantía institucional, en cuanto garantiza el derecho a la información, el cual, a su vez, tiene por fin crear una opinión pública libre y fomentar el pluralismo democrático. El reconocimiento de este derecho fundamental a los periodistas, esto es, a los que en forma habitual o regular se dedican a informar, no constituye un privilegio injustificado, sino, como se indicó, una condición sine qua non para garantizar la libertad de información y, por ende, la formación de una opinión pública libre y del pluralismo democrático. El derecho fundamental al secreto de las fuentes que poseen los periodistas, puede ser definido como la facultad de no revelar las fuentes de la noticia, tanto a la empresa informativa para la que labora, a terceros o a las autoridades y poderes públicos, de manera que tiene una proyección y una eficacia erga omnes. El secreto del informador, singularmente, lo faculta para negarse a revelar sus fuentes de información, con lo que el periodista puede preservar la confidencialidad de sus fuentes de información, lo que supone para estas últimas el derecho a permanecer en el anonimato para protegerlas de publicidad no deseada que puede implicarles represalias o molestias innecesarias por ser conocida su identidad, evitándose, así, que su voluntad de suministrar información de interés general y relevancia pública venga a menos y logrando que la información fluya y circule expeditamente. El secreto de los informadores, no puede ser equiparado al secreto clásico de las personas que ejercen una profesión liberal, por cuanto este último tiene, preponderantemente, la naturaleza de un simple deber ético y, en ocasiones, jurídico. En efecto, el secreto inherente a las profesiones liberales, se configura como un deber ético o jurídico del que pueden surgir una serie de facultades subjetivas frente a los poderes públicos, adicionalmente opera como un límite a las libertades de expresión y de información -obligación de guardar silencio sobre temas reservados o atinentes a la esfera de intimidad de sus clientes-. El bien jurídico tutelado lo constituye, en ese caso, la intimidad como derecho de la personalidad y las relaciones de confianza profesional-cliente, en virtud de una confidencia necesaria -por virtud de la consulta- que tienen asidero en valores constitucionales tales como la seguridad y

la certeza. Este secreto surge respecto de los hechos y circunstancias que el profesional liberal conoce de su cliente en virtud del ejercicio de su profesión. El secreto de los periodistas, a diferencia del secreto de quienes ejercen una profesión liberal, se configura como un derecho fundamental que, adicionalmente, es garantía institucional de los derechos informativos en una sociedad pluralista y democrática. El secreto del informador tiene un ámbito o radio de protección mucho más amplio, por cuanto, no tiene por fin tutelar la relación o vínculo de confianza entre la fuente de información y el informador –en la mayoría de las ocasiones inexistente- o la esfera intimidad del informante, sino el derecho a la información –darla y recibirla-. En el secreto del informador su objeto no es el contenido de la información que constituye la noticia de la que se impone éste, por cuanto, el fin es publicarla o difundirla, consecuentemente no existe secreto sobre la noticia sino –y ese es el contenido del derecho fundamental de marras- sobre la identidad del informante y cualquier otro dato –documentos en cualquier soporte, notas, grabaciones, filmaciones, etc.- o circunstancia que pueda contribuir a su identificación o descubrimiento. El secreto de las fuentes de información no protege al informador o al informante sino al conglomerado social que es titular del derecho a recibir información, de modo que es garante de una prensa libre, responsable e independiente. Importa señalar que la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones celebrado en el mes de octubre del año 2000, protege el derecho bajo estudio, al disponer, en el principio 8°, lo siguiente: “(...) Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales (...)”. Finalmente, cabe agregar que el derecho fundamental de marras, como cualquier otro, tiene una serie de límites intrínsecos y extrínsecos, por lo que como todo derecho es relativo y no absoluto.

(...)

Cabe advertir que al dictarse el Voto No. 7548-2008, la mayoría del Tribunal Constitucional, con mi voto salvado, estimó que ese derecho fundamental de los periodistas al secreto de las fuentes puede, eventualmente, ceder ante la jurisdicción penal en determinadas circunstancias, donde existan otros derechos, valores o principios constitucionales preferentes, tal y como lo vuelve a sostener, en esta nueva sentencia, la mayoría. Ante lo cual indiqué en mi voto salvado de entonces –y que ahora reafirmo-, lo siguiente:

“De otra parte, el derecho al secreto de las fuentes de información que poseen los informadores se proyecta, incluso, frente a las autoridades jurisdiccionales, de modo que aunque, eventualmente, el periodista pueda, extraordinariamente, testificar en un proceso penal tiene derecho a reservarse las circunstancias de hecho o los soportes materiales de la información que puedan contribuir al descubrimiento o identificación de la fuente, quedando enervada cualquier medida jurisdiccional que pueda provocar la revelación de la fuente como las requisas y los registros”

Por consiguiente, nuevamente, reitero que el derecho fundamental de los periodistas al secreto de las fuentes no puede ceder, siquiera ante un órgano jurisdiccional, por cuanto, es un derecho que constituye pilar ancilar de la libertad de información, de prensa, de expresión del pensamiento y, por consiguiente, de un robusto y sano régimen democrático que busca la transparencia. El derecho fundamental de los periodistas al secreto de las fuentes, impide, radical y absolutamente, que tanto el periodista o persona que se dedica habitual o regularmente a brindar información al público o su fuente, puedan ser sometidos a un rastreo telefónico, ni siquiera con la orden de un juez, pues de lo contrario se vacía de contenido esencial el derecho mencionado.

Ernesto Jinesta L.

NOTA SEPARADA DE LOS MAGISTRADOS CASTILLO VÍQUEZ.

La libertad de expresión e información, tal y como se establece en la sentencia, es un pilar fundamental para la existencia del Estado democrático, al punto de que no puede existir el segundo sin la garantía efectiva a favor de todos los habitantes de la República del ejercicio del derecho de buscar, recibir y difundir información 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, sin que dicho derecho pueda ser sometido a la previa censura. Por otra parte, no cabe duda que el secreto de la fuente de información de que gozan los periodistas en una manifestación de la libertad de expresión e información, en los términos que ha sido definido en la sentencia. Empero, al igual que cualquier libertad, esta no es absoluta, si no que tiene límites y limitaciones. Es pacífica la doctrina, en esta dirección, por la sencilla razón de que si ello fuera así, se afectarían también otras libertades esenciales. Esta postura, por elemental, fue percibida por los

pensadores liberales clásicos, entre ellos, por STUART MILLS, quien la expresó en la famosa frase *“de que mi libertad termina donde comienza la de los demás”*. En otras palabras, el ejercicio de un derecho fundamental a favor de una persona, no puede ni debe tener el efecto pernicioso o perverso de conculcar o reducir a la mínima expresión otro derecho fundamental que el ordenamiento jurídico le garantiza a otro sujeto, salvo los casos de **colisión de derechos** donde debe recurrirse al método de la ponderación o al principio de la concordancia práctica. Desde esta óptica, el Estado y sus órganos, están en el deber ético de evitar la *“dictadura de una libertad”* sobre las demás y, por ende, de aquellos que tienen un mayor acceso a ella, dada su posición económica, social o cultural en perjuicio de todo el resto de derechos y libertades de los sujetos que conforman el conglomerado social. En pocas palabras, el no reconocer que las libertades y los derechos de los otros, implica una limitación a mi libertad; en aras de la defensa de esa libertad, se podría infligir un grave daño a todo el sistema de protección de los derechos fundamentales. Ahora bien, hay que hacer una aclaración, y es que las limitaciones a la libertad de expresión e información están sometida a un test estricto de razonabilidad, lo cual significa, ni más ni menos, que toda acto o medida que la restrinja es sospechoso, por lo que la autoridad pública tiene la carga de la prueba de demostrar que hay un interés público apremiante, plenamente justificado, en la medida o acto, así como el deber de demostrar que la medida o acto adoptado es la menos gravosa para el derecho fundamental, amén que debe de interpretarse restrictivamente.

Establecido lo anterior, en el caso que nos ocupa el derecho al secreto de la fuente de información está asociado a la comisión de un ilícito penal. Hay quienes sostienen que este derecho fundamental, inclusive en este supuesto, es absoluto. Otras posturas expresan que este derecho fundamental cede ante un preeminente interés social, como es la correcta administración de justicia, lo que podría conllevar, si se visualiza como un derecho absoluto, a la impunidad de una persona que ha cometido un ilícito penal o, peor aún, a la condena de un inocente. Por otra parte, quienes siguen esta segunda posición matizan los alcances del derecho fundamental dependiendo de una serie de supuestos. El primero, es si ya se ejecutó el delito, en cuyo caso debe dársele primacía al derecho al secreto de la fuente de información. Distinta es la situación cuando el ilícito está en proceso de ejecución,

en cuyo caso ese derecho debe ceder para evitar un mal mayor, máxime en aquellos casos donde está en peligro la vida, la integridad física y la libertad de la víctima. Otro supuesto, en que debe prevalecer el derecho al secreto de la fuente de información, es cuando el informante incurre en un ilícito penal a causa de hacer de conocimiento público hechos ilícitos o contrarios a los deberes éticos funcionariales que están ocurriendo en una dependencia pública, es decir, cuando se trata de poner en conocimiento del comunicador social actos de corrupción, para que sean puesto en conocimiento de la opinión pública.

No cabe duda que, en el caso que tenemos entre manos, estamos en presencia de un ilícito ya ejecutado. En tal supuesto, también es necesario determinar si hay otras alternativas que permitan satisfacer el orden público quebrantado, pues el mero hecho de la existencia de un proceso penal no le da al Ministerio Público ni al Juez la potestad del levantamiento del secreto de la fuente de información, pues si hay otras alternativas que permitan alcanzar el fin que se persigue, el secreto de la fuente de información debe de mantenerse incólume. En esta dirección, el Ministerio Público y el Juez deben demostrar fehacientemente la relevancia de la información, la inexistencia de otros medios alternativos y el interés apremiante para la investigación o para el juicio penal de esa información.

En el presente caso, se invoca el quebranto al derecho al secreto de la fuente de información porque a través de los rastreos de los teléfonos del periodista, se establece quién es la persona que informa al tutelado. En principio, el rastreo está justificado por la existencia de un delito. Empero, aplicando la doctrina que hemos seguido en esta nota separada, hay razones lógicas para pensar que sí lleva razón el recurrente, toda vez que las autoridades recurridas tenían otros medios alternativos para establecer quien era el (la) funcionario (a) que estaba incurriendo en el ilícito penal, verbigracia: realizar un rastreo de los teléfonos de los funcionarios judiciales que tienen acceso a la información que se le dio al tutelado. En esta dirección, no tenemos la menor duda que se optó por la alternativa más gravosa y lesiva para el derecho fundamental, de ahí que concurra con el voto en la declaratoria con lugar del presente recurso de amparo, pero con base en razones diferentes.

Fernando Castillo V.

Magistrado

Nota separada Magistrada Hernández López

Concurro con la nota separada del Magistrado Castillo Víquez en el sentido de que el derecho a la protección de la fuente no es un derecho absoluto, pero agregó que, desde mi punto de vista, en los casos de excepción en que se justifique su afectación -vgr. cuando está de por medio la protección de vida humana-, se requiere una orden de juez, como garantía de resguardo de la libertad de prensa y libertad de expresión y su derivado de protección del secreto de la fuente. Considero que la libertad de prensa tiene una naturaleza especial y preferente, por ser un derecho neurálgico para la vigencia democrática y el ejercicio pleno de la libertad de expresión. El juez debe ser garante de que efectivamente se está ante el supuesto de una investigación penal en la que se configuran elementos suficientes para estimar que se requiere ese grado de intervención del derecho frente a otros mecanismos menos gravosos, como contrapeso al eventual ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. El Ministerio Público debe demostrar ante el Juez, fehacientemente, la relevancia de la información, la inexistencia de otros medios alternativos y el interés apremiante para la investigación o para el juicio penal de esa información. Esa valoración y test de razonabilidad es propio de la función del Juez.

Nancy Hernández L.

Magistrada

NOTA SEPARADA DE LOS MAGISTRADOS ARMIJO SANCHO Y RUEDA LEAL. Con redacción del primero. Concurrimos con la sentencia estimatoria dictada en este proceso, por dos motivos elementales. Primero, con el objeto de configurar un voto de toda conformidad de la Sala y, luego, porque coincidimos con las razones expuestas por el Magistrado ponente para acoger el amparo, concretamente en lo que se refiere a la violación del principio de proporcionalidad, al haberse decretado el rastreo de las llamadas telefónicas de una persona ajena a la investigación, dedicada, además, al ejercicio del periodismo; así como al concluir que se violó el secreto de las fuentes periodísticas, ingrediente básico de la libertad de información y expresión, en el

marco de un régimen democrático. También hacemos nuestras las consecuencias atribuidas al fallo estimatorio, de ordenar la destrucción de los registros de las llamadas del periodista y no incurrir nuevamente en conductas similares.

No obstante, nuestro voto estimatorio se extiende a las consideraciones adicionales que siguen:

Estimamos -como también lo sostuvo el Magistrado Armijo en el voto salvado de la sentencia número 2012-2509 de las dieciséis horas dos minutos del veintidós de febrero del dos mil doce- que los denominados “rastreo telefónico”, que son las listas de llamadas entrantes y salientes de una línea telefónica, donde constan los números de teléfonos a los que se llama y desde donde se reciben las llamadas, la fecha y hora, así como el tiempo de duración de éstas, constituyen documentos privados, que si bien no revelan el contenido de las conversaciones, sí corresponden a la esfera de intimidad de la persona y al secreto de las comunicaciones. Es igualmente una vulneración al derecho a la intimidad permitir que una autoridad distinta de la jurisdiccional hurgue en los vínculos que se pueden construir con sólo saber que determinadas personas se han comunicado entre ellas.

Todos los anteriores aspectos están sujetos a la protección que otorga el artículo 24 de la Constitución Política, que señala:

“Artículo 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.”

En igual sentido, esa garantía está contemplada en diversos instrumentos de derecho internacional aplicables en Costa Rica, tales como el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que refiere: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación.*

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”; el artículo 5 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, que dispone: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación” y el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: [...] nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”

El artículo 24 de la Constitución Política, a su vez, remite a una ley especial que es la que debe establecer en qué casos los tribunales pueden ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados. Es así como la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, número 7425 del nueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro regula en los artículos 1 y 2:

“Artículo 1.- Competencia. Los Tribunales de Justicia podrán autorizar el registro, el secuestro o el examen de cualquier documento privado, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento.

Para los efectos de esta Ley, se consideran documentos privados: la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo.

ARTÍCULO 2.- Atribuciones del Juez.

Cuando resulte indispensable para averiguar la verdad, el Juez podrá ordenar, de oficio, a petición de la autoridad policial a cargo de la investigación, del Ministerio Público o de alguna de las partes del proceso, el registro, el secuestro y el examen de cualquier documento privado, siempre que pueda servir como prueba indispensable de la comisión de alguna

conducta delictiva. El Juez realizará personalmente la diligencia, salvo en casos de excepción, en los que, según su criterio, pueda ser delegada en miembros del Organismo de Investigación Judicial o del Ministerio Público, quienes deberán informarle sobre el resultado de la diligencia.”

Adicionalmente, el artículo 35 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, N° 8660 de 8 de agosto de 2008, consagra la confidencialidad de la información que el ICE recabe de sus clientes y usuarios, principio de confidencialidad que se impone también a todo otro operador de redes y proveedor de servicios, en virtud de los artículos 3, inciso j), y 42, de la Ley General de Telecomunicaciones. Parte de esta información la conforma los registros a los que se hace alusión en este caso.

De lo dispuesto en las normas transcritas es [NOMBRE 016] que el juez es el único legitimado para autorizar el registro, secuestro y examen de cualquier documento privado, sea de un periodista o de cualquier otra persona, siempre y cuando esto sea indispensable y resulte idóneo y proporcional para la investigación de alguna causa penal. Corresponde a ese sujeto procesal, como garante del respeto a los derechos y garantías de las partes en el proceso, controlar que la obtención de esa prueba se haga conforme a los límites y pautas establecidas tanto en la Constitución como en la ley. Sobre el particular, la Sala Constitucional en la sentencia número 4454-95 de las once horas doce minutos del doce de agosto de mil novecientos noventa y cinco, estableció:

“Hay que señalar que el rastreo, si bien está comprendido dentro de lo que constitucionalmente se ha llamado «intervención de comunicaciones», en el caso de las comunicaciones telefónicas, su incidencia y la afectación que representa para el secreto de las comunicaciones es mucho menor de la que se da con la tradicionalmente llamada «intervención telefónica», que comprende el registro y posibilidad de escucha de las conversaciones. El rastreo únicamente permite obtener el número del cual provienen las llamadas o bien hacia el que se dirigen, sin conocer la identidad de los interlocutores ni mucho menos el contenido de la conversación, aspectos estos últimos que requerirían de mayor análisis y precisión para considerar el consentimiento como legitimador de su registro, aspectos que no resulta de interés profundizar aquí, por no ser materia del recurso. Ahora bien, en el caso en estudio, se observa que el juez recurrido ordenó mediante resoluciones debidamente fundadas el rastreo de las llamadas

en diversos números telefónicos, como lo tiene por acreditado esta Sala, números todos estrechamente vinculados con las personas y con los hechos objeto de investigación, de modo que en cuanto a este aspecto no existe vicio alguno. Ahora bien, el procedimiento de rastreo, según se desprende del oficio enviado a esta Sala por el Jefe de Operaciones en Telecomunicaciones del I.C.E. y de conformidad con la estructura misma de las centrales y redes telefónicas, debe ser realizado por el personal especializado del Instituto dicho, quienes preparando el par telefónico para el registro de las llamadas que ingresan o que egresan, almacena e imprime en documentos la información así obtenida. Aquí tenemos una combinación de información referida al secreto de las comunicaciones, materializada en un documento. **La forma pues de que las autoridades judiciales conozcan los resultados del «rastreo» es entonces mediante documentos, que aunque públicos, en el sentido de que son obtenidos de dependencias oficiales, contienen información de carácter privado, referida a sujetos determinados, por lo que su conocimiento incontrolado o indiscriminado está en riesgo de lesionar la inviolabilidad de los documentos de carácter privado así como el secreto mismo de las comunicaciones.** (El resaltado no es del original). Por ello, ha de individualizarse al funcionario del I.C.E. que ha de realizar el registro y cuidar que la información obtenida sea enviada en forma segura y confidencial al juez. El juez de Instrucción de Alajuela así lo dispuso, ordenando el secuestro de los documentos dichos y autorizando para esa diligencia a los oficiales de la Policía de Control de Drogas, documentos que siempre fueron entregados en sobre cerrado directamente a él, de modo que ninguna lesión se ha producido y el procedimiento adoptado por la autoridad recurrida responde al deber de confidencialidad que debe regir en esta materia. La particularidad que rodea al procedimiento de rastreo telefónico consiste, como se dijo, en que la información obtenida se registra en documentos. En este caso, entra a regir concomitantemente el numeral 1 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos privados, en donde expresamente se define como documento privado, entre otros a “cualquier otra forma de registrar información de carácter privado utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo”, definición dentro de la cual encaja precisamente esta clase de documento mediante el cual se registra el resultado del rastreo telefónico efectuado. Así, aunque como se dijo este procedimiento tenga relación directa con las comunicaciones y su inviolabilidad, la incidencia del mismo es obviamente distinta de la que se produce por el registro mismo

de las llamadas, que implica imposición de su contenido. Se combina en el procedimiento de rastreo una incidencia en las comunicaciones telefónicas y la inviolabilidad de los documentos privados. Por esta última razón, el juez ha de autorizar mediante resolución fundamentada el procedimiento de rastreo y su registro en documento. Convertida la información así obtenida en documento, rigen las disposiciones relativas a éstos...”

Ahora bien, el artículo 181 del Código Procesal Penal, dispone que los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de dicho Código. Por su parte, el artículo 175 de ese mismo cuerpo normativo establece que no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica. Es [NOMBRE 016] que en el caso que se analiza, los listados de llamadas telefónicas de los números que corresponden al amparado [NOMBRE 012] c.c. [NOMBRE 012], por haber sido obtenidos con absoluto menoscabo de las garantías fundamentales del proceso penal, constituyen prueba ilícita que no puede ser utilizada en el proceso, no solo por no existir una orden motivada del juez que ordenara el registro, el secuestro y el examen de los documentos privados, sino además porque se desprende de la prueba y de los informes recibidos, que el periodista no se encontraba siendo investigado dentro de un proceso penal, constituyendo a los efectos un tercero a quien no es lícito vulnerar el ámbito de su intimidad, ni siquiera con orden de juez. En ese sentido, establece el artículo 81 del Código Procesal Penal, que se denominará imputado a quien mediante cualquier acto de la investigación o del procedimiento, sea señalado como posible autor de un hecho punible o participe en él, lo cual, no sucedió en el caso del amparado.

Gilbert Armijo Sancho Paul Rueda Leal

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=600758&strTipM=T&strDirSel=directo

2015

**CENSURA DE DIPUTADO CONTRA PROGRAMA DE RADIO.
RESOLUCIÓN NO. 1782-2015**

Exp: 14-015222-0007-CO

Res. N° 2015-01782

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas treinta y seis minutos del seis de febrero de dos mil quince .

Recurso de amparo que se tramita en el expediente número **14-015222-0007-CO**, interpuesto por **MARVIN SANDÍ ALFARO**, cédula de identidad 0106590144, contra **ÓSCAR LÓPEZ ARIAS**, en su condición de diputado de la Asamblea Legislativa.

RESULTANDO:

1.- Por escrito recibido mediante el sistema de fax a las 11:20 horas del 26 de setiembre de 2014, el accionante interpone recurso de amparo. Manifiesta que es productor del programa radial de crítica, opinión y denuncia “Rompiendo El Silencio” desde hace 12 años, el cual se transmite de lunes a viernes de las 20:00 a las 21:00 horas, por los 800 am del dial, Radio La Gigante. Dice que ese programa ha denunciado e investigado aparentes actos de corrupción donde está involucrado supuestamente el diputado recurrido, en razón de lo cual existen en la Fiscalía General de la República 5 causas pendientes, algunas por peculado, falsificación de documento, presunta estafa y falsedad ideológica. Manifiesta que se contrató en su programa radial un spot que hace referencia a esos presuntos actos de aparente corrupción, que son de conocimiento público, ya que medios de comunicación masivos, al igual que su programa radial, los dieron a conocer apegados a prueba documental. Indica que dicho spot nunca menciona el nombre del diputado recurrido, se hace bajo preguntas y en estado de presunción, ya que nadie es culpable antes de que un juez así lo determine. Manifiesta que, como reacción a estas denuncias, el recurrido envió cartas membretadas y selladas con su firma de la Asamblea Legislativa a las instituciones que le pautan publicidad y que hacen posible la existencia del programa, amenazándolas con demandarlas si no

retiraban dicha publicidad de manera inmediata, porque lo consideraba una campaña de desprestigio en su contra. Reitera que en ella se hace mención a la recopilación de informaciones públicas difundidas por medios de comunicación masivos como Repretel, Canal 9, La Nación, CRHoy, Rompiendo El Silencio y redes sociales. Dice que esto constituye un claro abuso de poder y tráfico de influencias y coarta la libertad de prensa y pensamiento, pues aplica censura previa, violando la Constitución Política y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su perjuicio.

2.- Mediante resolución de las 9:52 horas del 3 de octubre de 2014, se dio curso al amparo y se solicitó el informe respectivo al recurrido.

3.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:34 horas del 9 de octubre de 2014, informa bajo juramento Óscar López Arias, en su condición de ciudadano y Diputado, que el recurrente es productor del programa radial “Rompiendo El Silencio”, que se trasmite por radio La Gigante y su página de Internet. Además, fundamenta toda su promoción mediante las redes sociales, como Facebook, e insta agresivamente a las personas a participar, comentar y escuchar el espacio radiofónico, posteando allí el tema de cada día. Indica que el recurrente ha difundido durante dos años en dicho programa radial una cuña anónima cuyo contenido le difama y calumnia, la cual es habilidosamente insertada dentro de la parrilla de patrocinadores del programa, por lo que queda en los oyentes la mala impresión de que los patrocinadores de ese espacio radial patrocinan tales aseveraciones. Recalca que, desde dicho programa y sus redes sociales, se le ha denigrado reiteradamente, propalado expresiones idóneas que considera injuriosas, calumniosas y difamantes, primero como persona que se postuló para ocupar la curul de diputado por el Partido Accesibilidad sin Exclusión y, ahora, como diputado en ejercicio de sus funciones. Considera que no se trata de una sana crítica a la labor de una persona, sino de la velada imputación de actos irregulares, con el lamentable patrocinio de instituciones públicas, que el accionante o sus participantes al aire le endilgan en ese programa. Indica que ha grabado sus publicaciones en redes sociales y varios programas radiales para demostrar que el recurrente falta a la verdad. Afirma que, si bien existen denuncias penales en su contra en la Fiscalía General, nunca ha tenido reparo en que los medios le critiquen o hagan alusión a esos hechos mediante publicaciones periodísticas redactadas o producidas de forma objetiva, con el objetivo de informar

a la ciudadanía. Acota que ha presentado prueba en la Fiscalía para demostrar su inocencia. Indica que la cuña anónima insertada en la parrilla de anunciantes lo ha llevado a cuestionarse si los patrocinadores de ese programa, las instituciones públicas, respaldan los calificativos en su contra. Describe la prueba que aporta y transcribe segmentos del programa radial. Señala que no se trata del ejercicio de la libertad de expresión del recurrente, sino que –mediante un campo pagado, no se sabe por quién, pues se identifica al contratante como un grupo de ciudadanos, sin nombre propio- se le denigra, afectando su buen nombre y el principio de inocencia. Manifiesta que, si bien en el campo pagado no se dice su nombre, las afirmaciones indicadas en el mismo le señalan abiertamente como un delincuente. Tampoco es cierto que no se le identificara, pues se dijo que era el candidato del PASE y, ahora, el diputado del PASE; no hay otro diputado del PASE en la Asamblea Legislativa y, por eso, se entiende que es él, sin necesidad de incluir su nombre. Resalta que el amparado reconoce su responsabilidad en una grabación. Relata que en el programa del 3 de octubre de 2014 se atacó al Fiscal General por su intención de reelegirse, lo que lleva a preguntar si las instituciones públicas patrocinadoras comparten la calificación de delincuente y corrupto que se le dio. Transcribe partes de ese programa. Considera que fue en el ejercicio de su libertad de petición y expresión, y su derecho de aperebir de una eventual querrela, que envió las notas a las instituciones que pautan publicidad en ese programa de radio. Lo hizo en su condición de diputado porque el spot publicitario o campo pagado hace alusión a esa misma condición. Su gestión pretendía que las instituciones valoraran, con mejor criterio y en aras de que no se perjudicara su buen nombre, la suspensión de la publicidad hasta tanto un juez no resolviera la querrela que interpondrá en contra del recurrente. Aclara que sus actos no iban dirigidos a afectar la libre expresión ni el derecho a ejercer el periodismo; lo que hizo fue su legítimo derecho de aperebir de una eventual querrela y que ello se valorara; jamás pretendió imponer su voluntad, ejercer presión indebida contra esas instituciones o tráfico de influencias pues, como el mismo recurrente reconoce, ni siquiera es una gacetilla periodística o una manifestación verbal propia del recurrente, sino un campo pagado difundido por un precio en ese programa radial. Señala que remitió una nota aclaratoria a dichas instituciones el 6 de octubre de 2014, donde manifestó que su gestión no tenía el afán de imponer una forma de actuación, que se pudiera derivar de su cargo público. Aporta prueba

de instituciones rechazando su gestión, sin darse por presionadas, intimidadas o coaccionadas. Rechaza que se haya afectado el negocio del recurrente; presenta declaraciones juradas de otros productores de programas radiales cuyos ingresos por pautas publicitarias de instituciones estatales han disminuido, posiblemente por los recortes presupuestarios y la austeridad del nuevo gobierno. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

4.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 7:50 horas del 20 de octubre de 2014, se apersona al proceso Virginia Corrales Bonilla, para presentar coadyuvancia pasiva. Manifiesta que, desde hace mucho tiempo, escucha en el programa “Rompiendo El Silencio” un anuncio que, aunque no incluye el nombre del recurrido, no cabe duda para su familia y ella de que se trata de él, pues menciona actuaciones de un diputado, cita al PASE y señala a personas reconocibles que han militado en ese partido. Además, el recurrente ha dicho en múltiples ocasiones que efectivamente se trata de un anuncio sobre el accionado. Indica que la ubicación de la cuña hace creer que los anunciantes del programa la respaldan, porque suena en el puro centro de todos los anuncios; ella y su familia pensaban que los patrocinadores del programa apoyaban el texto del anuncio, sobre todo porque la voz que se escucha en la grabación es la del mismo amparado. Considera razonable que el recurrido tenga derecho a demandar a quienes patrocinan, insinúan o dan a entender que él planeó robarse millones de colones de la deuda política, que estuvo a punto de graduarse como abogado en tiempo récord sin tener bachillerato, que está denunciado en la Fiscalía por falsificar firmas y otras cosas horribles. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

5.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 7:50 horas del 20 de octubre de 2014, se apersona al proceso Flor Zamora Álvarez, en su condición de regidora de San José por el partido político del accionado, para presentar coadyuvancia pasiva. Manifiesta los mismos argumentos que la primera coadyuvante. Destaca que los anuncios radiales duran, en promedio, 30 o 40 segundos. Sin embargo, el spot grabado con la voz del accionante dura más de 3 minutos. Considera que parece más bien un editorial que una cuña y que, posteriormente, los oyentes siguen escuchando la tanda de patrocinadores que presuntamente respaldan lo expresado en el spot. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

6.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 7:47 horas del 20 de octubre de 2014, el recurrido manifiesta que ninguna junta directiva o departamento legal de las instituciones públicas se ha comunicado con él para señalarle algún tráfico de influencias o alguna otra conducta ilegal derivada de su gestión original, a pesar del escándalo periodístico que el accionante generó en diferentes medios. Indica que la mayoría de esas instituciones públicas solamente tomaron nota del asunto y ni siquiera le respondieron, por lo que el silencio positivo sería aplicable. Las únicas instituciones que sí le respondieron y cuyas respuestas aportó no señalaron tráfico de influencias o errores judiciales, coligiéndose que él se encontraba ejerciendo del artículo 27 constitucional.

7.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 7:50 horas del 20 de octubre de 2014, se apersona al proceso Huanelge Gutiérrez Calderón, para presentar coadyuvancia pasiva. Manifiesta que, como productor radiofónico del programa "Psico-Studio780" de Radio América 780 am, tiene claro que: 1) Los productores y directores de los espacios radiales son responsables de aplicar el deber de cuidado respecto de los criterios, conceptos y opiniones que los oyentes vierten en los programas, cuando participan al aire con sus llamadas; 2) Todos los productores y directores radiales saben que cualquier patrocinador, sin perjuicio de su naturaleza pública o privada, adquiere solidariamente algún grado de responsabilidad por lo que se emita o difunda en el espacio, al invertir su dinero en un programa a manera de patrocinio. Por ello, el productor o director del programa está en la obligación de velar por la calidad de las expresiones proferidas al aire, para evitar incurrir en injurias, calumnias o difamaciones que podrían poner en un compromiso legal a los patrocinadores que sostienen el programa radial; 3) Ningún productor o director radial en Costa Rica desconoce que la dinámica en la relación entre los programas y los patrocinadores carece de obligatoriedad legal, debido a que las instituciones públicas se anuncian cuándo quieran, dónde quieran y con quién quieran, sin tener que apegarse a ningún criterio legal que les obligue a pautar, permanecer pautando o retirar sus pautas, pues no hay ley que obligue a las instituciones a tener que patrocinar o permanecer patrocinando un espacio radial; 4) Quienes producen o dirigen un programa radial están enterados de que las instituciones públicas pueden patrocinar o retirar una pauta a su gusto. No existe regulación legal en torno a la tarifa o tiempo de patrocinio y las instituciones no deben rendir

explicaciones por sus decisiones en torno al tema, por lo que pueden retirar su publicidad intempestivamente; 5) En tanto productor y director radiofónico, rechaza que un político use su cargo para propiciar el retiro de publicidad de un programa. Sin embargo, la carta dirigida por el recurrido a los patrocinadores del programa del accionante muestra con claridad que se trata de un apercibimiento de querella que podría incluir solidariamente a esos patrocinadores y, por lo demás, usa cuidadosamente términos distintos a los que devendrían en un tráfico de influencias. Transcribe y resalta partes de la carta. Considera que ella se enmarca dentro del artículo 27 constitucional. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

8.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 7:50 horas del 20 de octubre de 2014, se apersona al proceso Manuel Solano Redondo, para presentar coadyuvancia pasiva. Presenta argumentos análogos a los expresados por los otros coadyuvantes. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

9.- Por escrito recibido mediante correo electrónico a las 10:10 horas del 24 de octubre de 2014, el recurrente indica que el diputado accionado envió una nueva carta al Banco Popular para solicitar que se retirara la publicidad de su programa radial y esa institución, sin explicación alguna, retiró ese beneficio, el cual es indispensable para mantener el programa y pone en riesgo su existencia. Además, el Instituto de Acueductos y Alcantarillados tiene la publicidad frenada a riesgo de perderla, hasta tanto la Junta Directiva no dé respuesta en firme a dicha carta. Solicita que se condene a daños morales y económicos.

10.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 10:49 horas del 28 de octubre de 2014, el recurrido aporta una nueva grabación del programa radial citado, transmitido el 6 de octubre de 2014. Transcribe partes del programa, las cuales considera que dan fundamento a la responsabilidad solidaria de los patrocinadores del espacio radial. Reitera que hizo uso del artículo 27 constitucional. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

11.- Mediante resolución de las 8:28 horas del 30 de octubre de 2014, se amplían los hechos y las partes del recurso y se previno al Gerente General del Banco Popular y de Desarrollo Comunal y al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados,

para que rindieran informe sobre los hechos alegados a la interposición del recurso.

12.- Por escrito recibido mediante correo electrónico a las 8:34 horas del 31 de octubre de 2014, el recurrente indica que hace algunos meses, la expresidenta de la República presentó una querrela en contra de un particular por injurias, calumnias y difamación. En dicho caso, los jueces determinaron que los funcionarios públicos tienen que tolerar con mayor amplitud los comentarios o críticas por muchos factores entre ellos, el principio de transparencia y la rendición de cuentas. Indica que la credibilidad de su espacio radial y su nombre se desacredita ante la opinión pública, juntas directivas, presidencias ejecutivas de las instituciones que valoran si invierten en la publicidad y que, a la postre, son el sustento de su familia y su espacio. Manifiesta que la clase política tiene un criterio dividido con respecto a su trabajo de información y denuncia a causa de las cartas del recurrido. El hecho de que una persona –con el respaldo de su investidura y poder político- sugiera, llame, envíe un correo o una carta para beneficiar o perjudicar a un ciudadano o una empresa es un claro abuso de poder, tráfico de influencias y, en el caso concreto, atenta contra la libertad de informar, de prensa y de pensamiento; representa censura previa, lesionando la Constitución Política y los derechos humanos. Se pregunta si el recurrido envió cartas solicitando el retiro de la publicidad a otros medios de comunicación que divulgaron y publicaron todos los cuestionamientos que hoy pesan en contra de su partido y él. Considera que el accionado debió interponer una demanda en su contra, pero no utilizar su investidura para eliminar el recurso primordial de su vida y medio de comunicación y, a la vez, dañar su imagen y credibilidad. Solicita que se declare con lugar el recurso.

13.- Por escrito recibido mediante correo electrónico a las 9:35 horas del 31 de octubre de 2014, el recurrente solicita que se amplíe el curso de este proceso contra la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, la Caja Costarricense de Seguro Social, Correos de Costa Rica y el INAMU.

14.- Por escrito recibido mediante correo electrónico a las 9:59 horas del 31 de octubre de 2014, el recurrente aclara que ninguna institución patrocina o cohonesto la publicidad que recopila denuncias públicas sobre el PASE; dicho mensaje es pagado por un grupo de personas

indignadas por todos los presuntos actos incorrectos, supuestamente cometidos por algunos miembros de dicha fuerza política.

15.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:49 horas del 4 de noviembre de 2014, el recurrido aporta copia de la querella que presentó en contra del accionante.

16.- Por escrito recibido mediante correo electrónico a las 12:43 horas del 5 de noviembre de 2014, el recurrente reitera los argumentos planteados. Indica que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados dejó de pautar en su programa por dos meses, debido a la carta enviada por el recurrido, lo que le afectó económicamente y generó inconvenientes con la distribución del tiempo del programa.

17.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 16:04 horas del 5 de noviembre de 2014, el recurrido aporta prueba. Indica que el recurrente ha afirmado en su programa radial que la situación económica que está viviendo él y otros productores radiofónicos es achacable a otras circunstancias, no al recurrido. Transcribe segmentos de los programas radiales del accionante. Con base en ellos, señala que el accionante no ha recibido afectación alguna a causa de la gestión emprendida por él, en cuanto a la comunicación que realizó a los patrocinadores. Manifiesta que recibió una respuesta de la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, en la cual dijeron que no se referían al tema por tratarse de un asunto de acción privada. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

18.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 14:39 horas del 6 de noviembre de 2014, informa bajo juramento Yamileth Astorga Espeleta, en su condición de Presidenta Ejecutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (ICAA), que el amparado se apersonó al ICAA en calidad de productor del programa Rompiendo El Silencio, para que se le pautara publicidad atinente al giro comercial del Instituto. No le consta la acusación ante la Fiscalía General en contra del recurrido, ni lo relativo al spot o cuña publicitaria. Manifiesta que existe una contratación de publicidad denominada "Campaña de Verano", que tiene relación con el tema de ahorro de agua potable, la cual está bien identificada con el nombre de la institución. Acepta que el recurrido envió cartas membretadas. Refiere que, mediante documentos PRE-DCI-2014-534 y 535 del 4 de noviembre de 2014,

la Dirección de Comunicación Institucional señaló que, durante el período del 3 de noviembre de 2013 al 3 de noviembre de 2014, se le ha asignado pauta publicitaria a la empresa Comunicaciones Ticas S.A. de la siguiente manera: del 1 de febrero al 14 de abril de 2014, por un monto de ¢1.200.000 en el programa radial denominado “Conversando con Óscar López” de Radio Actual. En el programa Rompiendo El Silencio, del 3 de noviembre de 2013 al 3 de noviembre de 2014, se asignaron las siguiente pautas: del 1 de febrero al 14 de abril de 2014, la “Campaña de Verano” por un monto de ¢1.200.000; y del 1 de junio al 30 de agosto de 2014, la campaña “Calentamiento Global, Publicidad Institucional” por un monto de ¢1.200.000. Con base en ello, considera que no existe tráfico de influencia o discriminación hacia el recurrente, toda vez que su programa ha obtenido mayor cantidad de contrataciones dentro del mismo período que el programa del recurrido; ello debido a que el recurrido asumió el cargo de Diputado, lo que afectó la contratación misma por aspectos ajenos al instituto. Indica que la Junta Directiva del ICAA, mediante acuerdo N° 2014-549 de la sesión ordinaria 2014-042 del 20 de octubre de 2014 informó al accionado que el asunto de su interés no es competencia del ICAA, por ser de orden privado, y que no se evidencia ninguna actuación ilegal por parte del ICAA. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

19.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 11:30 horas del 10 de noviembre de 2014, el recurrido aporta prueba. Indica que la CNFL le aclaró que no desarrollaron ninguna actividad publicitaria durante octubre de 2014 por razones presupuestarias y que no son responsables de las opiniones emitidas por los conductores del programa en cuestión. Reitera que no existió tráfico de influencias, abuso de poder o conducta ilícita derivada de su gestión. Reitera que el mismo accionante reconoció en su programa que el presupuesto publicitario de las instituciones públicas está amarrado, que la merma en publicidad se debe a otros factores y usó como ejemplo el caso de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz.

20.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 16:04 horas del 10 de noviembre de 2014, el recurrido aporta prueba. Indica que las dificultades publicitarias del accionante con entidades públicas, como el Instituto Nacional de Aprendizaje, se pueden deber a que dicha institución se enteró de su vínculo matrimonial con una funcionara, lo que podría constituir una irregularidad al momento de distribuir el

presupuesto publicitario de esa entidad. Manifiesta que el accionante debió entregar una declaración jurada al momento de presentar su oferta publicitaria, mediante la cual certificaba la ausencia de familiares directos en la institución, para evitar un favorecimiento ilegal. Considera que el amparado intenta sacar provecho de su propio dolo al comunicar dicha información a la Sala, pues la reducción publicitaria podría deberse a otras causas, como su matrimonio con una funcionaria del INA. Acota que dicha institución no ha respondido aún sus cartas.

21.- Por escrito recibido mediante correo electrónico a las 18:01 horas del 10 de noviembre de 2014, el recurrente solicita que se elimine la prueba aportada por el recurrido, pues considera que, para evitar alteraciones, ninguna grabación puede ser utilizada como prueba si no ha sido autorizada por un juez, certificada por la emisora y solicitada al director del programa o a la emisora. Reitera sus argumentos.

22.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 14:30 horas del 12 de noviembre de 2014, informa bajo juramento Geovanni Garro Mora, en su condición de Gerente General Corporativo del Banco Popular, que, efectivamente, el recurrido envió una nota en la cual hizo una prevención a la Junta Directiva Nacional de lo que él considera actos difamatorios cometidos en el programa Rompiendo El Silencio. Ante dicha petición, la Junta Directiva Nacional del banco acordó en sesión JDN-5195-Acd-362-Art-6 del 22 de julio de 2014 trasladar a la Administración el oficio del recurrido para lo que procediera e instruir a la Secretaría General para que le enviara nota, en la cual se indicara que se había dado traslado de su oficio a la Administración; asimismo, se indica que el banco, como patrocinador, no se hace responsable ni acuerpa manifestaciones denigratorias contra ninguna persona. En cumplimiento de lo anterior, el Secretario General envió el oficio SJDN-0860-2014 al recurrido. Acota que la Administración del banco hizo caso omiso de la nota del accionado, pues lo que el banco busca es posicionamiento con la audiencia del programa radiofónico, no patrocinar el pensamiento del editor. Las pautas difunden algún producto bancario y se colocan en medios que son escuchados voluntariamente por el público. Indica que, en los últimos doce meses, el banco solamente pautó en febrero y mayo en el programa Rompiendo El Silencio para promocionar "Creditón". Manifiesta que no se siguió pautando en ese medio y otros a raíz de una disminución de la periodicidad y de los montos establecidos en el plan

de pauta de 2014. De ahí que el oficio no haya influido en la publicidad del banco en el programa. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

23.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:30 horas del 12 de noviembre de 2014, el recurrido aporta prueba. Reitera sus argumentos.

24.- Mediante resolución de las 9:02 horas del 14 de noviembre de 2014, se ampliaron los hechos y las partes del recurso, se dio traslado al Gerente General de Correos de Costa Rica S.A. y se previno al Gerente General de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, al Presidente Ejecutivo del Instituto Nacional de Aprendizaje, a la Presidenta Ejecutiva del Instituto Nacional de las Mujeres, al Presidente de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, para que rindieran informe sobre los hechos alegados a la interposición del recurso.

25.- Por escrito recibido mediante correo electrónico a las 10:48 horas del 18 de noviembre de 2014, el recurrente indica que la informante del ICAA se aparta de la verdad pues retuvo publicidad entre el 20 de octubre y el 5 de noviembre de 2014, con la justificación de que la Junta Directiva había solicitado el criterio del departamento jurídico. Una semana después de que la Junta conociera el informe, le asignaron la publicidad. Acota que el director del departamento jurídico y la informante tienen conocimiento de ello. Reitera sus argumentos.

26.- Por escrito recibido mediante correo electrónico a las 9:06 horas del 21 de noviembre de 2014, el recurrente aporta carta del ICAA, en la que se hace constar que la publicidad se atrasó varias semanas debido a la carta enviada por el recurrido. Reitera el escrito presentado anteriormente. Indica que el atraso en la publicidad le generó problemas en las ediciones diarias de su espacio, pues debe reponer las pautas transmitiendo una cantidad mayor, lo que afecta el tiempo de producción.

27.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 11:28 horas del 24 de noviembre de 2014, informa bajo juramento Minor Rodríguez Rodríguez, en su condición de Presidente Ejecutivo del Instituto Nacional de Aprendizaje, que el accionado remitió a la Junta Directiva el oficio DOL-64-2014 del 7 de julio de 2014. Dicho oficio fue conocido por los miembros de la Junta Directiva del INA en la sesión ordinaria N° 4636; mediante acuerdo N° 209-2014-JD, donde se determinó que la

Administración superior revisara el uso que se estaba dando al plan de medios, tanto en radio como en televisión, con el fin de ajustarlo a un enfoque educativo, cultural e informativo. Señala que la Administración, en aras de cumplir lo acordado por la Junta Directiva, mediante oficio GG-935-2014 del 13 de agosto de 2014 solicitó a la Asesoría de Comunicación del INA que presentara un informe en relación con el Plan Publicitario Anual, el cual fue remitido mediante oficio AC-392-2014 del 25 de agosto de 2014; se determinó que la institución se apega a los más altos valores jurídicos en cuanto a la democratización en la distribución de pauta publicitaria y respeto a la libertad de expresión. Relata que el recurrido envió el oficio DOL-140-2014 del 6 de octubre de 2014 a la Junta Directiva para aclarar los alcances de su oficio anterior. Dicha nota fue conocida por la Junta Directiva en sesión N° 4650 y, mediante acuerdo N° 336-2014-JD, se determinó enviar copia del acuerdo 209-2014-JD al recurrido e informarle que los miembros de la Junta Directiva están preocupados por la situación que se suscitó a raíz del patrocinio en el programa Rompiendo El Silencio. Señala que únicamente se ha pautado en julio, setiembre y noviembre de 2014, por un costo mensual de \$150.000 y anual de \$450.000. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

28.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 14:48 horas del 24 de noviembre de 2014, informa bajo juramento Víctor Solís Rodríguez, en su condición de Gerente General de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, que los hechos primero y tercero del recurso son ciertos, en cuanto a la comunicación del recurrido. Indica que su representada respondió mediante oficio 2001-646-2014 del 14 de octubre de 2014 que tomaron nota del contenido de la misiva y hacían ver que, durante octubre de 2014, la radio emisora no estaba realizando ninguna pauta publicitaria de la Compañía por razones presupuestarias. Además, rechazaban tener responsabilidad por los programas que contenían pautas publicitarias. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

29.- Por escrito recibido mediante correo electrónico a las 16:05 horas del 24 de noviembre de 2014, informa bajo juramento Alejandra Mora Mora, en su condición de Presidenta Ejecutiva del Instituto Nacional de las Mujeres con rango de Ministra de la Condición de la Mujer, que los servicios del recurrente fueron contratados mediante contratación directa 2014CD000106-01 para publicitar cuñas relacionadas con la campaña Tarjetas Rojas en el programa Rompiendo El Silencio. No le

constan las denuncias o las acusaciones interpuestas en contra del accionado; tampoco la contratación de un spot publicitario que hiciera referencia a actos de corrupción. Señala que el recurrido remitió el oficio DOL-142-2014 el 6 de octubre de 2014 a la Junta Directiva del INAMU. Indica que el apercibimiento tiene una clara acepción para que se cumpla con lo apercibido o prevenido, bajo ciertas consecuencias en caso de no cumplirse con ello. Indica que al recurrido no se le ha violentado su derecho de petición, pues su nota no hace solicitud alguna y solo hace aclaraciones de los alcances y contenidos de las cartas enviadas a una serie de instituciones. Manifiesta que se suscribió la orden de compra N° 00253 del 19 de agosto de 2014 con el amparado por un monto de ₡1.500.000, por primera vez. Acota que el INAMU ha pagado un millón de colones por pautas en setiembre y octubre.

30.- Por escrito recibido mediante correo electrónico a las 13:13 horas del 24 de noviembre de 2014, manifiesta Álvaro Coghi Gómez, en su condición de apoderado generalísimo de Correos de Costa Rica, que el recurrido sí envió una carta a la Junta Directiva de la empresa. Ella indicó al accionado mediante oficio GG-04-492-2014 del 17 de julio de 2014 que Correos de Costa Rica no es patrocinador del programa Rompiendo El Silencio, ni tiene injerencia sobre los comentarios emitidos en él. Manifiesta que la empresa contrató con dicho medio para promocionar sus servicios y en aras de revertir el efecto negativo que hubiera ocasionar un comunicado anónimo difundido en la empresa, no relacionado con este caso. Acota que la misiva del recurrido fue tomada únicamente como una “nota recibida” y que los problemas que las partes tengan, deben ser dilucidados en la vía jurisdiccional correspondiente, pues su representada es ajena a dicho conflicto.

31.- Por escrito recibido mediante correo electrónico a las 14:35 horas del 25 de noviembre de 2014, informa bajo juramento María del Rocío Sáenz Madrigal, en su condición de Presidenta Ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, que el oficio DOL-67-2014 del 7 de julio de 2014 del recurrido fue conocido por la Junta Directiva en la sesión N° 8741 del 1 de octubre de 2014, la cual acordó rechazar lo planteado por el accionado, lo que le fue comunicado. Adjunta prueba en cuanto a las pautas asignadas al programa Rompiendo el Silencio durante los últimos 12 meses. Enfatiza la importancia de la libertad de expresión y del periodismo. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

32.- Por escrito recibido mediante correo electrónico a las 13:18 horas del 26 de enero de 2015, el recurrente reitera los argumentos planteados.

33.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 18:22 horas del 27 de enero de 2015, el recurrido reitera los argumentos planteados, en cuanto a que el amparado ha reconocido expresamente en su programa que los problemas económicos que afectan a los programas radiales se deben a otros motivos, como el presupuesto del Gobierno, y no a causas achacables al recurrido. Transcribe los segmentos de dicho programa.

34.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 18:04 horas del 5 de febrero de 2015, el recurrido manifiesta que el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José señaló para audiencia de conciliación el 1 de junio de 2015. Indica que hay íntima y fáctica relación entre este proceso y la denuncia penal que él interpuso. Señala que la conciliación tiene gran importancia y que las instituciones públicas han manifestado que el recurso puede ser declarado sin lugar, por lo que solicita que sea declarado de esa manera

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

Redacta el **Magistrado Rueda Leal** y,

CONSIDERANDO:

I.- De previo. La coadyuvancia es una forma de intervención adhesiva que se da cuando una persona actúa en un proceso adhiriéndose a las pretensiones de alguna de las partes principales. Como consecuencia, está legitimado para actuar como coadyuvante, quien ostente un interés directo en el resultado del recurso. Empero, al no ser actor principal, el coadyuvante no resulta directamente afectado por la sentencia, es decir, la eficacia de esta no puede alcanzarle de manera directa e inmediata, ni le afecta la condición de cosa juzgada del pronunciamiento, aunque en materia de amparo pueda favorecerle la eficacia de lo resuelto, debido al carácter de "erga omnes" que tiene la jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). En el sub examine, la Sala procede a admitir las coadyuvancias presentadas, en los términos señalados.

II.- Objeto del recurso. El recurrente estima lesionados sus derechos fundamentales ya que el recurrido ha dirigido cartas a instituciones públicas con el aparente propósito de retirarle publicidad, lo que considera tráfico de influencias, abuso de poder y censura previa.

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 las autoridades recurridas hayan omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) El amparado es productor del programa radial “Rompiendo El Silencio”, el cual se trasmite por Radio La Gigante, 800 A.M. (Hecho incontrovertido).

b) En dicho programa se trasmite una cuña denunciando hechos aparentemente cometidos por políticos del Partido Accesibilidad Sin Exclusión (PASE), el cual dice ser un mensaje de los ciudadanos indignados con el PASE. (Ver informe rendido y prueba aportada).

c) El recurrido es diputado de la Asamblea Legislativa por el PASE. (Hecho incontrovertido).

d) En julio de 2014, el recurrido envió notas a la Caja Costarricense de Seguro Social, Correos de Costa Rica, Instituto Nacional de Acueductos y Alcantarillados, Compañía Nacional de Fuerza y Luz, Instituto Nacional de la Mujeres, Instituto Nacional de Aprendizaje. (Ver escritos de las partes y prueba aportada).

e) Mediante oficio GG-04-492-2014 del 17 de julio de 2014, la Junta Directiva de Correos de Costa Rica informó al recurrido que la empresa no era patrocinadora del programa Rompiendo El Silencio, ni tenía injerencia sobre los comentarios emitidos en él. (Ver informe rendido).

f) Al conocer el citado oficio del recurrido, la Junta Directiva del INA determinó, mediante acuerdo N° 209-2014-JD de la sesión ordinaria N° 4636 del 21 de julio de 2014, que la Administración superior revisara el uso que se estaba dando al plan de medios. (Ver informe rendido).

g) La Junta Directiva Nacional del Banco Popular acordó en sesión JDN-5195-Acd-362-Art-6 del 22 de julio de 2014 trasladar a la Administración el oficio del recurrido para lo que procediera e informó que no se

hacía responsable ni acuerpaba manifestaciones denigratorias contra ninguna persona. (Ver informe rendido).

h) En octubre de 2014, el recurrido envió una nota aclaratoria a las instituciones mencionada anteriormente. (Ver informe rendido y prueba aportada).

i) En la sesión N° 8741 del 1 de octubre de 2014, la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social acordó rechazar lo planteado por el accionado. (Ver informe rendido).

j) Mediante oficio 2001-646-2014 del 14 de octubre de 2014, el Gerente General de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz respondió al recurrido que tomaba nota del contenido de la misiva. Sin embargo, rechazaba que las opiniones emitidas en el programa generaran responsabilidad para su representada. (Ver informe rendido).

k) Mediante acuerdo N° 2014-549 de la sesión ordinaria 2014-042 del 20 de octubre de 2014, la Junta Directiva del ICAA indicó al accionado que el asunto planteado en su nota no era de la competencia de dicho Instituto. (Ver informe rendido).

l) Mediante acuerdo N° 336-2014-JD de la sesión ordinaria N° 4650 del 21 de julio de 2014, la Junta Directiva del INA conoció la nota aclaratoria del recurrido y acordó enviarle el acuerdo 209-2014-JD, citado anteriormente, e informarle que los miembros de dicha junta estaban preocupados por la situación que se suscitó a raíz del patrocinio en el programa "Rompiendo El Silencio". (Ver informe rendido).

m) Mediante oficio PRE-CI-557-2014 del 19 de noviembre de 2014, la Directora de Comunicación Institucional del ICAA indicó al amparado que la pauta correspondiente del 15 de octubre al 15 de noviembre de 2014 estuvo pendiente de la respuesta que realizara la Junta Directiva del Instituto a la nota del recurrido y que la pauta reinició el 1° de noviembre de 2014. (Ver prueba aportada por el recurrente).

IV.- Jurisprudencia constitucional. El tema de la libertad de expresión ha sido abarcado ampliamente por la Sala en otras ocasiones. En la resolución N° 2006-5977 de las 15:16 horas del 3 de mayo de 2006 se dijo:

“VIII.- La libertad de expresión como requisito indispensable de la democracia. La libertad de expresión sin duda alguna es una de las condiciones -aunque no la única-, para que funcione la democracia. Esta libertad es la que permite la creación de la opinión pública, esencial para darle contenido a varios principios del Estado constitucional, como lo son por ejemplo el derecho a la información, el derecho de petición o los derechos en materia de participación política; la existencia de una opinión pública libre y consolidada también es una condición para el funcionamiento de la democracia representativa. La posibilidad de que todas las personas participen en las discusiones públicas constituye el presupuesto necesario para la construcción de una dinámica social de intercambio de conocimientos ideas e información, que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también constituya un cauce para la expresión de los disensos, que en la democracia son tan necesarios como los acuerdos. Por su parte, el intercambio de opiniones e informaciones que se origina con la discusión pública contribuye a formar la opinión personal, ambas conforman la opinión pública, que acaba manifestándose por medio de los canales de la democracia representativa. Como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional español, quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática... que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (Sentencia 6/1981), si no existieran unas libertades capaces de permitir ese intercambio, que... presupone el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto de los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos (Sentencia 159/1986).

IX-. Contenido de la libertad de expresión. La libertad de información podría decirse que tiene varias facetas, según lo ha reconocido la doctrina nacional (de las cuales las tres primeras se relacionan con lo que aquí se discute): a) la libertad de imprenta en sentido amplio, que cubre cualquier tipo de publicación, b) la libertad de información por medios no escritos, c) el derecho de rectificación o respuesta. La libertad de prensa engloba de manera genérica todos los tipos de impresos, impresión, edición, circulación de periódicos, folletos, revistas y publicaciones de toda clase. Es por su naturaleza vehículo natural de la libertad de expresión de los ciudadanos. Se traduce en el derecho para los administrados de buscar

y difundir las informaciones y las ideas a un número indeterminado de personas sobre hechos que por su naturaleza son de interés de la generalidad por considerarse noticiosos. Por su naturaleza, está sujeta a las mismas limitaciones que la libertad de expresión. Tiene como funciones en la democracia: informar (hechos, acontecimientos noticiosos), integrar la opinión (estimulando la integración social) y controlar el poder político, en cuanto es permanente guardián de la honestidad y correcto manejo de los asuntos públicos. Dado su vínculo simbiótico con la ideología democrática, un sin fin de instrumentos internacionales y prácticamente todas las Constituciones del mundo libre, desde la Declaración Francesa de 1789 (art.11) la han reconocido. Nuestra Constitución Política por su parte, la tutela por medio de diversas normas:

“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 las condiciones y modos que establezca la ley” (artículo 29)

“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas” (artículo 28).

Otras normas constitucionales relacionada con este derecho son:

“Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución. (artículo 27).

“Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

Quedan a salvo los secretos de Estado” (artículo 30).

La libertad de expresión tiene como consecuencia la prohibición de toda forma de censura, en un doble sentido: no se puede censurar a los interlocutores, por una parte; y no se puede, en general, tampoco censurar

en forma previa los contenidos posibles de la discusión: en principio, en una democracia, todos los temas son discutibles. La no censurabilidad de los sujetos tienen un carácter prácticamente universal, como lo establece nuestra Constitución, nadie puede ser privado de la libertad de hablar y expresarse como mejor le parezca; la no censurabilidad de los contenidos, si bien no se da en forma previa, encuentra algunas limitaciones, sin embargo, éstas deben ser tales que la libertad siga teniendo sentido o no sea vaciada de su contenido, básicamente, como toda libertad, debe ejercerse con responsabilidad, en fin para perseguir fines legítimos dentro del sistema.

X.-. Los límites a la libertad de expresión y libertad de prensa. Para determinar cuáles expresiones se pueden limitar y en qué medida, es importante tomar en cuenta que no todas las expresiones pueden tener el mismo valor ni gozar, en consecuencia, de la misma protección constitucional. Así por ejemplo, incluso la jurisprudencia internacional, vgr. el Tribunal Constitucional español, ha señalado que carecen de protección constitucional, los insultos o los juicios de valor formalmente injuriosos e innecesarios para la expresión de una idea, pensamiento u opinión. En otro peldaño se encuentran las opiniones, es decir, los juicios de valor personales que no sean formalmente injuriosos e innecesarios para lo que se quiere expresar, aunque contengan lo que se conoce como "opiniones inquietantes o hirientes"; estas opiniones sí estaría protegidas constitucionalmente por la libertad de expresión y podría tener como contenido incluso la ironía, la sátira y la burla. En otro escalón estaría la información, entendiendo por tal la narración veraz de hechos, que estaría protegida como regla general, a menos que vulnere otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (por ejemplo, el honor, la intimidad, el orden y tranquilidad de la nación, los derechos de los niños y adolescentes). En otro nivel estaría la noticia, entendiendo por tal la narración veraz de hechos que tienen relevancia pública, ya sea por los hechos en sí mismos, o por las personas que intervienen en ellos; las noticias contribuyen de manera destacada a la creación de la opinión pública libre. En el último escalón se encontrarían las falsedades, los rumores o insidias que se esconden detrás de una narración neutral de hechos y que en realidad carecen por completo de veracidad. Sobre el tema de la veracidad, la Comisión de Derechos Humanos ha señalado (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108 periodo ordinario de sesiones en octubre

de 2000) que se considera censura previa cualquier condicionamiento previo, a aspectos tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad de la información, pero a criterio de este Tribunal, debe entenderse que está referido a la posibilidad de utilizar dichos argumentos como justificantes de una censura previa de la información, no para impedir el derecho a una tutela judicial efectiva frente a las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales, como lo establece el artículo 41 de nuestra Constitución al señalar:

“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”

Se reconoce que el ejercicio de la libertad de prensa, entendida como parte del derecho a informar y por lo tanto una forma de libertad de expresión, debe ejercerse dentro de principios éticos elementales, pues *“la libertad de prensa no es sinónimo de derecho a injuriar”*. Esto porque existe otro derecho fundamental que justifica que el sistema jurídico provea un equilibrio que será determinado siempre con análisis del caso concreto. No quiere esto decir que en todos los casos el honor de las personas debe prevalecer, o que son derechos del mismo rango. Son más bien libertades que se relacionan entre sí dentro del sistema de libertad que soporta nuestra institucionalidad democrática. Es reconocido que la libertad de expresión en su más amplio sentido, es tan fundamental que representa el fundamento de todo el orden político, es decir, no es una libertad más, de ahí que haya surgido -principalmente por influencia norteamericana-, la doctrina de la *“posición preferente”* del derecho a la información en materia de control de constitucionalidad, entendida como aquella que afirma que cuando el derecho a informar libremente entra en conflicto con otros derechos, aunque sean derechos fundamentales, tiende a superponerse a ellos, posición que explica el porqué aspectos del derecho a la intimidad y al honor de las personas públicas deban ceder ante el interés de la información. El Tribunal Constitucional español se ha referido a la posición preferente de la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales en los siguientes términos:

Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquélla goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho

conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado (sentencias 106/1986 y 159/1986).

Sin embargo es evidente que la posición preferente existe en cuanto el derecho sea ejercido para cumplir con su función legítima en la democracia y por ende como parte esencial del mismo, no para permitir falsedades, rumores o insidias que se esconden detrás del ejercicio de un derecho fundamental con la excusa como se indicó, de una supuesta narración neutral de hechos carentes por completo de veracidad, que causan violaciones a libertades también esenciales desde el punto de vista del sistema de libertad, como lo son el honor de las personas y el derecho a ser informados en forma adecuada y oportuna. Es tan importante esta libertad, que efectivamente goza de especiales protecciones en aras de su correcto ejercicio, como la libertad de conciencia, la protección de la fuente, la no censura previa para mencionar algunas, todo en aras de que ejerza la función social que está llamada a cumplir dentro del marco democrático. En ese sentido lleva razón el recurrente cuando señala que la libertad de prensa, contrario al derecho al honor, tiene además de su dimensión de protección individual, una dimensión social. Se olvida sin embargo que la otra cara de la libertad de prensa, también con una dimensión social evidente, es precisamente el derecho de las personas a recibir una información, adecuada y oportuna (no manipulada), con lo cual se excluye la posibilidad de ejercer esta libertad en forma contraria a fines legítimos del sistema o que, a su vez, lesione intereses igualmente legítimos del mismo. En ese sentido la posición preferente vale en tanto y en cuanto no se utilice como mecanismo para violar otros fines relevantes del sistema, porque para eso no fue concebida. De lo contrario se estaría autorizando una manipulación o desinformación de las personas o de las masas, objetivo tan contrario para la democracia, como la censura misma. En ese sentido, cuando se habla de que el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia con preeminencia sobre el derecho a la intimidad y al honor, en caso de colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren, por las personas que en ellas intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública en forma legítima. En

este caso el contenido del derecho de libre información alcanza su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información (sentencia STC 107/1988). Cabe aclarar que jurídicamente no es posible exigir que todo lo que se publique sea verdadero o exacto, pues como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (STC 28/96), pero tampoco puede amparar al periodista que ha actuado con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado. Lo que sí protege es la información rectamente obtenida y difundida “aunque resulte inexacta, con tal de que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente”. (STC 178\93). Igualmente protege, el reportaje neutral, entendido como “aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones de terceros, aun y cuando resulten ser contrarias a los derechos de honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, (STC 22\93), siempre que medie la buena fe, es decir que no se haya enterado el responsable de la difusión de su inexactitud o falta de veracidad, porque a partir de ese momento, de no corregirse se estaría actuando de mala fe, en afectación de otras garantías relevantes para el sistema de libertad. Existen además otros límites que se imponen incluso a nivel convencional como límites para la coherencia y supervivencia del sistema democrático; la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (conocida como Pacto de San José) establece en su artículo 13 que la ley deberá prohibir:

“toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

También para proteger la moral de la infancia y la adolescencia el mismo artículo señala:

“Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa, con el exclusivo objeto de reglar el acceso a ellos para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia...”

o, el que contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 20 –en el mismo sentido-, al señalar que:

“ toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida en la ley”

Con respecto al contenido de este apartado 1, el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU ha sostenido que dicha prohibición “abarca toda forma de propaganda que amenace con un acto de agresión o de quebrantamiento de la paz contrario a la Carta de las Naciones Unidas” o que pueda llevar a tal acto.

Otras restricciones que pueden citarse, en este caso reguladas por nuestra propia Constitución son, los secretos de estado y la propaganda clerical (artículos 27 y 28). Naturalmente que como límite al ejercicio de este derecho, también figura el interés público, en el sentido de que la información además de verdadera –en el sentido analizado supra- sea además necesaria en función del interés público.

A nivel legal pueden citarse –entre otras- la protección de la identidad de las víctimas menores de edad en los delitos sexuales o de los acusados, también en razón de su edad. En todos estos casos el derecho a informar, cede frente a otros valores, sin que se estime que se ejerce una censura previa o una censura en general a esta libertad.

XI.- La responsabilidad social de los medios de comunicación como detentadores de poder frente al ciudadano. La lucha por la defensa de los derechos fundamentales de los habitantes, tradicionalmente surge contra el poder político, no obstante, posteriormente evoluciona para proteger a la persona de otros sujetos particulares que tienen una relación de poder con respecto al ciudadano, en aquellos casos que lesionen algún derecho fundamental. Hay que tener claro que en las democracias, los medios de comunicación no tienen un papel simplemente pasivo en el tema de la libertad de expresión; no se limitan a ser víctimas de los atentados contra tan importante libertad. Tienen por el contrario una gran responsabilidad y poder al ser los vehículos naturales para que las libertades comunicativas (expresión, imprenta, información, etcétera) sean una realidad, que puedan servir al desarrollo de los procesos democráticos formando una ciudadanía bien informada, que conozca sus derechos y sus obligaciones, que tenga las herramientas necesarias para poder elegir bien a sus gobernantes. La responsabilidad social de los medios y el lugar de la libertad de expresión en el desarrollo democrático es lo que justifica que el estatuto jurídico de los

medios y de los profesionales que en ellos trabajan sea distinto al del resto de las personas. Pero ese estatus, como se indicó no es invocable frente a fines ilegítimos, que incluyen el atentar contra libertades fundamentales de mala fe o con negligencia evidente. A tenor de estas razones y fundamentos, es que cabe concluir que el Estado, y concretamente el legislador, tiene derecho y el deber de proteger a los individuos, frente al uso ilegítimo de este derecho, el cual, mal utilizado, es tan dañino para la democracia como la censura misma, no sólo porque su ejercicio de mala fe, puede lesionar el honor de la persona afectada, sino el de la sociedad entera de recibir información adecuada capaz de ayudarla a conformar la opinión pública en forma transparente. El peligro que representa un mal uso de este derecho para la democracia es tan grave como su no ejercicio, y ese mal uso no está determinado sólo por la negligencia evidente o mala fe que afecte otras libertades, sino también frente a otros factores, como la posibilidad que la falta de un pluralismo mediático afecte la capacidad de la prensa de generar una opinión pública libre e informada. Naturalmente que la exigencia de ese pluralismo, no se reduce a una vertiente puramente cuantitativa, sino que también conlleva algún factor cualitativo que se concreta en la “presencia de diversidad de opiniones y de fuentes de información”. Sin duda alguna que por su rol en la democracia, su posibilidad de difusión, los medios de comunicación están en una relación de poder con respecto al ciudadano y a la sociedad, y aunque su existencia es fundamental para fines legítimos y esenciales de la democracia, tienen el potencial, como cualquier poder, de desviarse ocasionalmente, frente a actuaciones individuales, en cuyo caso el Estado tiene la obligación de establecer las previsiones necesarias para la protección del sistema y del individuo. Evidentemente que como se indicó, la protección del Estado no puede darse como lo ha señalado la Corte de Derechos Humanos, con el derecho a censurar previamente las informaciones, lo cual será a todas luces inconstitucional (art. 28), sino que se refiere a su control a posteriori, en el caso que haya existido intención de infligir daño o actuado con pleno conocimiento de que se estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas y con ella resultó afectado el honor y reputación de alguna persona. La Sala comparte la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva 5/85) en el sentido de que:

33. ...No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa

supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

De igual forma reconoce la jurisprudencia sentada en el caso New York Times vs. Sullivan de 1964 en la que se señala que la protección que la Constitución ofrece a la libertad de expresión no depende de la verdad, popularidad o utilidad social de las ideas y creencias manifestadas, y reconoce que un cierto grado de abuso es inseparable del uso adecuado de esa libertad, a partir de la cual el gobierno y los tribunales deben permitir que se desarrolle un debate “desinhibido, robusto y abierto”, lo que puede incluir expresiones cáusticas, vehementes y a veces ataques severos desagradables hacia el gobierno y los funcionarios públicos. Los enunciados erróneos son inevitables en un debate libre, y deben ser protegidos para dejar a la libertad de expresión aire para que pueda respirar y sobrevivir. Las normas deben impedir que un funcionario público pueda demandar a un medio de comunicación o a un particular por daños causados por una difamación falsa relativa a su comportamiento oficial, a menos que se pruebe con claridad convincente que la expresión se hizo con malicia real, es decir, con conocimiento de que era falsa o con indiferente desconsideración de si era o no falsa. Esta salvedad que se hace es indispensable frente a la obligación del Estado de proteger la reputación y honra de las personas y más aún, dentro de la obligación que tiene de velar porque el mal uso o desvío de esta libertad no se utilice para violar fines igualmente esenciales del sistema democrático, entre los que se incluye el sistema de derechos fundamentales. Es reconocida en doctrina la interdependencia que existe entre los derechos fundamentales y su valor sistémico, en ese sentido, la protección de una libertad en demérito de otras por falta de una visión hermenéutica tiene un efecto negativo sobre todo el sistema de libertad (ver sentencia 2771-03 de esta Sala)”

V.- Sobre el caso concreto. Con el fin de conocer de manera ordenada los hechos y argumentos traídos por las partes a esta Sala, se procederá a analizarlos separadamente en los siguientes acápite.

VI.- El amparado manifiesta que el recurrido ha hecho uso de tráfico de influencia y abuso de poder al enviar oficios a diferentes instituciones públicas, con el fin de que retiraran las pautas publicitarias de su

programa radial. Al respecto, se hace ver al accionante que la aplicación de tipos penales como el tráfico de influencias (artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública) y el abuso de autoridad (artículo 338 del Código Penal) es un asunto de legalidad y que este Tribunal carece de atribuciones para conocer sobre la ilicitud de ese tipo de actos y las consecuencias administrativas o penales que ellas puedan acarrear, en respeto a un sano deslinde de competencias. En caso de considerar el recurrente que exista alguna trasgresión a normas penales o administrativas, deberá acudir a las instancias respectivas, si a bien lo tiene. En consecuencia, se rechaza la pretensión.

VII.- De manera similar, la Sala rechaza entrar a conocer si las manifestaciones hechas en el programa “Rompiendo El Silencio” se enmarcan dentro de los tipos de injurias, calumnias o difamaciones, según la normativa vigente (artículos 145 y siguientes del Código Penal). En esta sede, tampoco es relevante si la inserción de la cuña en contra del Partido Accesibilidad Sin Exclusión puede acarrear responsabilidad para los productores o patrocinadores del programa. Nuevamente nos encontramos frente a materia de legalidad. Los interesados podrán acudir a las instancias respectivas, si a bien lo tienen.

VIII.- El punto medular de este proceso es determinar si las notas enviadas por el recurrido a las instituciones públicas en julio pasado constituyen una limitación ilegítima a la libertad de expresión y pensamiento. Consecuentemente, el punto de partida del análisis debe ser la libertad de expresión, sus límites y la censura directa o indirecta.

Sin la intención de agotar el tema, ni reiterar lo que ya fue dicho en el considerando sobre jurisprudencia constitucional, debe enfatizarse la protección que goza la libertad de expresión en nuestro medio. Sin perjuicio de otros instrumentos que la tutelan, se señala que la Constitución Política garantiza la libertad de expresión y pensamiento en los artículos 28 y 29, mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo hace en el artículo 13:

“ARTÍCULO 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

ARTÍCULO 29.- 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.”

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. (...)”

La libertad de expresión es un pilar fundamental del Estado democrático, ya que permite la circulación de ideas e información –aun aquellas de oposición al gobierno de turno-, la formación de la opinión pública, la fiscalización y denuncia de las acciones del gobierno, entre otras.

Ahora bien, a los efectos de resolver el sub examine, primeramente procede transcribir las manifestaciones de ambas partes que han

suscitado el conflicto. Según las grabaciones aportadas por la parte recurrida, la cuña cuestionada como injuriosa indica lo siguiente:

“Ciudadano costarricense. ¿Confía y cree usted en un diputado que se dice le representa en el máximo Poder de la República, que fue estudiante de derecho con notas sobresalientes en una universidad, a punto de graduarse, en tiempo récord, sin tener bachillerato de secundaria y que es un requisito indispensable para poder llevar esa carrera? ¿Un diputado que en la sección voto 2010, en el periódico La Nación, dice ser abogado graduado de la Universidad de Costa Rica, constituyendo esto un delito de falsedad ideológica? ¿un diputado denunciado por la Fiscalía por presunta estafa, al estar involucrado en la falsificación de firmas para contratos para la campaña 2010, donde cobraron más de ₡220 millones y los contratados declararon que nunca cobraron un cinco y que en su mayoría falsificaron las firmas? ¿Un diputado donde en un audio solicita a Hugo Navas copia de uno de esos contratos falsos para amedrentar a Rita Chaves y demás diputados del PASE, diciéndoles que Hugo sabe todo y que puede acabar con todos, con el partido y todo? ¿Un diputado que el OIJ investiga junto a los diputados de su fracción por aparentes nombramientos falsos en la Asamblea Legislativa, donde nunca se presentaron a trabajar, pero su salario era cobrado, constituyendo esto una estafa de más de ₡200 millones al Estado costarricense, o sea, a todos nosotros? ¿Un diputado que en un audio planea robarse de la deuda política del proceso electoral 2010 ₡356 millones con facturas de gastos inexistentes? A un diputado así, no se le puede creer. No es digno de sentarse en una curul. No a la impunidad. Señor Fiscal General de la República actúe, queremos respuestas. Este es un mensaje de los ciudadanos indignados con el PASE.”

Se observa entonces que en la cuña se critica la idoneidad de una persona para ejercer el cargo de diputado, se denuncian supuestos hechos ilícitos y se incita al Fiscal General a actuar. Todos esos temas son de interés público y, como tales, se circunscriben dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Efectivamente, tratándose de funcionarios públicos, en particular aquellos de alta jerarquía, el umbral de la libertad de expresión y el deber de tolerancia a la crítica aumentan. Esto es así porque un elemento fundamental del sistema democrático, que lo distingue de las dictaduras, consiste en la amplia libertad de que gozan tanto la ciudadanía en general como la prensa en particular, con respecto de

exteriorizar sus críticas y cuestionar la idoneidad (técnica o moral) de los funcionarios públicos sin temor a censura ni represalias, lo que evidentemente no obsta que la persona que se sienta afectada, acuda al derecho de rectificación o a otras vías judiciales ordinarias en defensa de su imagen y buen nombre. En el caso concreto de los funcionarios públicos, se encuentran más expuestos al escrutinio público, toda vez que el ejercicio de sus funciones trasciende el ámbito privado y, por su impacto en el desarrollo y acontecer político de un país, se incorpora a la esfera pública, esto es tiene consecuencias de interés para la ciudadanía en general. Asimismo, el control ciudadano sobre la Administración Pública y el deber de rendición de cuentas de los funcionarios públicos (artículo 11 de la Constitución Política), solo pueden darse en un sistema democrático de amplia libertad de expresión e información. Esa es la relevancia de la dimensión social del derecho de información, íntimamente ligado al de expresión. En tal sentido, precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expresó en el caso Tristán Donoso:

“115. Por último, respecto del derecho a la honra, la Corte recuerda que las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.(...)”

122. Como ya se ha indicado, el derecho internacional establece que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones (supra párr. 115). Esta protección al honor de manera diferenciada se explica porque el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como también por la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren.”

De igual forma, en el caso Ricardo Canese, la Corte indicó:

“97. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un mayor margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público.

98. El Tribunal ha establecido que es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático.(...)”

En la misma línea de pensamiento, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que *“la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática”* (caso “Lingens vs. Austria”, sentencia del 8 de julio de 1986, serie A N° 103, párr. 42).

Retomando el análisis normativo, resalta el hecho de que ambos textos jurídicos, la Constitución Política y la Convención Americana, estatuyeron el sistema de límites, o bien, de control ulterior de la libertad de expresión. De este modo, por un lado, se proscribió la censura, y, por el otro, se instauró el régimen de responsabilidad ulterior, toda vez que el ejercicio de la libertad de expresión no exime de asumir las consecuencias derivadas de su mal uso, verbigracia cuando se cometen delitos de injurias, calumnias y difamación. Así, el punto medio entre el derecho a la libertad de expresión y la protección del honor se da mediante el sistema de responsabilidad ulterior, sin que en ningún asunto los mecanismos directos o indirectos de censura sean procedentes. En el caso Tristán Donoso, la Corte Interamericana manifestó:

“110. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio

*abusivo de este derecho. **Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.***

111. Por su parte, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección.” (Lo destacado no corresponde al original).

En el sub iudice, lo anterior se traduce en la posibilidad que tiene el recurrido de presentar las acciones judiciales que considere pertinentes, con el fin de que se determine la eventual afectación de su honor y la posible responsabilidad de aquellos que hayan excedido los límites de la libertad de expresión. Otra alternativa que encuentra acogida en el ordenamiento jurídico es el uso de la rectificación o respuesta, cuando una persona se vea afectada por información inexacta o agravante emitida en su perjuicio (artículos 14 de la Convención Americana y 66 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Sin embargo, tal y como se mencionó, la censura, directa o indirecta, no encuentra cabida en nuestro medio. Conviene profundizar en este tema a fin de dar solución al caso examinado. El inciso tercero del artículo 13 de la Convención Americana brinda luces al respecto:

“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.”

En este sentido, la censura puede ser directa –por ejemplo, la prohibición directa de cierta publicación- o indirecta (también denominada soft censorship, censura sutil, velada)–por ejemplo, la utilización de diversos medios para intimidar y de ese modo evitar una publicación-. La Convención prevé una lista no taxativa de casos de censura por medios indirectos (controles de papel, de frecuencias, etc.) y concluye con la regla general, que sería “...o por cualesquiera otros medios encaminados

a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.” Valga mencionar el caso Ivcher Bronstein a manera de ejemplo, en el cual la Corte Interamericana estimó que una resolución para dejar sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher Bronstein –entre otros hechos- constituía un medio indirecto de restringir su libertad de expresión. También, dentro del derecho comparado, resulta de interés el fallo “Editorial Río Negro contra Provincia de Neuquén” (5/09/07), en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) dispuso, a raíz de que el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén privó temporalmente de publicidad oficial a dicho medio sin demostrar la razonabilidad de tal medida, y además se pronunció en contra de la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos: “La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice deben mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones.”

Ahora bien, en la especie, el recurrido dirigió una misiva a varias instituciones públicas, usando papel con el membrete y el sello de la Asamblea Legislativa, en la cual manifestaba:

“(…) 4.- En mi caso particular, en claro derecho de tutelar mi integridad personal, profesional y moral, fundamentaré la querrela contra el productor de ese espacio radial y solidariamente contra sus patrocinadores, pues basta con que ustedes monitoreen puntualmente a las 8 pm la frecuencia 800 AM y escuchen, dentro de la misma parrilla de patrocinadores a la que esta institución pertenece como auspiciador del programa en cuestión, junto a la cuña que ustedes pagan con dinero público, otra cuña grabada con la voz del propio señor Marvin Sandí Alfaro en la que le pregunta a los ciudadanos si le creen a un Diputado mentiroso, investigado por falsificador y estafador, aspirante a graduarse de abogado en forma irregular, denunciado por el TSE por querer sustraer millonarias sumas de dinero mediante el uso de documentos falsos y más señalamientos infundados, aprovechando el productor radial al amparo de sus patrocinadores, para presionar de forma temeraria al Señor Fiscal General a que actúe contra el

suscrito, evitando así la impunidad, como si el Jefe del Ministerio Público estuviese encubriendo deliberadamente una serie de delitos cometidos por este servidor.

5.- Por la consideración que se merecen, respetuosamente les prevengo de este asunto **y les insto a valorar como una responsable medida cautelar, la posibilidad de sacar del aire la publicidad institucional que pagan en este programa radial, mientras resolvemos en los tribunales la querrela que estamos por incoar**, con el propósito de no empañar judicialmente ni perjudicar la sana imagen que los costarricenses tienen de esta noble institución, la cual debe ser protegida y no debería verse inmiscuida en asuntos tan deplorables y ajenos al honroso quehacer de ustedes, con lo que mis abogados desestimarían de inmediato a petición del suscrito, la eventual demanda solidaria extensiva contra esta entidad pública. (...)" (Extracto de la nota dirigida a Correos de Costa Rica S.A., aportada por el recurrente; lo destacado no corresponde al original).

La excitativa enviada a las instituciones públicas con el fin de que ellas retiraran la publicidad del programa de radio del amparado, se enmarca dentro de los casos de censura indirecta a la libertad de expresión por varias razones.

Primeramente, la publicidad provee el principal soporte financiero que permite la transmisión de los programas radiales y, a la postre, el sustento económico de las personas que trabajan en dicho programa. Es evidente que si se limita el ingreso económico del programa, también se llega a perjudicarlo o –inclusive- eliminarlo, todo en detrimento tanto de la libertad de expresión como de la de información. La situación descrita resulta incluso más grave cuando se trata medios de comunicación pequeños, como periódicos locales o pequeñas estaciones de radio, cuya estabilidad financiera puede llegar a depender en gran medida de la publicidad estatal. En el caso Tristán Donoso, la Corte Interamericana se pronunció en cuanto a las amenazas económicas a la libertad de expresión:

"129. Finalmente, si bien la sanción penal de días-multa no aparece como excesiva, la condena penal impuesta como forma de responsabilidad ulterior establecida en el presente caso es innecesaria. Adicionalmente, los hechos bajo el examen del Tribunal evidencian que el temor a la sanción civil, ante la pretensión del ex Procurador de una reparación civil sumamente

elevada, puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”.

En segundo lugar, un diputado de la República no es un ciudadano cualquiera, sino que ostenta un poder político particular debido a su incidencia en la aprobación de proyectos de ley, respecto de los cuales existe cantidad de intereses tanto privados como públicos. Ergo, una recomendación o retiro de publicidad de un programa radial, emitido por un funcionario en una particular posición de poder político y teniendo como *leitmotiv* su disconformidad con las críticas contra él difundidas por determinado medio de comunicación, constituye una forma velada de intimidación que no solo afecta al programa radial directamente aludido, sino que además envía un mensaje intimidante al resto de medios fomentando un ambiente hostil a las libertades de expresión e información esenciales en un sistema democrático. En el sub iudice, tal amenaza incluso pasó a tener efectos concretos, en la medida que, según la prueba aportada por el accionante, la pauta publicitaria del ICAA, programada para el periodo del 15 de octubre al 15 de noviembre de 2014, fue suspendida mientras se respondía el oficio del recurrido. Si las demás entidades a las que el recurrido dirigió su oficio, hubieran actuado de igual manera, eso hubiera derivado en una grave afectación a la estabilidad financiera del citado programa radial, todo ello teniendo como génesis la inconformidad de un funcionario público con las críticas difundidas en el mismo.

Lo anterior no implica que sea de poca importancia la alegada violación al honor del recurrido y de quienes podrían ser eventualmente responsables por ello. Todo lo contrario, lo reclamado por el recurrido es tan relevante que el ordenamiento jurídico ha establecido vías procesales apropiadas y razonables tanto para defender el honor de la persona afectada (por ejemplo a través de un proceso penal), como para velar por la exactitud de la información divulgada (derecho de rectificación y respuesta).

Ahora bien, las notas aclaratorias enviadas por el accionado en octubre pasado a las instituciones públicas, no afectan el razonamiento de

esta Sala. Por un lado, son actuaciones ocurridas con posterioridad a la notificación del curso de este proceso –las notas fueron entregadas a dichas instituciones los días 7 y 8 de octubre de 2014; mientras que la notificación acaeció el 6 de octubre de 2014-. Por el otro, la Sala observa que, si bien se aclaró mediante tales notas que la “...anterior carta enviada al respecto de este asunto, no buscaba imponerles necesariamente la obligación de tener que retirar su publicidad de ese programa...”, también se indicó un apercibimiento a las instituciones motivado nuevamente en las críticas hechas al recurrido:

“5.- No omito señalarles respetuosamente su deber de cuidado, entendido en ejercer un mayor control de los recursos que en materia de propaganda, publicidad o información ustedes disponen pautar en medios de comunicación, manteniendo al menos un monitoreo mínimo que les permita conocer como en el caso del CD que les aporto [el cual contiene una edición del programa “Rompiendo El Silencio”], la calidad de manifestaciones proferidas en los espacios en los que ustedes pautan.” (Extracto de la nota dirigida al Instituto Nacional de Aprendizaje, aportada por el recurrido).

Por último, debe acotarse que los funcionarios públicos sí pueden manifestarse en torno a temas de interés público. Sin embargo, ellos son garantes de los derechos fundamentales, de manera que las expresiones que pronuncien deben evitar tornarse en una forma de censura directa o indirecta. Nuevamente, se cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“139. En una sociedad democrática no sólo es legítimo, sino que en ocasiones constituye un deber de las autoridades estatales, pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto deben constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden tener en ciertos sectores de la población, y para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de determinados hechos. Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocer éstos ni

constituir formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento. Este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política, precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado.” (Caso Ríos y otros)

En conclusión, la Sala estima el recurrido tiene todo el derecho a defender su honor y reputación por medio de los mecanismos legales que prevé la Constitución y la ley, entre ellos, el derecho de rectificación y respuesta y la querrela por los delitos de injurias calumnias y difamación regulada en el Código Penal. En ese sentido, el envío de una nota a los patrocinadores del programa indicando que consideren retirar su patrocinio por el contenido negativo del mismo contra su imagen, constituyó una censura indirecta –en los términos señalados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana supra citada-, al programa radial “Rompiendo El Silencio”. En la valoración que se hace tiene un peso específico el hecho de que el recurrido ostenta una posición de poder político por su cargo de Diputado de la República, y que efectivamente su misiva causó un efecto negativo más allá de un simple reclamo, al haberse acreditado en autos que produjo efectos sobre uno de los patrocinadores, quien suspendió temporalmente la publicidad (ICAA). Consecuentemente, se declara con lugar dicho extremo.

IX.- En cuanto a las instituciones públicas destinatarias de los oficios del recurrido, la mayoría de ellas únicamente tomó nota del asunto o rechazó tener competencia o injerencia en el mismo, según se hizo constar en los hechos probados. No obstante, también se pudo observar que en el caso del ICAA, la misiva provocó el efecto práctico de suspender temporalmente el patrocinio al programa radial del accionante. En efecto, se consigna en el oficio número PRE-CI-557-2014 de 19 de noviembre de 2014:

“Reciba un cordial saludo, atendiendo instrucciones de la Presidencia Ejecutiva Msc. Yamileth Astorga Espeleta, le indico que la pauta correspondiente del 15 de octubre al 15 de noviembre de 2014, estaba pendiente de la respuesta que realizara la Junta Directiva de AYA, ante la nota del señor Oscar López Arias, la cual consta en el expediente N°

14-15222007-CO de la Sala Constitucional, en donde constas todos los documentos de su interés.

No obstante, me permito informarle como es de su conocimiento que la pauta con su programa se reinició del 1 de noviembre al 15 de diciembre de 2014 (...)"

Así las cosas, si bien la Junta Directiva optó finalmente por rechazar competencia y responsabilidad en el asunto, la suspensión de la pausa publicitaria tuvo incidencia negativa en la actividad del amparado, quien ordinariamente debió haber recibido dichas pautas, lo que no ocurrió debido a las cartas dirigidas por el recurrido al ICAA. En realidad, el ICAA, ni tan siquiera como medida cautelar, debió haber suspendido la pauta publicitaria como consecuencia de la misiva del accionado. La Sala no deja de advertir que la censura indirecta por vía del financiamiento puede resultar devastadora cuando afecta a medios de comunicación pequeños o a los programas en ellos divulgados. Así las cosas, esta Sala constata la materialización de un perjuicio que afectó al amparado por el hecho de transmitir en su programa radial la cuña objeto de disputa, lo que va en detrimento de sus libertades de expresión y de información. En ese tanto, se declara con lugar el recurso en contra del ICAA solo para efectos indemnizatorios, toda vez que la pauta publicitaria se reinició.

X.- Nota de los Magistrados Rueda Leal y Hernández López, con redacción del primero. Los suscritos Magistrados compartimos los argumentos expresados en esta resolución. Sin embargo, creemos que conviene subrayar que lo expuesto en este pronunciamiento no debe interpretarse como una limitación a la irresponsabilidad parlamentaria por la manifestación de las opiniones de los diputados como dispone el artículo 110 de la Constitución Política: "El Diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea". El objetivo de este privilegio es la protección del funcionamiento eficaz y libre de la Asamblea Legislativa, lo que se consigue con el resguardo de la libertad de palabra de los diputados, en el ejercicio funcional de su cargo parlamentario. Solo así puede la Asamblea Legislativa desenvolverse como órgano eminentemente deliberativo, cuyos integrantes requieren de un amplio margen de libertad de expresión en la discusión y formación de la voluntad político-legislativa, la tramitación y aprobación de proyectos legislativos, el ejercicio del control político, la designación

de funcionarios público con participación del Parlamento, entre otros. Tal garantía va más allá de las meras expresiones de los diputados en el Plenario y en la misma Asamblea, pues se extiende a todas aquellas que realicen en el ejercicio de la función parlamentaria. Los suscritos entendemos que dicha función no se circunscribe únicamente a la labor realizada en la “Asamblea”, como recinto físico del Poder Legislativo, sino que abarca el ejercicio legislativo pleno e incluye, consecuentemente, labores de fiscalización, denuncia y control político, entre otras. En ese sentido, hacemos nuestro el razonamiento expuesto por el Tribunal de Corte Plena:

“Por lo que expresa la norma Constitucional antes citada, las manifestaciones dadas por una señora Diputada o un señor Diputado en el ejercicio de su función legislativa y de control y fiscalización política, dentro del recinto legislativo o en cualquier otro lugar, cuando se trate de temas que están en discusión en el Parlamento, no conllevan responsabilidad, y por lo tanto, escapan del fuero y de la jurisdicción penal, pues el instituto de la irresponsabilidad parlamentaria es un privilegio del que gozan por el hecho de ostentar y ejercer ese cargo.(...) Valga recordar que la inmunidad parlamentaria es un instituto que surge a favor del diputado, pero en mayor medida para los de oposición, y se desdobra en dos grandes componentes: la irresponsabilidad y la inviolabilidad o improcesabilidad de los imputados. Es fundamental para el sistema democrático y la defensa del derecho de las minorías y de la ética en la función pública, es irrenunciable y perpetua, por lo que aún y cuando la Diputada y el Diputado hayan terminado su gestión, no se les puede perseguir por las opiniones en el ejercicio del cargo, ni por los votos que hubiesen emitido, ya que ante cualquier manifestación suya que un ciudadano considere lesiva a su honor, podría ser querellado, lo cual va contra la esencia de este mecanismo que es de raigambre parlamentaria, en el sentido que la Diputada o el Diputado no deben sentirse amedrentados o disminuidos para ejercer la función de control político, sobre todo los de oposición o de las fracciones minoritarias. Por ello, la finalidad de esta figura es que tengan la posibilidad de presentar denuncias, ligadas muchas veces al buen ejercicio de la función pública y al respeto y observancia de los deberes éticos de la función pública; y hacer ciertas afirmaciones, algunas veces sin sustento probatorio, que ningún ciudadano común podría hacer, pues quedaría sometido a juicios penales. Aquí los intereses particulares ceden ante los generales, lo cual precisamente redundaría en la defensa de una serie de valores que son consustanciales y fundamentales de nuestro

sistema democrático." (Tribunal de Corte Plena. Resolución TCP 02-2014 de las 14:36 horas del 13 de enero de 2014).

En el *sub iudice*, la irresponsabilidad no se presenta, porque la actuación impugnada del recurrido, si bien se da con ocasión del cargo y utilizando membrete de la Asamblea Legislativa, no menos cierto es que no está referida a la función parlamentaria en tanto no versa sobre la discusión y formación de la voluntad político-legislativa, la tramitación y aprobación de proyectos legislativos, el ejercicio del control político, ni la designación de funcionarios públicos con participación del Parlamento.

POR TANTO:

Por mayoría se declara parcialmente con lugar el recurso, únicamente en contra de Óscar López Arias y el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, en lo referente a la censura indirecta contra el programa "Rompiendo el Silencio". Se condena al Estado y al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados 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. Los Magistrados Rueda Leal, Hernández López y Salazar Alvarado ponen nota. El Magistrado Jinesta Lobo 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.

prl /azunigag

Exp. No. 14-015222-0007-CO

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO JINESTA LOBO

El Magistrado Jinesta Lobo declara sin lugar el recurso en todos sus extremos, por las razones siguientes:

I.- PRESUPUESTOS FORMALES DEL PROCESO DE AMPARO CONTRA SUJETO DE DERECHO PRIVADO. En el presente asunto, se interpone un proceso de amparo contra un sujeto de Derecho privado, sea Oscar López, aunque ostente el cargo de Diputado de la Asamblea Legislativa. Conforme con el ordinal 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el proceso de amparo contra sujetos de Derecho privado cabe cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando actúa en ejercicio de funciones o potestades públicas; b) se encuentren, de hecho o de derecho, en una posición de poder, frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resultan claramente insuficientes o tardíos para la tutela de los derechos. Consecuente, resulta indispensable, determinar si concurre alguno de los presupuestos pautados por la ley del rito constitucional para establecer si el recurso resultaba admisible. En primer término, cuando Oscar López, envía varias misivas a las Juntas Directivas de varias instituciones autónomas, no estaba ejerciendo funciones o potestades públicas, aunque utilice papelería de la Asamblea Legislativa y las rubrique como diputado. Se trata de una gestión privada que dirige esa persona a tales instancias, poniendo en conocimiento de las mismas la incoación de una eventual querrela penal y requiriendo que se valore o pondere, por el ente competente, la adopción o no de una medida cautelar, a propósito de un conflicto que se suscita entre dos sujetos de Derecho privado. En lo concerniente, a si Oscar López ostenta una posición, fáctica o jurídica de poder, debe indicarse que tan solo es miembro de un órgano colegiado pluri-membre conformado por 57 diputados, siendo él solo uno de los mismos, además de integrar una fracción minoritaria del Congreso. De su sola condición de Diputado de una fracción minoritaria, no cabe deducir, bajo ningún concepto, que tenga una posición jurídica o fáctica de poder, sería hilvanar muy delgado y extraer una conclusión errónea. En todo caso, como lo hemos apuntado, si bien utilizó papelería del Congreso de la República y rubricó el documento como diputado, tal circunstancia, no permite inferir que lo haga en esa condición, dado que, el conflicto subyacente al que se refiere se planteó entre dos sujetos de Derecho privado. En definitiva, resulta una elucubración de gabinete sostener que un diputado de la Asamblea y que pertenece a una fracción

minoritaria, al enviar unas misivas, avisando sobre la interposición de una eventual querrela penal y solicitando que se valore la adopción o no de una medida cautelar, esté en una posición de poder de hecho o de derecho. Tales consideraciones, al no concurrir los presupuestos formales para admitir un proceso de amparo contra sujetos de Derecho privado, imponían desestimar el recurso.

II.- CONSIDERACIONES DE MÉRITO PARA FUNDAR LA DESESTIMATORIA DEL RECURSO.

Respecto de la libertad de expresión, se erige como una de sus grandes garantías, la interdicción de la censura previa, entendida como cualquier conducta activa u omisiva tendiente a impedir que trascienda públicamente la expresión de una idea, opinión o de un pensamiento. En el caso particular, es evidente que no existió una censura previa, por cuanto, la información que trascendía relativa a Oscar López, además de haber estado al aire durante un lapso prolongado precedente, nunca dejó de difundirse, tampoco, se impidió que trascendiera a la audiencia a la que iba dirigida. Desde un punto de vista técnico-jurídico, no hubo tal censura previa. El recurrido Oscar López se limitó a prevenir a las instituciones públicas que patrocinan el programa, la posibilidad de presentar una querrela penal y a formular una instancia para que valoraran como medida cautelar la posibilidad de no pautar más publicidad institucional, siempre y cuando, se comprobara que era utilizada para difundir las aseveraciones en su contra. El programa radial, de hecho, nunca dejó de salir al aire o de difundirse –requisito necesario para que se configure una censura–, la mayoría de las instituciones públicas le respondieron que el patrocinio del programa no significaba que compartieran las opiniones y aseveraciones del productor y director del mismo. La única circunstancia fáctica, a partir de la cual la mayoría de este Tribunal estimó que se produjo una censura, es que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados suspendió la pauta del 15 de octubre al 15 de noviembre de 2014, a la espera de la respuesta que se le ofrecería al co-recurrido Oscar López, cuando lo cierto del caso es que el programa radial siguió en el aire y difundándose, por cuanto, contaba con otros patrocinadores. En todo caso, la Directora de Comunicación de esa entidad pública informó que la pauta se reinició el 1° de noviembre de 2014. Estimo que tales circunstancias fácticas son absoluta y rotundamente insuficientes para tener por acreditada una censura directa o indirecta que, como se apuntó, nunca se dio. Debe tomarse en consideración que para acoger

o estimar un proceso de amparo, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, debe existir una violación o amenaza de violación del derecho fundamental invocado, lo que no sucedió en el sub-lite. Adicionalmente, es menester apuntar que la censura previa, tiene su origen en conductas activas u omisivas de los poderes públicos que despliegan algún tipo de control o dejan de hacerlo para impedir la difusión de ideas, pensamientos, opiniones, lo que no sucedió en el sub-lite. Lo anteriormente apuntado queda patente, a manera de ejemplo, en dos casos emblemáticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia, que son los casos “La última tentación de Cristo vs. Chile” e “Ivcher Bronstein vs. Perú” en los que, respectivamente, la producción cinematográfica no se pudo exhibir entre 1988 y 2003, por resolución administrativa sustentada en una norma constitucional y se revocó, por decisión administrativa, la ciudadanía peruana del dueño de un canal televisivo que difundía un programa de críticas en contra del gobierno, por lo que dejó de transmitirse. En definitiva, no nos enfrentamos a ninguna supresión ilegítima, radical o no, de la libertad de expresión. Tampoco, resulta posible inferir, a partir de la circunstancia fáctica apuntada, un control o medio ilegítimo de censura indirecto o velado de carácter idóneo.

Ernesto Jinesta L.

Exp.14-015222-0007-CO

Nota del Magistrado Salazar Alvarado

Vistas las razones expuestas en el voto de mayoría, estimo innecesario consignar la nota que consideré durante la discusión y resolución de este asunto; así las cosas me permito prescindir de la misma.-

Luis Fdo. Salazar A.

Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=646896&strTipM=T&Resultado=1

2016

**LIBERTAD DE PRENSA Y PUBLICIDAD OFICIAL. RESOLUCIÓN NO.
15220-2016**

Exp: 16-009391-0007-CO

Res. N° 2016-015220

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
San José, a las dieciséis horas del dieciocho de octubre de dos mil
dieciséis .**

Recurso de amparo que se tramita en expediente número **16-009391-0007-CO** , interpuesto por **ARMANDO MANUEL GONZÁLEZ RODICIO, cédula de identidad 0800490965** , mayor, a favor de el DIARIO LA NACIÓN , contra **GERENTE GENERAL DEL BANCO NACIONAL DE COSTA RICA** .

RESULTANDO:

1.-Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:12 horas del 15 de julio de 2016, el recurrente presenta recurso de amparo contra el **BANCO NACIONAL DE COSTA RICA**. Indica que el 24 de febrero del 2016, el periódico La Nación publicó la noticia del autonombramiento de los miembros de la Junta Directiva General del Banco de Costa Rica en las directivas de las subsidiarias, con violación flagrante de las normas vigentes. Posteriormente, en seguimiento de la noticia, ese mismo periódico publicó como los directivos acomodaron las reuniones de las subsidiarias para tener todas las sesiones en secuencia, para su mayor comodidad y la reacción del presidente Luis Guillermo Solís, quien les pidió ratificar tan cuestionable proceder. Indica que semanas más tarde, anunciada una investigación, los directivos renunciaron a los cargos en las subsidiarias. Señala que ante dicha situación, la Procuraduría de la Ética investiga el caso a partir de las publicaciones hechas por ese medio de comunicación. Manifiesta que en las semanas y meses siguientes a esas primeras publicaciones, La Nación publicó noticias -ninguna desvirtuada hasta la fecha según señala-, sobre las tímidas actuaciones de los mismos directivos en relación con el caso de la empresa LATCO; además, con el cobro planteado por el Ministerio de Hacienda por ₡48.000.000.000 de impuesto sobre la renta durante la gestión del exgerente Fernando Naranjo Villalobos y las decisiones tomadas por la junta directiva en ese caso. A su vez, el diferimiento de los costos

de crédito que distorsionó los resultados del banco y fundamentó el pago de bonificaciones excesivas; las relaciones inconvenientes entre funcionarios del banco y algunos de sus proveedores. Aunado a lo anterior; la discordia en la junta directiva por varios de estos temas y las advertencias de la Reserva Federal de los Estados Unidos sobre la vulnerabilidad del Banco Internacional de Costa Rica (propiedad del Banco Nacional y el Banco de Costa Rica), así como del sistema financiero en general, frente al lavado de divisas. Aduce que por medio de la manipulación de su pauta publicitaria, el Banco Nacional ha utilizado fondos públicos para intentar impedir el conocimiento ciudadano de las irregularidades denunciadas por el periódico La Nación a lo largo de los últimos cuatro meses, aproximadamente. Aclara que en el curso de las publicaciones, el gerente Juan Carlos Corrales y los once altos ejecutivos que le responden, directamente, se reunieron y, a sugerencia de los encargados de la publicidad del banco, decidieron presionar a La Nación por medio de la reducción paulatina de la pauta publicitaria en las páginas del diario, con el fin de incrementar la presión hasta el punto de tratar de obligar a La Nación a callar. Para junio de este mismo año, la pauta prácticamente llegó a cero (951.000 para ser exactos), aunque el banco, en el curso de ese mes y los anteriores, mantuvo una agresiva campaña publicitaria en todos los demás medios. En entrevista periodística celebrada vía telefónica con el gerente Juan Carlos Corrales, admitió haber tomado la decisión de recortar la pauta de La Nación de forma paulatina a consecuencia de las informaciones publicadas por el medio, la calificó como un error y dijo haber dado la orden de rectificar. Relató como la decisión fue adoptada a sugerencia de los encargados de publicidad, en presencia de representantes de Relaciones Institucionales y, en general, los once ejecutivos que le responden directamente. La existencia de la medida de presión contra el periodismo independiente, con disposición de los recursos públicos que el banco debe destinar a una gestión eficaz y no a premiar a sus alabadores o castigar a sus críticos fue confirmada, en entrevista aparte, con la señora Michelle Mitchell Bernard, encargada de Relaciones Institucionales del banco, quien negó haber participado de la decisión, pese a que según indica ejerce su cargo bajo supervisión directa de la gerencia, pero dijo haber sido informada de la existencia de la medida. Manifiesta que el 13 de mayo de 2016, el banco tomó la inusitada medida de publicar un campo pagado en otros dos periódicos nacionales para responder a publicaciones de La Nación, cuando lo normal es responder en el

mismo medio, sea mediante campo pagado o derecho de respuesta, para alcanzar a los lectores del periódico que publicó el reportaje al cual se responde. Por lo expuesto, solicita se ordene al Banco Nacional cesar sus prácticas de manipulación de la pauta publicitaria y asignarla de conformidad con los criterios objetivos que gobiernan el mercado publicitario y las buenas prácticas de inversión de los recursos públicos. Solicita que se declare con lugar el recurso, con las consecuencias de ley.

2.- Por resolución de Presidencia de las 13:54 horas del 19 de julio de 2016, se le dio curso al presente amparo.

3.- Por medio de escrito incorporado al Sistema Jurídico el 27 de julio de 2016, Juan Carlos Corrales Salas, Gerente General del Banco Nacional de Costa Rica, informa que, en este caso evidentemente no nos encontramos ante la vulneración de derechos constitucionales como el derecho de petición, información y pronta respuesta, (artículo 27 de la Constitución), pues los reportajes han sido prolijos en referirse a las fuentes de su información la mayoría proporcionada por directivos, personeros y otras instancias del Banco. Considera que no se ha vulnerado un derecho fundamental particular, sino que se está ante la solicitud de tutela de un derecho eminentemente económico particular de un grupo periodístico y gráfico empresarial supuestamente fundamentado en intereses difusos y colectivos, que el recurrente califica como “defender un derecho sagrado, no de los medios de comunicación ni de los periodistas, sino de toda la ciudadanía...” para “...buscar, investigan difundir y recibir informaciones, ideas y opiniones, individualmente y en conjunto..” así como el “...derecho a la correcta y proba administración de fondos públicos...” lo cual no es cierto. Destaca que finalmente cualquier reproche no es sobre eficiencia o la calidad en el gasto público -aspectos de evidente interés público-, pues lo que se reclama en el fondo es que el gasto publicitario del Banco no fue realizado particularmente en la empresa de la cual el recurrente es director, pero sí en otras empresas competidoras. Alega que todo el dicho del recurrente se fundamenta en sus propias publicaciones; siendo que ello no constituye propiamente prueba ante los estrados judiciales. Asegura que el Banco Nacional no ha ejercido ninguna coacción sobre dicho medio, pues de las mismas publicaciones aportadas por el recurrente se observa que el medio periodístico ha escrito profusamente y difundido todo lo que ha considerado conveniente y oportuno sobre el Banco Nacional de Costa

Rica, sus subsidiarias sus directivos, personeros y funcionarios, lo cual constituye una confesión, que hace “prueba plenamente contra quien la hace” al tenor de lo dispuesto en el artículo 338 del Código Procesal Civil. Afirma que en ningún momento, se quitó del presupuesto institucional el monto publicitario del periódico La Nación, ni del Grupo Nación. El mejor ejemplo ha sido que el semanario El Financiero perteneciente al mismo grupo empresarial, también ha realizado varias publicaciones sobre la situación del BICSA, sin embargo, ellos las hicieron ejerciendo un periodismo objetivo, valorando técnica y financieramente el tema tratado. Alega que si la intención hubiera sido que no se publicara nada en relación con BICSA también se hubieran eliminado las pautas publicitarias en el periódico el Financiero. El caso fue específico, pues no se le otorgó al Banco Nacional un derecho de respuesta. Todo se hizo con la finalidad de generar un impasse y poder conversar con ellos. Asegura que no tiene razón para enojarse con un medio de prensa. Ahora bien, manifiesta en este hecho el recurrente que el Banco manipuló la pauta publicitaria utilizando fondos públicos para intentar impedir que la Nación publicara lo que califica de irregularidades e incluso se atreve a afirmar que el Gerente y 11 altos ejecutivos que le responden, se reunieron para expresamente presionar a La Nación mediante la reducción paulatina de la pauta publicitaria en las páginas de la Nación con el objeto de aumentar la presión para callar a La Nación termina indicando el recurrente que para el mes de junio la pauta prácticamente llegó a cero (951,000.00) aunque el Banco en ese mes y los anteriores mantuvo una agresiva campaña publicitaria en los demás medios. Sobre estos alegatos, en primer término indica que el recurrente no aporta prueba alguna para sustentar tal manifestación la cual no se encuentra apegada a la verdad, pues como se demuestra con prueba adjunta el Banco Nacional no ha dejado pautar en el grupo Nación, pues de enero a julio se ha pautado en ese grupo la suma de \$123.860.187.00. Menciona que es cierto que la inversión en pautas publicitarias se redujo pero no por las razones que apunta el recurrente. El presupuesto de publicidad contenido en el plan estratégico del Banco se analizó claramente con todas las áreas correspondientes (Subgerencias y Direcciones). Sostiene que Patricia Jara encargada del Área de Publicidad tenía que alinear ese presupuesto con el plan estratégico del Banco, en consecuencia, para mejorar la eficiencia y la productividad del Banco se tomó la decisión de disminuir en \$500.000.000,00 el presupuesto de este año lo cual significó una

reducción del 10 % del presupuesto de publicidad respecto del año anterior. Se redujo el 10%, precisamente, pues buscan mayor eficiencia en el uso de fondos públicos y mayor enfoque hacia los productos. Otra de las razones por las que el periódico La Nación ve reducido el gasto publicitario del Banco es debido a que la publicación de los bienes disponibles para la venta en la página web del Banco, lo cual ha sido de gran impacto en los ingresos de La Nación. Añade que las dos páginas que se publicaban en La Nación sobre la venta de bienes, cada semana, no les produjeron beneficios, pues muchas personas tienen acceso a la página web del Banco, en donde han tenido mejores resultados. Menciona que para efectos de tomar la decisión de dejar de pautar la venta de bienes en la Nación limitando la publicidad a la página web del Banco, solicitó el resultado de la venta efectiva en La Nación y fue cero, no se vendió ningún bien, en un lapso efectivo. Además, toda la migración de la oferta gira en torno a los canales electrónicos, etc. Aclara que las publicaciones de venta de bienes representaban casi el 30% de la inversión en diarios y en su mayoría, se hacían en el periódico La Nación. En cuanto a la evolución de la mezcla de los medios de comunicación de la industria publicitaria del país, debe indicarse que la televisión disminuyó 3%, la radio creció 7% y el medio más afectado, durante los últimos cuatro años, han sido diarios escritos, el cual tuvo una caída de 10%. El sector bancario representa en la industria publicitaria, en promedio el 14% de la inversión total del país, sin embargo, en el 2016 ha representado sólo el 6%. En relación con el comportamiento de la mezcla de medios del sector bancario la televisión disminuyó 3% y diarios escritos el 10%. En cuanto a la evolución del Banco Nacional, la inversión en televisión creció 1% con respecto al año anterior dado que, en el primer semestre de este año, se realizó la campaña denominada Juntos Somos Progreso. La inversión total en diarios disminuyó 5%. Desde el año pasado, el Banco Nacional tomó la decisión de incorporar más la publicidad en exteriores (mupis, publicidad en los buses y las vallas), por un asunto de alcance. Indica que desde el año pasado el Banco ha migrado a la estrategia digital y, particularmente, lo ha hecho en la página web de La Nación, es decir, se ha trasladado del papel impreso a lo digital. Además, los segmentos de población a los cuales querían llegar los llamados millennials y los centennials, jóvenes nacidos después de 1980, área de la población utiliza mucho el celular, por lo que la publicidad dirigida a ellos debe enviarse a través de la red y no de una revista o periódico impreso.

Haciendo la sumatoria del total de pauta publicitaria en el 2014 se facturó un monto de \$623.000 en el 2015, \$550.000 y en el 2016 \$120.000 millones. La migración de la publicidad de venta de bienes fue anunciada al área comercial del Grupo Nación desde el año pasado y dicho Grupo ha hecho propuestas para la parte digital, la cual es mucho más barata. Desde el año 2013 La Nación tiene un medio menos, debido a que el periódico Al Día cerró, adicionalmente en los periódicos El Financiero y La Teja, en radio Bésame y en las revistas Perfil y Sabores el Banco ha tenido una inversión sostenida. Además esta institución ha participado todos los años en Expocasa que también pertenece al Grupo Nación. Por su parte, y en relación con los hechos objeto de este recurso de amparo la Junta Directiva General del Banco Nacional de Costa Rica acordó en la sesión 12.092, del 11 de julio del 2016 *“Solicitar a la Gerencia General que rinda explicación cierta y detallada a la Junta Directiva de todo lo acontecido en este caso, en el entendido de que este órgano colegiado está obligado a examinar su actuación y, eventualmente, a sentar las responsabilidades administrativas que correspondan de conformidad con el marco legal”*. Destaca que mediante el oficio GG-255-16 de fecha 15 de julio del 2016 esa Gerencia General informó a la Junta Directiva lo siguiente: *“En vista de que el tema era inmanejable y por la clara desventaja que posee el Banco Nacional ante un medio de prensa, solicité el 23 de mayo una reunión con el señor Manuel Francisco Jiménez, Presidente de Grupo Nación, cuyo propósito era únicamente uno, reafirmar la relación estrecha que ha mantenido esta institución con una empresa como Grupo Nación, una relación cordial, basada en el respeto y la objetividad, con la mejor intención de ponerme a su disposición para evacuar dudas del quehacer del Banco. Pero luego de insistir en algunas oportunidades, se nos informó que él no podría atenderme, argumentó que los temas que corresponden a la parte editorial deben ser atendidos por el Jefe de esa área. Esto fue lamentable, ya que consideré que esta sería la mejor forma de conocer de primera fuente, sin interrumpir ni afectar la labor de los técnicos en el área de comunicación o irrespetar la línea editorial, qué debíamos de corregir. Posteriormente y sintiendo que lo mejor que podía hacer para la institución era conversar con representantes de La Nación, insistí en una reunión, pero ahora, con don Armando González Director Editor General de ese grupo, la cual se concretó el 29 de junio del 2016, tal como les mencioné en una sesión anterior fue una reunión cordial, donde expresé con total transparencia y apegado a la honestidad la decisión que tomé con respecto a disminuir la pauta publicitaria,*

indicándole que en las publicaciones de La Nación no se consideraron las respuestas que brindó el Banco Nacional, quedando el Banco sin oportunidad para mostrar su posición con respecto al tema que se exponía en ese momento (BICSA) ante la opinión pública, que no es cierto que nos interesa vender BICSA por el riesgo que representa en la estabilidad financiera, por el contrario la entidad goza de excelentes resultados financieros y comerciales. Nuestro sentir es que La Nación, publicaba notas sin que haya mediado el ejercicio de verificación y/o aclaración previa con el Banco Nacional. Las consultas devienen posterior a las publicaciones, como una reacción, lo cual impide dimensionar apropiadamente los estudios o informes citados, poniendo en riesgo reputacional a la institución, imagínense ustedes lo que puede asumir un cliente nuestro al leer Banco Nacional evalúa vender BICSA por su alto riesgo. Vulnerabilidad del Banco Internacional amenaza las finanzas del BN. En ningún momento, la decisión que tomé sobre la pauta publicitaria tuvo la intención de que La Nación publicara únicamente "bondades" del Banco Nacional ni mucho menos que se oculte información a la ciudadanía, la intención en todo momento fue llamar la atención de La Nación, para tratar de hacer conciencia en ellos y, se continuara validando la información con el Banco, en otras palabras, respetar el derecho de respuesta que nos merecemos todos. Apegado en todo momento al principio de probidad y ética, al cumplimiento de sus obligaciones en resguardo de los intereses del Banco y considerando que las publicaciones de La Nación lesionaban la integridad de la institución, tomé una decisión, quizá apresurada, que a pesar de que la rectifiqué cuanto antes, lamentablemente expuso al Banco al escarnio público de manera injusta, ya que haciendo valer el derecho de respuesta fuimos censurados y juzgados nuevamente por el medio de prensa. Hoy expongo ante ustedes, un resumen de los hechos acontecidos, los cuales repito, jamás fueron silenciar a la prensa, como se indicó, sino garantizarle al Banco su derecho a que se validara la información antes de que se publicara sobre los temas que versaban las noticias en ese momento. Lamento sobremanera el desenlace que tuvo, pero les aseguro que la única intención ha sido motivar a La Nación a encontrar ese equilibrio necesario en la función que ellos realizan como comunicadores de noticias que impactan al país, que con sus acciones pueden provocar cambios realmente importantes y este no es la excepción, hablamos de noticias que podrían causar impacto en el Sistema Financiero Nacional. El otro punto importante de resaltar aquí y que quizá contribuyó a que La Nación pudiera sentir como una medida de represión es que el Banco impulsó

en el mes de marzo el sitio web para la venta de bienes propiedad del Banco inaugurándose la página web, dando un vuelco significativo hacia el campo digital, de manera que la inversión en impresos por este tema se suspende por completo para dar ese giro comercial, esa inversión representó para La Nación en el año 2015 \$150.121.925. No menos importante es, que justo cuando La Nación está publicando esta serie de noticias coincide con el lanzamiento de la campaña de imagen “Juntos Somos Progreso”, de manera que es absolutamente incongruente pautar una página promoviendo los servicios del Banco y/o invitando a la unión, cuando de previo existe una campaña negativa alrededor en el mismo canal de comunicación. Hacer publicaciones de este tipo podían malinterpretarse y verse como una forma de responder a las noticias que publicaba La Nación cuando el objetivo era muy diferente, se traduciría en una comunicación altamente disonante. Ahora bien, reitera que el Banco Nacional continuó pautando en los otros medios publicitarios del Grupo Nación, tal y como lo tenía establecido en el Plan Estratégico lo que respalda aún más que el Banco no articulaba contra Grupo Nación, sino que solicitaba su derecho a responder las dudas que ellos mismos tuvieran con respecto a las publicaciones que estaban desarrollando. Asegura que el Banco Nacional intentó conversar con personeros del medio de comunicación con la intención de aclarar muchos puntos objeto de publicación que pudieran faltar a la verdad y a la objetividad de la que cualquier medio de comunicación debe hacer gala y con mayor razón “La Nación, medio reconocido en el país y líder en el mercado” según palabras textuales del propio recurrente, amén que La Nación, publicaba notas sin que hubiera mediado el ejercicio de verificación y/o aclaración previa con el Banco, lo cual también es un derecho que puede ejercerse ante un medio de comunicación, vulnerando con ello la empresa de la cual el recurrente es su director lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política^o y 66, 67 y 68 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.” Alega que el Banco Nacional no necesariamente tiene la necesidad de pautar con el Grupo Nación o con algún otro periódico, pues existen amplios medios digitales no impresos, propios y ajenos que le han dado vuelco significativo a la forma en que las empresas - tanto públicas como privadas - hacen sus negocios y publicitan sus bienes y servicios. Reitera que el Banco Nacional continuó pautando en los otros medios publicitarios de Grupo Nación tal y como lo tenía establecido en el Plan Estratégico de la Institución, con lo cual desde ya se observa que no existe ningún tipo de vulneración a derecho

individual o colectivo, y la temeridad no solo de las afirmaciones periodísticas del periódico La Nación del cual el recurrente es su director, sobre todo en el reportaje *“Banco Nacional desató ofensiva para silenciar a la prensa”- sino del fundamento de este recurso de amparo. Menciona que no es cierto y falta a la verdad el recurrente cuando afirma que la grabación realizada de la llamada telefónica que éste le hiciera fuera realizada con su “expreso consentimiento”*. Al igual que algunas de las noticias publicadas por el diario La Nación, esta manifestación del recurrente no está fielmente apegada a la verdad y de allí su necesidad de tratar de lograr por los canales de comunicación idóneos que dicho periódico previo a realizar sus publicaciones les permitieran exteriorizar la posición del Banco Nacional. Sostiene que el Banco Nacional tenía la necesidad imperante de aclarar tales publicaciones no a La Nación, sino a sus clientes, al Sistema Financiero Nacional e Internacional (corresponsales) y a la ciudadanía en general cual era la verdad en torno a Bicsa que se dispone realizar la publicación de un campo pagado en dos medios de circulación nacional, indicando que el Banco Nacional no tiene necesidad de vender su participación accionaria en la subsidiaria y que además la entidad acumula excelentes resultados financieros y comerciales. Ambos campos pagados fueron publicados el 13 de mayo en La República y en el Diario Extra. Agrega que el Banco Nacional respecto a todas las demás noticias publicadas por la Nación y cuyo recuento con bastante detalle realiza el recurrente, no pagó campos pagados para responder a ese medio por las publicaciones realizadas, dejando en manos de cada uno de los involucrados el ejercicio de su derecho de respuesta en la forma que estimara más oportuna. No obstante respecto a las noticias relacionadas con la situación financiera de BICSA y la solidez del Banco Nacional para soportar su inversión en esa subsidiaria se vio obligado a salir a revelar la verdad sobre las afirmaciones de la Nación no sólo por la negativa del periódico del cual el recurrente es director a publicar las aclaraciones brindadas por el Banco, sino para tratar de evitar una corrida de inversionistas de dicho Banco, lo cual al final sucedió y que publicara el periódico la Nación en su edición del sábado 9 de julio del 2016 bajo los titulares: *“BCR y BN salvaron a Bicsa con \$112 millones de emergencia” “Dinero se inyectó por falla de liquidez”*. Como informó el mismo periódico la Nación los inversionistas retiraron en un período de días \$110 millones por retiros de dinero, cancelación de líneas de crédito interbancarias y la no renovación de inversiones de clientes de Bicsa. Según lo indica el propio

periodista dichas salidas tuvieron como detonante las publicaciones de la Nación sobre dicha entidad financiera. Considera que un medio de comunicación que se autoproclama como un “medio reconocido en el país y líder en el mercado” tiene una responsabilidad mayor de ejercer un periodismo objetivo totalmente apegado a la verdad y no movido por la necesidad de vender más ejemplares. Las noticias sobre Bicsa y la negativa del periódico La Nación a publicar las respuestas del Banco Nacional a sus supuestas verdades tuvo consecuencia que los dos bancos estatales tuvieran que destinar \$112,000,000 (CIENTO DOCE MILLONES DE DÓLARES) de fondos públicos propiedad de todos los costarricenses para contrarrestar los efectos nefastos de verdades a medias y descontextualizadas que crearon pánicos en un sector de los inversionistas de BICSA que creyeron que sus inversiones estaban en peligro y debían protegerlas. Acusa que el periódico La Nación de la cual el recurrente es director no asumirá la responsabilidad por sus manifestaciones devolviéndole a todos los costarricenses los \$112,000,000 (CIENTO DOCE MILLONES DE DÓLARES) de fondos públicos que no podrán ser colocados por los bancos estatales en créditos a la pequeña y mediana empresa, para el desarrollo de infraestructura nacional o para solventar las necesidades de vivienda de la población porque debieron ser destinados a calmar los nervios de asustados inversionistas que se dejaron llevar por publicaciones descontextualizadas y alarmistas con el fin de vender periódicos. Considera que en este caso no nos encontramos ante la vulneración de derechos constitucionales como el derecho de petición, información y pronta respuesta (artículo 27 de la Constitución) pues los reportajes han sido prolijos en referirse a las fuentes de su información, la mayoría proporcionada por directivos, personeros y otras instancias del Banco. Asimismo, no se ha vulnerado un derecho fundamental particular, sino que estamos ante la solicitud de tutela de un derecho eminentemente económico particular de un grupo periodístico y gráfico empresarial supuestamente fundamentado en intereses difusos y colectivos que el recurrente califica como “defender un derecho sagrado, no de los medios de comunicación ni de los periodistas, sino de toda la ciudadanía...” para “...buscar, investigar, difundir y recibir informaciones, ideas y opiniones, individualmente y en conjunto...” así como el “... derecho a la correcta y proba administración de fondos públicos...” lo cual no es cierto. Solicita que se desestime el recurso planteado.

4.- Mediante resolución de las 16:48 horas del 29 de agosto de 2016, esta Sala como prueba para mejor resolver solicitó al Presidente de la Asamblea Legislativa, que aportara copia de las actas de la Comisión de Control de Ingreso y Gasto Público, en donde se haya transcrito la discusión y análisis sobre el tema del Periódico La Nación y la supuesta restricción de la pauta publicitaria por parte del Banco Nacional de Costa Rica.

5.- Por medio de escrito presentado a las 10:03 horas del 6 de setiembre de 2016, Antonio Álvarez Desanti, Presidente de la Asamblea Legislativa se apersona ante esta Sala, con la finalidad de cumplir con lo solicitado en resolución de las 16:48 horas del 29 de agosto de 2016.

6.- Mediante escrito aportado a las 13:30 horas del 13 de octubre de 2016, el recurrente Armando Manuel González Rodico, se apersona ante esta Sala, con la finalidad de manifestar que el Banco Nacional y su agencia de publicidad, una de las más serias, conocen los estudios de IPSOS y también su función. IPSOS es uno de los dos únicos estudios en el país y junto con IBOPE, cuyos resultados son similares, es indispensable para guiar cualquier gestión publicitaria. Saben, también, que esa empresa mide a todos los medios y que en la segunda ola del 2014. Sostiene que aunque las verdaderas razones del banco se traslucen en sus contradicciones y en declaraciones bajo juramento rendidas por el gerente, así como en sus confesiones a la prensa, el informe presentado bajo juramento a la Sala Constitucional insiste en construir un laberinto de datos y supuestos cambios en la estrategia publicitaria, todos aptos para confundir. Para disimular el dramático recorte de la pauta a La Nación . Intenta confundirla con los datos generales del Grupo Nación, que incluyen la radio Bésame, El Financiero, La Teja, revistas y Radio 40 Principales. Con el mismo objeto, ofrece datos de inversión publicitaria en La Nación que incluyen la pauta previa a la imposición del “castigo”. En febrero, por ejemplo, dice haber pautado \$34.066.135, pero en ese mes todavía el gerente no había impuesto el “castigo” porque nada se había publicado. Las primeras informaciones datan de finales de ese mes. Luego, habla de su estrategia digital, pero confiesa que es apenas un 10% del presupuesto. También menciona las publicaciones de ventas de bienes, que representaban un 30% de su inversión publicitaria, de la cual “ la mayoría” se invertía en La Nación. En general, dice el informe, la inversión publicitaria en diarios disminuyó un 18%. Considera que todo ese guiso de razones y cifras aisladas, confusas, incompletas, no

comparables entre sí y solo aptas para despistar se estrella contra tres realidades irrefutables : “ A- La confesión de los verdaderos motivos del recorte publicitario, en la entrevista concedida a La Nación y bajo juramento en la Asamblea Legislativa, así como en algunos pasajes del informe a l a Sala Constitucional ; B- La inversión publicitaria paulatinamente descendiente en La Nación a partir de marzo del 2016, dado que la primera publicación crítica del banco apareció a finales de febrero. Según el cuadro de lo pagado a Grupo Nación que consta en el informe del gerente, la pauta de marzo, en relación con la de febrero, ya había caído, no en un 18%, que es la cifra de disminución general de la inversión en diarios según el banco, sino en un 59,18 % . En abril , ya había caído en un 79,6%. En mayo, la pauta fue un 88,86 % menos que en febrero. Es interesante ver cómo la presión paulatina, de mes a mes, consistió en eliminar alrededor de la mitad de la pauta en relación con el mes anterior. Para junio, la publicidad prácticamente había desaparecido y el cuadro proporcionado por el banco ni siquiera registra el monto. C - Mientras eso ocurría, el banco siguió pautando en otros medios impresos que, según los datos completos de IPSOS y no el curioso informe de la proveeduría del Poder Judicial, tienen menor alcance, amén de no estar dirigidos a los segmentos de la población que alcanza La Nación, lo cual también está estudiado. El banco omite una comparación mensual de la inversión en otros medios, pero los datos de IBOPE aportados con la presentación del recurso de amparo demuestran la constancia de la pauta del Banco Nacional en los demás medios impresos y la drástica v paulatina disminución en La Nación, coincidiendo con las publicaciones sobre irregularidades en el banco. ¿Adónde quedan la estrategia digital, la reducción del presupuesto, el portal electrónico de venta de bienes y las demás razones y cifras del informe del gerente? ¿Por qué esos factores afectan a La Nación tanto más que a otros medios? ” . Estima que l a verdad la ha dicho una y otra vez e l gerente accionado , mezclada con esfuerzos suyos y del banco para revestir de legitimidad técnica la ilícita presión ejercida contra La Nación en represalia por informaciones veraces sobre temas de interés público. Esa actitud no sorprendería a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuyo informe sobre publicidad oficial y libertad de expresión advierte: “los mecanismos de censura indirecta suelen esconderse detrás del aparente ejercicio legítimo de facultades estatales, muchas de las cuales se e jerc en por los funcionarios en forma discrecional” . Señala que en el caso del banco, los esfuerzos llegaron al extremo de que la gerente de publicidad, bajo juramento, aseguró a los diputados que la agencia

de publicidad contratada por el banco fue la que recomendó quitarle la publicidad a La Nación debido al tono de las publicaciones sobre el banco, como si eso conviniere la arbitrariedad en un hecho lícito, pero la agencia se apresuró a desmentirla públicamente y dijo que jamás atendería de esa forma contra la libertad de expresión. Bajo juramento, doña Patricia Jara Porras declaró: *"... fue una recomendación de la agencia, que el Banco adopta o no adopta y, definitivamente, cuando se ve un tema sistemático de diez meses, la recomendación técnica es contraerse; contraerse porque es colocar el dinero donde no se debe colocar en este momento"*. Por otro lado, agrega que ante insistentes preguntas de I diputado Otto Guevara, se vio en la necesidad de precisar: *"Sí, Garnier lo recomienda en una reunión de estatus.. "*. La verdad es que el recurso a ese y los demás criterios "técnicos" expuestos ante los diputados y la Sala Constitucional nada tienen que ver con la decisión de recortar la pauta. Lo admite el gerente cuando confiesa las verdaderas razones y, también, lo desmiente explícitamente en reiteradas oportunidades cuando descarta una relación entre los supuestos criterios técnicos y la suspensión de la pauta. Ante los diputados, declaró: *" Lo que Patricia dijo anteriormente, es que la agencia de publicidad, posteriormente, es más, bueno, que lo diga ella, ella nunca llegó a decirme: "mire, dice Garnier que le corte la... No, eso no sucedió en lo más mínimo y yo lo dije desde el principio, ante una pregunta que hizo don Otto y después don Otto hizo otra, que le contestó Patricia"*. *"La decisión mía no está basada en esa parte, y cuando esto se está discutiendo en la Junta Directiva, incluso, una directora me dijo: "mire, ¿por qué usted mejor no dijo que era un asunto técnico, y no dijo que usted había tomado una decisión?", yo no puedo mentir, yo dije: "el asunto puede ser técnico pero yo tomé una decisión basado en la protección de la institución"*. Ante otras preguntas, afirmó: *"Usted hizo dos preguntas. La primera me la hizo a mi de que si yo había tenido alguna comunicación con la agencia de publicidad para tomar la decisión. Le dije que no. Después, nos preguntó si la agencia había hecho alguna recomendación. Patricia se la contestó, diciendo que la agencia de publicidad, a su criterio -que no utilicé yo en ningún momento- seguramente dijo y hasta puso el ejemplo de los carros que para criterio de la agencia, si esta publicación como tal es disonante o el contenido publicitario no está equilibrado respecto de esto, para la agencia de publicidad, debería de no pautarse ahí, aspecto que nosotros no aplicamos ni lo hemos aplicado, ni lo vamos a aplicar, para que no nos asuste a los medios."*

El gerente también declaró: "Lo de la facturación de La Nación, les puedo decir que el Banco, como les decía anteriormente, esas cuatro, cinco o seis semanas en que dejamos de pautar, no es tan representativo en términos generales. Hoy al mes de junio, por ejemplo, La Nación tiene una pauta que si la tomáramos y la multiplicamos por dos, por el año más las cosas que se han hecho, prácticamente se asimila la pauta publicitaria del año pasado."

¿Y qué pasó con la migración digital, la disminución de los presupuestos y el resto de las razones "técnicas"? ¿Por qué se reestableció la pauta? En suma, no hubo criterio técnico, si lo hubiera habido, habría sido posterior a la decisión y, en cualquier caso, el gerente no lo tomó en cuenta ni lo habría hecho. Cuando el banco intentó lo mismo ante los diputados, el legislador Redondo expresó: *"Resulta que la disminución que se da de febrero a mayo es de un 87 %, si mal no me equivoco, una disminución de un 87 % y en junio de un 89 % -corrijo-, de febrero a mayo ustedes bajan la pauta en un 89 % y en junio y julio la lleva a cero, todavía a niveles mucho mayores. Eso, con respeto digo; pero no calza en las estimaciones que hace doña Patricia."*

"En ese sentido, la hipótesis que usted plantea que la línea va por optar por medios digitales y de otra naturaleza y disminuir en la prensa escrita, no tiene cabida porque ahí sí hay una desproporción."

Añade que el informe del gerente hace una deliberada confusión entre La Nación y el Grupo Nación para sostener que a otros medios pertenecientes al segundo, como el semanario El Financiero, no les recortaron la pauta aunque *"también ha realizado varias publicaciones sobre la situación de BICSA; sin embargo, ellos las hicieron ejerciendo un periodismo objetivo, valorando técnica y financieramente el tema tratado. Si la intención hubiera sido que no se publicara nada en relación con BICSA, también se hubieran eliminado las pautas publicitarias en el periódico El Financiero."*

. Informa el gerente que "la inversión en pautas publicitarias se redujo pero no por las razones que apunta el recurrente."

. Bajo juramento, en la Comisión de Ingreso y Gasto Público de la Asamblea Legislativa, declaró: *"Yo no recibí ninguna recomendación técnica. La decisión mía se dio, ya lo he dicho, porque los contenidos de las publicaciones no eran equilibrados..."*

“Publicamos en dos diarios de circulación nacional también, estas mismas respuestas, exactamente y lógicamente el sábado 14 de mayo en La Nación, nos dedica otra vez ahí un editorial diciendo que nos va a publicar gratis estas preguntas que no las publicaron en su momento cuando les dijimos, para que vean que no tenemos que pagarles y bueno, la verdad es que con base en eso, el lunes siguiente, 16, yo llamé a doña Patricia, que es nuestra directora de la parte publicitaria, y le dije: *“mire, hágame una pausa a la pauta de La Nación porque yo voy a ir a hablar con ellos. Y esto fue lo que pasó, así con toda la transparencia y la sinceridad el caso...”*

. “Con don Armando tuve una reunión, le expliqué la situación, él me explicó la otra situación, me dijo que iba a sacar un reportaje, a los días me llamó por teléfono, me hizo varias preguntas, que quién había tomado la decisión, que si la gente de publicidad, que si Michell, que si el comité tal. Yo le dije: *“Don Armando, le vuelvo a repetir lo que le dije en su oficina, la decisión fue mía, yo soy el jerarca administrativo del Banco y las decisiones las tomo yo.”* .Me pudo haber dicho varia gente algunas cosas; pero la decisión la tomé yo y fue una decisión de hacer una pausa a la pauta para ir a conversar con ellos.”. “El día que terminé de conversar con don Armando fui a la oficina -y aquí está doña Patricia que no me deja decir lo contrario- y le dije a Patricia: *“Retirémosle otra vez.”* (En esta última cita textual parece haber un error, sea de transcripción o un lapsus del gerente. La lógica indicaría que después de la conversación, quiso decir *“pautémosle otra vez.”* En cualquiera de los dos casos, queda en evidencia el carácter ligero, arbitrario, desprovisto de todo criterio técnico y alineamiento con las prácticas del mercado de las decisiones relacionadas con la suspensión de la pauta en La Nación, la disposición de fondos públicos y el servicio a los intereses institucionales). Sostiene que la grabación de la entrevista entregada a esta Sala Constitucional, es igualmente elocuente, tanto como las declaraciones de Michelle Mitchell, encargada de relaciones institucionales, que también constan en el legajo de pruebas. La señora Mitchell reivindicó la “nobleza” de la rectificación del banco, cuyo gerente ahora informa a los magistrados la existencia de una serie de supuestas razones técnicas para recortar la pauta de La Nación. ¿Habiendo tantas buenas razones “técnicas” y financieras como las expuestas en el informe del gerente, incluido un memorando de la proveeduría del Poder Judicial, por qué se ejerció la “nobleza” de rectificar? ¿Por qué, contradictoriamente, en el informe

del gerente aparece también la frase: *“...en resguardo de los intereses del Banco y considerando que las publicaciones lesionaban la integridad de la institución, tomé una decisión, quizá apresurada, que a pesar de que la rectificué cuanto antes expuso al Banco al escarnio público...”*

. Ante los diputados, el gerente hizo otros actos de constricción: *“...cuando yo hablo con el director de La Nación, en la conversación que tuvimos, le mencioné que seguramente mi error fue hacer la pauta y no venir primero a hablar. Ahí hubo un problema de tiempo porque el presidente de la Junta Directiva duró veintidós días, un mes para darme la cita”. Yo reconocí, tal vez, ese error de que, ténganlo por seguro que si vuelve a pasar algo así, agótaré otras vías”. También dice el informe ante la Sala que “lo actuado siempre estuvo en la defensa legítima de la imagen de la organización”. Si ese era el objetivo, ¿a qué viene la jerigonza “técnica”, financiera y presupuestaria que consta en el informe? Pero a tenor del propio informe había otro objetivo: “...garantizarle al Banco su derecho a que se validara la información antes de que se publicara...”*

. Es decir, el banco se cree con derecho a validar las informaciones periodísticas antes de su publicación y al medio que irrespete ese “derecho” lo castiga para que aprenda, como haría todo buen censor. La queja, reiterada más adelante en el informe, es que las publicaciones “no fueron contrastadas por el Banco para verificar su exactitud...”

. Una vez más, se omitió la revisión previa del banco. Por otra parte, el gerente admitió que las informaciones de La Nación son hechos ciertos, como se verá en el siguiente punto. ¿Qué había que “validar”?

. Ahora, el gerente informa que la señora Mitchell, durante muchos años encargada de hablar por el banco a la prensa, *“no tiene la virtud de comprometer o no con su dicho a la institución”*. Eso solo lo pueden hacer *“los gerentes, subgerentes y cualquier otra persona con poder...”*

No importa. El propio gerente se ha referido en varias oportunidades a su “error”, su “actuación precipitada”, su “rectificación” y otras admisiones de culpa, arrepentimiento y enmienda. Es curioso enterarse ahora, por primera vez y gracias a un informe rendido ante la Sala, que los portavoces del banco en realidad no lo son. Entre la multiplicidad de intenciones que el banco le atribuye al castigo, hay una más, contradictoriamente descrita como “única”; ... pero les aseguro que la única intención ha sido

motivar a La Nación a encontrar ese equilibrio necesario en la función que ellos realizan como comunicadores...”

. Según el recorrido, todo se motivó por “... *por nuestro bien, para motivarnos a ser mejores , para que aprendamos a decir la verdad con equilibrio*” . Considera que demasiada verdad puede ser peligrosa, especialmente para una gran institución financiera muy mal manejada. Añade que el gerente informa que “*La Nación publicó noticias -ninguna supuestamente desvirtuada hasta la fecha-...*”; sin embargo, el “supuestamente” llama la atención en boca de quien confesó bajo juramento, en varias oportunidades, ante la Comisión de Ingreso y Gasto Público, en presencia de la prensa y frente a los cuestionamientos de los diputados, que las publicaciones “*son hechos ciertos, no vamos a decir que no, obtenidos en diferentes fuentes*”. También llama la atención que una persona a quien le consta la veracidad de las informaciones no lo haya dicho cuando la Sala Constitucional le pidió informar, también bajo juramento y, por el contrario dijera, amén del “supuestamente”, que “*el Banco Nacional intentó conversar con personeros del medio de comunicación con la intención de aclarar muchos puntos objeto de publicación que pudieran faltar a la verdad y a la objetividad...*”

. Lo más extraordinario es que el mismo gerente que afirma bajo juramento la verdad de lo publicado y reconoce que procede de “diferentes fuentes”, dice en el informe: “*Nuestro sentir es que La Nación publicaba notas sin que haya mediado el ejercicio de verificación y/o aclaración previa con el banco*”. En otro punto del informe habla de “*la negativa del periódico La Nación a publicar respuestas del Banco Nacional a sus supuestas verdades*”. En la Sala Constitucional, bajo juramento, el gerente pone en duda la veracidad de lo informado. En el Congreso, también bajo juramento, dice que todo es verdad. Las siguientes son citas textuales de las actas legislativas: “*..han existido una serie de publicaciones por parte de La Nación, las cuales son publicaciones de hechos ciertos; en ningún momento vamos a decir que no son ciertos, totalmente obtenidos de diferentes fuentes.. u “..el grafiquito que está ahí, bueno, son las noticias de febrero y marzo, se siguió con el tema de Latco, además de eso, salió cuando ios directores se nombraron en las juntas directivas, igual, una serie de publicaciones que se dieron, igual, cienas como tal, ahí lo que publicó el diario es totalmente corredo..*”

. En la misma comparecencia, Marietta Herrera, asesora legal del banco, expresó: *"De los dos estudios que nosotros hicimos, en relación con este tema, pudimos determinar y así se lo hicimos ver a la Genencia: mire todas las noticias que ha sacado el periódico La Nación, están relacionadas con temas que son de interés público, al fin de cuentas, el obrar de una junta directiva, el obrar de un directivo, el cómo se aplican los fondos públicos o cómo se utilizan son temas de interés público."*

. Asegura que La Nación jamás irrespetó el derecho de respuesta, pues reitera que en este caso el banco pretendía ejercer censura previa

. Detalla que ante los diputados, el gerente recurrido reconoce haber recurrido, con precipitación y error, a las vías de hecho -cancelar la pauta-para defender el supuesto derecho de respuesta: *"Yo reconocí, tal vez, ese error de que, ténganlo por seguro que si vuelve a pasar algo así, agotaré otras vías. No sé quién, alguno de ustedes conversaba de que por qué no se acudía a la vía judicial. ¿Voy a ir a poner un recurso a la Sala Cuarta para decirles que me den un derecho de respuesta? Estuviéramos en el proceso de admisión, todavía."*. Pese a lo expresado, el derecho de respuesta se le habría publicado de inmediato, sin recurrir a la Sala, como se le publicaron al banco todas las demás respuestas efectivamente solicitadas. El gerente nunca solicitó el derecho de respuesta, salvo que por tal se entienda exigir a un redactor la integra publicación de sus objeciones a la noticia redactada por otro, y, para colmo, la respuesta se publicó sin que el banco la pidiera, eso sí, con una contestación que dejó en claro la verdad. Alega que los argumentos del gerente carecen de sustento jurídico, y faltan al deber de probidad. De sus manifestaciones se denota con total claridad la restricción arbitraria a la pauta publicitaria. Solicita que se declare con lugar el recurso.

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

Redacta la Magistrada **Hernández López**; y,

CONSIDERANDO:

I.-Objeto del recurso.- El recurrente indica que en razón de una serie de noticias emitidas a partir del 24 de febrero del 2016, sobre varios temas relacionados con el Banco recurrido, entre estos: actuaciones de los mismos directivos en relación con el caso de la empresa LATCO;

el cobro planteado por el Ministerio de Hacienda por ₡48.000.000.000 de impuesto sobre la renta durante la gestión del exgerente Fernando Naranjo Villalobos; la discordia en la junta directiva por varios de estos temas, así como las advertencias de la Reserva Federal de los Estados Unidos sobre la vulnerabilidad del Banco Internacional de Costa Rica (propiedad del Banco Nacional y el Banco de Costa Rica), frente al lavado de divisas, el banco recurrido incurrió en actos de presión indebida, al medio de comunicación que representa, por medio de la manipulación de su pauta publicitaria, utilizando fondos públicos para intentar impedir el conocimiento ciudadano de las irregularidades denunciadas por el periódico La Nación. Señala que en el curso de las publicaciones, el Gerente Juan Carlos Corrales y los once altos ejecutivos que le responden, directamente, se reunieron y, a sugerencia de los encargados de la publicidad del banco, decidieron presionar a La Nación por medio de la reducción paulatina de la pauta publicitaria en las páginas del diario, con el fin de incrementar la presión hasta el punto de tratar de obligar a La Nación a callar, lo cual fue aceptado por el gerente recurrido en entrevista telefónica. Debido a lo expuesto, solicita que esta Sala le ordene al Banco Nacional cesar sus prácticas de manipulación de la pauta publicitaria y asignarla de conformidad con los criterios objetivos que gobiernan el mercado publicitario y las buenas prácticas de inversión de los recursos públicos.

II.-Hechos probados: De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos:

a) El recurrente Armando González Rodicio es el Director del Diario La Nación y acude a esta Sala en su representación (hecho no controvertido);

b) El 24 de febrero del 2016, el periódico La Nación publicó una noticia relacionada con el autonombramiento de los miembros de la Junta Directiva General del Banco de Costa Rica en las directivas de las subsidiarias (ver documentación aportada por el recurrente e informe del recurrido);

c) En el mes de marzo, abril y mayo de 2016, el Diario La Nación publicó noticias, sobre las actuaciones de los mismos directivos en relación con el caso de la empresa LATCO; además, sobre el cobro planteado por el Ministerio de Hacienda por ₡48.000.000.000 de impuesto sobre la renta durante la gestión del exgerente Fernando Naranjo Villalobos y las

decisiones tomadas por la junta directiva en ese caso, entre otras notas periodísticas (ver documentación e informe del recurrido);

d) El 13 de mayo de 2016, el Banco Nacional de Costa Rica, tomó la medida de publicar un campo pagado en otros dos periódicos nacionales para responder a publicaciones de La Nación (ver documentación e informe del recurrido);

e) En el primer semestre del año 2016, el Banco Nacional de Costa Rica dispuso la reducción paulatina de la pauta publicitaria en las páginas del Diario La Nación. De los \$732.402,54 dólares estadounidenses invertidos en el 2014 y los \$696.373,73 dólares estadounidenses invertidos en el año 2015, en el período citado del año 2016 se pasó a una pauta publicitaria de \$123.347,47 dólares estadounidenses (ver documentación e informe rendido bajo juramento);

f) En entrevista periodística celebrada vía telefónica con el gerente Juan Carlos Corrales, dicho funcionario admitió ante el Director del Diario La Nación haber tomado la decisión de recortar la pauta a dicho medio periodístico de forma paulatina a consecuencia de las informaciones publicadas por el medio, lo cual calificó como un error y dijo haber dado la orden de rectificar el mismo día de la entrevista. A su vez, relató que la decisión fue adoptada a sugerencia de los encargados de publicidad, en presencia de representantes de Relaciones Institucionales y, en general, los once ejecutivos que le responden directamente. Concretamente señaló que la suspensión de la pauta se dio del 12 o 15 de mayo, hasta finales de junio: “Si señora. En esas semanas se suspendió la pauta básicamente fue a partir del 12 o 15 de mayo y hasta finales de junio) (ver documento aportado en Expediente Legislativo 20.066, en especial folio 276. Apertura de un expediente para investigar las denuncias planteadas por aparentes medios de comunicación nacional por el condicionamiento de pauta publicitaria y audio aportado por el Diario La Nación de entrevista entre el Gerente del Banco y el Director de ese diario del 29 de junio de este año);

g) La Junta Directiva General del Banco Nacional de Costa Rica acordó en la sesión 12.092, del 11 de julio del 2016, solicitar a la Gerencia General que rindiera una explicación cierta y detallada a la Junta Directiva de todo lo acontecido en este caso, en el entendido de que ese órgano colegiado estaba obligado a examinar su actuación y, eventualmente,

a sentar las responsabilidades administrativas que correspondan de conformidad con el marco legal (ver documentación e informe rendido bajo juramento);

h) Mediante el oficio GG-255-16 de fecha 15 de julio del 2016, el Gerente General accionado informó a la Junta Directiva que en vista de que el tema era inmanejable y por la clara desventaja que posee el Banco Nacional ante un medio de prensa, solicitó el 23 de mayo una reunión con el señor Manuel Francisco Jiménez, Presidente de Grupo Nación, cuyo propósito era únicamente uno, reafirmar la relación estrecha que ha mantenido esta institución con una empresa como Grupo Nación, pero luego de insistir en algunas oportunidades, se nos informó que él no podría atenderme, argumentó que los temas que corresponden a la parte editorial deben ser atendidos por el Jefe de esa área -Armando González, Director Editor General de ese grupo-, con quien la reunión se concretó el 29 de junio del 2016, y ante quien manifestó que había tomado la decisión de disminuir la pauta publicitaria, pues en las publicaciones de La Nación no se consideraron las respuestas que brindó el Banco Nacional, quedando el Banco sin oportunidad para mostrar su posición con respecto al tema que se exponía en ese momento (BICSA) ante la opinión pública –derecho de respuesta- (ver documentación e informe rendido bajo juramento);

i) En el oficio GG-255-16 de fecha 15 de julio de 2016, el Gerente General accionado informó que la decisión que tomó sobre la pauta publicitaria tuvo la intención, en todo momento, de llamar la atención de La Nación, para tratar de hacer conciencia en ellos y, se continuara validando la información con el Banco, en otras palabras, respetarles el derecho de respuesta (ver documentación e informe rendido bajo juramento);

j) En fecha 18 de julio de 2016 el Gerente recurrido expone ante la Junta Directiva las razones que justificaron que se hiciera “un impasse” en la publicidad que se pautaba en la Nación y que esa decisión significó que en junio y julio fuera de cero colones. (Ver expediente legislativo número 20.066 p. 270, 275 y 276)

k) El día 18 de julio de 2016, la Junta Directiva del Banco Nacional, acordó imponer una sanción verbal al Gerente General de dicha entidad en razón de los cuestionamientos por reducción ilegítima de la pauta publicitaria al Diario La Nación (ver Expediente Legislativo 20.066.

Apertura de un expediente para investigar las denuncias planteadas por aparentes medios de comunicación nacional por el condicionamiento de la pauta publicitaria).

I) Durante su comparecencia ante la Comisión Legislativa que investigó el caso de la reducción de la pauta publicitaria el gerente recurrido reiteró nuevamente que había tomado y ejecutado la decisión de suspender la pauta publicitaria al periódico la Nación con el fin de poder conversar con ellos y lograr una reacción para un mejor equilibrio de las informaciones sobre el Banco. Allí mismo agregó que lo hizo por la necesidad de contar con mecanismo ágil para lograr que la versión del Banco sobre los hechos fuera publicada.(Ver expediente legislativo 20.066 páginas 342, 356, 385-386; audio de entrevista entre el Gerente del Banco Nacional y el Director del Diario La Nación, aportado por este último)

III.-Hechos no probados.

a).- Que el Gerente General del Banco Nacional de Costa Rica haya gestionado el mecanismo formal de rectificación y respuesta, dispuesto en los artículos 66 a 70 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional ante el Diario La Nación, o algún otro medio de prensa del Grupo Nación ante las disconformidades por las noticias publicadas por el Diario La Nación en relación con el Banco Nacional y BICSA. (ver documentación e informe rendido bajo juramento).

b).-Que la agencia de publicidad contratada por el Banco, recomendara retirar la publicidad al diario La Nación. (documentación aportada al expediente; Expediente Legislativo 20.066 y copia de correo electrónico de Rodrigo Garnier a Natasha Cambronero del 2016-08-25)

c).-Que la disminución en la pauta publicitaria del Banco Nacional en el Diario La Nación durante el primer semestre de este año, se deba, **en su totalidad**, a criterios objetivos de mercado (audio de entrevista entre el Gerente del Banco Nacional y el Director de la Nación; expediente Legislativo 20,066, en particular folios 264, 270, 276, 383 e informe del recurrido)

IV.-Análisis de los elementos probatorios en este caso.- En vista de que el recurrido cuestiona formalmente la validez de algunos de los elementos de prueba presentados por el recurrente y además presenta

una versión de los hechos que contradice la planteada en el escrito de interposición, la Sala procede a exponer las razones que la han llevado a construir el elenco de hechos probados descrito en el considerando anterior.- **En cuanto al primer tema**, alega el recurrido que los reportajes presentados por el recurrente son originados por la propia empresa que representa por lo que no podrían tenerse como prueba de los hechos que en ellos se menciona; pero un pronunciamiento de la Sala sobre el punto resulta innecesario pues, para decidir sobre este amparo se requiere únicamente determinar la efectiva publicación de los citados reportajes en el Periódico la Nación en las fechas indicadas.- Tal existencia aflora claramente de los documentos aportados por el recurrente, y además ha sido reconocida por el recurrido en su informe.-

En cuanto al segundo punto, si bien existe consenso en ambas partes sobre la existencia de una disminución en la pauta publicitaria del Banco en el Periódico la Nación, existe discrepancia respecto de los motivos que justifican tal disminución, así como sobre la magnitud de dicha disminución.- Sobre estos temas, la Sala observa que el recurrido realizó -primero ante la Junta Directiva, luego ante la Comisión Legislativa y finalmente ante esta Sala- una amplia y fundada exposición sobre las razones técnicas que pretenden explicar la discutida disminución en la publicidad; pero tal esfuerzo ha quedado desvirtuado por el propio interesado en cada una de las tres ocasiones.- En efecto, en el acta de la sesión de Junta Directiva del Banco Nacional del 18 de julio de 2016, se recogen las siguientes expresiones del recurrido:

“... Fue muy cordial la reunión que tuve con don Armando González. El me expuso todo, como tenía que ser. Ese mismo día, inmediatamente activé la pauta de la Nación. Tuvimos un impasse de uno o dos meses, principalmente porque el Presidente del Grupo Nación no me atendió en los 22 días que estuve tratando de comunicarme con él...” (p.264 Expediente Legislativo 20 . 066)

“... el caso fue específico. No nos dieron un derecho de respuesta. Todo lo hicimos con la finalidad de generar un impasse y poder conversar con ellos. Me parece que en esta posición es lo que debe hacerse.” (p.270 Expediente Legislativo 20 . 066)

“... Creo que pequé de inocente y honrado. Desde el principio, y así lo comenté claramente a esta Junta Directiva, mi única intención fue la

de hacer un impasse para hablar con ese periódico. Lamentablemente el Presidente tardó varias semanas para responder que no me podía atender, pero si no hubiese sido así, quizá no se hubiera reducido esa pauta publicitaria.” (p.270 Expediente 20 . 066)

“ ... La Directora Herrera Durán dijo:

“ Por lo menos desde mi comprensión en esos dos párrafos parece que estamos pretendiendo aplicar censura previa. Por otra parte, en la página seis, en el cuadro sobre los pagos al Grupo Nación en junio y julio la cifra es cero”

El señor Corrales Salas indicó: *“Sí señora. En esas semanas se suspendió la pauta. Básicamente fue a partir del 12 o 15 de mayor hasta finales de junio”* (p. 276 Expediente Legislativo 20066)

“El señor Corrales Salas explicó: “Si se trata de utilizar la publicidad para que un medio no publique nada del Banco, reiterado que lo habría hecho desde octubre. Esto es un caso específico y puntual.- Se trata de un derecho de respuesta que la Nación nos negó. Cuando hablé con don Armando aclaramos la situación . Es más, ese mismo día giré instrucciones a doña Patricia que dejara sin el efecto el retiro de la pauta” (p.276 Expediente Legislativo 20066)

Esta versión de los hechos es reiterada por el recurrido en su comparecencia ante la Comisión Legislativa el día 25 de agosto de 2016 cuando le correspondió declarar ante los Diputados sobre los hechos que dan base a este amparo:

“ ... y bueno, la verdad es que con base en eso, el lunes siguiente 16, yo llamé a Doña Patricia que es nuestra Directora de la parte publicitaria y le dije: “mire, hágame una pausa a la pauta de la Nación porque yo voy a ir a hablar con ellos”(p.342 del expediente Legislativo 20 . 066)

“ lo de la facturación de la Nación, les puedo decir que el Banco, como les decía anteriormente, esas cuatro cinco o seis semanas en que dejamos de pautar no es tan representativo en términos generales...” (p.264 Expediente Legislativo 20 . 066)

“Yo reconocía, tal vez, ese error de que, ténganlo por seguro que si vuelve a pasar algo así, agotaré otras vías. No se quién, alguno de Ustedes, conversaba de que porqué no acudía a la vía judicial. ¿Voy a ir a

poner un recurso a la Sala Cuarta para decirles que me den un derecho de respuesta? Estuviéramos en el proceso de admisión todavía.” (p. 383 Expediente Legislativo 20 . 066)

Lo anterior se reitera en el informe que presentó ante la Sala con ocasión de este proceso. Sirven como muestra suficiente, por una parte, la cita que se hace de la respuesta escrita que el Gerente recurrido envió a la Junta Directiva bajo oficio número GG-255-16 del 15 de julio de 2016 donde explica:

“... fue una reunión cordial...[se refiere a la reunión con el recurrente Armando González Director de la Nación ocurrida el 29 de junio de 2016]..., donde expresé con total transparencia y apegado a la honestidad la decisión que tomé con respecto a disminuir la pauta publicitaria indicándole que en las publicaciones de la Nación no se consideraron las respuestas que brindó el Banco Nacional, quedando el Banco sin oportunidad para mostrar su posición con respecto al tema que se exponía en ese momento (BICSA)...” (Ver informe del recurrido)

Por otra parte el propio texto del informe a la Sala se señala:

“ Si la intención hubiera sido que no se publicara nada en relación con BICSA, también se hubieran eliminado las pautas publicitarias en el periódico el Financiero. El caso fue específico. No se le otorgó al Banco Nacional un derecho de respuesta.- Todos se hizo con la finalidad de generar un impasse y poder conversar con ellos.- Me parece que en esta posición es lo que debe hacerse.- No tengo porqué enojarme con un medio de prensa” (Ver informe del recurrido)

En conclusión , sobre este tema debe tenerse por demostrado que aún cuando pudieran existir razones técnicas u objetivas que apuntaban a una disminución de las pautas publicitarias del Banco al Periódico L a Nación, lo cierto es que estas razones no fueron tomadas en cuenta para disponer, como en efecto se hizo, una pausa en la publicidad contratada a dicho medio de comunicación , apartir de la publicación de las primeras noticias a finales de febrero, y en particular, durante los meses de junio y julio, las cuales queda acreditado se dieron con el fin de “ lograr un cambio en la actitud “ del Periódico L a Nación , respecto de la manera en que se venían abordando los temas relacionados con el Banco Nacional desde hacía varios meses.-

En síntesis, se logra acreditar en el caso, como se dirá, que se ha producido una censura indirecta de parte de un funcionario público a un medio de comunicación, como reacción a su línea editorial, con el único propósito de “motivar” un cambio, es decir, manipular al medio para acercarlo a sus propósitos, ya fuera conseguir una cita con uno de los dueños del medio, o un mayor espacio sobre la versión del Banco frente a los cuestionamientos hechos. Todo lo cual sin duda, resulta lesivo del artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 28 y 29 de la Constitución Política.

V.-Parámetros de constitucionalidad aplicables. Sin la intención de agotar el tema, la revisión del marco jurídico aplicable debe comenzar destacando la protección que goza la libertad de expresión en nuestro medio. Sin perjuicio de otros instrumentos que la tutelan, la Constitución Política garantiza la libertad de expresión y pensamiento en los artículos 28 y 29, mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo hace en el artículo 13:

“ARTÍCULO 28.-

Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

ARTÍCULO 29.-

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.”

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea

oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. (...) (el destacado no es del original)

La libertad de expresión es un pilar fundamental del Estado democrático, ya que permite la circulación de ideas e información –aun aquellas de oposición al gobierno de turno–, la formación de la opinión pública, la transparencia, la fiscalización y denuncia de las acciones del gobierno, entre otras. No en vano señala Bobbio que la democracia es el ejercicio de poder en público.

Ahora bien, a los efectos de resolver el sub examine, tratándose de funcionarios públicos, y en particular aquellos de alta jerarquía, el umbral de la libertad de expresión y el deber de tolerancia a la crítica aumentan. Esto es así porque un elemento fundamental del sistema democrático, que lo distingue de las dictaduras, consiste en la amplia libertad de que gozan tanto la ciudadanía en general como la prensa en particular, con respecto de exteriorizar sus críticas y cuestionar la idoneidad (técnica o moral) de los funcionarios públicos y sus decisiones, sin temor a censura ni represalias, lo que evidentemente no obsta que la persona que se sienta afectada, acuda al derecho de rectificación o a otras vías judiciales ordinarias en defensa de su imagen y buen nombre. En el caso concreto de los funcionarios públicos, se encuentran más expuestos al escrutinio público, toda vez que el ejercicio de sus funciones trasciende el ámbito privado y, por su impacto en el desarrollo y acontecer político y nacional, se incorpora a la esfera pública, esto es tiene consecuencias

de interés para la ciudadanía en general. Asimismo, el control ciudadano sobre la Administración Pública y el deber de rendición de cuentas de los funcionarios públicos (artículo 11 de la Constitución Política), solo pueden darse en un sistema democrático de amplia libertad de expresión e información. Esa es la relevancia de la dimensión social del derecho de información, íntimamente ligado al de expresión. En tal sentido, precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expresó en el caso Tristán Donoso:

“ 115. Por último, respecto del derecho a la honra, la Corte recuerda que las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza. (...)”

122. Como ya se ha indicado, el derecho internacional establece que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones (supra párr. 115). Esta protección al honor de manera diferenciada se explica porque el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como también por la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren.”

De igual forma, en el caso Ricardo Canese, la Corte indicó:

“ 97. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un mayor margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público.

98. *El Tribunal ha establecido que es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático.(...)*"

En la misma línea de pensamiento, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que "la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática"(caso "Lingens vs. Austria", sentencia del 8 de julio de 1986, serie A N° 103, párr. 42).

Retomando el análisis normativo, resalta el hecho de que ambos textos jurídicos, la Constitución Política y la Convención Americana, estatuyeron el sistema de límites, o bien, de control ulterior de la libertad de expresión. De este modo, por un lado, se proscribió la censura, y, por el otro, se instauró el régimen de responsabilidad ulterior, toda vez que el ejercicio de la libertad de expresión no exime de asumir las consecuencias derivadas de su mal uso, verbigracia cuando se cometen delitos de injurias, calumnias y difamación. Así, el punto medio entre el derecho a la libertad de expresión y la protección del honor se da mediante el sistema de responsabilidad ulterior. En el caso *Tristán Donoso*, la Corte Interamericana manifestó:

*" 110. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. **Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.***

111. Por su parte, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor

recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección.”
(Lo destacado no corresponde al original).

VI.-La jurisprudencia constitucional. El tema de la libertad de expresión evidentemente ha sido abarcado ampliamente por la Sala en otras ocasiones. En la resolución N° 2006-5977 de las 15:16 horas del 3 de mayo de 2006 , en la que se hace un desarrollo de su contenido y alcances y su condición de derecho preferente en cuanto el derecho sea ejercido para cumplir con su función legítima en la democracia . La Sala ha reconocido que es tan importante esta libertad, que efectivamente goza de especiales protecciones en aras de su correcto ejercicio, como la libertad de conciencia, la libertad de prensa y la protección de la fuente, la no censura previa para mencionar algunas, todo en aras de que ejerza la función social que está llamada a cumplir dentro del marco democrático. En el caso de la libertad de prensa, tiene una dimensión social evidente, que es precisamente el derecho de las personas a recibir una información, adecuada y oportuna (no manipulada). En lo que interesa se dijo:

“VIII.-

La libertad de expresión como requisito indispensable de la democracia. La libertad de expresión sin duda alguna es una de las condiciones -aunque no la única-, para que funcione la democracia. Esta libertad es la que permite la creación de la opinión pública, esencial para darle contenido a varios principios del Estado constitucional, como lo son por ejemplo el derecho a la información, el derecho de petición o los derechos en materia de participación política; la existencia de una opinión pública libre y consolidada también es una condición para el funcionamiento de la democracia representativa. La posibilidad de que todas las personas participen en las discusiones públicas constituye el presupuesto necesario para la construcción de una dinámica social de intercambio de conocimientos ideas e información, que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también constituya un cauce para la expresión de los disensos, que en la democracia son tan necesarios como los acuerdos. Por su parte, el intercambio de opiniones e informaciones que se origina con la discusión pública contribuye a formar la opinión personal, ambas conforman la opinión pública, que acaba manifestándose por medio de los canales de la democracia representativa. Como lo ha señalado el propio

Tribunal Constitucional español, quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática... que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (Sentencia 6/1981), si no existieran unas libertades capaces de permitir ese intercambio, que... presupone el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto de los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos (Sentencia 159/1986).

IX-. Contenido de la libertad de expresión. La libertad de información podría decirse que tiene varias facetas, según lo ha reconocido la doctrina nacional (de las cuales las tres primeras se relacionan con lo que aquí se discute): a) la libertad de imprenta en sentido amplio, que cubre cualquier tipo de publicación, b) la libertad de información por medios no escritos, c) el derecho de rectificación o respuesta. La libertad de prensa engloba de manera genérica todos los tipos de impresos, impresión, edición, circulación de periódicos, folletos, revistas y publicaciones de toda clase. Es por su naturaleza vehículo natural de la libertad de expresión de los ciudadanos. Se traduce en el derecho para los administrados de buscar y difundir las informaciones y las ideas a un número indeterminado de personas sobre hechos que por su naturaleza son de interés de la generalidad por considerarse noticiosos. Por su naturaleza, está sujeta a las mismas limitaciones que la libertad de expresión. Tiene como funciones en la democracia: informar (hechos, acontecimientos noticiosos), integrar la opinión (estimulando la integración social) y controlar el poder político, en cuanto es permanente guardián de la honestidad y correcto manejo de los asuntos públicos. Dado su vínculo simbiótico con la ideología democrática, un sin fin de instrumentos internacionales y prácticamente todas las Constituciones del mundo libre, desde la Declaración Francesa de 1789 (art.11) la han reconocido. Nuestra Constitución Política por su parte, la tutela por medio de diversas normas: (...)

La libertad de expresión tiene como consecuencia la prohibición de toda forma de censura, en un doble sentido: no se puede censurar a los interlocutores, por una parte; y no se puede, en general, tampoco censurar en forma previa los contenidos posibles de la discusión: en principio, en una democracia, todos los temas son discutibles. La no censurabilidad de los sujetos tienen un carácter prácticamente universal, como lo establece nuestra Constitución, nadie puede ser privado de la libertad de hablar y

expresarse como mejor le parezca; la no censurabilidad de los contenidos, si bien no se da en forma previa, encuentra algunas limitaciones, sin embargo, éstas deben ser tales que la libertad siga teniendo sentido o no sea vaciada de su contenido, básicamente, como toda libertad, debe ejercerse con responsabilidad, en fin para perseguir fines legítimos dentro del sistema.

X.-Los límites a la libertad de expresión y libertad de prensa. Para determinar cuáles expresiones se pueden limitar y en qué medida, es importante tomar en cuenta que no todas las expresiones pueden tener el mismo valor ni gozar, en consecuencia, de la misma protección constitucional. Así por ejemplo, incluso la jurisprudencia internacional, vgr. el Tribunal Constitucional español, ha señalado que carecen de protección constitucional, los insultos o los juicios de valor formalmente injuriosos e innecesarios para la expresión de una idea, pensamiento u opinión. En otro peldaño se encuentran las opiniones, es decir, los juicios de valor personales que no sean formalmente injuriosos e innecesarios para lo que se quiere expresar, aunque contengan lo que se conoce como "opiniones inquietantes o hirientes"; estas opiniones sí estaría protegidas constitucionalmente por la libertad de expresión y podría tener como contenido incluso la ironía, la sátira y la burla. En otro escalón estaría la información, entendiendo por tal la narración veraz de hechos, que estaría protegida como regla general, a menos que vulnere otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (por ejemplo, el honor, la intimidad, el orden y tranquilidad de la nación, los derechos de los niños y adolescentes). En otro nivel estaría la noticia, entendiendo por tal la narración veraz de hechos que tienen relevancia pública, ya sea por los hechos en sí mismos, o por las personas que intervienen en ellos; las noticias contribuyen de manera destacada a la creación de la opinión pública libre. En el último escalón se encontrarían las falsedades, los rumores o insidias que se esconden detrás de una narración neutral de hechos y que en realidad carecen por completo de veracidad. Sobre el tema de la veracidad, la Comisión de Derechos Humanos ha señalado (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108 período ordinario de sesiones en octubre de 2000) que se considera censura previa cualquier condicionamiento previo, a aspectos tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad de la información, pero a criterio de este Tribunal, debe entenderse que está referido a la posibilidad de utilizar dichos argumentos como justificantes

de una censura previa de la información, no para impedir el derecho a una tutela judicial efectiva frente a las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales, como lo establece el artículo 41 de nuestra Constitución al señalar:

“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”

Se reconoce que el ejercicio de la libertad de prensa, entendida como parte del derecho a informar y por lo tanto una forma de libertad de expresión, debe ejercerse dentro de principios éticos elementales, pues “la libertad de prensa no es sinónimo de derecho a injuriar”. Esto porque existe otro derecho fundamental que justifica que el sistema jurídico provea un equilibrio que será determinado siempre con análisis del caso concreto. No quiere esto decir que en todos los casos el honor de las personas debe prevalecer, o que son derechos del mismo rango. Son más bien libertades que se relacionan entre sí dentro del sistema de libertad que soporta nuestra institucionalidad democrática. Es reconocido que la libertad de expresión en su más amplio sentido, es tan fundamental que representa el fundamento de todo el orden político, es decir, no es una libertad más, de ahí que haya surgido -principalmente por influencia norteamericana-, la doctrina de la “posición preferente” del derecho a la información en materia de control de constitucionalidad, entendida como aquella que afirma que cuando el derecho a informar libremente entra en conflicto con otros derechos, aunque sean derechos fundamentales, tiende a superponerse a ellos, posición que explica el porqué aspectos del derecho a la intimidad y al honor de las personas públicas deban ceder ante el interés de la información. El Tribunal Constitucional español se ha referido a la posición preferente de la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales en los siguientes términos:

Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquélla goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado (sentencias 106/1986 y 159/1986).

Sin embargo es evidente que la posición preferente existe en cuanto el derecho sea ejercido para cumplir con su función legítima en la democracia y por ende como parte esencial del mismo, no para permitir falsedades, rumores o insidias que se esconden detrás del ejercicio de un derecho fundamental con la excusa como se indicó, de una supuesta narración neutral de hechos carentes por completo de veracidad, que causan violaciones a libertades también esenciales desde el punto de vista del sistema de libertad, como lo son el honor de las personas y el derecho a ser informados en forma adecuada y oportuna. Es tan importante esta libertad, que efectivamente goza de especiales protecciones en aras de su correcto ejercicio, como la libertad de conciencia, la protección de la fuente, la no censura previa para mencionar algunas, todo en aras de que ejerza la función social que está llamada a cumplir dentro del marco democrático. En ese sentido lleva razón el recurrente cuando señala que la libertad de prensa, contrario al derecho al honor, tiene además de su dimensión de protección individual, una dimensión social. Se olvida sin embargo que la otra cara de la libertad de prensa, también con una dimensión social evidente, es precisamente el derecho de las personas a recibir una información, adecuada y oportuna (no manipulada), con lo cual se excluye la posibilidad de ejercer esta libertad en forma contraria a fines legítimos del sistema o que, a su vez, lesione intereses igualmente legítimos del mismo. En ese sentido la posición preferente vale en tanto y en cuanto no se utilice como mecanismo para violar otros fines relevantes del sistema, porque para eso no fue concebida. De lo contrario se estaría autorizando una manipulación o desinformación de las personas o de las masas, objetivo tan contrario para la democracia, como la censura misma. En ese sentido, cuando se habla de que el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia con preeminencia sobre el derecho a la intimidad y al honor, en caso de colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren, por las personas que en ellas intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública en forma legítima. En este caso el contenido del derecho de libre información alcanza su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información (sentencia STC 107/1988). Cabe aclarar que jurídicamente no es posible exigir que todo lo que se publique sea verdadero o exacto, pues como lo ha señalado el

Tribunal Constitucional español, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (STC 28/96), pero tampoco puede amparar al periodista que ha actuado con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado. Lo que sí protege es la información rectamente obtenida y difundida “aunque resulte inexacta, con tal de que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente”. (STC 178\93). Igualmente protege, el reportaje neutral, entendido como “aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones de terceros, aun y cuando resulten ser contrarias a los derechos de honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, (STC 22\93), siempre que medie la buena fe, es decir que no se haya enterado el responsable de la difusión de su inexactitud o falta de veracidad, porque a partir de ese momento, de no corregirse se estaría actuando de mala fe, en afectación de otras garantías relevantes para el sistema de libertad. Existen además otros límites que se imponen incluso a nivel convencional como límites para la coherencia y supervivencia del sistema democrático; la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (conocida como Pacto de San José) establece en su artículo 13 que la ley deberá prohibir:

“ toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

También para proteger la moral de la infancia y la adolescencia el mismo artículo señala:

“ Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa, con el exclusivo objeto de reglar el acceso a ellos para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia...”

o, el que contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 20 – en el mismo sentido-, al señalar que:

“ toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida en la ley”

Con respecto al contenido de este apartado 1, el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU ha sostenido que dicha prohibición “abarca

toda forma de propaganda que amenace con un acto de agresión o de quebrantamiento de la paz contrario a la Carta de las Naciones Unidas” o que pueda llevar a tal acto.

Otras restricciones que pueden citarse, en este caso reguladas por nuestra propia Constitución son, los secretos de estado y la propaganda clerical (artículos 27 y 28). Naturalmente que como límite al ejercicio de este derecho, también figura el interés público, en el sentido de que la información además de verdadera – en el sentido analizado supra- sea además necesaria en función del interés público.

A nivel legal pueden citarse – entre otras- la protección de la identidad de las víctimas menores de edad en los delitos sexuales o de los acusados, también en razón de su edad. En todos estos casos el derecho a informar, cede frente a otros valores, sin que se estime que se ejerce una censura previa o una censura en general a esta libertad.

XI.-La responsabilidad social de los medios de comunicación como detentadores de poder frente al ciudadano. La lucha por la defensa de los derechos fundamentales de los habitantes, tradicionalmente surge contra el poder político, no obstante, posteriormente evoluciona para proteger a la persona de otros sujetos particulares que tienen una relación de poder con respecto al ciudadano, en aquellos casos que lesionen algún derecho fundamental. Hay que tener claro que en las democracias, los medios de comunicación no tienen un papel simplemente pasivo en el tema de la libertad de expresión; no se limitan a ser víctimas de los atentados contra tan importante libertad. Tienen por el contrario una gran responsabilidad y poder al ser los vehículos naturales para que las libertades comunicativas (expresión, imprenta, información, etcétera) sean una realidad, que puedan servir al desarrollo de los procesos democráticos formando una ciudadanía bien informada, que conozca sus derechos y sus obligaciones, que tenga las herramientas necesarias para poder elegir bien a sus gobernantes. La responsabilidad social de los medios y el lugar de la libertad de expresión en el desarrollo democrático es lo que justifica que el estatuto jurídico de los medios y de los profesionales que en ellos trabajan sea distinto al del resto de las personas. Pero ese estatus, como se indicó no es invocable frente a fines ilegítimos, que incluyen el atentar contra libertades fundamentales de mala fe o con negligencia evidente. A tenor de estas razones y fundamentos, es que cabe concluir que el Estado, y concretamente el legislador, tiene derecho y el deber de proteger a los individuos, frente al uso ilegítimo de

este derecho, el cual, mal utilizado, es tan dañino para la democracia como la censura misma, no sólo porque su ejercicio de mala fe, puede lesionar el honor de la persona afectada, sino el de la sociedad entera de recibir información adecuada capaz de ayudarla a conformar la opinión pública en forma transparente. El peligro que representa un mal uso de este derecho para la democracia es tan grave como su no ejercicio, y ese mal uso no está determinado sólo por la negligencia evidente o mala fe que afecte otras libertades, sino también frente a otros factores, como la posibilidad que la falta de un pluralismo mediático afecte la capacidad de la prensa de generar una opinión pública libre e informada. Naturalmente que la exigencia de ese pluralismo, no se reduce a una vertiente puramente cuantitativa, sino que también conlleva algún factor cualitativo que se concreta en la “presencia de diversidad de opiniones y de fuentes de información”. Sin duda alguna que por su rol en la democracia, su posibilidad de difusión, los medios de comunicación están en una relación de poder con respecto al ciudadano y a la sociedad, y aunque su existencia es fundamental para fines legítimos y esenciales de la democracia, tienen el potencial, como cualquier poder, de desviarse ocasionalmente, frente a actuaciones individuales, en cuyo caso el Estado tiene la obligación de establecer las previsiones necesarias para la protección del sistema y del individuo. Evidentemente que como se indicó, la protección del Estado no puede darse como lo ha señalado la Corte de Derechos Humanos, con el derecho a censurar previamente las informaciones, lo cual será a todas luces inconstitucional (art. 28), sino que se refiere a su control a posteriori, en el caso que haya existido intención de infligir daño o actuado con pleno conocimiento de que se estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas y con ella resultó afectado el honor y reputación de alguna persona. La Sala comparte la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva 5/85) en el sentido de que:

33. ... No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

De igual forma reconoce la jurisprudencia sentada en el caso New York Times vs. Sullivan de 1964 en la que se señala que la protección que la Constitución ofrece a la libertad de expresión no depende de la verdad, popularidad o utilidad social de las ideas y creencias manifestadas, y reconoce que un cierto grado de abuso es inseparable del uso adecuado de esa libertad, a partir de la cual el gobierno y los tribunales deben permitir que se desarrolle un debate “desinhibido, robusto y abierto”, lo que puede incluir expresiones cáusticas, vehementes y a veces ataques severos desagradables hacia el gobierno y los funcionarios públicos. Los enunciados erróneos son inevitables en un debate libre, y deben ser protegidos para dejar a la libertad de expresión aire para que pueda respirar y sobrevivir. Las normas deben impedir que un funcionario público pueda demandar a un medio de comunicación o a un particular por daños causados por una difamación falsa relativa a su comportamiento oficial, a menos que se pruebe con claridad convincente que la expresión se hizo con malicia real, es decir, con conocimiento de que era falsa o con indiferente desconsideración de si era o no falsa. Esta salvedad que se hace es indispensable frente a la obligación del Estado de proteger la reputación y honra de las personas y más aún, dentro de la obligación que tiene de velar porque el mal uso o desvío de esta libertad no se utilice para violar fines igualmente esenciales del sistema democrático, entre los que se incluye el sistema de derechos fundamentales. Es reconocida en doctrina la interdependencia que existe entre los derechos fundamentales y su valor sistémico, en ese sentido, la protección de una libertad en demérito de otras por falta de una visión hermenéutica tiene un efecto negativo sobre todo el sistema de libertad (ver sentencia 2771-03 de esta Sala)”

VII.-Conviene profundizar en este tema de la censura previa, a fin de dar solución al caso examinado, siguiendo la línea ya establecida en la sentencia 2015-1782. Al respecto, el inciso tercero del artículo 13 de la Convención Americana señala con claridad:

“ 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.”

En este sentido, la censura puede ser directa –por ejemplo, la prohibición directa de cierta publicación- o indirecta (también denominada *soft censorship*, censura sutil, velada) - por ejemplo, la utilización de diversos medios para intimidar y de ese modo evitar una publicación-. La Convención prevé una lista no taxativa de casos de censura por medios indirectos (controles de papel, de frecuencias, etc.) y concluye con la regla general, que sería "...o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones." Valga mencionar el caso *Ivcher Bronstein* a manera de ejemplo, en el cual la Corte Interamericana estimó que una resolución para dejar sin efecto legal el título de nacionalidad del señor *Ivcher Bronstein* –entre otros hechos- constituía un medio indirecto de restringir su libertad de expresión. También, dentro del derecho comparado, resulta de interés el fallo "Editorial Río Negro contra Provincia de Neuquén" (5/09/07), en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) dispuso, a raíz de que el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén privó temporalmente de publicidad oficial a dicho medio sin demostrar la razonabilidad de tal medida, y además se pronunció en contra de la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos: *"La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice deben mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones."*

VIII.-Ahora bien, es de suma importancia para el caso concreto indicar que la publicidad provee un soporte financiero fundamental en el actual esquema de funcionamiento de los medios de comunicación colectiva, pues permite la publicación o difusión de su contenido y a la postre, el sustento económico de las personas que trabajan en dicho medio. Es evidente que si se limita el ingreso económico de un medio de comunicación (en este caso escrito) , también se llega a perjudicarlo o –inclusive- eliminarlo, todo en detrimento tanto de la libertad de expresión como de la de información. La situación descrita resulta incluso más grave cuando se trata medios de comunicación

pequeños, como periódicos locales o pequeñas estaciones de radio, cuya estabilidad financiera puede llegar a depender en gran medida de la publicidad estatal. En el caso Tristán Donoso, la Corte Interamericana se pronunció en cuanto a las amenazas económicas a la libertad de expresión:

“129. Finalmente, si bien la sanción penal de días-multa no aparece como excesiva, la condena penal impuesta como forma de responsabilidad ulterior establecida en el presente caso es innecesaria. Adicionalmente, los hechos bajo el examen del Tribunal evidencian que el temor a la sanción civil, ante la pretensión del ex Procurador de una reparación civil sumamente elevada, puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público” .

Debe, sin embargo, hacerse una precisión para adaptar lo dicho a las particularidades de este caso. El Gerente del Banco recurrido expone que resultaría incorrecto que la Sala venga a señalar la manera en que debe conducirse un aspecto vital para el negocio comercial que opera el Banco, cual es la publicidad, y en este punto le asiste la razón. La Sala entiende que debe tomarse en cuenta la condición jurídica del Banco Nacional de Costa Rica, dentro del entramado administrativo estatal, pues se trata de una institución con autonomía constitucionalmente reconocida y a la cual se ha encargado de llevar a cabo una actividad incuestionablemente comercial y, además de ello, en régimen de competencia con entidades privadas. En esa dinámica, la publicidad comercial que puedan realizar las empresas estatales responde y debe responder claramente a decisiones y valoraciones técnicas y objetivas y sobre tales aspectos no cabe la injerencia de un órgano de protección de Derechos Fundamentales como esta Sala.- No es allí donde se origina el conflicto constitucional y de Derechos Humanos que aquí se analiza, como lo demuestra la posición general expresada en el informe del año 2012 de Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos titulado *“Principios sobre la regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión”*. En dicho documento se deja bien establecida la necesidad de que las distintas instituciones estatales cuenten con planes técnica

y objetivamente diseñados para sus finalidades de comunicación y ello se repite en expediente legislativo de la investigación, donde las Diputadas y Diputados y el propio recurrente dejan afirmado que la particular condición de las empresas públicas debe tenerse en cuenta y respetarse las decisiones técnicas y objetivas sobre publicidad. Al respecto, de manera precisa señala el propio recurrente que:

“el criterio para distribuir la pauta publicitaria debe ser criterios de mercado, deben ser planes de medios diseñados por profesionales en la materia y se debe invertir el dinero que haga falta para cumplir ese plan de medios, de manera que lo que la empresa estatal que compite en el mercado quiere comunicar, sea eficientemente comunicado.” (p. 18-36 del Expediente Legislativo 20066)

El problema en este caso surge más bien cuando las empresas públicas se separan de ese cauce para gestionar su pauta publicitaria de acuerdo con finalidades ajenas a razones objetivas y técnicas, e incompatibles con marco constitucional de derechos fundamentales.- Es en ese punto donde la participación de esta Sala adquiere plena justificación y ello es lo que se busca confirmar o descartar a través de este recurso de amparo.

IX - El caso concreto.- El amparado manifiesta que el recurrido ha hecho uso de sus influencias y funciones como Gerente General del Banco Nacional de Costa Rica para intentar presionar al Diario La Nación a modificar publicaciones y reportajes efectuados; afirma que esa presión se concretó en la reducción paulatina de la pauta publicitaria y en su virtual reducción a cero en los últimos meses. De los hechos probados y del considerando sobre análisis de prueba, la Sala tiene por demostradas, tanto la realidad de la reducción de la pauta del Banco Nacional al Periódico la Nación, a partir de la publicación hecha a finales de febrero, y en particular durante los meses de junio y julio, como las razones que motivaron la misma.- En este último sentido, según se indicó supra, son suficientemente claras las declaraciones del propio funcionario recurrido, emitidas ante los diversos órganos que inquirieron sobre su actuación.- En todas ellas el funcionario expresó la existencia de una disconformidad con la forma en que el medio de comunicación reportó durante los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2016, sobre temas referentes a la entidad bancaria accionada en relación con el caso de la empresa LATCO; actuaciones de la Junta Directiva del

banco, así como la participación del BNCR, en el caso BICSA. Según narra el recurrente y confirma el Gerente recurrido, la insatisfacción alcanzó su cima con este último caso, al entenderse que el periódico estaba dejando de lado las respuestas del Banco y omitiendo información importante, todo lo cual podría redundar (como efecto ocurrió) en fuertes erogaciones económicas del Banco para mantener niveles mínimos de confianza en su situación. Es por dicho caso y sus supuestas graves consecuencias para el Banco, que el Gerente recurrido dispuso publicar, el 13 de mayo de 2016, un campo pagado en otros dos medios escritos nacionales, a fin de responder a las citadas publicaciones de La Nación y dar a conocer lo que en su criterio era la situación real en torno al caso BICSA. Con esto último la situación derivó para peor, sumando al conflicto, enconados editoriales del medio de comunicación y respuestas del Banco en el mismo tono. Es en este punto que el Gerente decidió “tener una conversación” con los personeros del medio de comunicación, a raíz de lo cual, dispuso, concomitantemente y mientras tanto, una pausa que denominó “impasse” en la pauta publicitaria al periódico la Nación; esa pausa concluye, (según sus propias palabras) luego de que es atendido por el Director del medio de comunicación. Estos hechos narrados se repiten con consistencia tanto en el escrito del recurrente como en todas las versiones que brindó el propio recurrido ante la Junta Directiva del Banco, ante la Comisión Legislativa que investigó el caso y ante la Sala en el informe rendido y sobre todo consta claramente en el audio aportado por el recurrente.- Dicho lo anterior, la valoración de tales hechos, frente al marco constitucional de la libertad de expresión y el derecho a la información, por parte de este Tribunal no puede ser positiva para el recurrido. Resulta constitucionalmente reprochable que el Gerente General de un Banco público, es decir, un funcionario público, haya emitido una orden de retiro de una pauta publicitaria a un determinado diario escrito, sin un fundamento objetivo y técnico válido, sino en razón de su disconformidad, con la forma en que se elaboraban las noticias y reportajes emitidos respecto de las actividades y situación de la entidad bancaria que representa. El Tribunal entiende que lo anterior constituye una censura indirecta, una forma clara de intentar influir en los contenidos informativos del medio de comunicación, y además envía un mensaje intimidante al resto de medios que fomenta un ambiente hostil a las libertades de expresión e información esenciales en un sistema democrático. Lo anterior, en tanto proviene de un servidor público, resulta totalmente inadmisibles frente

al necesario respeto y apego a lo que una Diputada apropiadamente definió como “la lógica democrática” a cuya realización deben contribuir las instancias, incluyendo por supuesto las empresas públicas.- (p. 383 del Expediente Legislativo 20 . 066) Ella impone la plasmación más amplia posible de la libertad de expresión y el derecho a la información, sin que esto signifique la renuncia a emplear los medios jurídicamente establecidos para combatir las noticias u opiniones que puedan afectar injustamente la labor de las instituciones.

X. - En efecto, si a juicio del recurrido , el medio de comunicación debía darle el debido derecho de respuesta en los momentos en que solicitó reunirse con los representantes de la empresa en razón de la relevancia de lo publicado, podía y puede presentar las acciones judiciales que considere pertinentes, con el fin de que se determine la eventual afectación de su honor, o de perjuicio a la entidad bancaria que representa y la posible responsabilidad de aquellos que hayan excedido los límites de la libertad de expresión. Además, tenía la opción recogida en el ordenamiento jurídico de acudir al proceso de rectificación o respuesta, en favor de las personas que se vean afectadas por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio (artículos 14 de la Convención Americana y 66 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). No obstante, el recurrido optó primero por la publicación de notas aclaratorias en campos pagados a otros medios de comunicación escrito y no lo hizo así con el Diario La Nación. Con ello dejó de lado el mecanismo formal de rectificación y respuesta ante el Diario La Nación, o algún otro medio de prensa del Grupo Nación, y lo hizo de manera absolutamente deliberada, según lo expresa ante la Comisión que *“...(...) alguno de Ustedes, conversaba de que porqué no acudía a la vía judicial. ¿Voy a ir a poner un recurso a la Sala Cuarta para decirles que me den un derecho de respuesta? Estuviéramos en el proceso de admisión todavía.”* (p. 383 Expediente Legislativo 20 . 066). Se trata de desafortunadas consideraciones, no solo porque no responden a la verdadera realidad del proceso de rectificación y respuesta, -el cual contrario a lo que afirma, tiene un proceso de admisión muy expedito-, sino porque con ellas se pretende además justificar la realización de vías de hecho o actos de presión por encima de las vías del derecho, para lograr una modificación en contenido de los reportajes del periódico.-

Sobre este tema, cabe recalcar, tal y como se mencionó, que tales intentos de censura, directa o indirecta, no encuentran cabida en nuestro medio, ni en el estado constitucional de derecho.

XI.-Conclusión. -Así las cosas, esta Sala comprueba un acto de censura indirecta ejecutado por un servidor estatal, con el fin de limitar la libertad de información que debe disfrutar el medio de comunicación amparado, mediante una disminución de la pauta publicitaria, sin razones técnicas u objetivas y más bien con la clara intención de incidir en el contenido informativo del medio de prensa en relación con sus reportajes referentes al Banco Nacional de Costa Rica y sus subsidiarias.

En el caso se comprueba lo que claramente la doctrina ha denominado censura indirecta, una forma de acoso ilegítimo de un medio de comunicación de parte de un ente público, que no sólo lesiona la libertad de expresión según se dijo líneas atrás, sino el derecho de los ciudadanos de contar con mecanismos de información veraz en la democracia. Es una forma perversa y antidemocrática de utilizar el poder del Estado para dirigir la opinión, según un sistema de “premio o castigo”, a quienes ejercen la libertad de prensa y libre expresión garantizada constitucional y convencionalmente. Sobre este tema la Comisión de Derechos Humanos y la doctrina más autorizada han sido enfáticas en señalar que “no se puede restringir el derecho de expresión tampoco 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”.

Los mecanismos de censura directa o “indirecta” están claramente prohibidos por el artículo 13.3 de la Convención Americana fueron objeto de atención por parte de distintos órganos del sistema interamericano. Interpretando el artículo 13.3 citado, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”), establece en su principio 5 que “la censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la

imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión". Y en su principio 13 indica que "la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar, o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atentan contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley".

Por su parte la Corte Interamericana ha señalado que "todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención, son ilegítimos .

Es reconocido ampliamente en la doctrina, que la censura indirecta normalmente se ocultan detrás de acciones aparentemente legítimas que, sin embargo, son adelantadas con el propósito de condicionar el ejercicio de la libertad de expresión de los individuos. Cuando eso sucede, se configura una violación del artículo 13.3 de la Convención. Como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la "Corte Interamericana" o "Corte"), resulta violatorio de la libertad de expresión". (Corte I.D.H. La Colegiación obligatoria de periodistas (*Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 55.)

Estos mecanismos de restricción fueron también objeto de análisis por parte de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, que en su Informe Anual 2003 llamó la atención sobre estas "obstrucciones oscuras, impuestas silenciosamente [que] no dan lugar a investigaciones ni merecen una censura generalizada". La cuestión también fue abordada por esta oficina en sus Informes de 2008 y 2009 .

La jurisprudencia de la Corte Interamericana por su parte, ha condenado en distintas ocasiones la adopción de medidas estatales que constituyen medios indirectos de restricción de la libertad de expresión. Así, por ejemplo, ha condenado la exigencia de la colegiatura obligatoria de periodistas, el uso arbitrario de las facultades de regulación del Estado

cuando éste ha sido utilizado para iniciar acciones intimidatorias contra las directivas de un medio de comunicación, o para revocar la nacionalidad del director de un medio como consecuencia de la línea editorial de los programas que transmite (Caso Ivcher Bronstein vs Perú).

Los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE también han abordado el tema de las restricciones indirectas a la libertad de expresión por parte de las autoridades. Por ejemplo, en su Declaración Conjunta de 2002 afirmaron que, “los gobiernos y los órganos públicos nunca deben abusar de su custodia de las finanzas públicas para tratar de influir en el contenido de la información de los medios de prensa; el anuncio de publicidad debe basarse en razones de mercado”.

El uso arbitrario de la publicidad oficial fue uno de los primeros mecanismos de censura indirecta abordados por el sistema interamericano. En efecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su Informe Anual 2003 dedicó un capítulo especial a estudiar el fenómeno y concluyó que “la obstrucción indirecta a través de la publicidad estatal actúa como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión” (CIDH Informe Anual OEA/Ser. L/VI.118. Doc 70, diciembre 2003). Según indicó en ese momento la Relatoría Especial:

“este tema merece especial atención en las Américas, donde la concentración de los medios de comunicación ha fomentado, históricamente, el abuso de poder por parte de los gobernantes en la La distribución arbitraria de publicidad oficial, como otros mecanismos de censura indirecta, opera sobre distintos tipos de necesidades que los medios de comunicación tienen para funcionar e intereses que pueden afectarlos. Es una forma de presión que actúa como premio o castigo que tiene por objeto condicionar la línea editorial de un medio según la voluntad de quien ejerce la presión. Según se dijo, los mecanismos de censura indirecta suelen esconderse detrás del aparente ejercicio legítimo de facultades estatales, muchas de las cuales se ejercen por los funcionarios en forma discrecional. En el caso de la distribución de la publicidad oficial, se configura un caso de censura indirecta cuando la misma es realizada con fines discriminatorios de acuerdo a la posición editorial del medio incluido o excluido en ese reparto y con el objeto de condicionar su posición editorial o línea informativa.

Para determinar cuando hubo o no violación a la libertad de expresión con motivo del ejercicio de esas facultades, es necesario analizar el contexto. Eso es precisamente lo que ha quedado demostrado en este amparo, que el retiro de la publicidad durante el primer semestre del año 2016, pero en particular de los meses posteriores a las publicaciones de finales de febrero, se dio en un contexto de confrontación con el medio, donde se logra comprobar que la estrategia no obedeció a criterios objetivos, sino que se dio, en palabras del propio gerente, con el fin de “motivar” al diario a cambiar su línea editorial y enfoque noticioso, en vez de utilizar los mecanismos legales, existentes como el derecho de rectificación y respuesta si se estimaba que se trataba de informaciones inexactas o agraviantes.

En los casos *Baruch Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 154. En sentido similar, conf. Corte I.D.H, “*Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*”. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, la Corte Interamericana, ha sostenido que “[al] evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, el Tribunal no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron”. Siguiendo el mismo razonamiento, sostuvo que “la enunciación de medios restrictivos que hace el artículo 13.3 no es taxativa ni impide considerar ‘cualesquiera otros medios’ o vías indirectas derivados de nuevas tecnologías (...). Para que se configure una violación al artículo 13.3 de la Convención es necesario que la vía o el medio restrinjan efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (OC-5/85 y caso *Ríos y otros contra Venezuela*) . por su parte, la Relatoría para la libertad de expresión ha venido denunciando que este tipo de censuras indirectas se dan con frecuencia y ello se debe a la ausencia de normas legales que regulen la distribución de la pauta publicitaria y reduzcan la discrecionalidad de los funcionarios públicos. En el mismo sentido, fue señalada por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso *Editorial Río Negro S.A. c. Provincia de Neuquén*, en el cual el tribunal indicó que la Provincia de Neuquén había violado la libertad de expresión de un diario al eliminar la publicidad oficial que allí tenía contratada como consecuencia de una cobertura crítica. La Corte Suprema señaló que la Provincia de Neuquén debería establecer un marco legal adecuado que

limite la discrecionalidad de los funcionarios públicos e impida ese tipo de arbitrariedades.

Asimismo, la Corte Suprema de Chile resolvió un reclamo presentado por la *Revista Punto Final* contra la distribución de publicidad oficial realizada por algunos ministerios. Allí, el tribunal consideró que el orden jurídico chileno otorga a los funcionarios “un amplio margen de discrecionalidad” y recomendó que la inversión de publicidad estatal se haga “bajo criterios transparentes y no discriminatorios” (caso 9148/09). También se han dado casos en países como Estados Unidos (*El Día Vs. Rossello*, la Corte Federal de Apelaciones del Primer Circuito), en el que se estableció que el retiro de publicidad oficial por parte de la administración del gobernador de Puerto Rico, Pedro Rossello al diario *El Día*, como consecuencia de críticas que el periódico había hecho al gobernador, constituía una clara violación del derecho a la libertad de expresión garantizado por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. En ese sentido, la Corte de Apelaciones entendió que “usar fondos del gobierno para castigar el discurso político de miembros de la prensa y buscar coaccionar [a los medios de comunicación para que emitan] expresiones favorables al gobierno es contrario a la Primera Enmienda”. Además, la Corte entendió que “el derecho claramente establecido prohíbe al gobierno condicionar la revocación de beneficios [en este caso, la publicidad del Estado] sobre una base que infringe intereses constitucionalmente protegidos (Corte de Apelaciones del Primer Circuito, Puerto Rico, caso *El Día vs. Rossello*, decisión del 25 de enero de 1999, 165 F.3d 106, pág. 110).

Queda claro de lo expuesto y de los informes de la Relatoría de Libertad de Expresión que el Estado tiene derecho a establecer y modificar su pauta publicitaria, pero que debe hacerlo por medio de criterios objetivos y transparentes, establecidos en forma planificada que aseguren que no se utiliza el poder del Estado o sus fondos, para discriminar, manipular o censurar directa o indirectamente la libertad de expresión y de prensa garantizados convencional y constitucionalmente. Por las razones expuestas, se declara con lugar el recurso en contra del Banco Nacional de Costa Rica, con los efectos que se dirán en la parte dispositiva.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso por censura indirecta contra el Diario La Nación, en violación al artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 28 y 29 de la Constitución Política. En consecuencia, se condena al Banco Nacional de Costa Rica 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. Se le ordena a Juan Carlos Corrales Salas, Gerente General del Banco Nacional de Costa Rica, o a quien en su lugar ejerza ese cargo, que cese inmediatamente, si no ha lo hecho, las prácticas de manipulación arbitraria de la pauta publicitaria en contra del Diario La Nación u otra empresa del Grupo Nación, de modo que las decisiones asignación de publicidad se tomen de conformidad con los criterios técnicos y objetivos que gobiernan el mercado publicitario y según los planes proyectos y finalidades definidas de la institución, así como que se abstenga de incurrir en el futuro en actos iguales o similares a los que dieron base para la estimatoria de este recurso. Notifíquese esta resolución **EN FORMA PERSONAL** a Juan Carlos Corrales Salas, Gerente General del Banco Nacional de Costa Rica, o a quien ejerza ese cargo. El Magistrado Cruz Castro pone nota. El Magistrado Rueda Leal da razones adicionales.

Fernando Cruz C.

Presidente

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L.

Nancy Hernández L.

Luis Fdo. Salazar A.

José Paulino Hernández G.

Alicia Salas Torres.

NOTA DEL MAGISTRADO CRUZ CASTRO.

LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y SUS DISTORSIONES: El amparo planteado por el Diario La Nación denuncia una grave distorsión que sufrió la libertad de prensa y el acceso a la información. Sin embargo, el acontecimiento que sustenta el amparo suscita una serie de interrogantes sobre el papel de los medios, la amenaza que actúen como poderes fácticos y la grave distorsión para la libertad de información que significa, la concentración de los medios informativos. Muchas acciones que distorsionan el estado de la opinión pública y las reglas de la democracia, no son conocidas en la instancia constitucional. Es el mundo de los poderes salvajes y sus antivalores, que pervierten lo que debe ser una sociedad democrática. Es muy saludable para la democracia, que las actuaciones atribuidas a algunos de los jefes de un banco estatal, puedan ser evaluadas a la luz del poder constitucional y de los derechos fundamentales. Empero, existe una amenaza que no puedo desconocer, respecto de las acciones de los poderes fácticos y que distorsionan totalmente las libertades fundamentales que sustentan la democracia.

La tutela y control de la libertad de opinión se concentra en los poderes públicos, pero hay otros actores que están lejos de ser evaluados por las instancias de control constitucional. Escapan a estos controles los poderes fácticos, dentro de los que puede citarse, entre otros, la Iglesia, el Ejército, las instituciones financieras y los medios de comunicación. La influencia de estos poderes les permite alterar los acontecimientos sociales y políticos, influir sobre las decisiones del sistema institucional.

Hasta el momento, el concepto de poderes fácticos se ha utilizado para señalar a aquellos actores o grupos que bajo determinados mecanismos influyen en las decisiones públicas. Sin embargo, es un concepto polémico y no existe unidad sobre su contenido. Incluso hay una divergencia de posturas entre los académicos. Las diferencias no sólo oscilan entre la calidad de la democracia y el papel de estos poderes en ella, sino incluso en los propios grupos que ostentan este poder fáctico. De esta manera, se equiparan los medios de comunicación, los bancos y el crimen organizado, cuando hay una notable diferencia en sus acciones ante el Estado. Pero estas diferencias tan importantes, no impiden admitir que existen una serie de actores muy poderosos que no son visibles y que no se someten a ningún tipo de escrutinio.

La concentración de los medios agrava la distorsión que pueden tener los poderes fácticos sobre la calidad de la democracia y el régimen de opinión pública. En el caso denunciado por el diario la Nación, no hay duda que ha existido una grave distorsión y contaminación del régimen de opinión, pero subsisten otras acciones de diversos actores, especialmente los poderes fácticos, que sin ninguna supervisión o limitación, condicionan el proceso democrático y la determinación de lo que es importante para la democracia. Estos poderes pueden condicionar el ejercicio de la acción política, pueden neutralizarla o manipularla. Todas estas distorsiones que provocan los poderes fácticos, pervierten el régimen de opinión pública.

La instancia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, no alcanza a los poderes fácticos, son actuaciones que trascienden el marco de control y discusión que caracteriza el poder constitucional. Se trata de un poder con incidencia fuera del sistema formal. Tantas acciones en que se pueden realizar al margen de la transparencia, invisible para la vigencia de los derechos fundamentales. Factores reales de poder sin control y visibilidad que pueden colonizar e incidir en el funcionamiento de las instituciones o el estado de opinión en una consulta o en una elección.

El poder económico de los poderes fácticos supera el que tiene una institución pública en la distribución de los recursos públicos para publicidad. Un poder fáctico, si no se autocontiene, puede financiar determinados candidatos o agrupaciones, también puede condicionar la participación de empresas de publicidad o encuestadoras respecto a un candidato que estimen "inconveniente", provocando que un aspirante a diputado o presidente, pierda durante la contienda electoral, a sus mejores cuadros en la orientación de su campaña de opinión o de imagen. Se trata de acciones que no quedan registradas, son los poderes salvajes actuando sin control, sin transparencia, condicionando el estado de la opinión pública respecto de una elección o una decisión de relevancia política. La mitad del escenario político está en la penumbra, sólo pueden ser sometidos a un saludable escrutinio los actos y decisiones de los órganos y poderes de derecho público.

En octubre de 2010 se presentó el Segundo informe sobre la democracia en América Latina, llevado a cabo por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y en el que participó Dante Caputo. El

informe menciona los poderes fácticos que pueden influir en buena lid o en la penumbra, a las instancias oficiales de poder.

En la encuesta incluida en el informe mencionado sobre quién ejerce el poder real en América Latina, los porcentajes de la respuestas fueron los siguientes: grupos económicos, empresarios y el sector financiero, 79.7%; medios de comunicación, 65.2%; iglesias, 43.8%, sindicatos, 31%, poderes ilegales: mafias, narcotráfico, guerrilla, paramilitares, 26%, organizaciones de la sociedad civil, 12.8%; y sector indígena, 3.2%. Sobre los poderes formales las respuestas fueron: Poder Ejecutivo, 36.4%; Poder Legislativo, 12.8%; y Poder Judicial, 8.5%. Esta muestra sobre los diversos poderes no formales, incluye, por supuesto, a los medios de comunicación. Presiones o represalias como las que hemos conocido en este asunto, pueden presentarse en el mundo de los poderes fácticos, incluidos los medios de prensa, sin que se visibilicen o se puedan denunciar. Es oportuno en materia tan delicada, abandonar las visiones ingenuas o reduccionistas.

Esta es una reflexión que planteo a propósito de un caso relevante en el que se realiza una presión impropia contra un medio de prensa, empero en el mundo de los poderes salvajes, como lo denomina Ferrajoli, estas acciones se ejecutan en la penumbra y sin control constitucional. Son acciones contra los principios y las reglas de juego en una democracia, tal como ocurrió en este caso. El corolario saludable de este caso es que respecto de la libertad de opinión y de pensamiento, no pueden existir presiones o manipulaciones impropias. En la historia costarricense, el proceder del Diario La Nación siempre ha sido intachable, realmente ha dado en nuestra historia, lecciones de ética periodística, empero no puedo desconocer que en la opacidad de diversos actores que ejercen el poder fáctico, se ejecutan acciones más graves y reprochables que las que se atribuye a los jefes del Banco Nacional. Se trata de una cultura de los poderes desnudos, sin ideario ético, pues sólo interesa lograr una influencia impropia sobre los intereses de la democracia y la voluntad ciudadana.

No hay duda que los actores que ostentan y ejercen, de hecho, un gran poder, que incurren en actividades de presión, distorsión o manipulación, no pueden someter y violentar las reglas de un Estado de derecho. En ese mundo de presiones, condicionamientos, en esa cultura de los poderes salvajes, la instancia constitucional no puede hacer nada,

de esta forma las acciones más graves en contra del régimen de opinión y de la democracia, quedan ocultas; se trata de un poder ilegítimo que se mantiene sumergido.

En el tema de la libertad de información y el derecho a la información, surgen amenazas que pueden tener relación con la actuación e incidencia de los poderes fácticos, como es la concentración económica y el control político de los medios de comunicación. Es decir, la acción de los poderes económicos fácticos puede condicionar la actividad de los medios sociales de opinión, es otra perspectiva de este fenómeno de variadas aristas. La concentración de medios provoca otra gravísima distorsión de la libertad de pensamiento y de opinión, enajenando estos valores constitucionales tan relevantes; el acceso a información y la libertad de opinión puede tener en la concentración de medios, una distorsión estructural.

Hay que reconocer que la propiedad de los medios de información es un poder, es una fuente de poder que debe propiciar pluralismo y convivencia democrática, pero se deben someter a reglas que derivan de la esencia del Estado de Derecho, impidiendo que el poder mediático se convierta en un poder absolutista. Se requiere que se someta a la ley, definiendo límites y vínculos para asegurar que la libertad de información y el derecho a la información fluya sin distorsiones. La segunda regla es la separación de poderes, aplicando la vieja regla de Montesquieu, del que no puede exceptuarse el cuarto poder, pues para que lo sea en un régimen democrático, debe responder a garantías que lo independicen del poder político y económico. Esta valoración requiere una profunda y equilibrada reflexión, la independencia de los medios de comunicación exige: independencia de los centros de poder económico y de los partidos políticos. En caso que existieran vínculos, que tales nexos sean tan transparentes como la información pública. Estas reglas y otras que propone L. Ferrajoli fortalecería la función de los medios de comunicación, para que respondan a un estado de opinión que derive del pluralismo y la auténtica participación ciudadana. Ferrajoli, en un artículo publicado en el 2004, titulado: "Libertad de información y propiedad privada: una propuesta no utópica", propone diversas medidas para que el poder de los medios no se ejerza en la penumbra de los poderes fácticos, sino que responda a estos lineamientos: "...Garantizar la separación entre la administración de la información y la propiedad; instituir autoridades de garantía orientadas

a la tutela de la libertad de prensa y de información; impedir toda clase de concentración de la propiedad; excluir los controles patronales o políticos; lograr que todos puedan acceder a los medios; favorecer con financiamientos adecuados a las televisiones no comerciales creando, además, infraestructuras comunes; afirmar el carácter objetivamente “público” de la televisión y ampliar el espacio de la televisión pública son solamente algunas de las reformas posibles para enfrentar el peligro inminente del “gran hermano”..” (consultar: <http://www.nexos.com.mx/> p=11115) En la evaluación de la concentración de medios de comunicación, tiene especial relevancia una política que fortalezca la función de la televisión en una sociedad democrática. Tantos atentados contra la libertad de información y de opinión que son imperceptibles, no sólo por la invisibilización cultural, sino por la impunidad de un sistema en los que hay poderes que actúan sin controles y en la opacidad. Queda mucho por hacer en la construcción y fortalecimiento de la democracia y de la dignidad del ciudadano.

Fernando Cruz C.

RAZONES ADICIONALES DEL MAGISTRADO RUEDA LEAL

I. En el *sub examine*, se aprecia una de las formas más reprochables de violación a la libertad de prensa: el manejo de la publicidad por parte de entidades públicas a efectos de castigar o premiar a los medios de comunicación dependiendo de que sus reportajes o líneas editoriales sean más o menos críticas.

Este fenómeno resulta particularmente peligroso porque tras “aparentes justificaciones objetivas”, como alguna dificultad presupuestaria o lentitud en el trámite de una contratación, y sin utilizar las formas más evidentes de censura (y, por ello, más fáciles de combatir en el ámbito judicial), como cerrar medios, encarcelar o agredir periodistas, prohibir directamente ciertos contenidos concretos, o ataques a las instalaciones de medios de comunicación, lo cierto es que la Administración acude a la denominada censura indirecta, mucho más sutil, con el móvil velado de sujetar a la prensa a los intereses del jerarca o gobierno de turno a través de presiones indebidas, que incluso amenazan la estabilidad financiera de un medio y la supervivencia del propio periodista.

De esta forma, se ven afectados no solo los grandes medios de comunicación y sus profesionales, sino sobre todo los pequeños, tan necesarios para preservar la pluralidad mediática indispensable en un sistema democrático, toda vez que aquellos resultan más endeble merced, precisamente, a su precariedad financiera. Por supuesto que lo anterior se encuentra indefectiblemente unido a tratos desiguales y arbitrarios. Naturalmente, perjudicados también devienen los habitantes, en tanto y cuanto se coarta su derecho fundamental a la información y a formarse una opinión sustentada.

Ahora bien, esta situación se da en muchos países, por lo que bien podemos decir que se está ante una amenaza mundial. Como dice el periodista hondureño Rodolfo Montalván: “Aquí el gobierno pretende darte un contrato de publicidad para callarte la boca. El criterio que utiliza el gobierno es el silencio del periodista o el medio. Aquí no es que te compren el anuncio, te compran la conciencia, tu visión como periodista. Y ese es el mayor problema que se está dando en este momento... una sola persona –que no es el secretario de prensa sino el secretario privado– es el que maneja toda la publicidad, el que sabe a quién darle o no y cuánto”.

Independiente del tipo de censura indirecta en el *sub judice*, desde ya conviene advertir, con carácter meramente enumerativo, sobre otras modalidades de la misma:

a) La negativa de acceso a las instituciones y a la información pública como represalia por una cobertura crítica, lo que obliga al medio a acudir a instancias jurisdiccionales. De esta forma, aunque finalmente se obligue a una entidad a entregar determinada información si se demuestra su carácter público, no menos cierto es que la Administración “gana” tiempo, logrando así una divulgación en un “timing” político más favorable.

b) La asignación inequitativa de frecuencias de radio y televisión.

c) La obstaculización del acceso a recursos elementales para la producción de un medio (como el papel o el servicio telefónico) vía fijación de requerimientos arbitrarios o imposiciones tributarias irrazonables.

d) La amenaza de entablar procesos judiciales, condicionada a la divulgación o no de reportajes críticos.

Afortunadamente, una amplia cantidad de instrumentos internacionales, incluso de soft law, devienen útiles para aplicar el correspondiente control de constitucionalidad.

Entre ellos, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como instrumento para interpretar el artículo 13 de la Convención Americana, en su Principio 13 establece *“La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.”* También, amén de lo citado en el voto principal, está la Declaración de Chapultepec que constituye una manifestación de voluntad y apoyo de numerosos dirigentes a la defensa del derecho a la libertad de expresión, lo que la reviste de una fuerte legitimación. En la misma, el Principio 6 dispone *“los medios de comunicación y los periodistas no deben ser objeto de discriminaciones o favores en razón de lo que escriban o digan”*, mientras que el 7 estatuye: *“las políticas arancelarias y cambiarias, las licencias para la importación de papel o equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión y la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas.”* En adición, no se debe olvidar que en el año 2002, el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre la Libertad de los Medios de comunicación y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos, señalaron en una declaración conjunta, entre otros puntos, que: *“Los gobiernos y los órganos públicos nunca deben abusar de su custodia de las finanzas públicas para tratar de influir en el contenido de la información de los medios de prensa; el anuncio de publicidad debe basarse en razones de*

mercado”. En otros ámbitos, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que la insuficiente precisión de las leyes y el establecimiento de facultades inaceptablemente discrecionales, constituyen violaciones a la libertad de expresión. Así, cuando las leyes vinculadas a la asignación de publicidad oficial no son claras o dejan las decisiones a la discreción de funcionarios públicos, se da un marco legal contrario a la libertad de expresión. Verbigracia, en Autronic A.G. c. Suiza. (22 de mayo de 1990 Serie A Nº 178), la Corte Europea cuestionó si en Suiza, las leyes que regulan el otorgamiento de licencias de radiodifusión estaban redactadas de modo adecuadamente preciso, por cuanto *“no indicaban exactamente cuáles criterios debían utilizar las autoridades para decidir sobre las solicitudes”*. Por otras razones, la Corte no pudo decidir sobre este punto; empero, dejó advertido que si las leyes que regulan tal aspecto no son claras, podrían ser contrarias a la libertad de expresión.

Concluyo que en esta materia, como en otras muchas, la tarea del control de constitucional es perenne. La Administración siempre hallará nuevas formas de procurar manipular a los medios, en particular de manera indirecta y velada. De ahí que sea una función primordial de este Tribunal, velar porque ello no ocurra.

II. Finalmente, conviene reiterar lo que la Sala ya señaló en la sentencia 2015-01782 de las 11:36 horas del 6 de febrero de 2015 respecto de la inconventionalidad e inconstitucionalidad de la censura indirecta:

“VIII.-

El punto medular de este proceso es determinar si las notas enviadas por el recurrido a las instituciones públicas en julio pasado constituyen una limitación ilegítima a la libertad de expresión y pensamiento. Consecuentemente, el punto de partida del análisis debe ser la libertad de expresión, sus límites y la censura directa o indirecta.

Sin la intención de agotar el tema, ni reiterar lo que ya fue dicho en el considerando sobre jurisprudencia constitucional, debe enfatizarse la protección que goza la libertad de expresión en nuestro medio. Sin perjuicio de otros instrumentos que la tutelan, se señala que la Constitución Política garantiza la libertad de expresión y pensamiento en los artículos 28 y 29, mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo hace en el artículo 13:

“ARTÍCULO 28.-

Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

ARTÍCULO 29.-

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.”

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. (...)”

La libertad de expresión es un pilar fundamental del Estado democrático, ya que permite la circulación de ideas e información –aun aquellas de oposición al gobierno de turno-, la formación de la opinión pública, la fiscalización y denuncia de las acciones del gobierno, entre otras.

Ahora bien, a los efectos de resolver el sub examine, primeramente procede transcribir las manifestaciones de ambas partes que han suscitado el conflicto. Según las grabaciones aportadas por la parte recurrida, la cuña cuestionada como injuriosa indica lo siguiente:

“Ciudadano costarricense. ¿Confía y cree usted en un diputado que se dice le representa en el máximo Poder de la República, que fue estudiante de derecho con notas sobresalientes en una universidad, a punto de graduarse, en tiempo récord, sin tener bachillerato de secundaria y que es un requisito indispensable para poder llevar esa carrera? ¿Un diputado que en la sección voto 2010, en el periódico La Nación, dice ser abogado graduado de la Universidad de Costa Rica, constituyendo esto un delito de falsedad ideológica? ¿un diputado denunciado por la Fiscalía por presunta estafa, al estar involucrado en la falsificación de firmas para contratos para la campaña 2010, donde cobraron más de €220 millones y los contratados declararon que nunca cobraron un cinco y que en su mayoría falsificaron las firmas? ¿Un diputado donde en un audio solicita a Hugo Navas copia de uno de esos contratos falsos para amedrentar a Rita Chaves y demás diputados del PASE, diciéndoles que Hugo sabe todo y que puede acabar con todos, con el partido y todo? ¿Un diputado que el OIJ investiga junto a los diputados de su fracción por aparentes nombramientos falsos en la Asamblea Legislativa, donde nunca se presentaron a trabajar, pero su salario era cobrado, constituyendo esto una estafa de más de €200 millones al Estado costarricense, o sea, a todos nosotros? ¿Un diputado que en un audio planea robarse de la deuda política del proceso electoral 2010 €356 millones con facturas de gastos inexistentes? A un diputado así, no se le puede creer. No es digno de sentarse en una curul. No a la impunidad. Señor Fiscal General de la República actúe, queremos respuestas. Este es un mensaje de los ciudadanos indignados con el PASE.”

Se observa entonces que en la cuña se critica la idoneidad de una persona para ejercer el cargo de diputado, se denuncian supuestos hechos ilícitos y se incita al Fiscal General a actuar. Todos esos temas son

de interés público y, como tales, se circunscriben dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Efectivamente, tratándose de funcionarios públicos, en particular aquellos de alta jerarquía, el umbral de la libertad de expresión y el deber de tolerancia a la crítica aumentan. Esto es así porque un elemento fundamental del sistema democrático, que lo distingue de las dictaduras, consiste en la amplia libertad de que gozan tanto la ciudadanía en general como la prensa en particular, con respecto de exteriorizar sus críticas y cuestionar la idoneidad (técnica o moral) de los funcionarios públicos sin temor a censura ni represalias, lo que evidentemente no obsta que la persona que se sienta afectada, acuda al derecho de rectificación o a otras vías judiciales ordinarias en defensa de su imagen y buen nombre. En el caso concreto de los funcionarios públicos, se encuentran más expuestos al escrutinio público, toda vez que el ejercicio de sus funciones trasciende el ámbito privado y, por su impacto en el desarrollo y acontecer político de un país, se incorpora a la esfera pública, esto es tiene consecuencias de interés para la ciudadanía en general. Asimismo, el control ciudadano sobre la Administración Pública y el deber de rendición de cuentas de los funcionarios públicos (artículo 11 de la Constitución Política), solo pueden darse en un sistema democrático de amplia libertad de expresión e información. Esa es la relevancia de la dimensión social del derecho de información, íntimamente ligado al de expresión. En tal sentido, precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expresó en el caso *Tristán Donoso*:

“115. Por último, respecto del derecho a la honra, la Corte recuerda que las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.(...)”

122. Como ya se ha indicado, el derecho internacional establece que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones (supra párr. 115). Esta protección al honor de manera diferenciada se explica porque el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como también por la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren.”

De igual forma, en el caso Ricardo Canese, la Corte indicó:

“97. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un mayor margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público.

98. El Tribunal ha establecido que es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático.(...)”

En la misma línea de pensamiento, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que “la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática”(caso “Lingens vs. Austria”, sentencia del 8 de julio de 1986, serie A N° 103, párr. 42).

Retomando el análisis normativo, resalta el hecho de que ambos textos jurídicos, la Constitución Política y la Convención Americana, estatuyeron el sistema de límites, o bien, de control ulterior de la libertad de expresión. De este modo, por un lado, se proscribió la censura, y, por el otro, se instauró el régimen de responsabilidad

ulterior, toda vez que el ejercicio de la libertad de expresión no exime de asumir las consecuencias derivadas de su mal uso, verbigracia cuando se cometen delitos de injurias, calumnias y difamación. Así, el punto medio entre el derecho a la libertad de expresión y la protección del honor se da mediante el sistema de responsabilidad ulterior, sin que en ningún asunto los mecanismos directos o indirectos de censura sean procedentes. En el caso *Tristán Donoso*, la Corte Interamericana manifestó:

“110. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

111. Por su parte, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección.” (Lo destacado no corresponde al original).

En el sub iudice, lo anterior se traduce en la posibilidad que tiene el recurrido de presentar las acciones judiciales que considere pertinentes, con el fin de que se determine la eventual afectación de su honor y la posible responsabilidad de aquellos que hayan excedido los límites de la libertad de expresión. Otra alternativa que encuentra acogida en el ordenamiento jurídico es el uso de la rectificación o respuesta, cuando una persona se vea afectada por información inexacta o agravante emitida en su perjuicio (artículos 14 de la Convención Americana y 66 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Sin embargo, tal y como se mencionó, la censura, directa o indirecta, no encuentra cabida en nuestro medio. Conviene profundizar en este tema a fin de dar solución al caso examinado. El inciso tercero del artículo 13 de la Convención Americana brinda luces al respecto:

“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.”

En este sentido, la censura puede ser directa –por ejemplo, la prohibición directa de cierta publicación- o indirecta (también denominada soft censorship, censura sutil, velada)–por ejemplo, la utilización de diversos medios para intimidar y de ese modo evitar una publicación-. La Convención prevé una lista no taxativa de casos de censura por medios indirectos (controles de papel, de frecuencias, etc.) y concluye con la regla general, que sería “...o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.” Valga mencionar el caso *Ivcher Bronstein* a manera de ejemplo, en el cual la Corte Interamericana estimó que una resolución para dejar sin efecto legal el título de nacionalidad del señor *Ivcher Bronstein* –entre otros hechos- constituía un medio indirecto de restringir su libertad de expresión. También, dentro del derecho comparado, resulta de interés el fallo “*Editorial Río Negro contra Provincia de Neuquén*” (5/09/07), en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) dispuso, a raíz de que el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén privó temporalmente de publicidad oficial a dicho medio sin demostrar la razonabilidad de tal medida, y además se pronunció en contra de la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos: “La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice deben mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones.”

Ahora bien, en la especie, el recurrido dirigió una misiva a varias instituciones públicas, usando papel con el membrete y el sello de la Asamblea Legislativa, en la cual manifestaba:

“(...) 4.-En mi caso particular, en claro derecho de tutelar mi integridad personal, profesional y moral, fundamentaré la querrela

contra el productor de ese espacio radial y solidariamente contra sus patrocinadores, pues basta con que ustedes monitoreen puntualmente a las 8 pm la frecuencia 800 AM y escuchen, dentro de la misma parrilla de patrocinadores a la que esta institución pertenece como auspiciador del programa en cuestión, junto a la cuña que ustedes pagan con dinero público, otra cuña grabada con la voz del propio señor [Nombre 001] en la que le pregunta a los ciudadanos si le creen a un Diputado mentiroso, investigado por falsificador y estafador, aspirante a graduarse de abogado en forma irregular, denunciado por el TSE por querer sustraer millonarias sumas de dinero mediante el uso de documentos falsos y más señalamientos infundados, aprovechando el productor radial al amparo de sus patrocinadores, para presionar de forma temeraria al Señor Fiscal General a que actúe contra el suscrito, evitando así la impunidad, como si el Jefe del Ministerio Público estuviese encubriendo deliberadamente una serie de delitos cometidos por este servidor.

5.-Por la consideración que se merecen, respetuosamente les prevengo de este asunto y les insto a valorar como una responsable medida cautelar, la posibilidad de sacar del aire la publicidad institucional que pagan en este programa radial, mientras resolvemos en los tribunales la querrela que estamos por incoar, con el propósito de no empañar judicialmente ni perjudicar la sana imagen que los costarricenses tienen de esta noble institución, la cual debe ser protegida y no debería verse inmiscuida en asuntos tan deplorables y ajenos al honroso quehacer de ustedes, con lo que mis abogados desestimarían de inmediato a petición del suscrito, la eventual demanda solidaria extensiva contra esta entidad pública. (...)” (Extracto de la nota dirigida a Correos de Costa Rica S.A., aportada por el recurrente; lo destacado no corresponde al original).

La excitativa enviada a las instituciones públicas con el fin de que ellas retiraran la publicidad del programa de radio del amparado, se enmarca dentro de los casos de censura indirecta a la libertad de expresión por varias razones.

Primeramente, la publicidad provee el principal soporte financiero que permite la transmisión de los programas radiales y, a la postre, el sustento económico de las personas que trabajan en dicho programa. Es evidente que si se limita el ingreso económico del programa, también se llega a perjudicarlo o –inclusive- eliminarlo, todo en detrimento tanto de la

libertad de expresión como de la de información. La situación descrita resulta incluso más grave cuando se trata medios de comunicación pequeños, como periódicos locales o pequeñas estaciones de radio, cuya estabilidad financiera puede llegar a depender en gran medida de la publicidad estatal. En el caso Tristán Donoso, la Corte Interamericana se pronunció en cuanto a las amenazas económicas a la libertad de expresión:

“129. Finalmente, si bien la sanción penal de días-multa no aparece como excesiva, la condena penal impuesta como forma de responsabilidad ulterior establecida en el presente caso es innecesaria. Adicionalmente, los hechos bajo el examen del Tribunal evidencian que el temor a la sanción civil, ante la pretensión del ex Procurador de una reparación civil sumamente elevada, puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”.

En segundo lugar, un diputado de la República no es un ciudadano cualquiera, sino que ostenta un poder político particular debido a su incidencia en la aprobación de proyectos de ley, respecto de los cuales existe cantidad de intereses tanto privados como públicos. Ergo, una recomendación o retiro de publicidad de un programa radial, emitido por un funcionario en una particular posición de poder político y teniendo como leitmotiv su disconformidad con las críticas contra él difundidas por determinado medio de comunicación, constituye una forma velada de intimidación que no solo afecta al programa radial directamente aludido, sino que además envía un mensaje intimidante al resto de medios fomentando un ambiente hostil a las libertades de expresión e información esenciales en un sistema democrático. En el sub iudice, tal amenaza incluso pasó a tener efectos concretos, en la medida que, según la prueba aportada por el accionante, la pauta publicitaria del ICAA, programada para el periodo del 15 de octubre al 15 de noviembre de 2014, fue suspendida mientras se respondía el oficio del recurrido. Si las demás entidades a las que el recurrido dirigió su oficio, hubieran actuado de igual manera, eso hubiera derivado en una grave afectación a la estabilidad financiera del citado programa radial, todo

ello teniendo como génesis la inconformidad de un funcionario público con las críticas difundidas en el mismo.

Lo anterior no implica que sea de poca importancia la alegada violación al honor del recurrido y de quienes podrían ser eventualmente responsables por ello. Todo lo contrario, lo reclamado por el recurrido es tan relevante que el ordenamiento jurídico ha establecido vías procesales apropiadas y razonables tanto para defender el honor de la persona afectada (por ejemplo a través de un proceso penal), como para velar por la exactitud de la información divulgada (derecho de rectificación y respuesta).

Ahora bien, las notas aclaratorias enviadas por el accionado en octubre pasado a las instituciones públicas, no afectan el razonamiento de esta Sala. Por un lado, son actuaciones ocurridas con posterioridad a la notificación del curso de este proceso –las notas fueron entregadas a dichas instituciones los días 7 y 8 de octubre de 2014; mientras que la notificación acaeció el 6 de octubre de 2014-. Por el otro, la Sala observa que, si bien se aclaró mediante tales notas que la “...anterior carta enviada al respecto de este asunto, no buscaba imponerles necesariamente la obligación de tener que retirar su publicidad de ese programa...”, también se indicó un apercibimiento a las instituciones motivado nuevamente en las críticas hechas al recurrido:

“5.-No omito señalarles respetuosamente su deber de cuidado, entendido en ejercer un mayor control de los recursos que en materia de propaganda, publicidad o información ustedes disponen pautar en medios de comunicación, manteniendo al menos un monitoreo mínimo que les permita conocer como en el caso del CD que les aporto [el cual contiene una edición del programa “Rompiendo El Silencio”], la calidad de manifestaciones proferidas en los espacios en los que ustedes pautan.” (Extracto de la nota dirigida al Instituto Nacional de Aprendizaje, aportada por el recurrido).

Por último, debe acotarse que los funcionarios públicos sí pueden manifestarse en torno a temas de interés público. Sin embargo, ellos son garantes de los derechos fundamentales, de manera que las expresiones que pronuncien deben evitar tornarse en una forma de censura directa o indirecta. Nuevamente, se cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“139. En una sociedad democrática no sólo es legítimo, sino que en ocasiones constituye un deber de las autoridades estatales, pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto deben constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden tener en ciertos sectores de la población, y para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de determinados hechos. Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocer éstos ni constituir formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento. Este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política, precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado.” (Caso Ríos y otros)

En conclusión, la Sala estima el recurrido tiene todo el derecho a defender su honor y reputación por medio de los mecanismos legales que prevé la Constitución y la ley, entre ellos, el derecho de rectificación y respuesta y la querrela por los delitos de injurias calumnias y difamación regulada en el Código Penal. En ese sentido, el envío de una nota a los patrocinadores del programa indicando que consideren retirar su patrocinio por el contenido negativo del mismo contra su imagen, constituyó una censura indirecta –en los términos señalados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana supra citada-, al programa radial “Rompiendo El Silencio”. En la valoración que se hace tiene un peso específico el hecho de que el recurrido ostenta una posición de poder político por su cargo de Diputado de la República, y que efectivamente su misiva causó un efecto negativo más allá de un simple reclamo, al haberse acreditado en autos que produjo efectos sobre uno de los patrocinadores, quien suspendió temporalmente la publicidad (ICAA). Consecuentemente, se declara con lugar dicho extremo.”

2017

**VULNERACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL PERIODISTA.
RESOLUCIÓN NO. 02163-2017**

Exp. 16-018121-0007-CO

Res. 2017002163

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . San José, a las once horas treinta minutos del diez de febrero del dos mil diecisiete.

Recurso de amparo que se tramita en expediente **No. 16-018121-0007-CO**, interpuesto por **MARLON RONULFO MORA JIMÉNEZ**, cédula de identidad 0109920502, contra el **COLEGIO DE PERIODISTAS DE COSTA RICA**.

RESULTANDO:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de esta Sala a las 15:00 horas de 22 de diciembre de 2016, el recurrente interpone recurso de amparo contra el Colegio de Periodistas. Manifiesta que ocupó el cargo de presidente del Colegio de Periodistas de enero de 2014 a diciembre de 2016. Indica que el 9 de marzo de 2016 firmó y publicó, de manera individual, un comentario en la plataforma digital de dicho colegio profesional, titulado *“Porque creo en el buen periodismo”*, en el cual externó sus preocupaciones personales acerca de una polémica generada entre 2 medios de comunicación. Insiste que la publicación la realizó en su condición de presidente del colegio profesional y no a nombre de la junta directiva. Manifiesta que el 6 de marzo de 2016, una agremiada del Colegio de Periodistas presentó una queja en su contra, argumentando que su comentario constituyó un abuso de su función, pues no existió acuerdo previo de la Junta Directiva para realizar la publicación. Aduce que el 10 de mayo del año en curso, la Fiscalía de dicho Colegio trasladó el caso al Tribunal de Honor y Ética, el cual, le envió el 22 de agosto de 2016 un oficio informándole acerca de un acuerdo tomado para investigar la queja presentada por la agremiada. No obstante, acusa que no se le indicó el detalle exacto de la conducta antiética. Añade que debido a lo acaecido, el 19 de octubre de 2016 externó que desconocía la imputación formal que le había realizado el Tribunal. Detalla que el órgano en cita emitió un informe final, en el cual reconoce que dicha publicación obedeció a una acción individual;

empero, de manera incongruente, en ese mismo informe recomendó que se le impusiera una sanción. Así las cosas, la Junta Directiva del colegio accionado acogió en sesión de 8 de noviembre de 2016 la recomendación del Tribunal y acordó imponer una sanción verbal en su contra, violentándose su libertad de expresión. El 23 de noviembre de 2016 se le notificó la resolución del Tribunal de Honor y el acuerdo de Junta Directiva (sesión de 8 de noviembre de 2016), donde se ratificó la sanción impuesta. Por lo expuesto, considera que se violentan sus derechos fundamentales, por lo que solicita que se declare con lugar el recurso, con las consecuencias legales que esto implique.

2.- Por resolución de las 9:35 horas de 26 de diciembre de 2016, se le dio curso al amparo.

3.- Por escrito recibido en la Sala el 13 de enero de 2017, informan bajo juramento Martín Chinchilla Castro y Rigoberto Quirós Steller, por su orden Presidente de la Junta Directiva y del Tribunal de Honor del Colegio de Periodistas de Costa Rica, que no se ha violado la libertad de expresión del recurrente, pues él publicó su opinión el 9 de marzo de 2016, sin algún tipo de restricción. Manifiesta que se le impuso una sanción al amparado, no por hacer ejercicio de su libertad de expresión, sino por utilizar los medios del Colegio para expresar su opinión personal, a contrapelo de las recomendaciones de la Junta Directiva. Indican que él expresa sus opiniones en representación y como vocero del Colegio, debe cuidar sus actuaciones, especialmente si existen juicios de valor sobre situaciones éticas de algún colegiado, por cuanto ello puede violentarse los derechos de algún agremiado. Reiteran que el amparado excedió sus potestades al utilizar los medios del Colegio. Señalan que una colegiada interpuso una denuncia contra del accionante ante el Tribunal de Honor y Ética del Colegio de Periodistas. Así, el Tribunal citado le envió un oficio informando sobre la denuncia, se citaron los hechos, las posibles sanciones y se le otorgó acceso al expediente; por eso, rechazan que se hayan vulnerado sus derechos fundamentales. Por su parte, la Junta Directiva acogió la recomendación del Tribunal de Honor y Ética. Consideran que no existe vejación a los derechos fundamentales del amparado. Repiten que la sanción del Tribunal no fue por el contenido de las expresiones, sino porque utilizó la plataforma institucional a pesar de que sus compañeros de Junta Directiva le desaconsejaron tal acción. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

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

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

CONSIDERANDO:

I.-OBJETO DEL RECURSO. El recurrente asegura que fue sancionado por el Colegio de Periodistas de Costa Rica por haber emitido un artículo de opinión cuando era Presidente de dicha institución y sin que se le intimara con detalle de los cargos en su contra, lo que vulnera sus derechos fundamentales.

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 recurrente, quien fue presidente de la Junta Directiva del Colegio de Periodistas, publicó el 9 de marzo de 2016 un artículo titulado “Porque creo en el buen periodismo” en la plataforma digital de dicho Colegio (hecho no controvertido).

b) Mediante escrito del 6 de mayo de 2016, la agremiada Rocío Álvarez Olaso presentó denuncia ante la Junta Directiva del Colegio de Periodistas por el artículo citado, alegando que el recurrente utilizó, para tales fines, la plataforma tecnológica del colegio y, además, hizo la publicación en nombre de este (ver prueba aportada por el recurrido).

c) La Fiscalía del Colegio de Periodistas remitió la denuncia al Tribunal de Honor y Ética del Colegio de Periodistas, mediante oficio FISC-OF-5-16 y que fue conocida por este último, en sesión de 1 de junio de 2016 (ver prueba remitida por el recurrido).

d) A la denuncia se le asignó el número de expediente THE-004-28-07-2016. Por resolución de las 17:00 horas del 28 de julio de 2016, el Tribunal de Honor y Ética del COLPER inició un procedimiento administrativo contra el tutelado; dicha resolución le fue notificada a las 16:45 horas del 22 de agosto de 2016 y contenía la imputación de cargos, calificación jurídica de los hechos, posibles sanciones y recursos procedentes (ver prueba aportada por el recurrido).

e) Mediante escrito del 19 de octubre de 2016, el recurrente presentó sus manifestaciones de descargo (ver prueba aportada por el recurrido).

f) Por resolución No. 042-4-11-2016 del 4 de noviembre de 2016, el Tribunal de Honor y Ética del COLPER resolvió sancionar, de forma verbal, al amparado (ver prueba aportada por el recurrido).

g) En sesión No. 43-16 del 8 de noviembre de 2016 y por acuerdo No. JD 21-43-16, la Junta Directiva del Colegio acogió la resolución del Tribunal de Honor y Ética (ver prueba aportada por las partes).

III.-SOBRE LA POTESTAD SANCIONATORIA DEL COLEGIO DE PERIODISTAS DE COSTA RICA. De previo a analizar el fondo de este asunto, resulta relevante señalar algunos aspectos esenciales sobre la potestad sancionatoria del Colegio de Periodistas. Así, este Tribunal –v. g. sentencia No. 0789-94 de las 15:27 horas de 8 de febrero de 1994 y 15806-16 de las 9:30 horas de 28 de octubre de 2016-, a partir del reconocimiento de una relación de sujeción especial entre agremiados y los respectivos Colegios Profesionales, ha sostenido que estos poseen fines públicos que han sido otorgado por el Estado, por lo que estas corporaciones cuentan con funciones de regulación y policía. Dentro de estas, destacan las funciones de fiscalización y control respecto del correcto y eficiente ejercicio profesional, lo que lleva implícito la potestad disciplinaria, en el caso concreto, sobre los periodistas que se encuentren adscritos al Colegio de Periodistas de Costa Rica. No obstante, la imposición de sanciones debe realizarse en apego del principio de debido proceso, conforme al contenido del artículo 39 de la Constitución Política.

IV.-SOBRE LA ALEGADA LESIÓN AL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL.- El recurrente acusa que no se hizo traslado de los cargos en el proceso disciplinario seguido en su contra, toda vez que no se detalló con exactitud la conducta antiética. La Sala tuvo por probado que mediante resolución de las 17:00 horas del 28 de julio de 2016, el Tribunal de Honor y Ética inició el procedimiento administrativo, resolución que le fue notificada a las 16:45 horas del 22 de agosto de 2016. Tras analizar la resolución, la Sala observa que ella contiene la correspondiente imputación de cargos, calificación jurídica de los hechos, posibles sanciones y recursos procedentes. En cuanto a los hechos, la resolución señala:

“Los hechos a investigar por este Tribunal son los siguientes:

Con fecha de 6 de mayo del 2016, la Junta Directiva del Colegio de Periodistas recibió formal queja contra el Presidente del Colegio señor Marlon Mora Jiménez, por lo que considera la denunciante es una conducta poco ética y por afirmaciones temerarias, al reproducir las informaciones acerca de un supuesto pacto de cooperación entre el periódico que dirigía la colegiada al momento de ser nombrada Jefe de Prensa de la Fracción Legislativa de Liberación Nacional. Esta publicación se realizó en la plataforma digital del COLPER, mediante comunicado de fecha 9 de marzo, y firmado por el colegiado Marlon Mora Jiménez, en calidad de Presidente de la entidad, en formato digital con logo del COLPER “Comunicado Presidencia Junta Directiva”, miércoles 9 de marzo, titulado “Porque creo en el buen periodismo” hecho que a juicio de la colegiada Álvarez Olaso, constituyó un abuso de su función, dado que, no existió acuerdo de Junta Directiva para que se publicara dicho comunicado de manera aparentemente institucional, pero sobre todo por el contenido del mismo, que supuso la reiteración y a aceptación de las acusaciones contenidas en la publicación del Diario Extra y que considera la colegiada ha dañado su imagen como periodista agremiada.”

En torno al reclamo planteado, se aclara al accionante que el diferendo en cuanto al detalle de la conducta acusada constituye una situación legalidad que debe ser analizada en la vía respectiva. A efectos del control de constitucionalidad que compete a este Tribunal, no se observa que exista una lesión a los derechos del tutelado, toda vez que la resolución contiene una descripción de los hechos imputados, según se desprende de la transcripción anterior. En consecuencia, se declara sin lugar el reclamo.

V.-SOBRE LA RECLAMADA VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- En otro de sus reclamos, el amparado acusa haber sido sancionado por externar su pensamiento mediante la redacción y difusión del artículo de opinión titulado *“Porque creo en el buen periodismo”*. En torno al punto, la parte recurrida indicó que la sanción impuesta al amparado responde a que él utilizó la plataforma institucional del Colegio para difundir el citado comentario, a pesar de que sus compañeros de Junta Directiva le desaconsejaron tal acción. La Sala nota que el artículo 7 del Código de Honor y Ética del Colegio de Periodista impone el deber al periodista de: *“Respetar la posición y actos profesionales de colegas,*

para salvaguardar sus derechos y el adecuado ejercicio de la profesión al servicio de la sociedad". Como puede observarse, la norma en sí misma no establece una limitación en los términos que lo expresa el numeral 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sea que las responsabilidades ulteriores deben ser expresamente fijadas por Ley, pues el precepto lo busca es salvaguardar los derechos de los periodistas y el adecuado ejercicio de la profesión al servicio de la sociedad, lo cual no conlleva el desconocer o impedir el derecho que le asiste a un periodista, en el ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión, de plantear una crítica a un reportaje, trabajo o una posición de otro colega. Así las cosas, el meollo de la cuestión está residenciado en la errónea interpretación y aplicación que hizo la autoridad recurrida del citado precepto deontológico. Hay razones suficientes para concluir que al amparado se le vulneró su libertad de expresión. Desde de la perspectiva del Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en especial el numeral 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hay una clara violación a este derecho fundamental, pues en el comunicado que publicó el recurrente lo que expresa es su opinión sobre lo que él considera es un buen periodismo –el dilema ético que hay en el hecho que un partido político posea un medio de comunicación y que esa situación no se les advierta a los lectores y a la opinión pública, además de ello puede afectar su independencia-. La sanción que se le ha impuesto es una medida excesiva de la Administración Pública que limita su libertad de expresión. Es bien sabido que las limitaciones a la libertad de expresión y de información están sometidas a un test estricto de razonabilidad, lo cual significa, ni más ni menos, que toda acto o medida que la restrinja es sospechoso, por lo que la autoridad pública tiene la carga de la prueba de demostrar que hay un interés público apremiante, plenamente justificado, en la medida o acto, así como el deber de demostrar que la medida o acto adoptado es la menos gravosa para el derecho fundamental, amén que debe de interpretarse restrictivamente. Concretamente, debemos verificar que la finalidad perseguida con la sanción es legítima, importante e imperiosa; que es un medio adecuado, efectivamente conducente y además necesario y que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo; y adicionalmente, se debe aplicar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, mediante el cual se verifique que los beneficios de la sanción excedan claramente las restricciones impuestas a la libertad

de expresión. En el caso que nos ocupa, estamos en presencia de una expresión que concretiza la libertad de pensamiento y expresión, máxime que el tema había sido objeto de discusión pública entre dos medios de comunicación colectiva, concretamente: el Diario Extra y el diario digital elmundo.cr, por lo que la opinión del recurrente sobre los alcances de esta polémica en sí mismo no constituye un medio razonable, idóneo y necesario para exigir una responsabilidad ulterior, tal y como lo prescribe el numeral 29 de la Carta Fundamental y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –son mayores las restricciones a la libertad de expresión y ningún beneficios de la medida-, máxime que lo expresado en el comunicado en sí misma no tiene ningún exceso para merecer sanción alguna. En esta dirección, se debe tener presente que la libertad de expresión *“(...) protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, pues esta libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono. Su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa”* (véase la sentencia 575/09 de la Corte Constitucional de Colombia).

En otro orden de ideas, no cabe duda que en la sociedad democrática se debe permitir el libre debate de las distintas posiciones sobre hechos y actos –en un mercado libre de ideas, según la expresión del juez Holmes-, pues ello redundaría en beneficio de la colectividad, amén que todo ello es una garantía de una libertad que constituye un presupuesto esencial del Estado social y democrático de Derecho. De ahí que resulta procedente acoger el recurso de amparo, como en efecto se hace.

VI.-RAZONES PARTICULARES DEL MAGISTRADO RUEDA LEAL. En lo atinente a la libertad de expresión, considero que el recurso debió haber sido declarado con lugar específicamente por los siguientes motivos. Este Tribunal ha reconocido la plena vigencia del derecho de comunicar el pensamiento sin previa censura, sea de manera verbal o escrita –v. g. sentencia No.09485-08 de las 9:53 horas del 6 de junio de 2008. Asimismo, ha señalado que tal garantía se refuerza con lo dispuesto en el artículo 28 de la misma Carta Fundamental, pues prohíbe la persecución por el ejercicio de dicha libertad.

Tras analizar los autos, observo que se sancionó al tutelado al estimar que había faltado a la ética con la publicación del artículo referido, inobservando el ordinal 7 del Código de Ética del Colegio de Periodistas con su actuar . Si bien la libertad de expresión puede estar sujeta a responsabilidad ulterior, existen requisitos indispensables para que dicha responsabilidad se encuentre ajustada al ordenamiento jurídico. En particular, observo que el numeral 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. (...)

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. (...)” (El subrayado es agregado).

Se nota que uno de los requisitos para imponer responsabilidad ulterior es que ella sea expresamente fijada por ley. Tal como manifesté en otra oportunidad, al analizar dicho precepto convencional:

“... uno de los requisitos para imponer responsabilidad ulterior es que ella sea expresamente fijada por ley. Este requisito se justifica con la necesidad de someter a debate parlamentario la limitación de un derecho tan trascendental para la sociedad democrática como la libertad de expresión, de manera que sea en dicho foro donde se pondere la razonabilidad de las restricciones a dicha libertad. Enfatizo que este requerimiento convencional encuentra sentido en el hecho de que al estar en juego una libertad fundamental (la libertad de expresión que deviene esencial en un sistema democrático), cualquier restricción a la misma requiere del debate parlamentario, en donde la frecuente confrontación de diversas posturas ideológicas, siempre que se dé con absoluta respeto al principio democrático, potencia que tales límites sean más equilibrados y razonables...” (Razones diferentes del voto N° 2017-1585 de las 9:25 horas del 3 de febrero de 2017).

En el caso de marras, el Código de Ética –y su ordinal 7- es normativa interna del Colegio de Periodistas de orden infralegal. Así, la sanción impuesta al recurrente por expresar su opinión constituye una limitación a la libertad de expresión que carece de basamento legal y, por lo tanto, resulta ilegítima.

Aunado a lo anterior, la tesis de mayoría, desde mi punto de vista, implica aceptar la posibilidad de restringir legítimamente la libertad de expresión a través de la aplicación de una norma reglamentaria, siempre y cuando tal aplicación supere el examen de razonabilidad. Estimo que si no existe una norma legal que posibilite la limitación a la libertad de expresión –como requiere expresamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos- resulta entonces improcedente la determinación de cualquier responsabilidad ulterior por el ejercicio de dicha libertad, sin importar la razonabilidad o no de la aplicación de la norma infra legal en el caso concreto. De ahí que resulte superfluo el análisis de otros puntos, cuando el amparo deviene procedente por el mero hecho de que se haya basado la resolución sancionatoria en una norma infra legal. Por lo demás, debo advertir que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al tiempo que prohíbe la censura previa, concomitantemente resguarda el derecho de un afectado a la responsabilidad ulterior, eso sí condicionado a que se cumplan los requerimientos de su artículo 13.2.

De este modo, es por estas razones particulares (iguales a las de mi voto particular en la sentencia No. 2017-158) que declaro con lugar el reclamo.

VII.-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, e stos 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 solo por lesión a la libertad de expresión. Se anula la sanción impuesta al tutelado por acuerdo No. JD 21-43-16 de la Junta Directiva del Colegio de Periodistas. Se condena al Colegio de Periodistas de Costa Rica 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 declara sin lugar el recurso. El Magistrado Rueda Leal da razones particulares.

Ernesto Jinesta L.

Presidente

Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L.

Nancy Hernández L.

Luis Fdo. Salazar A.

José Paulino Hernández G.

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEBATE ACADÉMICO. RESOLUCIÓN NO.
16668-2017**

Exp: 17-013647-0007-CO

Res. N° 2017016668

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

Recursos de amparo acumulados que se tramita en el expediente N° **17-013647-0007-CO**, interpuestos por **MARIO GERARDO REDONDO POVEDA**, cédula de identidad 0105890526, **ANA LORENA MENDOZA CARRERA**, cédula de identidad 01-0738-0835, y **GERARDO FABRICIO ALVARADO MUÑOZ**, cédula de identidad 0108820284, contra **LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COSTA RICA**.

RESULTANDO:

1.- Por escrito recibido en la Sala el 1 de setiembre de 2017, el accionante Redondo Poveda interpone un recurso de amparo. Manifiesta que según información publicada por el Diputado Fabricio Alvarado, el 5 de setiembre de 2017 se tenía programada la presentación de *“El libro Negro de la Nueva Izquierda”*, obra de Agustín Laje y Nicolás Márquez, en la Universidad Nacional. Por oficio No. UNA-R-OFIC-2543-2017 del 29 de agosto de 2017, el Rector de la Universidad Nacional canceló dicha actividad, al estimar que promueve el quebrantamiento de la política de igualdad y equidad de género, así como la existencia de presiones internas y externas para dicha cancelación. Sostiene que la suspensión de esa actividad, violenta el derecho de libre expresión y libre pensamiento tutelado en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Estima que lo anterior es violatorio de sus derechos fundamentales. Solicita que se declare con lugar el recurso, con las consecuencias de ley.

2.- Por resolución de las 12:51 horas del 5 de setiembre de 2017, se dio curso a ese amparo.

3.- Por escrito recibido en la Sala el 1 de setiembre de 2017, la accionante Mendoza Carrera interpone un recurso de amparo por los mismos hechos. Sostiene que la suspensión de la actividad le impide escuchar, en un recinto público, un mensaje acorde con sus principios

cristianos e ideología. Afirma que esa decisión constituye una censura previa y lesiona los derechos y libertades de cátedra, de expresión, pensamiento y religioso, desde un análisis político desarrollado por una tesis coincidente con la fe en relación con la teoría de género. Considera que lo expuesto violenta sus derechos fundamentales.

4.- Por resolución de las 14:03 horas del 4 de setiembre de 2017, dictada en el expediente N° 17-013649-0007-CO se dio curso a ese amparo.

5.- Por escrito recibido en la Sala el 6 de setiembre de 2017, el accionante Alvarado Muñoz interpone recurso de amparo. Manifiesta que mediante acuerdos No. UNA-CO-IEM-ACUE-97-2017 del Consejo Académico del Instituto de Estudios de la Mujer, UNA-CO-EECR-ACUE-118-2017 del Consejo Académico de la Escuela Ecuménica de Ciencias de la Religión y UNA-FEUNA-OFIC-155-2017, se solicitó la suspensión de la conferencia de los señores Agustín Laje y Nicolás Márquez, para la presentación de la obra "El libro Negro de la Nueva Izquierda". Dicha actividad estaba programada para las 15:00 hrs. de 5 de setiembre de 2017 en la Universidad Nacional. Señala que, ante el peligro de suspensión de la actividad, el 24 de agosto de 2017 remitió el oficio No. FRN-269-08-2017 ante el Rector de la Universidad Nacional, en el cual resaltó que la institución de conformidad a lo que dicta su propio estatuto orgánico, está llamada a promover el debate respetuoso de ideas, sin censura previa y con una perspectiva crítica y autocrítica, tal y como reza en el Artículo 5, inciso d), del estatuto de la Universidad Nacional, el cual zanja el "derecho a la libre discusión razonada de los miembros de la comunidad universitaria, en un marco de respeto mutuo y sin temor a represalias". No obstante lo anterior, por oficio No. UNA-BJGM-OFIC-522-2017 de 29 de agosto de 2017, suscrito por Margarita García Segura, en su condición de Directora de la Biblioteca Joaquín García Monge de la universidad recurrida, se dejó sin efecto el préstamo de la Sala de Ex Rectores, la cual se había facilitado para la realización de la actividad. Refiere que dicha decisión fue avalada por el Rector de la Universidad Nacional, bajo el supuesto que tiene que velar por la protección de los estudiantes, académicos, administrativos, visitantes e, incluso, los mismos expositores en cuestión. Afirma que esa decisión constituye una censura previa y una lesiona sus derechos fundamentales a la libertad de pensamiento y expresión.

6.- Por resolución de las 11:36 horas del 7 de setiembre de 2017, dictada en el expediente N° 17-014076-0007-CO se dio curso a ese amparo.

7.- Por escritos recibidos en la Sala los días 12, 14 y 18 de setiembre de 2017, informa bajo juramento Alberto Luis Salom Echeverría, en su condición de Rector de la Universidad Nacional, que la actividad en torno a la publicación *“El libro negro de la nueva izquierda, ideología de género o subversión cultural”*, programada para el pasado martes 5 de setiembre en una de las salas de la Biblioteca Joaquín García Monge, Campus Omar Dengo, no era una actividad de carácter oficial de la Universidad Nacional. Se trató de una iniciativa de carácter privada del estudiante de la Escuela de Matemática Gilberth Arce Quirós, quien solicitó el uso de la sala de Ex rectores sin indicar el motivo. Manifiesta que, para ese momento, se suponía que el préstamo era para realizar una actividad académica institucional y no se tenía conocimiento que era para una actividad privada que no tenía relación alguna con la Universidad. Señala que se trataba de la presentación de un libro de autoría de los señores Agustín Laje y Nicolás Márquez, quienes no tienen relación alguna con la institución, ni laboral ni académicamente, y pretendían realizar una actividad de publicidad de su obra para fines comerciales. Enfatiza que la regulación institucional permite el préstamo de las instalaciones universitarias para la realización de las actividades ordinarias de la institución y con ese propósito se permite a académicos y estudiantes el uso de salas y aulas, para los fines académicos propios de la Universidad. Considera que el estudiante señalado indujo en error a la Administración, pues maliciosamente ocultó que la actividad que organizaba no era propia de la Universidad ni de un curso que estuviera llevando; tampoco realizó una coordinación previa con las instancias universitarias, la cual era necesaria para llevar a cabo una actividad de índole privada, pues no cumplía con los requisitos para el préstamo a terceros de instalaciones universitarias, según el Reglamento de uso de las instalaciones. Refiere que tampoco se consideró al momento de solicitar el préstamo, los requerimientos en materia de personal de seguridad para salvaguardar la integridad de los posibles asistentes a tal evento, así como de los estudiantes y demás personal administrativo cercano a la actividad. Manifiesta que esa previsión era necesaria pues la actividad se llevaría a cabo en una sala pequeña de la biblioteca y no un salón de conferencias –apto para este tipo de presentaciones– contraviniendo su destino y el Reglamento de uso de instalaciones

universitarias, pues se tiene que coordinar todo lo relacionado con el protocolo de evacuación en caso de alguna emergencia. Acota que las previsiones anteriores eran necesarias, toda vez que fuerzas ajenas a la institución expresaron su intención de manifestarse e impedir la realización de la actividad, lo cual implicaría un riesgo inminente para la seguridad de las personas y de las instalaciones. Explica que eso no estaba previsto y la Universidad no estaba en posibilidad de tomar medidas de seguridad extremas que trascendieran el ámbito ordinario en materia de vigilancia de instalaciones y de personas, mucho menos si implicaba descuidar las funciones propias ordinarias de vigilancia y seguridad dentro de la institución, para destinarlas a una actividad privada. Afirma que esa situación obligó a las autoridades institucionales a velar por la protección de estudiantes, académicos, administrativos, visitantes y de los mismos expositores del libro en cuestión, para evitar una situación con posibles consecuencias muy negativas y lamentables para las personas, instalaciones y para la misma Universidad Nacional. Señala que la directora de la biblioteca revocó el préstamo de la sala de Ex Rectores (oficio UNA-BJGM-OFIC-522-2017), lo que respaldó la rectoría mediante oficio UNA-R-OFIC-2543-2017. Reitera que la organización de la actividad era un negocio absolutamente privado para publicitar un libro y no tenía relación alguna con la institución, su actividad académica o sus cursos. Relata que el malestar con la exposición del libro se expresó mediante diversos acuerdos de consejos académicos, al promover la misoginia, la homofobia y el racismo, indicando que son contrarios a los principios, valores y fines estipulados en el Estatuto Orgánico de la Universidad Nacional. Aunado a lo anterior, se advirtió que los avances jurídicos nacionales e internacionales en materia de Derechos Humanos han permitido a la Universidad impulsar acciones afirmativas como declarar a la Universidad Nacional un espacio libre de todo tipo de discriminación por razones de sexo, orientación sexual, identidad de género, pertinencia étnica, clases sociales, discapacidad, edad, creencia religiosa, apariencia o lugar de procedencia (acuerdo UNASCU-ACUE-1313-2015); y aprobar una política para la igualdad y equidad de género (acuerdo SCU-988-2010). Repite que se había recibido información sobre grupos externos a la Universidad que realizarían actos de protesta a fin de impedir la presentación, situación que pesó aún más debido a que la actividad obedecía a intereses y negocios privados. Reitera que el lugar no era adecuado por motivos de seguridad. Acota que dicha sala está ubicada dentro de las instalaciones

de la biblioteca y no es posible restringir el acceso al recinto. Remite al artículo 9 del Reglamento citado, el cual dice *“deberá darse siempre prioridad al quehacer académico sobre cualquier otro uso posible del bien. Cualquier variación de destino que se requiera nacer deberá cumplir previamente con el procedimiento que se establece para tal efecto.”* Finalmente, señala que la Rectoría no ha tenido ninguna participación en la organización de dicho evento; no obstante, la Universidad Nacional está comprometida con la igualdad de oportunidades, sin distingo de cualquier tipo y en consonancia con los principios y valores institucionales, es decir ser humanista, innovadora y con compromiso social, razón por la cual la Rectoría respaldó la decisión de la directora de la biblioteca de cancelar la realización del evento privado. Estima que no correspondía a la institución asumir los costos con fondos públicos y los riesgos en materia de seguridad de personas y de bienes de la actividad privada, ni correspondía que se tuvieran que suspender la prestación de servicios institucionales ni redireccionar las funciones de seguridad y vigilancia institucionales a la organización de un evento absolutamente privado. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

8.- Mediante resolución N° 2017-15098 de las 9:15 horas del 22 de setiembre de 2017, la Sala acumuló el expediente 17-013649-0007-CO a este expediente.

9.- Mediante resolución N° 2017-15306 de las 9:15 horas del 26 de setiembre de 2017, la Sala acumuló el expediente 17-014076-0007-CO a este expediente.

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

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

CONSIDERANDO:

I.- Objeto del recurso. Los recurrentes acusan que la parte accionada canceló la presentación de un libro, lo que consideran una lesión a la libertad de expresión.

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 29 de julio de 2017, el estudiante Gilberth Arce Quirós reservó una sala de la Universidad recurrida para el día 5 de setiembre de 2017. (Hecho incontrovertido).

b. Mediante oficio UNA-BJGM-OFIC-522-2017 del 29 de agosto de 2017, la directora de la biblioteca universitaria revocó el préstamo de dicha sala. En dicho oficio se indicó:

“Según consta en la boleta respectiva, la Biblioteca Joaquín García Monge, le facilitó en préstamo la Sala de Ex Rectores para el día 05 de setiembre de 2017 a las 3:00 p.m., para la realización de una conferencia. Por diversos medios hemos sido informados, que la actividad a realizarse es la presentación del libro de Agustín Laje y Nicolás Márquez, titulado “El libro negro de la nueva izquierda. Ideología de género o subversión cultural”.

Tomando en consideración:

1. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) [...], en su artículo 7 establece la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley como asimismo el derecho a la igual protección contra toda discriminación y contra la provocación a tal discriminación.*

2. *El artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente desde el 18 de julio de 1978, que consagra el derecho de todas las personas a gozar de todos los derechos garantizados sin discriminación.*

3. *La Política para la Igualdad y Equidad de Género en la Universidad Nacional, publicada en la Gaceta NO. 09-2010 del 15 de junio del 2010, que en el objetivo general indica textualmente “propiciar una cultura universitaria libre de discriminación y zación de género”.*

4. *El acuerdo del Consejo Universitario UNA-SCU-ACUE-1313-2015, en el que se declara a la Universidad Nacional como “...espacio libre de todo tipo de discriminación por razones de sexo, orientación sexual, identidad de género, pertenencia étnica, clases sociales, discapacidad, edad, creencia religiosa, apariencia o lugar de procedencia”.*

5. Los acuerdos UNA-CO-IEM-ACUE-97-2017 del Consejo Académico del instituto de Estudios de la Mujer, UNA-CO-EECR-ACUE-118-2017, del

Consejo Académico de la Escuela Ecuménica de Ciencias de la Religión y el oficio UNA-FEUNA-OFIC-ISS-2017, en los que se solicita la suspensión de la presentación del libro de Agustín Laje y Nicolás Márquez, titulado “El libro negro de la nueva izquierda. Ideología de género o subversión cultural”, por oponerse, entre otros a las políticas y valores de la Universidad Nacional en cuanto a la equidad de género.

6. La información que ha circulado por diversos medios, de que se pueden presentar situaciones de violencia, por parte de diversos grupos que se oponen al pensamiento expresado en el mencionado libro; situación que pondría en riesgo a las personas que nos encontremos en el edificio y la integridad misma de nuestra Biblioteca, así como de los expositores también, ya que no se cuenta con la seguridad necesaria para enfrentar situaciones de tal magnitud.

Por tanto, amparada en el Reglamento de Uso de las Instalaciones de la Universidad Nacional (UNA-SCU-ACUE-2121 del 21 de noviembre de 2016), que en artículo 1 establece: “El uso y disposición de las instalaciones universitarias se hará, en todo momento, bajo criterios de razonabilidad y con el fin y propósito de fomentar y brindar condiciones para el desarrollo de la actividad académica, priorizando la satisfacción de los intereses institucionales”, dejó sin efecto el préstamo de la Sala de Ex Rectores de la Biblioteca Joaquín García Monge, solicitada por su persona para el día 05 de setiembre de 2017 a las 3:00 p.m. ” (Ver informe rendido y prueba aportada).

c. La Rectoría respaldó dicha actuación mediante el oficio UNA-R-OFIC-2543-2017 del 29 de agosto de 2017, dirigido al Diputado Fabricio Alvarado. (Ver informe rendido y prueba aportada).

III.-Sobre el caso concreto. En el sub examine, los recurrentes alegan que la parte accionada ha lesionado la libertad de expresión al impedir la presentación de la obra “El libro negro de la nueva izquierda. Ideología de género o subversión cultural”. Al respecto, se pudo tener por probado que el 29 de julio de 2017, el estudiante Gilberth Arce Quirós reservó una sala de la Universidad recurrida para el 5 de setiembre de 2017. También se probó que la directora de la biblioteca universitaria revocó el mencionado préstamo. En el oficio UNA-BJGM-OFIC-522-2017 del 29 de agosto de 2017, dicha autoridad expresó como motivos para tomar esa decisión: la oposición de diferentes instancias universitarias, la

mención a múltiple normativa y a la política institucional con respecto a la no discriminación, y la supuesta amenaza de violencia por parte de terceros. La Sala descarta cualquier otro motivo alegado en el informe de la autoridad recurrida como posible justificación para la revocación del uso de la sala, toda vez que se trata de argumentos rendidos con ocasión del proceso, sin que conste a este Tribunal que ellos hayan servido de base para la actuación administrativa impugnada.

La Sala recuerda la postura que ha mantenido en situaciones semejantes:

“IV.-Sobre el fondo.- El recurrente impugna el acuerdo del Consejo Universitario tomado el 01 de febrero del 2011 donde solicita la suspensión de una conferencia (por considerar que el conferencista ha hecho manifestaciones contrarias a principios y valores del Estatuto Universitario) pues considera que tal acuerdo constituye una violación de la libertad de expresión y libertad de cátedra. Al respecto, del informe rendido por el representante de la autoridad recurrida -que se tienen por dados bajo fe de juramento con las consecuencias, incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley que rige esta Jurisdicción-, y la prueba aportada para la resolución del presente asunto, se comprueba que el Consejo Universitario efectivamente el 01 de febrero del 2011 tomó el acuerdo impugnado, es decir, pretendió impedir la realización de una conferencia por considerar impropias las manifestaciones que había hecho el conferencista en anteriores oportunidades, lo cual constituye una clara amenaza de violación a la libertad de expresión y de cátedra. Lo anterior, a pesar de que el acuerdo consistió en “solicitar a la Vicerrectoría de Investigación suspender la conferencia” y quedaba a criterio de dicha Vicerrectoría si la conferencia en cuestión se suspendía o no; a pesar de que el 02 de febrero del 2011 la conferencia siempre se llevó a cabo; a pesar de que en sesión del 03 de febrero del 2011 el Consejo Universitario reconoce que se excedió en sus competencias; y de que no se prueba que sea cierto que el Consejo Universitario ordenara la clausura del auditorio donde se llevaría a cabo la conferencia, pues evidentemente el sólo hecho de que el Consejo Universitario tomara dicho acuerdo, peligraba y amenazaba la realización de la conferencia, y con ello, se coartaba la libertad de expresión y de cátedra. Conforme a la libertad de expresión cualquier persona tiene derecho 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. Constituyendo censura previa todo aquel acto que a priori pretenda censurar o enmudecer

cualquier manifestación, difusión o comunicación de sus pensamientos, ideas, opiniones, creencias, convicciones o juicios de valor. En este mismo sentido es censura previa cualquier condicionamiento previo, a aspectos tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad de la información. Lo cual, evidentemente, no significa que el ejercicio de la libertad de expresión no esté sujeta a controles, sino que, dicho control se debe dar únicamente a posteriori –salvo las excepciones referidas a los espectáculos públicos y la protección de menores de edad- y sobre los excesos producidos conforme a la ley. En este sentido, debe tenerse presente también que la libertad de expresión es un requisito indispensable de la democracia, -aunque ciertamente no el único-, pues permite la creación de la opinión pública, esencial para darle contenido a varios principios del Estado constitucional, como lo son por ejemplo el derecho a la información, el derecho de petición o los derechos en materia de participación política. La posibilidad de que todas las personas participen en las discusiones públicas constituye el presupuesto necesario para la construcción de una dinámica social de intercambio de conocimientos ideas e información, que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también constituya un cauce para la expresión de los disensos, que en la democracia son tan necesarios como los acuerdos. Por su parte, el intercambio de opiniones e informaciones que se origina con la discusión pública contribuye a formar la opinión personal, ambas conforman la opinión pública, que acaba manifestándose por medio de los canales de la democracia representativa. Como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional español, quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática... que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (Sentencia 6/1981), si no existieran unas libertades capaces de permitir ese intercambio, que... presupone el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto de los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos (Sentencia 159/1986). Siendo que en este caso, pretender suspender la realización de una conferencia porque el conferencista había manifestado una serie de ideas contrarias, impedía la discusión pública sobre esos temas, y la formación de la opinión pública. Nótese que incluso, la manifestación de las ideas del conferencista incluso podría ocasionar que sus disidentes afianzaran aún más sus convicciones y que aquellos que opinaban como él cambiaran de convicción al escuchar

el debate público, o todo lo contrario. Sin embargo, justamente con ello se construye la democracia, con disensos y consensos.” (Resolución N° 2011-4160 de las 17:04 horas del 29 de marzo de 2011).

En cuanto a los motivos para cancelar la actividad de marras, ninguno de ellos se ajusta a lo previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. ”

Nótese que la responsabilidad por el ejercicio de dicha libertad es ulterior, sin que sea posible aplicar censura previa por supuestos diferentes a los previstos en el inciso 4, que son la protección de la infancia y la adolescencia. En el sub lite , no se alega que se esté en presencia de dicho caso.

Con respecto a las razones expresadas por la Administración en el oficio N° UNA-BJGM-OFIC-522-2017, la Sala nota lo siguiente. En primer lugar, la autoridad recurrida hizo mención de normativa relacionada con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, así como de la política universitaria de no discriminación. Este Tribunal rechaza que tales normas y política provean sustento jurídico para la actuación de los accionados. No solo escapa de los supuestos del artículo 13 de la Convención Americana, sino que la igualdad en el ejercicio de derechos implica –contrario a lo interpretado por la Universidad- que toda persona tiene derecho a expresar su opinión. Aun cuando la posición de una persona parezca incorrecta, insostenible y hasta retrógrada, el esquema democrático le permite expresarla. La responsabilidad que surja por dicha opinión será exigible ulteriormente.

En cuanto a la oposición de diferentes instancias universitarias a la actividad, la Sala recuerda que la norma imperante es la vigencia de la libertad de expresión, cuyas excepciones deben ser expresas y limitadas. Cuando se impide el ejercicio de dicha libertad con base en el contenido del mensaje que se pretende transmitir, entonces se adopta una postura de intolerancia que menoscaba el debate democrático. De esta forma, en lugar de promover el debate de ideas, la libre expresión y la crítica informada, la Universidad desalienta las opiniones que sean contrarias a las de ciertos grupos universitarios.

De manera semejante debe descartarse la última justificación de la representación accionada, referida a posibles situaciones de violencia por parte de grupos opositores al libro. El derecho se encuentra del lado de aquellos que respetan la opinión de terceros; no de aquellos que buscan acallar a otros mediante violencia y amedrentamiento. Por otro lado, la Sala no encontró evidencia de amenazas ciertas y reales de violencia más allá de las manifestaciones de la parte. Las autoridades universitarias están obligadas a mantener el orden en sus instalaciones por todos los medios legales; sin embargo, esos medios no incluyen la lesión a la libertad de expresión de un tercero. En virtud de lo expuesto,

se declara con lugar el recurso. Visto que la actividad era organizada por el estudiante Gilberth Arce Quirós, la orden se gira en su beneficio, por estimarse medio adecuado para restablecer el derecho conculcado.

IV.- Nota de la Magistrada Hernández López: En este caso no me pronuncio sobre el tema de la autonomía universitaria porque no fue alegado por la parte recurrida, pero el antecedente 2011-4160 de esta Sala, es muy claro en que la libertad de expresión y de cátedra prevalece sobre el primero.

V.-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 con lugar el recurso. Se ordena a Alberto Luis Salom Echeverría, en su condición de Rector de la Universidad Nacional, o a quien ocupe ese cargo, por un lado, de inmediato coordinar lo necesario para que se ponga a disposición del estudiante Gilberth Arce Quirós una sala de conferencias en las condiciones que razonablemente solicite dicho alumno, a fin de que se pueda presentar el libro objeto de este recurso, y, por otro, comunicar tal disponibilidad al mencionado estudiante. Se advierte a la parte recurrida, que de no acatar dicha orden, incurrirá en el delito de desobediencia y, que de conformidad con el artículo 71 de la Ley de esta jurisdicción, se le 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 Universidad Nacional 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 sentencia a Alberto Luis Salom Echeverría, en su condición de Rector de la Universidad Nacional, o a quien ocupe ese cargo, de forma personal. La Magistrada Hernández López pone nota.

Fernando Cruz C.

Presidente a.i

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L

Nancy Hernández L

Luis Fdo. Salazar A

Aracelly Pacheco S.

Jose Paulino Hernández G.

