

REVISTA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Corte Suprema de Justicia

Nro. 5. Noviembre 2023

ISSN: 2215-5724

Consejo Editorial:

Fernando Castillo Víquez (Director)

Fernando Castro Padilla (Coordinador)

Ingrid Hess Herrera

Sonia Villegas Grijalba

Administrador de sitio web:

Víctor Granados Jiménez

Diseño de portada:

Raúl Barrantes Castillo

Correo electrónico:

revista-sc@poder-judicial.go.cr

Dirección sitio web:

<https://revistasalacons.poder-judicial.go.cr/>

Nota: Las opiniones expresadas en los artículos que se publiquen son de exclusiva responsabilidad de sus autores o autoras y no reflejan necesariamente la opinión de la Sala Constitucional, de la dirección de la Revista, de las personas integrantes del Consejo Editorial o del Poder Judicial.

Índice

Presentación	4
Sección I. Doctrina Extranjera.	
Sobre la reciente jurisprudencia medioambiental del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	
<i>Jaime Rodríguez-Arana</i>	8
Sección II. Doctrina Nacional.	
La secesión de los Estados Confederados de América. Un breve análisis desde la óptica del derecho constitucional.	
<i>Luis Roberto Ardón Acuña</i>	40
Vínculos entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad en Costa Rica: implicaciones, desafíos y disonancias interpretativas. Reflexiones a la luz del artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.	
<i>Maricruz Barquero Kepfer y Fernando Castro Padilla</i>	69

**Presupuestos públicos y constitucionalidad: una perspectiva
administrativista de su interacción e impacto.**

Rolando Bolaños Garita144

**La paridad horizontal como acción afirmativa en los procesos electorales
en Costa Rica. Análisis de cara a los procesos municipales 2024.**

José Roberto Garita Navarro.....170

**Las libertades de expresión y de prensa. Análisis a partir de la
jurisprudencia constitucional y convencional.**

Alex Rojas Ortega.....203

**El principio de oralidad en el litigio ante la Sala Constitucional de Costa
Rica: el caso del recurso de amparo y de la acción de inconstitucionalidad.**

Víctor Edo. Orozco S......244

Sección III. Jurisprudencia.

Voto Nro. 2022-025167262

Voto Nro. 2023-008843658

Presentación

El número 5 de la Revista de la Sala Constitucional da continuidad al esfuerzo institucional iniciado en el 2019, en procura de facilitar la generación y difusión de doctrina extranjera y nacional y brindar divulgación a las líneas jurisprudenciales y precedentes más significativos de este Tribunal Constitucional.

En esta ocasión, en la sección de doctrina extranjera, se cuenta con el valioso aporte de don Jaime Rodríguez-Arana, catedrático de Derecho Administrativo y director del grupo de investigación de Derecho Público Global de la Universidad de La Coruña, así como presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, quien suscribe el artículo titulado “*Sobre la reciente jurisprudencia medioambiental del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”.

En la sección de doctrina nacional se ofrecen los siguientes artículos:

- Luis Roberto Ardón Acuña, secretario de la Sala Constitucional y coordinador de la Oficina de Presidencia de este tribunal, escribe sobre “*La secesión de los Estados Confederados de América. Un breve análisis desde la óptica del derecho constitucional*”, en el que se desarrolla un tema de particular interés histórico en materia constitucional.
- Maricruz Barquero Kepfer y Fernando Castro Padilla, letrados ambos de esta Sala Constitucional, analizan los retos que puede generar la implementación del control de convencionalidad en el ámbito interno de los distintos Estados, en el marco de los respectivos sistemas nacionales de justicia constitucional –con especial énfasis en el caso costarricense–, en su artículo “*Vínculos entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad en Costa Rica: implicaciones, desafíos y disonancias interpretativas. Reflexiones a la luz del artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.*”
- Rolando Bolaños Garita, investigador universitario, expone diversos elementos históricos, políticos, jurisprudenciales y técnicos relacionados con el presupuesto público y que se relacionan con su comprensión como dispositivo

para el ejercicio de la dirección gubernativa del Poder Ejecutivo, en *“Presupuestos públicos y constitucionalidad: una perspectiva administrativista de su interacción e impacto”*.

- José Roberto Garita Navarro, magistrado suplente de la Sala Constitucional, en su artículo *“La paridad horizontal como acción afirmativa en los procesos electorales en Costa Rica. Análisis de cara a los procesos municipales 2024”*, examina los principales criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional emitidos con ocasión de los comicios municipales a celebrarse en febrero de 2024, en relación con la legitimidad de la norma limitativa de la reelección municipal, la posibilidad de control constitucional de los criterios reiterados del Tribunal Supremo de Elecciones y el impacto de la paridad horizontal en tales elecciones.
- Alex Rojas Ortega suscribe *“Las libertades de expresión y de prensa. Análisis a partir de la jurisprudencia constitucional y convencional”*, en el que ofrece un análisis de tales libertades, tanto desde el punto de vista de su contenido, como de sus caracteres y alcances, a partir de los criterios emitidos por la Sala Constitucional de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Víctor Edo. Orozco S., coordinador de la Maestría Profesional en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica, nos explica sobre la implementación del principio de oralidad en el litigio ante la Sala Constitucional de Costa Rica, particularmente, respecto del recurso de amparo y de los procesos de control de constitucionalidad, en *“El principio de oralidad en el litigio ante la Sala Constitucional de Costa Rica: el caso del recurso de amparo y de la acción de inconstitucionalidad”*.

En la sección de jurisprudencia se transcriben dos pronunciamientos relevantes de esta Sala:

- El primero (**voto nro. 2022-025167**), relacionado con la orden sanitaria nro. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022, en la que se dispuso la suspensión temporal del permiso sanitario de funcionamiento de Parque Viva (adquirido por el Grupo Nación S.A.). La parte recurrente adujo una violación indirecta a la libertad de expresión, en tanto acusó que tal cierre suponía un acto arbitrario y carente de todo sustento y obedecía a la materialización de las amenazas giradas

semanas antes, públicamente, por el Presidente de la República en contra del Diario La Nación. En esta sentencia se incluye un extenso análisis sobre el contenido e implicaciones de las libertades de expresión y prensa y sobre sus restricciones por vías o medios indirectos.

- En el segundo (**voto nro. 2023-008843**), se desarrollan los principios del doble conforme y de favorabilidad en materia penal, con ocasión de la reforma el artículo 466 bis del Código Procesal Penal, mediante la Ley nro. 10200 de 5 de mayo de 2022.

Finalmente, el Consejo Editorial desea agradecer a las personas autoras de los artículos y a los miembros del grupo de revisores de la revista, pues su aporte y esfuerzo han hecho posible la publicación de este número.

Doctrina Extranjera

Sobre la reciente jurisprudencia medioambiental del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Jaime Rodríguez-Arana*

Resumen:

Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han emitido importantes criterios jurisprudenciales en aras de la salvaguarda del medio ambiente. En este artículo se exponen sus avances jurisprudenciales más recientes.

Palabras clave:

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia. Salvaguarda del medio ambiente.

Abstract:

Both the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights have issued important jurisprudential criteria in order to safeguard the environment. This article presents its most recent jurisprudential advances.

* Catedrático de Derecho Administrativo y director del grupo de investigación de Derecho Público Global de la Universidad de La Coruña. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Keywords:

Court of Justice of the European Union. European Court of Human Rights.
Jurisprudence. Safeguarding the environment.

SUMARIO: 1.- Normativa aplicable. 2.- Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3.- Reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) 4.- Reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

1.- Normativa aplicable.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 11 y 191 a 193 del **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**¹, la Unión Europea es competente para actuar en todos los ámbitos de la política de medio ambiente, como la contaminación del aire y el agua, la gestión de residuos y el cambio climático.

La política medioambiental europea se funda, como es bien sabido, en los **principios de cautela, prevención, corrección de la contaminación en su fuente, así como en el principio de que «quien contamina paga», expresión de ese viejo y actual principio de quien ocasiona un daño está obligado a repararlo.**

Los programas de acción plurianuales en materia de medio ambiente fijan el marco de las acciones futuras en todos los ámbitos de la política de medio ambiente y se integran en estrategias horizontales, siendo tenidas en cuenta en las negociaciones internacionales en materia de medio ambiente.

La política de medio ambiente ha pasado a ocupar recientemente un papel central en la elaboración de políticas de la Unión, y la Comisión ha puesto en marcha el **Pacto Verde Europeo (2019)**, el principal impulsor de su estrategia de crecimiento económico.

El ámbito de actuación de esta política se ve limitado por el **principio de subsidiariedad y por el requisito de unanimidad en el Consejo** en los ámbitos de asuntos fiscales, ordenación territorial, utilización del suelo, gestión cuantitativa de los recursos hídricos, elección de fuentes de energía y estructura del abastecimiento

¹ <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

energético. Una síntesis de la normativa europea sobre medio ambiente puede consultarse en EUR-Lex².

En relación con el **Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**³, el reconocimiento de un derecho a la calidad de vida ambiental es fruto de la labor jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mediante la interpretación “dinámica” o “evolutiva” del artículo 8.1 del Convenio, cuya aplicación ha determinado el reconocimiento de obligaciones protectoras relacionadas con la contaminación ambiental.

A favor de esta interpretación ha jugado un importante papel la amplitud del concepto de “*vida privada*”, que se ha interpretado como el derecho “*a desarrollar una vida privada normal*” mediante el reconocimiento jurisprudencial de un ***derecho a la calidad de vida ambiental***.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos iniciada con los casos ***Powell y Rayner c. Reino Unido***, de 21 de febrero de 1990, y, sobre todo, ***López Ostra c. España***, de 9 de diciembre de 1994, declara que **los atentados contra el medio ambiente pueden llegar a afectar al artículo 8 del convenio**, al “*bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar, sin, por ello, poner en grave peligro la salud de la interesada*”; protegiendo como nuevo bien jurídico la *calidad de vida ambiental*.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha aplicado **cuando la salvaguarda del medio ambiente se encuentra estrechamente vinculada a la protección de un derecho fundamental** recogido en el Convenio, como es el caso del derecho al respeto de la vida privada y familiar y el domicilio. Igualmente, en supuestos en los que, **en aras de la salvaguarda del medio ambiente, se legitima una injerencia en alguno de los derechos fundamentales** del Convenio, en particular, el derecho a la propiedad privada.

Los **últimos avances jurisprudenciales** siguen esta línea, teniendo en cuenta que la protección del medio ambiente es siempre indirecta y sólo es tenida en cuenta en la medida que afecte directamente los derechos subjetivos protegidos por el Convenio

² https://eur-lex.europa.e/summary/chapter/environment.html?root_default=SUM_1_CODED=20&locale=es

³ https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

Europeo. Como es sabido, reconociéndose una necesidad creciente de darle una mayor cabida al medio ambiente en este sistema de salvaguarda de derechos humanos.

Esta sensibilidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conducido a la publicación de la **Guía sobre la Jurisprudencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos en Medioambiente**⁴, actualizada al 31 de agosto de 2021, esencial para profundizar en el estudio de la jurisprudencia revisada en esta nota.

En efecto, el 27 de septiembre de 2022 mediante la **Recomendación sobre derechos humanos y protección del medioambiente**⁵, el Consejo de Europa reclama a sus cuarenta y seis Estados miembros que consideren reconocer, a nivel nacional, el derecho a un medioambiente limpio, sano y sostenible como un derecho humano.

2.- Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea son instituciones jurídica y competencialmente diferentes, como el Consejo de Europa y la Unión Europea. No obstante, **la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los últimos años ha acogido y hecho propios, en ciertos casos, conceptos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos** (por ejemplo, los criterios de independencia judicial del TEDH se han aplicado de forma expresa por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al caso de Polonia).

Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos **ha tenido en cuenta la normativa de la Unión Europea –y las funciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea–**. Efectivamente, en marzo de 2022 el TEDH dedicó una de sus habituales y utilísimas «guías» orientativas sobre jurisprudencia temática a un tema hasta ahora no recogido en ninguna «guía»: **«Droit de l’UE dans la jurisprudence de la CEDH»**⁶

⁴ https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Environment_SPA.pdf

⁵ https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680a83df1

⁶ https://ingirumimusnoctetconsumimurignidotcom.files.wordpress.com/2022/07/guide_eu_law_in_echr_case-law_fra.pdf

La introducción de esta guía explica que 27 Estados parte de la Convención son también miembros de la Unión Europea y han transferido a ésta determinadas competencias, que la Unión Europea como tal no es parte de la Convención y que **en ocasiones ante el TEDH se plantean solicitudes que cuestionan directa o indirectamente medidas de la Unión Europea** o medidas nacionales dictadas en aplicación del Derecho de la Unión. El papel del TEDH es **determinar si los efectos de las decisiones en un caso específico son compatibles con la Convención.**

La «guía» incluye un capítulo III sobre la larga lista de **casos en los que la jurisprudencia del TEDH ha incluido referencias al Derecho UE; entre otras materias, la protección del medio ambiente.** Y para ello se tiene en cuenta, por ejemplo, el llamado «*principio de presunción de protección equivalente*», que se aplica con determinados requisitos que resume la guía en parágrafos 17 y siguientes, partiendo de que la protección de los derechos humanos es un «pilar» de la Unión Europea y que se presume que la Unión Europea ofrece protección equivalente a la de la Convención.

En este sentido, se debe resaltar la **obligación de motivar la negativa a plantear una cuestión prejudicial por un tribunal nacional, en relación con el artículo 6 de la Convención, derecho al acceso a los tribunales.** La Convención no garantiza que se conceda por un tribunal nacional el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, pero sí que se motive la denegación, con determinados requisitos y de manera no formularia, en función de las circunstancias concretas y si la cuestión prejudicial hubiera tenido impacto en el litigio.

3.- Reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).⁷

Entre la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea podemos destacar como más relevante la referida a la **delimitación del derecho de acceso a la información y a la Justicia en materia de medio ambiente**, con una interpretación restrictiva del concepto de “*público interesado*” o el recordatorio de que las excepciones al acceso han de ser siempre restringidas; una **interpretación amplia**

⁷ Todas sus resoluciones en <https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>

y proteccionista de los “*lugares de reproducción y descanso*” de la Directiva sobre los hábitats y la **aplicación del principio de cautela** para aplicar una protección rigurosa de las especies; o sobre la imposición de las energías renovables al gravar su producción de la misma forma que el resto.

En este sentido, podemos reseñar la reciente **sentencia del 25 mayo de este año 2023**⁸, sobre cuestión prejudicial de interpretación en relación con la Directiva 2011/92, de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (arts. 4; 2; 11; y anexo III).

En este caso, el juez remitente quería saber, en síntesis, si en el caso de que un Estado haya optado por supeditar la procedencia de la evaluación del impacto ambiental de los proyectos a umbrales o criterios de sujeción debe exigirse, además, un estudio individualizado en los casos en que, pese a incumplirse aquéllos, el Proyecto puede tener efectos ambientales significativos.

El Tribunal de Justicia, tras analizar las previsiones de la Directiva 2001/42 a la luz de su jurisprudencia consolidada, considera incompatible con la misma una normativa interna que solo prevea, como criterio determinante de la necesidad de someter un Proyecto de urbanización a evaluación ambiental previa, el cumplimiento de umbrales como los previstos en Austria. En la misma línea, la sentencia entiende que en caso de que deba realizarse un análisis casuístico de la posibilidad de que un proyecto tenga efectos ambientales significativos deben tenerse en cuenta todos los criterios del anexo III de dicha Directiva.

Según el Tribunal, de otra parte, la decisión sobre el sometimiento a evaluación ambiental del Proyecto tras el estudio casuístico previsto en la Directiva puede corresponder a un órgano jurisdiccional siempre que el «público interesado» pueda impugnar la legalidad de dicha decisión.

Por último, la Sentencia establece que no cabe conceder licencias de obras para proyectos individuales inscritos en el marco de proyectos de urbanización más amplios antes de realizar la preceptiva evaluación de impacto ambiental o durante esta, o antes

⁸ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%22medio+ambiente%22&docid=274102&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=16239463#ctx1>

de que finalice un estudio caso por caso de los efectos ambientales para determinar si tal evaluación es necesaria.

El **20 de abril de este año 2023⁹ fue dictada la Sentencia** sobre cuestión prejudicial de interpretación, sobre la Directiva 2009/28/UE, de fomento de las energías renovables (art. 16.2, letra c); cuestión a la volveremos más adelante.

El Tribunal remitente quería saber si la Directiva limita el acceso prioritario a la red eléctrica a las instalaciones que generan electricidad utilizando solo fuentes de energía renovables; o, también se proyecta sobre las que utilizan, además, fuentes convencionales; y, si dicho acceso prioritario, en el caso de una instalación que utiliza ambos tipos de fuentes (renovables y convencionales) se proyecta solo sobre la electricidad generada a partir de fuentes renovables; y, en caso, afirmativo, las modalidades de aplicación.

El Tribunal, tras analizar las previsiones de la Directiva, concluye que la prioridad de acceso a la red eléctrica se proyecta sobre las instalaciones que generan electricidad a partir de fuentes de energía tanto renovables como convencionales, aunque establece, en segundo lugar, que sólo la electricidad verde debe disfrutar de tal prioridad. En este sentido, los Estados deben establecer los criterios determinantes del orden de acceso de las instalaciones a la red según la cuota de fuentes renovables que utilicen.

Igualmente, el **9 de marzo de este 2023¹⁰**, en sentencia del Tribunal en cuestión prejudicial de interpretación, en relación con las Directivas 2010/75/UE, de emisiones industriales (arts. 15.4 y 18); y, 2008/50/UE, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa (arts. 13 y 23), señala que las excepciones puntuales concedidas en los permisos al cumplimiento de los valores límite de emisión asociados a las mejores técnicas disponibles deben tener en cuenta las normas de calidad ambiental y no pueden concederse si en la zona se vulneran dichas normas. La concesión de dichas excepciones debe considerar la contaminación de la zona y denegarse si puede superar las previsiones de calidad del aire de la Directiva 2008/50 o de los planes adoptados para cumplirlas.

⁹ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=272685&mode=req&pageIndex=2&dir=&occ=first&part=1&text=%22medio+ambiente%22&doclang=ES&cid=1584038#ctx1>

¹⁰ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=medio+ambiente&docid=271070&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3191952#ctx1>

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha condenado a diversos Estados miembros por diversos incumplimientos como, por ejemplo, de la **Directiva de tratamiento de las aguas residuales**. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha caracterizado por garantizar la adecuada interpretación de las normas, así como su aplicación homogénea en todos los Estados miembros, además de supervisar su cumplimiento.

Por un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe garantizar la adecuada interpretación de las normas, así como su aplicación homogénea en todos los Estados miembros. Esta función es muy relevante, máxime si se considera que los objetivos de protección deben establecerse de forma similar en todos los Estados miembros y, en coherencia, las medidas para lograr su consecución serán también similares. Por otro lado, el Tribunal debe supervisar el cumplimiento por parte de todos los Estados miembros de las normas establecidas para el interés general.

La gran mayoría de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia son resultado del planteamiento de peticiones de decisión prejudicial por los órganos jurisdiccionales nacionales sobre la validez o interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión y la adecuación de su ordenamiento jurídico interno a las previsiones de la normativa europea, conforme a lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Junto a ellas, el Tribunal de Justicia resuelve procedimientos de infracción incoados por la Comisión al estimar que determinados Estados miembros habían incumplido con las obligaciones derivadas de los Tratados, haber emitido un dictamen motivado al respecto y ofrecerles la posibilidad de presentar sus observaciones. El recurso al Tribunal, tal y como se establece en el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es la última vía, aplicable cuando esos Estados no se atengan al dictamen en el plazo previsto por la Comisión.

Así, una de las condenas ha recaído sobre el Reino de España por incumplimiento de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

En la sentencia del **C-125/20, Comisión / España, 22 de diciembre de 2022**, se revisa la aplicación de la Directiva 2008/50/CE, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa, en relación con su anexo XI sobre valores límite para

la protección de la salud humana y su anexo XV sobre información, que debe incluirse en los planes de calidad del aire locales, regionales o nacionales de mejora de la calidad del aire ambiente.

Resuelve el recurso de la Comisión Europea contra España por incumplimiento de las obligaciones sobre valores límite fijados para el dióxido de nitrógeno (NO₂) en las áreas de Madrid y Barcelona. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea constata que, entre 2010 y 2018, tanto las áreas de Madrid como Barcelona superaron, de forma sistemática y continuada, los valores límite marcados de NO₂, y que, con arreglo a la Directiva 2008/50, España no había ejecutado medidas adecuadas y eficaces para que el período de superación de los valores límite fijados para el NO₂ por la Directiva fuera *“lo más breve posible”*.

La decisión explica que el artículo 23 de la Directiva 2008/50 establece una relación directa entre, por una parte, la superación de los valores límite fijados para el NO₂ (artículo 13.1 de la Directiva, en relación con su anexo XI) y, por otra parte, la elaboración de planes de calidad del aire, que deben ser adoptados sobre la base del equilibrio entre el objeto de reducción del riesgo y los diferentes intereses públicos y privados en juego. Así, si bien los Estados miembros disponen de cierto margen de apreciación para determinar las medidas que han de adoptarse, estas deben, en cualquier caso, permitir que el período de superación de los valores límite fijados para el contaminante en cuestión sea lo más breve posible.

El Tribunal de Justicia señala que, a fecha de que expirara el plazo (16 de abril de 2017) para adoptar los planes a los que obligaba la Directiva, España no había puesto en marcha ningún plan de calidad del aire, si bien matiza que el Plan de actuación para la mejora de la calidad del aire en las zonas de protección especial del ambiente atmosférico del área de Barcelona estaba en vigor. El tribunal observa que la exigencia de la Directiva 2008/50 es más estricta que la que se aplicaba durante la vigencia de la Directiva 96/62, la cual se limitaba a imponer a los Estados miembros la obligación de adoptar, en un plazo razonable, medidas destinadas a conformar la calidad del aire a los valores límite fijados para los contaminantes de que se trataran. Seguidamente añade que algunas de las medidas previstas con posterioridad por las autoridades españolas no son lo suficientemente concretas, ya que aluden simplemente al refuerzo del transporte público, la promoción de vehículos limpios y sostenibles, la promoción de la red de recarga eléctrica, medidas fiscales o incluso la promoción de los desplazamientos a pie y en bicicleta para la movilidad diaria. Ante la alegación de los Estados sobre el

reto socioeconómico que supone mantenerse dentro de los límites, el tribunal repite que las dificultades estructurales vinculadas al reto socioeconómico y presupuestario no revisten, en sí mismas, carácter excepcional, y no excluyen la posibilidad de establecer plazos más breves.

Esta condena contra España por el incumplimiento de la directiva de calidad del aire se suma a las previamente dictadas por el Tribunal de Justicia contra Alemania, Italia y Francia (véase: **C-635/18, Comisión / Alemania, 3 de junio de 2021**; **C-573/19, Comisión / Italia, 12 de mayo de 2022**; **C-636/18, Comisión / Francia, 24 de octubre de 2019**).

Como vemos, se han resuelto procedimientos de infracción sobre la aplicación de la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa (en adelante, Directiva de calidad del aire). Además, el Tribunal de Justicia resuelve recursos de casación interpuestos con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recursos de anulación con fundamento en el artículo 263 del TFUE.

Por otra parte, la **sentencia del C-525/20, Association France Nature Environnement c. Premier Ministre y Ministre de la Transition écologique et solidaire, 5 de mayo de 2022**, que revisa la aplicación del artículo 4 de la Directiva 2000/60/CE por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas en relación con normativa nacional que prevé que, para apreciar la compatibilidad de los programas y decisiones administrativas adoptados en el ámbito de la política de aguas para prevenir el deterioro de la calidad de las aguas, “*no se tendrán en cuenta las repercusiones temporales de corta duración y sin consecuencias a largo plazo*”.

En principio, el art. 4.1.a), inciso i) de la Directiva 2000/60 obliga a los Estados miembros a aplicar las medidas necesarias para prevenir el deterioro del estado de todas las masas de agua superficial, sin perjuicio de las excepciones que se permiten en los apartados 6 a 8 de ese mismo artículo. Se trata de una obligación vinculante que afecta a los concretos proyectos que se lleven a cabo. La obligación de prevenir el deterioro es vinculante en cada una de las etapas de aplicación de la Directiva 2000/60 y es aplicable a cualquier tipo y estado de masa de agua superficial para el que se adopte un plan hidrológico. Cuando un proyecto pueda deteriorar el estado de una masa de agua o comprometer el logro de un buen estado, se debe denegar la autorización salvo

que el proyecto se pueda escoger a alguna excepción de las contempladas en el art. 4.7 de la Directiva.

El concepto de “*deterioro del estado*” de una masa de agua superficial no se define en la Directiva. El Tribunal de Justicia ha dictaminado que se debe considerar que existe deterioro cuando el estado de al menos uno de los indicadores de calidad del anexo V de la Directiva descienda a la clase inferior, aun cuando la masa de agua en su conjunto no pase a una clase inferior. Si el indicador afectado ya se encuentra en la clase más baja, cualquier descenso que experimente supondrá también un deterioro del estado de la masa de agua.

La disposición nacional controvertida permite la autorización de proyectos que tengan solamente repercusiones temporales en el estado de una masa de agua superficial, sin que sea necesario comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos para acogerse a una de las excepciones contempladas en el art. 4.7 de la Directiva. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que, de acuerdo con el art. 4.1, los Estados no están necesariamente obligados a tener en cuenta repercusiones sobre el estado de la masa de agua que apenas tengan incidencia ni impliquen su deterioro. Sin embargo, la situación es distinta cuando se produce un deterioro, aunque sea de carácter temporal. El art. 4.1, en relación con el 4.6, implica la obligación de prevenir deterioros temporales del estado de las masas de agua. Además, el art. 1.a) fija como objetivo de la directiva la protección de las aguas frente a “*todo*” deterioro adicional. La obligación de prevenir el deterioro es autónoma, y no solamente un instrumento al servicio de la obligación de mejora del estado de las masas de agua.

Los apartados 6 y 7 del art. 4 solo autorizan el deterioro de una masa de agua en condiciones muy estrictas. El umbral a partir del cual se declara el incumplimiento de la obligación de prevenir el deterioro debe ser lo más bajo posible. En definitiva, la Directiva y el art. 192 TFUE, del que trae causa, quieren que se evite todo deterioro del estado de una masa de agua, aunque sea temporal. Un proyecto que cause este tipo de deterioro solo se podrá autorizar si cumple con los requisitos que impone el art. 4.7 de la Directiva.

La sentencia del **C-300/20, Bund Naturschutz in Bayern contra Landkreis Rosenheim, 22 de febrero de 2022**, revisa la aplicación del artículo 3, apartados 2, letra a), y 4, de la Directiva 2001/42/CE relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente en relación con una ordenanza relativa a un área de protección paisajística, que redujo el área protegida, realizada sin

evaluación de impacto ambiental previa y sin un examen para determinar si la ordenanza podía tener efectos medioambientales significativos.

El Tribunal de Justicia determina que una ordenanza como la del litigio principal, que establece prohibiciones generales y somete actividades a autorización, sí se puede calificar como “*plan o programa*” en el sentido del art. 2.a) de la Directiva 2001/42, aunque se trate de una normativa de carácter general y abstracto, con prescripciones para un número indeterminado de situaciones. Precisamente el grado de abstracción y la persecución de un objetivo de transformación de una zona geográfica ilustran la dimensión programática y planificadora de un instrumento de ese carácter.

Teniendo en cuenta el objetivo de la Directiva (garantizar un alto nivel de protección del medio ambiente), las disposiciones que contienen definiciones de los actos a los que se refiere, y que delimitan así su ámbito de aplicación, se deben interpretar en sentido amplio. De acuerdo con el art. 3.2.a), se deben someter a evaluación de impacto ambiental todos los planes y programas que se elaboren con respecto de los sectores mencionados en la propia disposición y que, además, establezcan el marco para la autorización en el futuro de proyectos enumerados en los anexos I y II de la Directiva 2011/92.

Los sectores son: la agricultura, la silvicultura, la pesca, la energía, la industria, el transporte, la gestión de residuos, la gestión de recursos hídricos, las telecomunicaciones, el turismo, la ordenación del territorio urbano y rural o la utilización del suelo. Estos dos últimos sectores no se limitan a la división del territorio en zonas y la definición de actividades permitidas en cada una de ellas, sino que tienen un alcance más amplio. Un plan o programa se considerará incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva cuando se refiera o trate de uno de estos sectores. El hecho de que el objetivo principal de un plan o programa sea la protección del medio ambiente o el paisaje no excluye que trate o se refiera a alguno de los sectores enumerados.

En cuanto al requisito de la autorización de proyectos, por “*proyectos*” se entiende obras o intervenciones que modifiquen la realidad física del lugar, tal y como se definen en el art. 1.2.a) de la Directiva 2011/92 y se especifica en sus anexos I y II. Un “*marco para la autorización en el futuro de proyectos*” supone un conjunto de criterios y condiciones para la autorización y ejecución de uno o varios proyectos, en particular respecto a la ubicación, las características, dimensiones y condiciones de funcionamiento, que defina reglas y procedimientos de control aplicables.

Por tanto, para considerarse incluido en el art. 3.2 de la Directiva 2001/42, un plan o programa deberá establecer todos estos aspectos y si lo hace, deberá someterse a evaluación de impacto ambiental. Pero si no establece normas suficientemente detalladas sobre el contenido, la elaboración y la ejecución de proyectos enumerados en los anexos I y II de la Directiva 2001/42, el plan o programa no se considerará incluido en el art. 3.2.a) de la Directiva 2001/42 y no precisará de evaluación de impacto ambiental. Tampoco se considerará incluido en el artículo 3.4 de la misma Directiva, de manera que no estará sujeto a la obligación de determinar si el plan o programa en cuestión puede tener efectos medioambientales significativos.

Junto a un amplio número de resoluciones en relación a la gestión y tratamiento de los residuos, hay que tener en cuenta las resoluciones que se refieren a la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003 por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo (en adelante Directiva de gases de efecto invernadero o GEI).

Estas resoluciones aclaran determinados conceptos clave para su aplicación, tales como la “*potencia nominal*” frente a la “*potencia efectiva*” de una instalación si la restricción efectuada en la misma es permanente y verificable; el alcance y relación de los términos “*combustión*” y “*combustible*” con la regla de agregación; la definición de “*instalación*” y su “*titular*” en relación a la actualización del permiso de emisión GEI, o el régimen de los gases de efecto invernadero fluorados.

El Tribunal de Justicia también ha revisado la aplicación del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998 y aprobado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005. Vinculada con ellas se puede mencionar una sentencia sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

Mediante **T-371/20 y T-554/20, Pollinis Francia / Comisión de 14 de septiembre de 2022**, se revisó la aplicación del artículo 4.3 del Reglamento n.º 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión y, en concreto, dos decisiones de la Comisión Europea para denegar el acceso a determinados documentos relativos al documento de orientación de la Autoridad

Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA) sobre la evaluación de los riesgos de los productos fitosanitarios para las abejas, adoptado en 2013, bajo el pretexto de la protección del proceso decisorio y la privacidad.

Entre 2018 y 2020, la ONG francesa dedicada a combatir la extinción de las abejas y otros insectos polinizadores, Pollinis, había dirigido a la Comisión Europea repetidas solicitudes de acceso a documentos referidos a las llamadas “*pruebas de abejas*”, protocolos científicos para evaluar mejor la toxicidad de los pesticidas sobre los polinizadores antes de ponerlos en el mercado. La Comisión Europea denegó el acceso a los documentos sobre la base de la excepción para la protección de la privacidad y la integridad individual y la excepción para la protección del proceso decisorio garantizados bajo el artículo 4.1.b y 4.3 del Reglamento n.º 1049/2001.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea constata que la excepción para la protección del proceso decisorio no es aplicable a los documentos solicitados porque el proceso decisorio sobre estos documentos había concluido al momento de la solicitud de información. La decisión observa que los documentos de referencia de 2013 estaban en proceso de revisión a petición de la Comisión Europea, pero que dicha revisión no constituía un proceso decisorio al carecer de objeto. La falta de objeto del proceso decisorio se explica porque, al estar la revisión en curso, era imposible establecer el contenido de cualquier documento revisado, la posible forma de la adopción o el procedimiento a seguir para ello.

Además, el Tribunal de la Unión Europea aclara su posición sobre el hipotético caso de que en efecto existiera dicho proceso decisorio. Al respecto, el mismo Tribunal declara que la legislación europea en materia de acceso a los documentos no justifica que las instituciones de la Unión Europea nieguen, por principio, el acceso a documentos sobre deliberaciones que reflejen la posición individual expresada por los Estados miembros. La decisión añade que lo anterior no obsta a las instituciones de la UE para que puedan denegar el acceso a los documentos que recojan la posición individual de los Estados miembros como parte de un proceso decisorio, en casos debidamente justificados, donde la revelación pudiera perjudicar los intereses protegidos por las excepciones del Reglamento n.º 1049/2001.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda el derecho al acceso público de los documentos institucionales garantizado por el Reglamento n.º 1049/2001 (así como por el artículo 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), que recoge el deseo de crear una Unión donde las decisiones se adoptan de la manera más

abierta y más cercana a la ciudadanía que sea posible, y que ese derecho está vinculado a la naturaleza democrática de las instituciones de la Unión Europea. Por ello, este derecho se debe entender de la manera más amplia posible y cualquiera de las excepciones a dicho derecho se deben interpretar y aplicar en sentido estricto.

Precisamente, en relación con el acceso a la justicia recordamos que, por ejemplo, en el proceso contencioso-administrativo medioambiental español, se resalta el **problema en torno a la adopción de medidas cautelares y los gastos** que se exigen a modo de caución o garantía. Este depósito tiene el objetivo de hacer frente a los posibles perjuicios derivados de la imposición de medidas cautelares; sin embargo, en muchas ocasiones alcanza un coste muy alto, lo cual supone un gran impedimento en el acceso a la justicia cautelar ambiental, pues las **cantidades son en muchas ocasiones inasumibles para entidades sin ánimo de lucro y particulares.**

En efecto, en España, el art. 133.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa establece que la cuantía deberá ser suficiente para contrarrestar los perjuicios derivados de la medida cautelar, pero *“en los últimos años se ha ido afianzando una corriente jurisprudencial por la que se acuerdan medidas cautelares sin necesidad de prestar caución, o imponiendo cauciones de importe meramente simbólico”* (Estudio sobre acceso a la justicia en materia medioambiental en cumplimiento de la decisión IV/9(F) de la reunión de las partes del Convenio de Aarhus. Pgs. 22 a 25). Efectivamente, las Partes del **Convenio de Aarhus establecieron en su artículo 9.4** que los recursos en materia de medio ambiente debían incluir la posibilidad de adoptar medidas cautelares (*injunctive relief*, en el texto original del Convenio en inglés) suficientes y efectivas, que deben ser objetivas, equitativas y rápidas, **sin que su coste sea prohibitivo.**

Otro ámbito en el que se ha pronunciado el Alto Tribunal es el referido a la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, evidenciando la interconexión existente entre las normas que regulan el medio ambiente.

Por ello, en estos casos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea analiza diversas normas aplicables a un mismo supuesto, aplicando sistemáticamente con la anterior, la **Directiva 2009/147/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la conservación de las aves silvestres; la Directiva marco de aguas mencionada anteriormente, y el Reglamento (CE) n.º 1120/2009 de la Comisión de 29 de octubre de 2009 que establece disposiciones de aplicación del régimen de pago único

previsto en el título III del Reglamento (CE) núm. 73/2009 del Consejo por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores (en adelante, PAC).

En este ámbito, el Tribunal sigue con su estela tradicional de interpretaciones proteccionistas vinculadas al principio de cautela y orientadas a lograr una mejor protección del medio ambiente y recuerda, para ello, resoluciones previamente emitidas en este sentido. Así sucede, por ejemplo, con el carácter amplio otorgado a los “*lugares de reproducción*”, los cuales incluyen las inmediaciones necesarias para que la especie se reproduzca con éxito, una acepción dilatada del alcance temporal de la protección de los lugares de reproducción e incluso los lugares que ya no están ocupados, si existe una probabilidad suficientemente elevada de que la especie retorne a ellos.

En la sentencia del **C-873/19, Deutsche Umwelthilfe eV / Bundesrepublik Deutschland, 8 de noviembre de 2022**, que revisa la aplicación del art. 9.3 del Convenio sobre Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente (acceso a la justicia), aplicable a la UE mediante Reglamento (CE) n.º 1367/2006 y del Artículo 47.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial); así como el art. 5.2.a. del Reglamento (CE) n.º 715/2007 sobre homologación de tipo de los vehículos comerciales ligeros y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos, se declaró que una asociación de defensa del medio ambiente goza de legitimidad para impugnar una resolución administrativa por la que se concede o se modifica una homologación que pudiera ser contraria al Reglamento n.º 715/2007, en el caso de determinados vehículos fabricados por Volkswagen AG con uso de un programa informático que reduce la recirculación de los gases contaminantes en función de la temperatura exterior.

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aporta claridad sobre los derechos que tienen las asociaciones de defensa del medio ambiente para plantear procedimientos legales ante tribunales nacionales para recurrir posibles violaciones por el Estado del Derecho medioambiental de la UE. El Tribunal europeo comienza por constatar que la resolución objeto de conflicto forma parte del derecho medioambiental en el sentido del Convenio de Aarhus. Para ello, establece que, aunque el Reglamento

n.º 715/2007 fuera adoptado bajo el fundamento de una provisión sobre el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (artículo 95 CE, actualmente artículo 114 TFUE), ello no desvirtúa su objetivo medioambiental. El tribunal hace uso del documento explicativo "*Convenio de Aarhus, guía de aplicación*" publicado por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa para confirmar que el objeto del conflicto se integra dentro de la expresión "*disposiciones del derecho medioambiental nacional*" del Convenio de Aarhus.

En lo que respecta a la legitimidad para plantear recursos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece que, bajo los criterios del artículo 9.3 del Convenio de Aarhus (acceso a la justicia), los Estados, a través del Derecho interno, tienen la facultad de delimitar los titulares del derecho de iniciar procedimientos administrativos o judiciales, pero no así la facultad para determinar el objeto del recurso, que no es sino la vulneración de las disposiciones del Derecho medioambiental nacional, tal y como se contempla en el mencionado artículo 9.3 del Convenio de Aarhus. Por ello, se deduce que los Estados miembros no pueden reducir el ámbito de aplicación material del citado artículo 9.3, blindando a efectos de un recurso determinadas categorías de disposiciones del Derecho medioambiental nacional.

Es más, el Tribunal aclara que, cuando un Estado miembro establece normas de tipo procedimental internas para delimitar el grupo de personas titulares con derecho a interponer un recurso en materia ambiental, ese Estado miembro está aplicando el Derecho de la Unión (en el sentido del artículo 51.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), y, por tanto, debe garantizar, en particular, el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta. Ante posibles dudas sobre si se aplica o no el artículo 9.3 del Convenio de Aarhus, y partiendo de la base de que la UE ha ratificado el Convenio de Aarhus, el tribunal se declara a favor de su aplicación acogiéndose, por un lado, a que la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión exige dar al Derecho nacional una interpretación conforme con las exigencias de tales acuerdos y, por otro lado, que la tutela judicial efectiva está garantizada por el artículo 47 de la Carta.

De este modo, el Tribunal declara que las normas procedimentales alemanas son contrarias al acceso a la justicia contemplado por el Convenio de Aarhus, al negar a las asociaciones de defensa del medio ambiente el ejercicio del derecho de recurso contra una resolución por la que se concede o se modifica la homologación de tipo de los vehículos comerciales ligeros. Asimismo, dichas normas suponen una limitación del

derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 47 de la Carta, sin que dicha limitación esté justificada.

Sobre la calidad del aire, se han sentenciado condenas por no haber adoptado en tiempo y con la eficacia necesaria los planes necesarios para reducir la contaminación del aire, conforme a lo establecido en los artículos 13.1 y 23.1 de la Directiva. Así, por la superación sistemática y persistente de los valores límite de dióxido de nitrógeno (NO₂) en dieciséis zonas y aglomeraciones del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (**C-664/18, ECLI:EU:C:2021:171, de 4 de marzo de 2021**) y en 26 zonas y aglomeraciones de la República Federal de Alemania (**C-635/18, ECLI:EU:C:2021:437, de 3 de junio de 2021**); y de micro-partículas PM₁₀, en relación al NO₂, en las regiones de Budapest y Pécs, y en el valle del Sajó, en Hungría (**C-637/18, ECLI:EU:C:2021:92, de 3 de febrero de 2021**); y de no velar por que el periodo de superación sea lo más breve posible, al no haber adoptado medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento de los valores límite fijados para el NO₂ y PM₁₀ en esas zonas.

Igualmente, se ha pronunciado el TJUE sobre el cumplimiento de la **Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991**, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas; condenando, por ejemplo, al Reino de Suecia y a la República Italiana. Asimismo, se ha pronunciado sobre la **Directiva 2008/118/CE del Consejo**, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales, y por la que se deroga la Directiva 92/12/CEE; también en relación con la **Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009**, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (derogada por la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables).

En este sentido es relevante la interpretación del artículo 9.2 del Convenio de Aarhus que realiza la sentencia de 14 de enero de 2021, Sala Primera (**C-826/18, ECLI:EU:C:2021:7**), entendiéndose que *“debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que los miembros del «público» a que se refiere el artículo 2, apartado 4, de dicho Convenio no tengan acceso como tales a la justicia a los efectos de impugnar una decisión que esté comprendida en el ámbito de aplicación de su artículo 6. En cambio, el artículo 9, apartado 3, de dicho Convenio se opone a que esas personas no puedan tener acceso a la justicia para invocar derechos de participación en la toma de decisiones más amplios,*

que pudiera conferirles únicamente el Derecho medioambiental nacional de un Estado miembro”.

Igualmente, sentencia que *“el artículo 9, apartado 2, del Convenio de Aarhus se opone a que la admisibilidad de los recursos judiciales a que se refiere, interpuestos por organizaciones no gubernamentales que forman parte del «público interesado», en el sentido del Convenio de Aarhus, se supedita a que estas hayan participado en el procedimiento de toma de decisiones que condujo a la adopción de la decisión impugnada”.*

Así, puede afirmarse que el Tribunal Europeo realiza una interpretación restrictiva del concepto de *“público interesado”* recogido en el artículo 9.2 del Convenio de Aarhus, si bien es cierto que permite a las legislaciones nacionales realizar una definición más amplia del mismo. Por otro lado, rechaza la exigencia de legitimación para interponer un recurso a la previa participación en el proceso de adopción de la decisión impugnada.

No obstante, debemos resaltar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamina en favor de interpretar de forma no restrictiva el Convenio de Aarhus; por ejemplo, al facilitar el acceso a la información, la verdadera participación del público en la toma de decisiones y un amplio acceso a la justicia en materia de medio ambiente; así en la sentencia de 20 de enero de 2021, Sala Primera (**C-619/19, ECLI:EU:C:2021:35**) y en la sentencia del 15 de abril de 2021, Sala Primera (**C-470/19, ECLI:EU:C:2021:271**).

También debe ponerse de relieve la interpretación del concepto dinámico del *“área de distribución natural”* de la Directiva sobre los Hábitats establecido por el TJUE en su sentencia de 11 de junio de 2020, Sala Segunda (**C-88/19, ECLI:EU:C:2020:458**); como la interpretación amplia, proteccionista, de los *“lugares de reproducción”* y las *“zonas de descanso”* de la Directiva sobre los Hábitats, mediante la sentencia de 28 de octubre de 2021, Sala Segunda (**C-357/20, ECLI:EU:C:2021:881**); abarcando sus inmediaciones y extendiéndose tanto a los lugares efectivamente ocupados como a aquellos en los que concurra una probabilidad suficientemente elevada de que la especie protegida vuelva.

El Tribunal Europeo no limita la aplicación de sus prohibiciones a determinadas especies, sino que en aplicación del principio de cautela y de acción preventiva, regirán para todas las especies, también aquellas que hayan alcanzado un estado de conservación favorable, independientemente de que las actividades de que se trate no

tengan como objetivo la captura o muerte, la perturbación de especies animales o la destrucción o la recogida intencionales de huevos. Así, las medidas de explotación forestal se deberán basar en un enfoque preventivo que tenga en cuenta las necesidades de conservación de las especies tomando en consideración las exigencias económicas, sociales, culturales, regionales y locales.

La sentencia del **C-659/20, ET / Ministerstvo životního prostředí (Guacamayos jacinto), 8 de septiembre de 2022**, revisa la aplicación del Reglamento n.º 865/2006, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento 338/97, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio; así como la aplicación del artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho a la propiedad).

En la decisión prejudicial, a petición del Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de la República Checa, en el caso de la solicitud de dispensa para comercializar especímenes protegidos nacidos y criados en cautividad en su establecimiento, pero cuyos ascendientes habían sido transportados de forma irregular por un tercero, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea constata que no se puede considerar que un espécimen de una especie protegida en posesión de un criador ha nacido y se ha criado en cautividad cuando sus ascendientes -los cuales no forman parte del plantel reproductor de ese criador- se adquirieron de un modo perjudicial para la supervivencia en la naturaleza de la especie en cuestión. En esta sentencia, el Tribunal aclara el concepto de “*plantel reproductor*” y delimita el alcance de la potestad de dispensar la prohibición de comercializar especies nacidas y criadas en cautividad. Para ello, interpreta el contenido del Reglamento n.º 865/2006, el cual garantiza el pleno cumplimiento de lo establecido en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES por sus siglas en inglés) de 1973. El apéndice I de la CITES incluye la especie objeto de este caso, el guacamayo jacinto.

La sentencia recuerda que el concepto de “*plantel reproductor*” no se refiere a un mero proceso de reproducción, desvinculado de cualquier instalación física concreta. Un establecimiento de cría en cautividad requiere la identificación precisa del establecimiento, su propietario y gerente, y las instalaciones destinadas a albergar el plantel. Por ello, no están comprendidos en el concepto de “*plantel reproductor*” unos ascendientes que nunca han sido de la propiedad ni han estado en posesión del establecimiento de que se trate.

Además, el Tribunal europeo subraya que tanto la regla general de prohibición de toda utilización comercial de especímenes de las especies amenazadas de extinción, como las condiciones en las que se permite considerar que un espécimen de una especie animal ha nacido y se ha criado en cautividad, deben interpretarse en sentido estricto. La sentencia aclara que es preciso tener en cuenta el estado del ascendente de ese plantel reproductor en el momento de la separación de su entorno natural para determinar si el plantel se obtuvo o no de modo perjudicial para la supervivencia en la naturaleza de la especie. Si la especie estuviera incluida en la CITES, entonces debe considerarse que la extracción de su entorno menoscaba la supervivencia en la naturaleza de la especie y, por lo tanto, ningún Estado miembro tiene potestad para conceder una exención a la prohibición de vender los especímenes procedentes de ese ascendente.

Por otra parte, El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que el derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no es un derecho absoluto y por lo tanto su ejercicio puede someterse a restricciones justificadas por un objetivo de interés general reconocido por la Unión, que en este caso concurre en la protección de las especies silvestres. Al establecer una ponderación equilibrada entre el derecho de propiedad y las exigencias ligadas a la protección de las especies silvestres, el TJUE explica que la comercialización de los especímenes de especies amenazadas de extinción contribuye a la creación, mantenimiento o expansión de un mercado dedicado a la adquisición de esos especímenes. Sentado esto, concluye que la propia existencia de ese mercado constituye, en cierta medida, una amenaza para la supervivencia de especies amenazadas de extinción.

Deben resaltarse igualmente las resoluciones en relación con las energías renovables y la **Directiva 2008/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008**, relativa al régimen general de los impuestos especiales; vinculada con la **Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables**.

En relación con la desestimación de una solicitud de rectificación de las autoliquidaciones del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, se pronuncia la sentencia de 3 de marzo de 2021 (**C-220/19, ECLI:EU:C:2021:163**). En este caso, el juzgador, considera que el impuesto no constituye un impuesto indirecto que grave directa o indirectamente el consumo de electricidad a que se refiere la

Directiva 2003/96, por lo que no puede estar incluido en el ámbito de aplicación del artículo 1.2 de la Directiva 2008/118 (apartado 59). Y, además, el Tribunal expone que ninguna de las disposiciones de la Directiva 2009/28 prohíbe a los Estados miembros establecer un impuesto, como este, que grave la producción de electricidad y su incorporación al sistema, también cuando la electricidad se produce a partir de fuentes de energía renovables (apartado 67).

Dicha Directiva no obliga a los Estados miembros a aplicar sistemas de apoyo para promover la utilización de energía procedente de fuentes renovables. En coherencia con ello, en el supuesto de que decidan aplicar dichos sistemas, tampoco les obliga a configurarlos como exenciones o desgravaciones fiscales.

Y en relación a la posible distorsión de la competencia, el TJUE afirma que el principio de no discriminación contemplado en los artículos 32 a 34 de la Directiva 2009/72 no se aplica a una normativa nacional que establece un impuesto que grava la producción e incorporación al sistema eléctrico de electricidad en el territorio de un Estado miembro (apartado 78).

En el mismo sentido de otorgar un amplio margen a los Estados miembros, se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 15 de abril de 2021 (**C-798/18 y C-799/18, ECLI:EU:C:2021:280**). Uno de los aspectos novedosos de esta sentencia es que valora también la incidencia del derecho de propiedad, sin que se trate de meros intereses o expectativas de índole comercial y carácter aleatorio (apartado 33).

Son evidentes las consecuencias que puede tener para la promoción de la energía procedente de fuentes renovables la consideración de estos impuestos como compatibles con las directivas, pese a que, entre otros aspectos, no discrimina entre la electricidad producida a partir de fuentes renovables o no. Los Estados miembros tienen plena libertad para gravar de la misma forma la producción de energía, independientemente de que provenga de fuentes renovables o no, y su incorporación al sistema, así como para aplicar o no, sistemas de apoyo para promover la utilización de energía procedente de fuentes renovables, como pueden ser las exenciones o desgravaciones fiscales.

El Reino de Suecia fue condenado mediante sentencia de 2 de septiembre de 2021 (**C-22/20, ECLI:EU:C:2021:669**) al incumplir la obligación de comunicarle la información necesaria para verificar la exactitud de las alegaciones de que las aguas residuales

urbanas vertidas por las instalaciones de tratamiento de dos aglomeraciones urbanas cumplen lo exigido en la Directiva; que las aguas residuales de seis aglomeraciones urbanas no son objeto de un tratamiento secundario o proceso equivalente antes de verterse y que otras cuatro aglomeraciones urbanas (en las que se comprenden las dos relacionadas con la información), no han sido objeto de un tratamiento más riguroso antes de verterse, pese a tratarse de zonas sensibles.

Mediante sentencia de 6 de octubre de 2021 el TJUE condenó a la República Italiana (**C-668/19, ECLI:EU:C:2021:815**) por un incumplimiento masivo de la exigencia de que las aglomeraciones urbanas dispongan de sistemas colectores para las aguas residuales urbanas (artículo 3 de la Directiva); que las aguas residuales urbanas que entren en los sistemas colectores sean objeto, antes de verterse, de un tratamiento secundario o de un proceso equivalente (artículo 4 de la Directiva), y que se cumplan las especialidades establecidas para las zonas sensibles; y que las instalaciones de tratamiento de aguas residuales urbanas construidas para cumplir los requisitos de los artículos 4 a 7 de la Directiva se diseñen, construyan, exploten y mantengan de forma que alcancen una eficacia suficiente en todas las condiciones climáticas normales del lugar en que estén situadas; y que su diseño tenga en cuenta las variaciones estacionales de la carga de conformidad con el artículo 10 de la Directiva.

La sentencia del **C-525/20, Association France Nature Environnement c. Premier Ministre y Ministre de la Transition écologique et solidaire, de 5 de mayo de 2022**¹¹, revisa la aplicación del artículo 4 de la Directiva 2000/60/CE por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, por la normativa nacional que prevé que, para apreciar la compatibilidad de los programas y decisiones administrativas adoptados en el ámbito de la política de aguas para prevenir el deterioro de la calidad de las aguas, *“no se tendrán en cuenta las repercusiones temporales de corta duración y sin consecuencias a largo plazo”*.

En principio, el art. 4.1.a), inciso i) de la Directiva 2000/60 obliga a los Estados miembros a aplicar las medidas necesarias para prevenir el deterioro del estado de todas las masas de agua superficial, sin perjuicio de las excepciones que se permiten en los apartados 6 a 8 de ese mismo artículo. Se trata de una obligación vinculante que afecta a los concretos proyectos que se lleven a cabo. La obligación de prevenir el deterioro es vinculante en cada una de las etapas de aplicación de la Directiva 2000/60 y es aplicable a cualquier tipo y estado de masa de agua superficial para el que se adopte

¹¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0525>

un plan hidrológico. Cuando un proyecto pueda deteriorar el estado de una masa de agua o comprometer el logro de un buen estado, se debe denegar la autorización salvo que el proyecto se pueda escoger a alguna excepción de las contempladas en el art. 4.7 de la Directiva.

El concepto de “*deterioro del estado*” de una masa de agua superficial no se define en la Directiva. El TJUE ha dictaminado que se debe considerar que existe deterioro cuando el estado de al menos uno de los indicadores de calidad del anexo V de la Directiva descienda a la clase inferior, aun cuando la masa de agua en su conjunto no pase a una clase inferior. Si el indicador afectado ya se encuentra en la clase más baja, cualquier descenso que experimente supondrá también un deterioro del estado de la masa de agua.

La disposición nacional controvertida permite la autorización de proyectos que tengan solamente repercusiones temporales en el estado de una masa de agua superficial, sin que sea necesario comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos para acogerse a una de las excepciones contempladas en el art. 4.7 de la Directiva. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que, de acuerdo con el art. 4.1, los Estados no están necesariamente obligados a tener en cuenta repercusiones sobre el estado de la masa de agua que apenas tengan incidencia ni impliquen su deterioro. Sin embargo, la situación es distinta cuando se produce un deterioro, aunque sea de carácter temporal. El art. 4.1, en relación con el 4.6, implica la obligación de prevenir deterioros temporales del estado de las masas de agua. Además, el art. 1.a) fija como objetivo de la directiva la protección de las aguas frente a “*todo*” deterioro adicional. La obligación de prevenir el deterioro es autónoma, y no solamente un instrumento al servicio de la obligación de mejora del estado de las masas de agua.

Los apartados 6 y 7 del art. 4 solo autorizan el deterioro de una masa de agua en condiciones muy estrictas. El umbral a partir del cual se declara el incumplimiento de la obligación de prevenir el deterioro debe ser lo más bajo posible. En definitiva, la Directiva y el art. 192 TFUE, del que trae causa, quieren que se evite todo deterioro del estado de una masa de agua, aunque sea temporal. Un proyecto que cause este tipo de deterioro solo se podrá autorizar si cumple con los requisitos que impone el art. 4.7 de la Directiva.

La sentencia del **C-43/21, FCC Česká Republica, s.r.o. c. Ministerstvo životního prostředí y otros, de 2 de junio de 2022**¹², revisa la aplicación del Artículo 3.9 de la Directiva 2010/75/UE sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación) en relación con la modificación de un permiso de explotación de un vertedero concedido a una empresa para prolongar el periodo de depósito de residuos en dos años sin participación del público, por no considerarse una “*modificación sustancial*” del permiso ya que no se modificaron ni las dimensiones máximas autorizadas ni la capacidad del vertedero.

Una modificación sustancial de un vertedero que supere determinadas dimensiones (10 toneladas de residuos al día o capacidad de más de 25.000 toneladas) está sujeta a la obtención de un permiso, de acuerdo con el art. 20.2 de la Directiva 2010/75. Cuando se requiere un permiso, el art. 24.1.a) obliga a garantizar la posibilidad de participación al público interesado en una fase temprana del procedimiento. De acuerdo con el art. 25, el público interesado puede también interponer recursos judiciales contra el permiso.

De acuerdo con el art. 3.9 de la Directiva, una modificación sustancial es “*una modificación de las características o el funcionamiento, o una ampliación, de una instalación o una instalación de combustión, una instalación de incineración de residuos o una instalación de coincineración de residuos que pueda tener repercusiones perjudiciales importantes en las personas o en el medio ambiente*”. Por tanto, los requisitos acumulativos son el contenido de la modificación y sus consecuencias potenciales.

Una prolongación del periodo de depósito no constituye, por sí misma, una ampliación de la instalación, porque no modifica el perímetro ni la capacidad. Tampoco modifica por sí misma las características ni funcionamiento de la instalación. Ninguna disposición de la Directiva 2010/75 menciona la duración del periodo de explotación como una característica del funcionamiento que deba figurar en el permiso. Por tanto, el primer criterio acumulativo no se cumple. Dado que la Directiva no exige que el permiso inicial prevea la duración del periodo de explotación, no se puede considerar que exija un nuevo permiso para la mera prolongación. Esto basta para concluir que la prolongación del periodo de vertido no supone una “*modificación sustancial*” de

¹² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0043>

acuerdo con el art. 3.9. Por tanto, no es necesario un nuevo permiso ni obligatoria la participación del público interesado.

4.- Reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).¹³

A raíz de la línea jurisprudencial abierta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *López c. España, 16798/90, de 9 de diciembre de 1994*^{14/15}, se ha declarado la obligación de proteger a los particulares frente a inmisiones contaminantes de origen no estatal. Actualmente, la «obligación positiva» del Estado en materia ambiental se encuentra ampliamente consolidada en la jurisprudencia de Estrasburgo y son numerosos los casos en los que se ha condenado a las administraciones públicas (o a actores privados) por las consecuencias dañinas sufridas por el medio ambiente y las personas derivadas de decisiones o acciones tomadas por ellas.

El Tribunal sentó el criterio de que los atentados contra el medio ambiente pueden llegar a afectar al artículo 8 del Convenio europeo: «ni que decir tiene que los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al *bienestar de una persona* y privarla del *disfrute de su domicilio*, perjudicando su vida privada y familiar, sin, por ello, poner en grave peligro la salud de la interesada». El nuevo bien protegido es la *calidad de vida ambiental*, y la intensidad de su protección abarca un espectro más amplio, como se puede apreciar, que la noción de «grave peligro para la salud»; resaltando el propio TEDH la relevancia que, en el juicio sobre una posible lesión del derecho, posee en estos casos el cumplimiento de la legalidad ambiental.¹⁶

¹³ Todas sus resoluciones en <http://hudoc.echr.coe.int/eng#>

¹⁴ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-164373%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-164373%22]})

¹⁵ [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22kpdata%22:\[%221994-12-09T00:00:00.0Z%22,%22194-12-09T00:00:00.0Z%22\],%22itemid%22:\[%22001-57905%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22kpdata%22:[%221994-12-09T00:00:00.0Z%22,%22194-12-09T00:00:00.0Z%22],%22itemid%22:[%22001-57905%22]})

¹⁶ Recordamos que mediante la **sentencia *Mülheim-Kärlich*, (stcf 53, 30, págs. 65-66), el Tribunal Constitucional Federal alemán** afirmó que el derecho fundamental a la vida «influye también en la aplicación de las disposiciones sobre los procedimientos administrativos y judiciales de autorización de las centrales nucleares, cuya misión reside, precisamente, en proteger la vida y la salud frente a los peligros de la energía atómica». Igualmente, recordamos la **sentencia del Tribunal**

Así, en el marco del sistema europeo de derechos humanos, podemos destacar las resoluciones del TEDH *Öneryıldız c. Turquía* [GC], 48939/99, 30 de noviembre de 2004; *Kyrtatos c. Grecia*, 41666/98, 22 de mayo de 2003, 2003-VI; *Tâtar c. Rumanía*, 67021/01, 27 de enero de 2009.

Además, en esta materia, hay que tener presente la tendencia jurisprudencial a reconocer el derecho a la organización y al procedimiento que se inició al aplicar el convenio de Aarhus de 1998, como derechos en materia ambiental —acceso a la justicia, acceso a la información ambiental, participación en la toma de decisiones que afecten al medio ambiente—; de forma que arbitrar procedimientos adecuados para la tutela del entorno puede llegar a ser una auténtica obligación iusfundamental.

En particular, la corrección de los procedimientos de adopción de decisiones de riesgo posee una importante «función de compensación» de las incertidumbres inherentes a este tipo de decisiones, según jurisprudencia que ha sido ampliamente desarrollada por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, entre otras, mediante las sentencias *Balmer y Schafroth y otros c. Suiza*, de 26 de agosto de 1997; *Athanassoglou y otros c. Suiza*, de 6 de abril de 2000; *Zander c. Suecia*, de 25 de septiembre de 1993; *Hatton y otros c. Reino Unido*, de 8 de julio de 2003; *Okyay y otros c. Turquía*, de 12 de julio de 2005; *Lemke c. Turquía*, de 5 de junio de 2007; *Taçkin y otros c. Turquía*, de 10 de noviembre de 2004; *Giacomelli c. Italia*, de 2 de noviembre de 2006, o *Tatar c. Rumanía*, de 27 de enero de 2009.

En la actualidad, pendientes de resolución ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se encuentran dos litigios climáticos en los que se han agotado las vías de recurso internas. Se trata de *KlimaSeniorinnen c. Suiza*¹⁷ y de *Greenpeace Norden y Natur og Ungdom c. Noruega*¹⁸.

En este segundo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos remitió toda una serie de preguntas a las partes, en las que considera que el caso reviste especial relevancia por cuanto podría tener un impacto sobre la eficacia del sistema derivado del Comisión Europea de Derechos Humanos o sobre los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Constitucional español 119/2001, de 24 de mayo, que aplica la referida jurisprudencia del TEDH.
<https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4415>

¹⁷ [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2253600/20%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2253600/20%22]})

¹⁸ [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2234068/21%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2234068/21%22]})

Por otro lado, hay dos litigios adicionales en los que la parte demandante ha decidido acudir directamente ante la Corte europea, lo cual supone una circunstancia excepcional, que dificulta en gran manera el posible éxito procesal en ambos casos. Se trata de ***Mex M. c. Austria*** y ***Duarte y otros c. Portugal y otros***. En el primero de ellos, el demandante alega que no existe en Austria una vía procesal para contestar la falta de actuación por parte de las autoridades administrativas o del legislador. El segundo está dirigido contra treinta y tres Estados parte, y los demandantes, seis jóvenes portugueses, alegan que tanto el tiempo necesario para agotar los recursos internos en todos esos países como las dificultades de acceder directamente a esas vías de recurso para los no nacionales hacen imposible cumplir con esta condición de admisibilidad de las demandas ante el TEDH. En ese sentido, resulta importante destacar que el Tribunal ha aceptado a trámite la demanda a través de un procedimiento prioritario (*fast track*).

En su **jurisprudencia más reciente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos profundiza en los derechos procesales ambientales, la “doctrina López Ostra”** sobre el impacto de las actividades molestas en el respeto pacífico del domicilio, el derecho de acceso a la información medioambiental como instrumento para la protección de la libertad de expresión y la consideración de los valores ecológicos como elementos que limitan los derechos individuales.

En **Burestop y otros c. Francia, de 1 de julio de 2021**, el Tribunal dice que la denegación del derecho de acceso al proceso judicial a una ONG ambiental para denunciar una instalación de residuos nucleares porque esta finalidad no consta específicamente en sus estatutos, constituye una interpretación demasiado restrictiva que implica una violación del derecho de acceso a un tribunal.

En **Stichting Landgoed Steenberg y Otros c. Holanda, de 16 de febrero de 2021**, el Tribunal reconoce que el alto nivel de implantación de internet en un país permite la sustitución de la notificación personal por la notificación por internet de licencias de actividades molestas que inciden en los derechos de los demás sin que quepa considerar que ello viola el derecho a un proceso justo.

Desde la perspectiva del derecho al respeto del domicilio subraya en la sentencia **Kapa y Otros c. Polonia, de 14 de octubre de 2021**, que las autoridades han privilegiado los derechos de los conductores frente a los de los vecinos al no adoptar planes adecuados para mitigar el ruido del tráfico por un desvío de carretera, que superaba lo permitido por la Ley.

En la decisión de inadmisión **Ilna GULYÁSNÉ SZENDREI c. Hungría, de 14 de septiembre de 2021**, por el contrario, el Tribunal considera que la demandante debe tolerar el ruido de un campo de tiro ya que construyó su casa en una zona no residencial cerca de dicha actividad recreativa que, por lo demás, atiende a un fin económico de interés general.

Desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, en la sentencia recaída en el caso **Rovshan Hajiyeu c. Azerbaiyán, de 9 de diciembre de 2021**, el TEDH ofrece una importante argumentación acerca del derecho de acceso a la información medioambiental. Condena por denegar ilegalmente a un periodista el acceso a la información no restringida de interés público sobre el impacto ambiental y sanitario de una antigua estación de radar militar soviética. Como el derecho de acceso a la información tiene carácter instrumental para ejercer la libertad de expresión ha habido una violación del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Desde la perspectiva del derecho de propiedad, en la Decisión de Inadmisión **Giovanni CANÈ y Otros c. Malta, de 13 de abril de 2021**, el Tribunal Europeo considera que la densidad de población constituye un criterio que delimita el contenido del derecho de propiedad en el bien entendido de que puede justificar la prevalencia del uso público del suelo frente al crecimiento urbanístico. Los intereses generales relativos al medio ambiente, sin embargo, no justificarán una limitación del derecho de propiedad de tal intensidad que impida incluso el acceso a la misma (**sentencia Bērziņš y Otros c. Letonia, de 21 de septiembre de 2021**).

El principio de buen gobierno, que reconoce el derecho nacional, es relevante a este respecto. La interpretación y aplicación de la normativa interna aplicable deberá realizarse de conformidad con este principio y la alegada falta de una previsión normativa de indemnización. Analizará la actuación de las autoridades estatales y la conducta de los demandantes en el caso.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera si los demandantes, al adquirir la propiedad, sabían o debían conocer razonablemente si estaba afectada por limitaciones de uso o sobre posibles futuras restricciones, la existencia de expectativas legítimas en relación con el uso de la propiedad o la aceptación del riesgo al adquirir la propiedad, el alcance de la restricción y la posibilidad de discutir la necesidad de la restricción.

El Tribunal considera que los demandantes no se dieron realmente cuenta de la situación en la que quedaron desde la compra de su propiedad en 2004. Los

demandantes solicitarían sin éxito la permuta de su propiedad con otra, así como la expropiación. Por ello, el juzgador enfatiza que las autoridades internas no han adoptado pasos para resolver las interferencias graves que se han dado en este caso durante más de una década. No se ha instituido un procedimiento formal de expropiación, no se les ha permutado la propiedad ni se les ha ofrecido indemnización. Teniendo en cuenta estos factores, especialmente, la falta de previsiones normativas de indemnización en la normativa regulatoria de las zonas protegidas y la manera en la que el caso se ha llevado en el ámbito interno, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos observa que **las autoridades internas no han asegurado una ponderación justa entre las demandas del interés general de la comunidad y las exigencias de la protección de los derechos de propiedad de los demandantes**, que han sufrido una interferencia significativa durante más de 10 años en su propiedad a la que ni siquiera han podido acceder. **La interferencia ha sido desproporcionada en relación con el fin legítimo perseguido. Por todo ello, concluye que ha habido una violación del art. 1 del protocolo no 1 al Convenio.**

Igualmente, el **Derecho a una Buena Administración** es considerado en la sentencia recaída en el caso **Gavrilova y Otros c. Rusia, de 16 de marzo de 2021**. Los títulos de propiedad de los demandantes referidos las fincas que adquirieron fueron anulados con carácter posterior a su inscripción en el registro de la propiedad al entenderse que formaban parte del demanio forestal y, por consiguiente, se trataba de propiedades intransmisibles.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, finalmente, subraya que los demandantes, que no fueron declarados culpables de infracción alguna, sufrieron las consecuencias de los errores y omisiones de la Administración y no se les ofreció indemnización alguna. No se ha realizado una ponderación justa entre el interés general y la necesidad de proteger los derechos de propiedad de los demandantes. Por todo ello, concluye que ha habido una violación del art. 1 del protocolo adicional n.º 1.

Doctrina Nacional

La secesión de los Estados Confederados de América. Un breve análisis desde la óptica del derecho constitucional.

Luis Roberto Ardón Acuña*

Resumen:

La secesión de varios estados del Sur de los Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo XIX, constituye un tema tan interesante como polémico. En ese sentido, se han planteado discusiones desde distintos ámbitos con respecto a la validez o no de esa separación. En el presente trabajo, se pretende analizar la temática desde la óptica del derecho constitucional, revisando los antecedentes jurídicos previos al proceso de secesión, así como la validez o no de tal decisión, desde el punto de vista de la Constitución Política de los Estados Unidos.

Palabras claves:

Secesión. Constitución Política. Estados Confederados de América. Artículos de la Confederación. Esclavitud.

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Máster en derecho procesal constitucional por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Buenos Aires, Argentina). Secretario de la Sala Constitucional. Coordinador de la Oficina de la Presidencia de ese Tribunal. Profesor Universitario de los cursos de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional en la Universidad de La Salle, desde el año 2008.

Abstract:

The secession of various states in the South of the United States during the second half of the 19th century constitutes a subject as interesting as it is controversial. In this sense, discussions have been raised from different areas regarding the validity or not of this separation. In the present work, it is intended to analyze the subject from the perspective of constitutional law, reviewing the legal background prior to the secession process, as well as the validity or not of such a decision, from the point of view of the Constitution of the United States of America.

Keywords:

Secession. Political Constitution. Confederate States of America. Articles of Confederation. Slavery.

SUMARIO: I.- Introducción. **II.-** Una breve noción sobre la secesión. **III.-** Antecedentes histórico-normativos de la secesión de los Estados Confederados de América. **IV.-** La secesión. **V.-** ¿Fue constitucional la secesión? **VI.-** Conclusiones. **VII.-** Bibliografía.

I.- Introducción.

La Guerra de Secesión de los Estados Unidos de América (1861-1865) constituye sin lugar a dudas un parteaguas en la historia de esa nación, debido a la influencia directa o indirecta que tuvo en muchos de los aspectos que hoy definen a ese país. De esta forma, las pérdidas de vidas humanas en el campo de batalla fueron más que cuantiosas (es el conflicto que más vidas estadounidenses ha costado) y, además, los daños materiales como consecuencias del conflicto, hicieron necesario reconstruir prácticamente la mitad del país. Por otra parte, desde la óptica jurídica, el conflicto armado tuvo como consecuencia más conocida la abolición de la esclavitud como figura legal, por medio de la inclusión de la XIII Enmienda a la Constitución Política. Aunado a esto, indirectamente del conflicto surgieron una serie de disposiciones normativas como son las denominadas Leyes Jim Crow, que mantuvieron vigente la segregación racial un siglo después de concluida la guerra.

Ahora bien, la causa principal por la que estalló la guerra civil de los Estados Unidos, radica en la decisión de Carolina del Sur, Misisipi, Florida, Alabama, Georgia, Luisiana, Texas, Virginia, Arkansas, Carolina del Norte y Tennessee de separarse del país y fundar los Estados Confederados de América. Los motivos que justifican este acto han sido revisados desde las más variadas ópticas, no obstante, para efectos del presente trabajo, nos centraremos en el campo jurídico, específicamente, en el derecho constitucional. De esta forma, en primer lugar se analizará la figura de la secesión desde una óptica general, sin entrar a analizar su validez o no como institución jurídica, pues esa no es la finalidad de este trabajo. Posteriormente, se hará alusión a los antecedentes histórico-normativos que tuvieron incidencia en la separación de los estados mencionados y, finalmente, se valorará si tal decisión encontraba o no asidero en la Constitución Política de 1787.

II.- Una breve noción sobre la secesión.

A nivel doctrinario, la secesión ha sido entendida como el acto en virtud del cual una parte de un territorio y su población, se separan de una nación de la que forman parte. Carlos Ruiz Miguel (2022)¹, indica que este fenómeno se caracteriza por dos aspectos: a) tiene su fuente en el derecho nacional (principalmente el constitucional), y b) busca quebrar una unidad política. El citado autor considera que al tratarse de un tema que tiene su fuente en el derecho nacional, no es posible reconocer un derecho de secesión como garantía en supuestos de violaciones graves a los derechos humanos, ni tampoco en el derecho internacional.

Por otra parte, Ruiz Miguel aduce que a diferencia de lo que sucede con el derecho a la autodeterminación (concepto que algunos autores tienden a equiparar con el de secesión), este fenómeno no conlleva necesariamente que el grupo que se separa para crear un nuevo Estado, de previo hubiera tenido un Estado o formara parte de una unidad política independiente. En caso de ser así, el autor presupone que el grupo se fusionó de forma libre y legítima para dar lugar al Estado, del que busca ahora separarse.

III.- Antecedentes histórico-normativos de la secesión de los Estados Confederados de América.

Luego de hacer una breve explicación sobre el fenómeno de la secesión, resulta necesario centrarnos ahora en el proceso secesionista de los Estados Unidos. Sobre el particular, debe mencionarse que existen varios antecedentes que sirvieron de base para la formación de los Estados Confederados de América. Si bien, muchos de ellos tienen un fundamento moral, económico o social, para los efectos del presente trabajo nos centraremos en aquellos relacionados con el derecho.

¹ Ruiz Miguel, C. (2022). El (excepcional) reconocimiento del derecho de secesión en el derecho comparado. España. Cuadernos Constitucionales N° 3.

a) La legalidad de la esclavitud.

En la década 1730 se produce un altercado entre las colonias de Maryland y Pensilvania, con respecto a los límites de cada uno de ellas. Ante dicha disyuntiva, las autoridades británicas solicitaron al astrónomo Charles Mason y al agrimensor Jeremiah Dixon que procedieran a fijar adecuadamente el límite entre ambos estados. El resultado de este trabajo fue la conocida como “Línea Mason-Dixon”, que posteriormente se convertiría en el punto que dividiría el norte y sur de los Estados Unidos.²

Ahora bien, este límite toma particular importancia luego de la Guerra de Independencia de los Estados Unidos, cuando se empieza a analizar la validez de la esclavitud como figura legal. En ese sentido, los estados que se ubicaban al norte de la Línea Mason-Dixon, comienzan a considerar que la idea de que una persona estuviera en una condición de esclavitud chocaba abiertamente con los ideales que habían justificado el proceso independentista. Esta idea también se veía influenciada por aspectos socio económicos, pues el norte tenía una economía de tipo industrial que no requería del trabajo de esclavos. Así, en ese sentido Ablanedo Reyes (2021), sostiene que:

la esclavitud podía proscribirse fácilmente en esta región puesto que eran pocas las explotaciones agrícolas que recurrían a la mano de obra esclava y, además, no era un factor relevante de la economía nortea, pues el Norte tenía abundancia de mano de obra blanca para realizar este tipo de trabajo. La mayor oposición a la esclavitud provenía, precisamente, de las clases trabajadoras, y no por razones morales, sino porque percibían como una competencia desleal que les podría acabar expulsando del mercado laboral. (pp. 19-20)

A diferencia de lo que pasaba en el norte de los Estados Unidos, los estados que se encontraban al sur de la Línea Mason-Dixon tenían una noción totalmente distinta con respecto a la validez de la esclavitud como figura legal. De esta forma, la naturaleza eminentemente rural de la economía sureña hacía necesario contar con mano de obra esclava para mantener a flote las plantaciones que abarcaban gran parte del territorio. A esto, debe sumarse el hecho de que en el imaginario de las personas de la región, los afroamericanos eran vistos como casi salvajes que no podían ser emancipados, pues en caso de hacerlo, se generaría una situación de caos incontrolable. Esta idea se reforzaba

² El sector también es conocido popularmente como Dixieland.

por lo sucedido con la revolución de esclavos de Haití, cuyas consecuencias estaban frescas en la memoria de los habitantes del Sur.

Esta visión con respecto a la legalidad de la esclavitud, se va a ver reflejada en el denominado Compromiso de Misuri de 1820. En este acuerdo, Maine sería admitido en la Unión como un estado en el que se garantizaba la libertad de todas las personas, mientras que Misuri también sería incluido, pero como un estado esclavista. De esta forma, el compromiso fijaba que la frontera sur de Misuri (36° 30'), sería la línea que delimitaría la esclavitud, siendo que al norte estaría prohibida, mientras que al sur permitida.

b) El choque de visiones entre federalistas y republicanos.

Como se explicó en el punto anterior, uno de los elementos principales que fundamentaba la aceptación o no de la esclavitud como figura legal, radicaba en la visión socioeconómica del Norte y el Sur. Precisamente, este choque de criterios venía presentándose desde el nacimiento de los Estados Unidos, específicamente en los conflictos que existían entre los dos grandes partidos políticos de la época: los federalistas y los demócratas (conocidos como demócratas-republicanos).

Según plantea Ablanado Reyes (2021), los:

federalistas representaban los intereses del comercio y de la industria manufacturera, a la que consideraban la base del progreso mundial. Su ideario se basaba en la necesidad de políticas que protegiesen y fomentasen estas actividades, y para ello, resultaba insoslayable crear un Gobierno central fuerte, con capacidad de dotar al nuevo país de sólidos instrumentos públicos de crédito y de una moneda estable. (pp. 31 y 32)

Es claro a partir de la explicación anterior, que las ideas federalistas, representadas inicialmente por Alexander Hamilton, partían de la necesidad de contar con un gobierno fuerte y centralizado, que interviniera cuando fuera necesario para garantizar el adecuado funcionamiento del país. Estas creencias tenían su principal fuente de apoyo en el norte de los Estados Unidos.

Contrario a la visión de los federalistas, el partido Demócrata, encabezado por Thomas Jefferson, partía de la necesidad de tutelar los intereses del sector agrícola sobre el comercio y las manufacturas. Esto, por cuanto consideraba que la libertad y la democracia se facilitaban en pequeñas comunidades de agricultores que pudieran satisfacer sus propias necesidades. Así, chocaban contra la idea de la centralización del poder en un Gobierno Federal, toda vez que creían que existía el riesgo de que éste adoptara un carácter autoritario y, por ende, desconociera las libertades individuales de las personas. De esta forma, sostenían que los estados que se habían unido para conformar el país mantenían sus derechos (state rights), ante el Gobierno Central. Estas ideas encontraban apoyo principalmente en los territorios del sur de los Estados Unidos.

Ahora bien, una de las manifestaciones del choque de ideas entre federalistas y demócratas, se dio en el gobierno de George Washington. Durante esta etapa, Thomas Jefferson habían sido designado como Secretario de Estado, mientras que Alexander Hamilton asumió la Secretaría de Hacienda. Desde su puesto, este último presentó una propuesta al Congreso que consistía en la creación de un banco central, aduciendo que facilitaría la política económica de la nación. Esta idea fue rechazada por los partidarios de Jefferson, argumentando que el Gobierno Federal solo estaba autorizado para asumir aquellas competencias que estaban expresamente previstas para él por la Constitución Política, y entre ellas no estaba la propuesta por Hamilton.

Ante el rechazo, los federalistas alegaron que si bien la Constitución Política de 1787 no preveía expresamente la posibilidad de que el Congreso creara un banco central, las cláusulas generales de la Constitución sí le permitían emitir las leyes que se requirieran para el ejercicio de los poderes específicamente garantizados al Gobierno Central. De esta forma, partían de la idea de que al asignar la Constitución Política en forma expresa al Gobierno Central las funciones relacionadas con la recaudación de impuestos, pago de deudas y gestión de créditos, resultaba necesario contar con un banco central para poder cumplir de manera eficiente con las mismas. Esto justificaba que el Congreso pudiera atender el requerimiento de Hamilton, pues la ausencia del órgano mencionado impediría cumplir adecuadamente con una función asignada constitucionalmente al Gobierno Central.

Cabe destacar que la disputa se zanjó con una victoria para los partidarios de Hamilton, lo que permitió la creación del banco central y, además, la aceptación de la posibilidad de que la Constitución Política pudiera ser interpretada en favor del ejercicio de las

potestades del Gobierno Federal. Ablanedo sostiene que estas ideas permitieron que en los primeros años de los Estados Unidos se formara un Gobierno Central fuerte, pero con el consecuente rechazo de varios sectores del país, debido a sus políticas fiscales y leyes que restringían la posibilidad de emitir opiniones críticas del gobierno. Esto, incluso generó en su momento la amenaza de independencia de estados que se encontraban al norte, como Virginia, pero que no tuvo mayores consecuencias, contrario a lo que sucedería tiempo después.

c) La teoría de los derechos de los estados.

Como se mencionó en el punto anterior, los demócratas mostraban desconfianza ante la existencia de un gobierno central fuerte, razón por la cual sostenían que los estados mantenían derechos sobre el Gobierno Federal. De esta forma, surge la teoría de los derechos de los estados, la cual, en resumen, sostenía que la Unión que se había conformado a partir del proceso de independencia y que se encontraba reconocida por la Constitución Política de 1787, era realmente una simple confederación de estados soberanos, y no una unión indisoluble. De esta forma, se partía de la idea de que el Gobierno Federal únicamente era un órgano al que se confiaba el ejercicio de algunos poderes específicos y limitados, siendo que los estados mantenían siempre el ejercicio del poder soberano. Por esto, podían abandonar la unión, simplemente mediante una convención especial que fuera convocada para tales efectos.

Cabe destacar que la teoría mencionada no era compartida por todos los estados, pues para los que se ubicaban en el norte del país, la unión que preveía la Constitución Política de 1787 era indisoluble y perpetua, de ahí que no fuera posible la separación de los estados con una simple convención, como se sostenía. De esta forma, las personas que refutaban la teoría consideraban que al aceptar el modelo previsto por la Constitución de 1787, los estados habían renunciado a su soberanía para incorporarse a la Unión, de ahí que no existía un fundamento jurídico que justificara la secesión.

Algunos autores consideran que este choque de posiciones radicaba en el hecho de que la propia Constitución Política era ambigua al responder la pregunta de si la soberanía residía en los estados o la Unión. Varios académicos consideran que esto resultaba necesario, pues en caso de haber definido una posición específica, no hubiera sido posible aprobar la Constitución Política durante la Convención de Filadelfia, dado los conflictos existentes entre los sectores nacionalistas y estatales.

d) La crisis de las nulidades.

Como se ha explicado a lo largo de este texto, las nociones socioeconómicas del Norte y Sur, -y los partidos políticos que representaban a ambos sectores-, resultaban diversas entre sí. De esta forma, los federalistas, apoyados principalmente por el norte del país, partían de la idea de un gobierno central fuerte y una economía de tipo industrial, por lo que habían sido partidarios de una política tributaria proteccionista, mediante la imposición de aranceles a las importaciones, como un medio de proteger a la industria nacional ante los productos que venían de Europa. Por el contrario, los demócratas, al representar principalmente a un Sur de corte agrícola, abogaban por la reducción de aranceles, como un medio de facilitar sus exportaciones y competitividad.

Teniendo claro el panorama anterior, cabe mencionar que en 1832 los aranceles impuestos a los productos importados a territorio estadounidense eran sumamente altos, por lo que los estados del Sur tenían fe en que el presidente de aquel entonces, Andrew Jackson, los eliminaría o bajaría, tomando en cuenta que era uno de los grandes líderes del partido demócrata. Lamentablemente para los intereses de estos estados, Jackson no atendió los requerimientos que le hicieran, por lo que los estados del Sur valoraron acoger una teoría propuesta en su momento por el abogado John Calhoun, que partía de la idea de que si un estado consideraba, en el ejercicio de su soberanía, que una norma federal era inconstitucional, simplemente podía dejar de aplicarla e incluso anularla.

Partiendo de esta idea, Carolina del Sur declaró que los aranceles que habían sido aprobados entre 1828 y 1832 eran inconstitucionales, por lo que no tenían ningún efecto en su territorio, al considerarlos nulos. Esta situación, generó un choque con el Gobierno Federal, al punto de que en 1833, el Congreso autorizó el uso de la fuerza, en caso de ser necesario y, además, aprobó tarifas arancelarias más bajas, como una forma de tratar de disminuir el conflicto. Con base en la autorización del Congreso, el entonces presidente Jackson envió barcos de guerra al sector, lo que generó que Carolina del Sur dejara sin efecto su decisión de anular los aranceles, evitando así la confrontación.

De esta forma, ambos sectores consiguieron atender, al menos en parte, sus pretensiones. Esto, por cuanto Carolina del Sur consiguió que se fijaran aranceles más bajos, mientras que el Gobierno Federal logró eliminar la posibilidad de que los estados dejaran sin efectos leyes federales.

e) El caso Estados Unidos vs Schooner Amistad.

La goleta española La Amistad, era un barco utilizado para el transporte de esclavos(as) desde África para su posterior venta. En 1839 se encontraba viajando por la costa de Cuba, con un grupo de personas que habían sido secuestradas de la zona de Sierra Leona en África Occidental para ser vendidas como esclavas. Luego de una rebelión por parte de los(as) cautivos(as), el barco terminó siendo aprehendido cerca de Long Island, Nueva York por el Revenue-Marine de los Estados Unidos (antecesor de la Guardia Costera de ese país).

El destino de los(as) tripulantes de la Amistad fue llevado ante un Tribunal de Distrito Federal, que en 1840 dictaminó que el traslado de las personas capturadas violaba las leyes de los Estados Unidos, por lo que estas contaban con la posibilidad de ejercer las acciones que fueran necesarias para garantizar su libertad, entre las que se encontraban el uso de la fuerza. La principal decisión que adoptó el Tribunal, fue la de ordenar la libertad de los(as) cautivos(as) para que fueran entregados(as) a la custodia del presidente de los Estados Unidos para su regreso a África.

Debido a la presión internacional y de los estados del Sur, el entonces Presidente de los Estados Unidos, Martin Van Buren, ordenó que el caso fuera apelado ante el Tribunal de Circuito y la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Ante dicha disposición, el Fiscal Federal para el Distrito de Connecticut apeló la decisión ante el Tribunal de Circuito de Apelaciones, el cual ratificó la sentencia del Tribunal de Distrito. Posteriormente, el Fiscal General impugnó el caso ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, que el 9 de marzo de 1841 mantuvo la decisión del Tribunal de Distrito, salvo la orden de que el gobierno de los Estados Unidos financiara el viaje de regreso de las personas.

Cabe destacar que la decisión de la Suprema Corte se convirtió en un elemento esencial para la lucha de los abolicionistas del Norte, que consideraban como inmoral a la que en sus palabras denominaban “*peculiar institución del Sur*”. No está de más decir que esta decisión de la Suprema Corte y la respectiva reacción de los partidarios abolicionistas, generaron gran descontento en el Sur, tomando en cuenta la importancia que la esclavitud tenía para la región. Todo esto, no hizo más que echar leña al conflicto que estaba por estallar.

f) La Ley del Esclavo Prófugo.

En el año 1793, fue promulgada en los Estados Unidos la denominada Ley del Esclavo Prófugo o Esclavo Fugitivo, cuya finalidad era hacer efectiva la Cláusula de esclavos fugitivos que la Constitución Política preveía en ese momento (Artículo IV, Sección 2, Cláusula 3). Cabe destacar que esa cláusula constitucional garantizaba el derecho del propietario de personas de esclavas, de recuperar a aquellas que hubieran escapado.

Ahora bien, con base en la norma de 1793, los estados debían colaborar con la devolución de aquellas personas esclavas que habían huido y se encontraran en sus territorios. No está de más decir que la aplicación efectiva de la norma enfrentó gran resistencia en el norte de los Estados Unidos, donde se recurrió a todo tipo de acciones legales para evitar devolver a las personas detenidas a los lugares de donde salieron. Estas disposiciones estatales llegaron a conocerse como leyes de libertad personal, y básicamente preveían la obligación de que los dueños de esclavos(as) y cazadores de fugitivos(as), aportaran evidencias de que las personas capturadas realmente había escapado. Esta decisión se fundamentó principalmente en el hecho de que se presentaron muchos casos de personas afroamericanas que habitaban en estados del Norte, y que eran secuestradas para ser vendidas como esclavas en el Sur. Un ejemplo famoso, es el caso de Solomo Northup, cuya historia sirvió de inspiración para la película 12 años de esclavitud.

Ahora bien, la aplicación de estas disposiciones estatales que chocaban contra una ley federal no estuvo exenta de controversias. Así, en ese sentido, puede citarse el caso de Prigg contra Pensilvania. En 1788, el Estado de Pensilvania aprobó una enmienda para la Ley para la Abolición Gradual de la Esclavitud (1780), disponiendo lo siguiente: *“Ningún esclavo, negro o mulato... será sacado de este estado, con el diseño y la intención de que el lugar o domicilio o residencia de dicho esclavo o sirviente sea alterado o cambiado”*. Posteriormente, en 1826, Pensilvania aprobó una ley que sancionaba a quien secuestrara a una persona afroamericana o mulata en el estado, para llevarla a otro lugar con el fin de venderla.

En 1832, una mujer afroamericana llamada Margaret Morgan se había mudado desde Maryland hasta Pensilvania. Si bien había nacido en la esclavitud bajo la propiedad de John Ashmore, en la práctica había vivido en libertad, aunque nunca había sido emancipada formalmente. Luego de que saliera de Maryland, los herederos de Ashmore

decidieron reclamarla como esclava, por lo que contrataron a Edward Prigg para recuperarla.

El 1 de abril de 1837, Prigg capturó a Morgan y a cuatro de sus hijos en el condado de York, Pensilvania, y los trasladó a Maryland donde fueron vendidos como esclavos (cabe destacar que uno de los hijos de Morgan había nacido libre). Las personas involucradas en el secuestro fueron arrestadas y juzgadas con base en la legislación de Pensilvania de 1826. Prigg se declaró inocente y alegó que simplemente había actuado cumpliendo un trabajo que le había sido encomendado, sin embargo, fue condenado por el Tribunal de Sesiones Trimestrales de York, el 22 de mayo de 1839.

Prigg apeló su caso ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, argumentando que las disposiciones que justificaban su condena resultaban inconstitucionales. En un fallo dividido, la Suprema Corte revocó la condena de Prigg, justificando su decisión en el hecho de que la legislación de Pensilvania era inconstitucional, ya que *“negaba el derecho de los dueños de esclavos a recuperar sus esclavos bajo el Artículo IV, como la Ley Federal de Esclavos Fugitivos de 1793”*.

Cabe destacar que los efectos de la Ley de Esclavo Fugitivo fueron reforzados en el Compromiso de 1850, que constituía un pacto para la admisión de California en la Unión, como estado no esclavista. De esta forma, como parte de los acuerdos a los que se llegó, se encontraban una reforma a la norma de 1793, para la imposición de sanciones a aquellas autoridades que no colaboraran en la aprensión y devolución de personas esclavas que se habían fugado. Asimismo, se acordó que no se permitiría a la persona esclava comparecer a juicio para defenderse. Estas regulaciones tuvieron como consecuencias prácticas la dificultad para los estados del Norte de adoptar medidas legales para evitar la aplicación de la norma mencionada y, además, un aumento en el secuestro de personas afroamericanas de los estados del Norte para ser vendidas en el Sur. Esto, ante la imposibilidad para estos de poder demostrar su estatus de libertad.

g) La Ley Kansas-Nebraska.

Como se explicó líneas atrás, con el Compromiso de Misuri de 1820, se proscribía la esclavitud por encima del paralelo 36° 30', por lo que cualquier nuevo estado al norte de esa latitud debía incorporarse a la Unión, como un lugar donde fuera prohibida la esclavitud. Ahora bien, en 1854 comenzó a tramitarse la denominada Ley Kansas-

Nebraska, que pretendía organizar la parte norte del territorio de Luisiana, que había sido adquirido a principios del siglo XIX, y fundar ahí los estados de Kansas y Nebraska. Si bien, en un principio dicha norma no pareciera resultar trascendente, lo cierto es que en la práctica tenía consecuencias importantes en el funcionamiento de los Estados Unidos, ya que en caso de respetarse lo dispuesto por el Compromiso de Misuri, esos territorios deberían ser considerados como no esclavistas, lo que rompería el equilibrio que existía entre el número de estados que apoyaban o no la esclavitud. Esta situación causó temor en el Sur, pues se generó la idea de que los estados antiesclavistas ganarían terreno y, por ende, se pondría en peligro la existencia de esa figura.

Ante dicha situación, y dado que existía un fuerte interés en la aprobación de la ley por parte de varios senadores, se acordó dejar en la práctica sin efecto el Compromiso de Misuri, y disponer que cada estado, mediante una votación libre, dispusiera si en su territorio se aceptaba o no la esclavitud. La ley fue finalmente aprobada por escaso margen, sin embargo, tuvo como consecuencia una gran desaprobación por parte de los estados del Norte, lo que generó el nacimiento del partido Republicano y la eventual desaparición del partido Whig.

h) El caso Dred Scott contra Sandford.

El señor Dred Scott era una persona que había nacido como esclava y que había intentado infructuosamente comprar su libertad. A raíz de lo anterior, en 1846 presenta una demanda ante el Tribunal de Circuito de St. Louis en la que pedía que se ordenara su libertad. Scott justificaba su decisión en el caso Winny contra Whitesides de 1824, conocido como la doctrina "*Una vez libre, siempre libre*" (once free, always free). Conforme dicho criterio, aquellas personas esclavas que habían vivido por un tiempo prolongado en un estado libre (no esclavista), permanecían libres cuando fueran llevados nuevamente a Misuri, que era el sitio de donde era originario el señor Scott. El demandante sostenía que él y su familia habían vivido por más de dos años en estados libres, y que incluso su hija mayor había nacido en un territorio de esa naturaleza.

Si bien en un principio obtuvo una decisión favorable, Scott sufrió un revés en la Corte Suprema de Misuri, donde incluso se llegó a anular el precedente de Winni contra Whitesides. Posteriormente, en 1853, Scott presentó el caso ante la Corte Suprema de Justicia, que en 1857 resolvió en su contra, en un fallo dividido. Cabe mencionar que al resolver la disconformidad planteada, la Suprema Corte no se limitó a decidir sobre el

estatus del señor Scott, sino que fue más allá, y podría decirse que en la práctica declaró que la figura de la esclavitud era constitucional. En dicho fallo, la Suprema Corte dispuso en resumen lo siguiente:

- a) Un hombre esclavo como Scott no podía ser considerada como ciudadano de los Estados Unidos, al menos, en el sentido en que la Constitución emplea esa palabra y, en consecuencia, no tenía derecho a acudir a los tribunales federales.
- b) Al retornar Scott a Misuri, las leyes de ese estado eran las que podían regular su estatus jurídico como esclavo, independientemente de que se le hubiera catalogado como persona libre, conforme la legislación de Illinois.
- c) El compromiso de Misuri era inconstitucional, dado que el Congreso Federal no estaba autorizado por la Constitución Política para emitir tal disposición. En ese sentido, el fallo considera que al permitir la liberación de personas esclavas en algunos territorios, se desconocía el derecho de propiedad de sus dueños.³

De esta forma, el fallo de la Suprema Corte en resumen consideró que las personas afroamericanas en general no podían ser catalogadas como ciudadanas de los Estados Unidos y, además, estimó que aquellas que tenían el estatus de esclavas, en el fondo debían ser catalogadas como propiedad. Este fallo, considerado por algunos autores como el peor de la Suprema Corte en toda su historia, no hizo más que atizar el fuego del conflicto entre el Norte y el Sur.

i) Las ideas de John Calhoun.

Muchos de los criterios utilizados para justificar la secesión de los estados confederados, partían de las ideas de John Calhoun. Este jurista, quien fungió como vicepresidente de los Estados Unidos entre 1828 y 1832, desarrolló en la década de 1820 la doctrina de los derechos de los estados, de la que ya se habló en este trabajo. Partiendo de lo expuesto en esa teoría, Calhoun sostenía que era en las poblaciones donde residía la soberanía, por lo que éstas tenían la posibilidad de tomar decisiones por ellas mismas, en caso de que consideraran que el Gobierno Federal estaba

³ Cabe recordar que el Compromiso de Misuri había dejado de tener efecto en la práctica, con ocasión de la aprobación de la Ley Kansas-Nebraska. De esta forma, el fallo de la Suprema Corte vino a desaparecer esa norma desde el punto de vista jurídico.

desconociendo las instrucciones que le habían sido otorgadas por los estados, al momento que aceptaran formar parte de la Unión.

Calhoun también fue un defensor de la teoría de la nulidad, que Carolina del Sur había aplicado al momento de desconocer los aranceles impuestos por el Gobierno Federal en 1832. En ese sentido, el jurista consideraba que los estados contaban con la posibilidad de analizar la constitucionalidad, y eventualmente anular o desaplicar las disposiciones federales que atentaran contra sus intereses.

Cabe destacar que las ideas de Calhoun fueron adoptadas por varios estados para justificar su decisión de separarse de la Unión en 1861, once años después de que el jurista falleciera.

j) La fallida cláusula Wilmot.

Luego de finalizada la guerra entre México y Estados Unidos, el congresista de Pensilvania, David Wilmot, intentó el 8 de agosto de 1846 introducir en el proyecto de ley que asignaba recursos para las negociaciones finales del conflicto, una cláusula que prohibía la esclavitud en todos los territorios adquiridos por los Estados Unidos como consecuencia del conflicto mencionado (la mayor parte del sudoeste hasta California).

La propuesta de Wilmot fue aprobada en la Cámara, pero no tuvo la misma suerte en el Senado, dado que los estados sureños eran mayoría ahí. Fue planteada nuevamente por Wilmot en 1847, pero también fue rechazada en el Senado, a pesar de una aprobación inicial en la Cámara. El congresista hizo un último intento en 1848, cuando procuró incorporar su propuesta al Tratado de Guadalupe Hidalgo, pero nuevamente no obtuvo una respuesta positiva.

Si bien, la propuesta nunca llegó a tener efectos, de haberlo hecho hubiera cambiado radicalmente el panorama, toda vez que hubiera implicado la cancelación del Compromiso de Misuri, pero con efectos diversos a los que llegaron a presentarse en la realidad. Esto, por cuanto se habría prohibido la esclavitud en una serie de territorios en los que dicha institución tendría que estar permitida, conforme los términos de dicho acuerdo. Por otra parte, cabe destacar que las ideas de Wilmot generaron a nivel del Congreso y el Senado fuertes discusiones sobre el tema de la esclavitud, las cuales continuaron hasta el Compromiso de 1850.

k) La enmienda de Corwin.

A finales de diciembre de 1860, existía un ambiente cada vez más tenso entre el Norte y el Sur, que llevó al inicio del proceso de secesión. Con el fin de alivianar la situación y garantizar la permanencia de la Unión, el Senado y el Congreso formaron comités cuya finalidad era encontrar soluciones legislativas para afrontar la crisis.⁴

El 14 de enero de 1861, el comité de la Cámara presentó una propuesta de enmienda a la Constitución, tendiente a proteger la esclavitud, garantizar el cumplimiento de las leyes de esclavos(as) fugitivos(as) y dejar sin efecto las leyes estatales relativas a la libertad personal. Dicha propuesta disponía lo siguiente:

Ninguna reforma de esta Constitución, que tenga por objeto cualquier injerencia dentro de los Estados en las relaciones entre sus ciudadanos y los descritos en el inciso segundo del artículo primero de la Constitución como “todas las demás personas”, podrán proceder de cualquier Estado que no reconozca la relación dentro de sus propios límites, o será válida sin el asentimiento de cada uno de los Estados que componen la Unión.

Mientras la propuesta se discutía en la Cámara, varios estados del Sur decidieron abandonar la Unión, lo que llevó a que el 26 de febrero de 1861, el congresista Thomas Corwin presentara el siguiente texto sustitutivo:

No se hará ninguna enmienda a la Constitución que autorice o dé al Congreso el poder de abolir o interferir, dentro de cualquier Estado, con las instituciones internas del mismo, incluyendo la de las personas sujetas a trabajo o servicios por las leyes de dicho Estado.

La propuesta original fue sometida a votación en la Cámara, obteniendo una votación a favor de 123 a 71, por lo que no alcanzó la mayoría de dos tercios necesaria para ser aceptada. Ante esto, se sometió a votación la propuesta planteada por Corwin, la cual fue aceptada con una votación de 133 a 65, lo que le permitió llegar al mínimo requerido para su aprobación. Posteriormente, la propuesta fue conocida en el Senado, donde fue aprobada con una votación de 24-12, que equivalía a los dos tercios requeridos.

⁴ El Comité del Senado fue conocido como el Comité de los Trece, mientras que el de la Cámara como el Comité de los Treinta y Tres.

Finalmente, conforme lo dispuesto por la Constitución Política, la enmienda fue remitida a los estados para su ratificación, sin embargo, a la fecha no ha alcanzado el número de ratificaciones necesario para ser incluida en el texto constitucional.⁵

Ahora, si bien la propuesta de Corwin no utiliza expresamente la palabra esclavitud, lo cierto es puede entenderse que los términos “*instituciones domésticas*” y “*personas sujetas a trabajo o servicio*”, claramente hacen referencia a esa figura. De esta forma, es claro que la finalidad de la enmienda era regular de forma más precisa el tema a nivel constitucional, con el fin de satisfacer las pretensiones de los estados del Sur, y así evitar la guerra.

IV.- La secesión.

a) Las elecciones de 1860.

Como se explicó líneas atrás, una de las consecuencias de la Ley Kansas-Nebraska fue la aparición del partido Republicano, como una suerte de sucesor del partido Whig, luego de que este desapareciera. De esta forma, muchas de las personas que apoyaron el surgimiento del partido Republicano, eran partidarios de las ideas abolicionistas que se habían sentido defraudados con el apoyo que varios congresistas y senadores del partido Whig le habían dado a una legislación que consideraban favorecía la esclavitud. El partido Republicano participó por primera vez en las elecciones legislativas del mes de noviembre de 1854 y obtuvo 46 miembros en la Cámara de Representantes, lo que equivalía a casi el 20% del total de sus miembros.

Cabe destacar que el partido Republicano tomó como bandera la lucha contra la expansión de la esclavitud en los nuevos territorios de los Estados Unidos. De esta forma, en las elecciones presidenciales presentó como candidato a John Fremont, que si bien fue derrotado por James Buchanan, contó con un apoyo bastante importante en el Norte (11 de los 16 estados) y, además, obtuvo 90 escaños en la Cámara de Representantes y 20 en el Senado. Este pensamiento permeó la ideología del partido, y

⁵ Resulta curioso señalar que la enmienda propuesta técnicamente no ha sido formalmente desechada todavía, por lo que mantiene viva la posibilidad de alcanzar el número de ratificaciones necesarias para su aprobación final. No obstante, aun y cuando esto sucediera, se generaría una situación conflictiva, toda vez que chocaría con lo dispuesto por la XIII Enmienda, que prohíbe expresamente la esclavitud.

sería esencial para la escogencia del Abraham Lincoln como candidato para las elecciones presidenciales de 1860, ya que había obtenido fama nacional con sus discursos con respecto al tema de la esclavitud, durante la contienda que sostuvo con el demócrata Stephen A. Douglas por un escaño en el Senado.

Precisamente, la participación de Lincoln en el proceso electoral de 1860 generó temores entre los estados sureños, debido a las posiciones que había expuesto con respecto al tema de la esclavitud. Esto generó que varios estados comenzaran a barajar la posibilidad de separarse de la Unión, en caso de que el candidato republicano ganara las elecciones. Dicha situación fue la que finalmente aconteció, luego de que Lincoln triunfara con un total de 180 votos electorales, superando así a John C. Breckinridge, candidato del partido Demócrata Sur, que obtuvo 72 votos electorales. Cabe destacar que Lincoln obtuvo únicamente el 39% del voto popular, pero debido a la forma en que está previsto el sistema electoral en los Estados Unidos, resultó electo presidente al conseguir el número de votos electorales requerido para ello. Lo anterior, se explica principalmente por el triunfo arrasador que obtuvo en los estados del Norte, así como en la división que existía en el partido Demócrata para esa elección, y que se vio reflejada en el hecho de que se presentaran tres candidatos distintos que representaban los intereses de las diversas facciones del partido.

b) El proceso de secesión.

Los resultados de la elección de 1860 fueron la gota que derramó el vaso con respecto a la tensión que existía entre el Norte y el Sur, y que tuvo como consecuencia el inicio del proceso de secesión. En ese sentido, el discurso que había caracterizado a Lincoln constituía una amenaza para la esclavitud, y ponía en riesgo el *modus vivendi* de gran parte del Sur. Esto, sumado a los cuestionamientos y la legislación de los estados del Norte sobre el tema, constituyeron motivos suficientes para que iniciara el proceso de secesión.

Una vez conocido el resultado de la elección, el primer estado que decidió separarse de la Unión fue Carolina del Sur. Para ello, el 6 de diciembre de 1860 se realizó la elección de delegados, quienes se reunieron el 17 de diciembre de ese año. Cabe mencionar que todos los delegados eran partidarios de la secesión, por lo que no se incluyeron

personas que deseaban mantenerse en la Unión, a pesar de que si existían.⁶ El 20 de diciembre de 1860, los 169 delegados aprobaron la ordenanza de secesión y tuvieron por creada la Commonwealth de Carolina del Sur.⁷ Dicho documento dispone lo siguiente:

Nosotros, el Pueblo del Estado de Carolina del Sur, reunidos en la Convención declaramos y ordenamos, y por la presente se declara y ordena, que la ordenanza adoptada por nosotros en la Convención, el veintitrés de mayo del año de nuestro Señor mil setecientos ochenta y ocho, por la cual se ratificó la Constitución de los Estados Unidos de América, así como todas las Actas y partes de Actas de la Asamblea General de este Estado, ratificando enmienda a dicha Constitución, quedan aquí derogados; y que se disuelva la unión que ahora subsiste entre Carolina del Sur y otros Estados, bajo el nombre de “Los Estados Unidos de América”.

Si bien la declaración de secesión no explica en forma profusa las razones que justifican la decisión de separarse, la Convención de Carolina del Sur había acordado la redacción de una declaración separada en la que constarían los razonamientos que explicaban la secesión. Este documento fue conocido como la *Declaración de las Causas Inmediatas que Inducen y Justifican la Secesión de Carolina del Sur de la Unión Federal*, y fue adoptada el 24 de diciembre de 1860. En dicho documento, se explica que entre Carolina del Sur y los Estados Unidos existía un acuerdo que fijaba obligaciones y derechos para ambas partes, y que podía ser revocado en caso de incumplimiento. Agrega que el derecho a separarse está implícito en la Constitución y que fue reafirmado por Carolina del Sur en 1852. El documento indica que el Gobierno Federal y otros estados de la Unión no habían cumplido con sus deberes con Carolina del Sur, pues irrespetaron lo dispuesto por la Ley del Esclavo Fugitivo y las cláusulas de la Constitución Política que protegían a la esclavitud. También se hace alusión a la elección de Lincoln como presidente (aunque no hace mención directa a él), como una causa que justifica la secesión, tomando en cuenta su posición con respecto a la esclavitud.

Posteriormente, otros estados del Sur proclamaron su separación de la Unión, siguiendo en la mayoría de los casos un proceso similar al de Carolina del Sur, en el que

⁶ Estas personas eran apodadas “*colaboracionistas*”, y en ojos de los secesionistas eran traidores de la causa del Sur. Esto puede explicar el motivo por el cual no fueron tomados en cuenta.

⁷ También fue conocida como la República de Palmetto, en razón de la palmera que figuraba en su escudo.

un grupo de delegados tomaba la decisión de proceder o no con la secesión. El documento que surgía de esta convención era conocido como *orden o declaración de secesión*, y se caracterizaba por ser una manifestación general sobre la decisión de separarse de la Unión, indicando las consecuencias esto traía. Ejemplos de lo anterior, además de la de Carolina del Sur, son las órdenes de secesión de Luisiana y Mississippi, que a continuación se transcriben:

Una Ordenanza para disolver la unión entre el Estado de Luisiana y otros Estados unidos con ella bajo el pacto titulado “La Constitución de los Estados Unidos de América”.

Nosotros, el pueblo del Estado de Luisiana, reunidos en convención, declaramos y ordenamos, y por la presente se declara y ordena, que la ordenanza aprobada por nosotros en convención el 22 de noviembre del año mil ochocientos once, por la cual se adoptaron la Constitución de los Estados Unidos de América y las enmiendas a dicha Constitución, y todas las leyes y ordenanzas por las que el Estado de Luisiana se convirtió en miembro de la Unión Federal, quedan por la presente derogadas y abrogadas; y que por la presente se disuelve la unión que subsiste entre Luisiana y otros Estados bajo el nombre de “Los Estados Unidos de América”.

Además, declaramos y ordenamos que el Estado de Luisiana por la presente retoma todos los derechos y poderes hasta ahora delegados al Gobierno de los Estados Unidos de América; que sus ciudadanos quedan absueltos de toda lealtad a dicho Gobierno; y que está en plena posesión y ejercicio de todos los derechos de soberanía que corresponden a un Estado libre e independiente.

Además, declaramos y ordenamos que todos los derechos adquiridos y conferidos en virtud de la Constitución de los Estados Unidos, o cualquier acto del Congreso, o tratado, en virtud de cualquier ley de este Estado, y que no sean incompatibles con esta ordenanza, permanecerán en vigor y tendrá el mismo efecto que si esta ordenanza no hubiera sido aprobada.

Una ordenanza para disolver la unión entre el Estado de Mississippi y otros Estados unidos con ella bajo el pacto titulado “La Constitución de los Estados Unidos de América”

El pueblo del Estado de Mississippi, reunido en convención, ordena y declara, y por la presente se ordena y declara, a saber:

Sección 1. Que todas las leyes y ordenanzas por las cuales dicho Estado de Mississippi se convirtió en miembro de la Unión Federal de los Estados Unidos de América sean, y las mismas sean por la presente, derogadas, y que todas las obligaciones por parte de dicho Estado o la gente del mismo para observar el mismo, y que dicho Estado por la presente retoma todos los derechos, funciones y poderes que por cualquiera de dichas leyes u ordenanzas fueron otorgados al Gobierno de dichos Estados Unidos, y está absuelto de todas las obligaciones, restricciones y deberes contraídos por dicha Unión Federal, y será en adelante un Estado libre, soberano e independiente.

Segundo. 2. Que tanto de la primera sección del artículo séptimo de la Constitución de este Estado como requiere que los miembros de la Legislatura y todos los funcionarios, ejecutivos y judiciales, presten juramento o afirmación para apoyar la Constitución de los Estados Unidos, y la misma queda por la presente, derogada y anulada.

Segundo. 3. Que todos los derechos adquiridos y conferidos en virtud de la Constitución de los Estados Unidos, o en virtud de cualquier ley aprobada por el Congreso, o tratado realizado, en cumplimiento de la misma, o en virtud de cualquier ley de este Estado, y que no sean incompatibles con esta ordenanza, permanecerán en vigor y surtirán los mismos efectos que si esta ordenanza no hubiera sido aprobada.

Segundo. 4. Que el pueblo del Estado de Mississippi por la presente consiente en formar una unión federal con los Estados que se hayan separado o puedan separarse de la Unión de los Estados Unidos de América, sobre la base de la presente Constitución de dichos Estados Unidos. Estados, excepto las partes de los mismos que abarquen otras partes distintas de los Estados que se separan.

Cabe destacar que el proceso de secesión se dio en dos etapas. Un primer momento, en el que un grupo de estados siguieron el ejemplo de Carolina del Sur y se separaron de la Unión, y una segunda etapa, que se presentó cuando varios estados se unirían a la Confederación de Estados de América, luego de que el presidente Lincoln llamara a las tropas para mantener la unidad del país. A continuación, se describe el orden en que los estados decidieron abandonar la Unión.

A. Estados que se separaron siguiendo el ejemplo de Carolina del Sur:

Estado	Fecha de la secesión
Misisipi	9 de enero de 1861
Florida	10 de enero de 1861
Alabama	11 de enero de 1861
Georgia	19 de enero de 1861
Luisiana	26 de enero de 1861
Texas	1 de febrero de 1861

B.- Estados que se separaron luego del llamado a las tropas por parte de Abraham Lincoln:

Estado	Fecha de la secesión
Virginia	17 de abril de 1861
Arkansas	6 de mayo de 1861
Carolina del Norte	20 de mayo de 1861
Tennessee	8 de junio de 1861

Además de los casos mencionados, es necesario hacer alusión a Misuri y Kentucky, donde algunos grupos proclamaron la secesión en octubre y noviembre de 1861, aunque esta nunca llegó a ser efectiva, toda vez que esos estados eran controlados por gobiernos afines a la Unión. Sin embargo, dicha situación no impidió que la Confederación los reconociera como estados miembros.

Debe mencionarse que en la mayoría de los estados que decidieron separarse de la Unión, lo hicieron por medio de asambleas de delegados y no mediante el voto popular. Algunos historiadores explican esta situación, en el hecho de que los sistemas electorales en algunos estados del Sur eran controlados por grupos que formaban parte de la élite de la sociedad, lo que permitía que estos pudieran manipularlos a favor de sus intereses.

A pesar de lo anterior, conviene indicar que existieron tres excepciones a la regla mencionada: Texas, Virginia y Tennessee. En el caso de Texas, en primera instancia se

gestionó la convocatoria a una asamblea, sin embargo, dicha petición fue denegada por el gobernador Sam Houston, quien era partidario de mantener la Unión. Ante esto, los separatistas convocaron a una convención el 1 de febrero de 1861, cuyos resultados fueron aprobados en referéndum popular el 23 de febrero de 1861. En el caso de Virginia, la ordenanza fue sometida a aprobación de voto popular, sin embargo, fue rechazada por una parte importante de la población. Esto tuvo como consecuencia la separación del estado en Virginia y Virginia Occidental, permaneciendo este último fiel a la Unión. Finalmente, en el caso de Tennessee, el referéndum se llevó a cabo por decisión propia, aunque hubo oposición en el este del estado.

Ahora, si bien las ordenanzas de secesión no especifican los motivos por los cuales los estados decidieron separarse de la Unión, del estudio de la Declaración de las Causas Inmediatas que Inducen y Justifican la Secesión de Carolina del Sur de la Unión Federal, así como del análisis de las declaraciones de Luisiana y Mississippi, parece desprenderse que la motivación principal para tal acción se fundamenta en la teoría de los derechos de los estados. Lo anterior, por cuanto los separatistas creían que existía un derecho implícito en la Constitución Política que les permitía salir de la Unión, en caso de que se presentaran situaciones que atentaran contra sus intereses. De esta forma, consideraban que las acciones adoptadas por los estados del Norte en contra de la expansión de la esclavitud, y la omisión del Gobierno Federal de hacer cumplir las leyes relativas a esa figura, implicaban un incumplimiento a las obligaciones que los Estados Unidos de América tenían con ellos y, por ende, los facultaba a separarse del resto del país.

V.- ¿Fue constitucional la secesión?

En el presente trabajo se han esbozado una serie de antecedentes que sirvieron de base para que varios estados del Sur de los Estados Unidos se separaran de la Unión. No obstante, persiste la pregunta de si tal decisión encontraba o no asidero desde el punto de vista del derecho constitucional. Si bien la Constitución Política de los Estados Unidos era ambigua en cuanto al tema, a nuestro parecer existen más razones para considerar que la intención de esa norma era garantizar la permanencia de la Unión sobre los derechos de los estados.

Una de las primeras razones que tenemos para realizar dicha afirmación, la encontramos en el año 1777 durante el II Congreso Continental, específicamente, con

la aprobación de los Artículos de la Confederación y la Unión Perpetua. Dicho documento constituye el antecesor de la Constitución Política de 1787, y en él se regulaban las relaciones entre las trece colonias⁸. En el mismo se daba prioridad a la independencia de los estados con respecto al Gobierno Central, al disponer en su artículo 2 que: “*Cada Estado conserva su soberanía, libertad e independencia, así como todo su poder, jurisdicción y derecho no delegados expresamente por esta Confederación...*”. Asimismo, prácticamente limitaba los poderes del Gobierno Central a dirigir las relaciones exteriores y a emitir declaratorias de guerra, pues incluso la recaudación de impuestos recaía en cada uno de los estados.

Ahora, a pesar de que los Artículos de la Confederación se caracterizaban por prever un Gobierno Central débil y darle prioridad a la soberanía de los estados, lo cierto es que también deja claro el carácter perpetuo de la Unión, al disponer en su artículo 13 lo siguiente:

Artículo XIII

Los Estados acatarán las determinaciones del Congreso y observarán fielmente estos artículos: la unión será perpetua.

De esta forma, es claro que, desde los inicios de la nación, existía un deseo de garantizar la permanencia de la Unión, pues de lo contrario, lo dispuesto por el artículo 13 podía haberse dejado de lado, sobre todo, si se toma en cuenta que el contenido de la normativa priorizaba la soberanía de los estados sobre el Gobierno Central.

Los Artículos de la Confederación van a mantener su vigencia hasta el 21 de junio de 1788, cuando son reemplazados por la Constitución Política de 1787, luego de que esta alcanzara el número de ratificaciones requerido para su vigencia. Ahora, si bien dicho documento no hace referencia expresa al carácter perpetuo de la Unión, como sí lo hacía su antecesor, lo cierto es que sí menciona que mediante la Constitución se forma “*una unión perfecta*”. Asimismo, del preámbulo de la Constitución Política, se desprende que el fundamento sobre el que recae dicha norma no son los estados, sino el pueblo de los Estados Unidos⁹, lo que deja entrever la importancia de la Unión.

⁸ Los Artículos de la Confederación fueron ratificados parte de los estados, durante el período comprendido entre julio de 1778 y marzo de 1781.

⁹ El preámbulo de la Constitución Política de los Estados Unidos dispone lo siguiente: “*Nosotros el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la Justicia, afianzar la*

Por otra, debe mencionarse que si el deseo de los estados hubiera sido priorizar su soberanía con respecto a la Unión, tal y como sostienen las ideas de Calhoun, los Artículos de la Confederación hubieran mantenido su vigencia, o se hubiera planteado una norma de similar contenido como su sustituta. Esto, tomando en cuenta que dicho documento preveía un Gobierno Central débil y una mayor libertad para los estados en la toma de decisiones. De esta forma, al aprobar y ratificar un documento como la Constitución Política de 1787, que daba mayores poderes al Gobierno Federal que los previstos en su antecesor, es claro que la intención de los estados era procurar una forma de gobierno en el que se priorizara la unidad sobre el carácter individual de los estados, lo que deja entrever la importancia que se le daba a la vigencia de la Unión.

Otro aspecto que puede tomarse en cuenta para afirmar la inconstitucionalidad de la secesión radica en la opinión de algunos de los padres fundadores de los Estados Unidos, con respecto al carácter perpetuo o no de la Unión. Así, en su discurso inaugural, George Washington hizo referencia a una *“unión indisoluble”* al referirse al nuevo país, y en su despedida sostuvo que los estadounidenses *“deberían estimar adecuadamente el inmenso valor de su Unión nacional para su colectivo y felicidad individual”*.

Por otra parte, James Madison, en su carta a Alexander Hamilton del 20 de julio de 1788, se refirió a los planteamientos hechos por varios estados de reservarse el derecho de salir de la Unión, en caso de sentirse perjudicados. Sobre este punto Madison indicó:

Lamento que su situación lo obligue a escuchar proposiciones de la naturaleza que describe. Mi opinión es que una reserva del derecho a retirarse si las enmiendas no se deciden bajo la forma de la Constitución dentro de un cierto tiempo, es una ratificación condicional, que o convierte a N.York en miembro de la Nueva Unión y, en consecuencia, que ella no podía ser recibida en ese plan. Los pactos deben ser recíprocos, este principio no se preservaría en tal caso. La Constitución exige una adopción in toto, y para siempre. Así ha sido adoptada por los demás Estados

tranquilidad interior, proveer la Defensa común, proveer el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América”.

Por último, si bien no se trata de uno de los padres fundadores, Abraham Lincoln explicó en su discurso inaugural del 4 de marzo de 1861, los razonamientos que justificaban la prevalencia de la Unión. Así, señaló sobre este punto lo siguiente:

La Unión es mucho más antigua que la Constitución. Fue formada, de hecho, por los Artículos de Asociación en 1774. Fue madurado y continuado por la Declaración de Independencia de 1776. Fue madurado aún más y la fe de todos los entonces trece Estados y se comprometió y comprometió expresamente a que debería ser perpetua, por los Artículos de la Confederación de 1778. Y finalmente, en 1787, uno de los objetos declarados para ordenar y establecer la Constitución era formar una unión más perfecta.

De lo expuesto anteriormente, se desprende entonces que varios de los políticos más influyentes de la historia de los Estados Unidos, tenían clara la necesidad de garantizar la permanencia de la Unión sobre todas las cosas, lo que refuerza los argumentos con respecto a la inconstitucionalidad de la secesión.

Por último, pero no menos importante, resulta necesario hacer alusión al caso de Texas contra White. Como consecuencia del Compromiso de 1850, Texas había recibido diez millones de dólares en bonos de los Estados Unidos, parte de los cuales fueron vendidos durante el lapso en que el estado se separó de la Unión. En ese momento, la legislación estatal disponía que el gobernador debía firmar el endoso de los bonos que se vendieran, sin embargo, la legislatura derogó ese requisito para ocultar el origen de los bonos, dado el temor que existía de que perdieran valor, en caso de que el Tesoro de los Estados Unidos se negara a honrarlos, ya que habían sido vendidos por un estado confederado.

Precisamente, el Tesoro de los Estados Unidos realizó un aviso legal en un diario, en el que informaba que no honraría los bonos de Texas, a menos de que fueran respaldados por el gobernador que estaba en el puesto antes de la guerra civil. A pesar de esto, 136 bonos fueron comprados por la corredora propiedad de George White y John Chiles, luego de lo cual fueron revendidos.

Luego de la guerra, el nuevo gobierno estatal inició un proceso para recuperar los bonos, considerando que estos habían sido vendidos ilícitamente para financiar la Guerra Civil. En virtud de esto, se presentó una demanda ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, con base en lo dispuesto en el Artículo III, Sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos, que otorgaba jurisdicción originaria para conocer las

controversias entre un Estado y un ciudadano. Dicho criterio fue refutado por los abogados de la parte demandante, alegando que al momento del juicio Texas no era un estado, tal y como lo pensaron los Padres Fundadores, sino un territorio conquistado a nivel militar. Asimismo, adujeron que la venta de bonos, a pesar de ser realizada por un gobierno que se había separado, no implicaba una lesión a la Constitución, pues la transacción tenía como fin beneficiar a la población.

En un fallo dividido de cuatro a dos, la Corte Suprema de Justicia falló a favor de Texas. La opinión mayoritaria de la Corte fue redactada por el juez presidente Salmon Chase, quien, al resolver sobre las cuestiones previas, consideró que la Corte sí era competente para conocer el caso, dado que Texas nunca había dejado de formar parte de los Estados Unidos. En ese sentido, el juez Chase deja claro el carácter perfecto y permanente de la Unión, al disponer lo siguiente:

La Unión de los Estados nunca fue una relación puramente artificial y arbitraria. Comenzó entre las Colonias y surgió de un origen común, simpatías mutuas, principios afines, intereses similares y relaciones geográficas. Fue confirmado y fortalecido por las necesidades de la guerra, y recibió forma y carácter definidos y sanción de los Artículos de la Confederación. Por estos, la Unión fue solemnemente declarada "perpetua". Y cuando estos artículos resultaron inadecuados a las exigencias del país, se ordenó la Constitución "para formar una Unión más perfecta". Es difícil transmitir la idea de unidad indisoluble con más claridad que con estas palabras. ¿Qué puede ser indisoluble si una Unión perpetua, perfeccionada, no lo es?

Asimismo, reiteró que Texas nunca había salido de la Unión, por lo que los decretos que dispusieron su separación resultaban inconstitucionales. Sobre estos puntos, el juez Chase dispuso:

Cuando, por tanto, Texas se convirtió en uno de los Estados Unidos, entró en una relación indisoluble. Todas las obligaciones de la unión perpetua y todas las garantías del gobierno republicano en la Unión, unidas de una vez al Estado. El acto que consuma su ingreso en la Unión fue algo más que un pacto; fue la incorporación de un nuevo miembro al cuerpo político. Y fue definitivo. La unión entre Texas y los demás estados fue tan completa, tan perpetua e indisoluble como la unión entre los estados originales. No había lugar para reconsideración o revocación, excepto por revolución o por consentimiento de los Estados.

(...)

Por lo tanto, considerada como transacciones bajo la Constitución, la ordenanza de secesión, adoptada por la convención y ratificada por la mayoría de los ciudadanos de Texas, y todas las leyes de su legislatura destinadas a dar efecto a esa ordenanza, fueron absolutamente nulas. Estaban completamente sin operación en la ley. Las obligaciones del Estado, como miembro de la Unión, y de todo ciudadano del Estado, como ciudadano de los Estados Unidos, permanecieron perfectas e intactas. De ello se desprende ciertamente que el Estado no dejó de ser Estado, ni sus ciudadanos dejaron de ser ciudadanos de la Unión. De no ser así, el Estado debe haberse convertido en extranjero y sus ciudadanos en extranjeros. La guerra debe haber dejado de ser una guerra para la represión de la rebelión y debe haberse convertido en una guerra para la conquista y el sometimiento.

De esta forma, resulta claro que, para la Suprema Corte, nunca existió la posibilidad real de que los estados pudieran legítimamente separarse de los Estados Unidos, pues la Unión ha sido perfecta incluso desde antes de la adopción de la Constitución Política, lo que reafirma aún más que la secesión fue un proceso que riñó con la Carta Fundamental.

VI.- Conclusiones.

El proceso de secesión que llevó a la creación de los Estados Confederados de América constituye un tema tan polémico como interesante. Su importancia fue tal, que permeó distintos ámbitos de la vida de los Estados Unidos, entre ellos el jurídico. De esta forma, las ideas económicas y sociales del Norte y el Sur, y especialmente su visión sobre la esclavitud, marcaron la legislación y la jurisprudencia de la época. Precisamente estos elementos tuvieron una influencia importante en la toma de la decisión por parte de varios estados del Sur de separarse de los Estados Unidos, partiendo de la idea de que su soberanía debía prevalecer sobre la Unión.

Ahora bien, la pregunta de si dicha decisión fue acorde o no con la Constitución Política, se puede responder con la afirmación hecha por el ex juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Antonin Scalia, cuando contestó una pregunta que se le hiciera con respecto a la posibilidad de que Maine pudiera separarse de la Unión. En esa oportunidad, el juez Scalia simplemente indicó: *“No puedo imaginar que una pregunta*

así pueda ni siquiera llegar a la Suprema Corte. Para empezar la respuesta es clara. Si existe un problema constitucional que resolvió la Guerra Civil, es que no existe un derecho a la secesión”.

VII.- Bibliografía.

Ablanedo Reyes, E. (2021). *Confederación. Los Estados Confederados de América y la Guerra Civil. 1861-1865*. España. Editorial Actas.

Artículos de la Confederación y la Unión Perpetua. 15 de noviembre de 1777. Estados Unidos de América.

Bárcena, J. (2014). *Secesión y Constitución en los Estados Unidos*. España. Cuadernos Manuel Giménez Abad número 8.

Carbonell, M. (2007). *La peor sentencia: a 150 años de Dred Scott versus Sandford*. Colombia. Revista Derecho del Estado número 20.

Constitución Política de los Estados Unidos de América (Const). 17 de septiembre de 1787. Estados Unidos de América

Madison, J. (1788). Carta a Alexander Hamilton del 20 de julio de 1788. <https://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-05-02-0012-0086>

Ruiz Miguel, C. (2022). *El (excepcional) reconocimiento del derecho de secesión en el derecho comparado*. España. Cuadernos Constitucionales N° 3.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América. *Estados Unidos vs Schooner Amistad*. 9 de marzo de 1841.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América. *Prigg vs Pennsylvania*. 1 de marzo de 1842.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América. *Texas vs White*. 12 de abril de 1869.

Vínculos entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad en Costa Rica: implicaciones, desafíos y disonancias interpretativas.

Reflexiones a la luz del artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

Maricruz Barquero Kepfer *

Fernando Castro Padilla **

Resumen:

El surgimiento de la figura del control de convencionalidad en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha generado, entre otras consecuencias, la necesidad de articular su engarce e interacción con los distintos sistemas de justicia constitucional ya existentes en los diversos estados. Articulación que puede presentar no pocas dificultades, en tanto supone la participación de múltiples intérpretes. En tal marco, adquiere

* Letrada de la Sala Constitucional desde el año 2005, a la fecha. Actualmente como profesional asistente del despacho de la Magistrada Anamari Garro Vargas. Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Especialista y Máster en Derecho Constitucional y Justicia Constitucional de la Universidad Castilla-La Mancha, España. Graduación de honor en el Magister de Derecho Constitucional, en la Universidad de Costa Rica. Diploma de Estudios Avanzados del Programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad Castilla-La Mancha, España.

** Letrado de la Sala Constitucional desde el año 1999, a la fecha. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España). Tesis doctoral aprobada con la máxima distinción *sobresaliente cum laude*. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Cuenta, además, con una Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia, una Maestría en Justicia Constitucional por la Universidad de Costa Rica, un Máster en Derecho y Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España) y un Máster Universitario en Ciències Jurídiques por la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España).

particular interés una adecuada comprensión del principio de subsidiariedad y un uso razonable y prudente del concepto del margen nacional de apreciación.

Palabras claves:

Control de convencionalidad. Control de constitucionalidad. Principio de subsidiariedad. Margen nacional de apreciación.

Abstract:

The emergence of the figure of conventionality control within the framework of the Inter-American Human Rights System has generated, among other consequences, the need to articulate its connection and interaction with the different constitutional justice systems already existing in the various states. Articulation that can present many difficulties, since it involves the participation of multiple interpreters. In such a framework, an adequate understanding of the principle of subsidiarity and a reasonable and prudent use of the concept of the national margin of appreciation acquires particular interest.

Keywords:

Conventionality control. Constitutional control. Principle of subsidiarity. National margin of appreciation.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Obligaciones impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 3.- Control de convencionalidad: contenido y consecuencias. 4.- El Derecho de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 5.- Engarce entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad en Costa Rica. 6.- Caso *Herrera Ulloa* y su impacto en Costa Rica. a) Antecedentes regulatorios de la segunda instancia en materia penal. b) Evolución normativa y de las líneas jurisprudenciales de la Sala Constitucional. c) Juzgamiento por la Corte IDH. d) Reacción nacional por el juzgamiento de la Corte IDH. e) Resoluciones de supervisión de cumplimiento de la Corte IDH. f) Valoración actual de la Sala Constitucional. g) A modo de colofón. 7.- Principio de subsidiariedad, margen nacional de apreciación y diálogo jurisprudencial. 8.- Conclusiones. 9.- Bibliografía

1.- Introducción.

Resulta indudable el interés que ha generado la figura del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), por su impacto en el ámbito judicial latinoamericano. Como lo revela el título del presente artículo, el propósito de las próximas páginas es formular una serie de reflexiones sobre un aspecto específico derivado del citado fenómeno, como lo es la eventual relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. Pero, más en concreto, interesa destacar los posibles conflictos que puedan surgir entre los distintos actores que participan de tal relación, sea, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y los órganos jurisdiccionales encargados de realizar el control de constitucionalidad. Actores que participan en la interpretación de los mismos textos jurídicos, pero pueden disentir en su interpretación y en la comprensión concreta de sus contenidos y alcances.

Para tales efectos, se introducirán una serie de conceptos y antecedentes básicos –para la debida comprensión de este tema–, referidos a las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el contenido y consecuencias del control de convencionalidad y el vínculo entre este y el control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense. Luego, se analizará un

caso concreto (*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*), que permitirá ejemplificar, debidamente, la dinámica –tanto de complementación, como de colisión– que puede generarse entre los órganos internacionales de garantía y las autoridades estatales, incluida la propia Sala Constitucional. Finalmente, se aportarán algunas apreciaciones generales que, a nuestro juicio, no pueden desconocerse a la hora de valorar y enmarcar la labor interpretativa que corresponde a la Corte IDH.

2.- Obligaciones impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según apunta Allan Brewer-Carías (2005), es posible reconocer un proceso de internacionalización en materia de promoción, protección y defensa de derechos humanos, surgido después de la Segunda Guerra Mundial y “*de los horrores que se produjeron, los cuales pusieron al descubierto las más aberrantes violaciones a los derechos humanos nunca imaginadas*” (p. 61). Proceso que ha generado –conforme explica ese mismo autor– una “*recomposición del concepto mismo de soberanía*” y la adopción de “*nuevos principios y compromisos internacionales*” (p. 61).

Tal proceso ha supuesto, en primer lugar, aceptar que los distintos Estados ya no se constituyen en los garantes exclusivos y excluyentes de los derechos humanos. También ha implicado el surgimiento y configuración de una nueva rama del Derecho Internacional, como lo es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), que se compone de un conjunto de principios y normas jurídicas, tanto sustanciales como procesales, que regulan internacionalmente la cuestión de los derechos humanos. Normas jurídicas relativas a la promoción y protección de tales derechos, en las que se reconocen estos derechos, se pactan obligaciones tendentes a asegurar su goce y se crean órganos internacionales destinados a velar por su promoción y tutela.

En definitiva, se puede indicar que:

Este nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos es, en lo esencial, el resultado de un proceso evolutivo en el que se han relacionado, siempre en forma dialéctica, las competencias estatales, por un lado, y el interés de la Sociedad Internacional, por otro. A lo largo del mismo se ha producido la superación del viejo principio de la competencia exclusiva del Estado y su sustitución por una nueva concepción que define a los derechos humanos como

materia de interés internacional. En virtud de esta nueva concepción se establece un modelo de cooperación entre ordenamientos jurídicos que al tiempo que reconoce una competencia primigenia y directa al Estado para establecer mecanismos propios de protección y promoción, define la competencia de la Comunidad Internacional para adoptar normas en dicho ámbito e –incluso- para establecer sistemas internacionales de control y fiscalización del comportamiento estatal. (Díez de Velasco, 2009, p. 650.)

En cuyo caso, los tratados, convenciones o pactos sobre derechos humanos –incluida, específicamente, la CADH– presentan características distintas que los tratados, convenciones o pactos comunes o generales¹. Estos últimos, fundados en el principio de reciprocidad, persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas entre las partes que intervienen. Mientras que los tratados, convenios y pactos sobre derechos humanos tienen por objeto beneficiar directamente a los seres humanos sujetos a las jurisdicciones internas de los Estados Parte. A tales individuos se les reconoce como titulares de un conjunto de derechos subjetivos y, correlativamente, los Estados Parte se comprometen a la obligación de respeto y tutela efectiva de esos derechos en su ámbito interno.

La Corte IDH, en la opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, párr. 24, expuso que:

los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano...

Y en la opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, párr. 29, la Corte IDH reiteró:

que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados

¹ En general, sobre el propósito y particularidades del DIDH, puede verse Castro Padilla, 2009, pp. 444 y ss.

contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Como ejemplo de lo anterior, se pueden mencionar las obligaciones de *respetar* y *garantizar* que figuran en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la obligación de *garantizar* consagrada en el numeral 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la obligación de *adoptar medidas* contenida en ambos instrumentos internacionales (ordinales 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Similar situación se da en el caso de la CADH, cuyo artículo 1 estipula que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De lo que se deriva la existencia de dos obligaciones generales, a saber: 1) la obligación de respetar y 2) la obligación de garantizar los derechos.

En cuanto a la obligación de respeto, esta consiste “*en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. Lo anterior debido a que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado*” (Ferrer Mac-Gregor y Pelayo, 2019, p. 41). Sobre este particular, la Corte IDH ha expresado:

la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parten de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente.

Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.²

Respecto a la obligación de garantía, la Corte IDH ha sostenido, de forma reiterada, que:

la obligación de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en la Convención implica su deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.³

Y ha agregado que tal obligación de garantía no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, pues implica, también, la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁴.

Por su parte, el artículo 2 de la CADH prevé que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

De esta forma, el citado numeral 2 establece como deber primario de los Estados Parte el de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos humanos contemplados en tal instrumento internacional mediante la adopción de las medidas legislativas o de cualquier otro carácter que fueran necesarias para ello.

² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, párr. 21. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2012, párr. 143.

³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, 1987, párr. 166; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2006, párr. 92; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2006, párr. 110.

⁴ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, 1988, párr. 167.

Para la Corte IDH, este deber se manifiesta en dos vertientes: por un lado, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de los referidos derechos y libertades y, por otro lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a tales derechos y libertades⁵. También ha precisado que los Estados Parte no solo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de tales derechos y libertades, sino que también tienen el deber, consecuente, de abstenerse de promulgar leyes que impidan su libre ejercicio y, a la vez, evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen⁶.

La Corte IDH ha sostenido que:

[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente [...] En este orden de ideas, [...] la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.⁷

⁵ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo, 2000, párr. 178; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2014, párr. 175; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2014, párr. 270; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2015, párr. 206; *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2008, párr. 79; *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo, 2008, párr. 122; *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2007, párr. 57; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, 1999, párr. 207.

⁶ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, 1999, párr. 207; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2015, párr. 187.

⁷ Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo, 2000, párr. 136; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2014, párr. 175; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2014, párr. 270.

3.- Control de convencionalidad: contenido y consecuencias.

Lo anterior debe complementarse, necesariamente, con el instituto o figura del control de convencionalidad que la Corte IDH ha venido desarrollando pretorianamente y que se refiere al control que tendría lugar en el ámbito interno de los Estados⁸.

Se puede citar, como punto de partida, el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de setiembre de 2006 (de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 124, en el que se introduce la noción del control de convencionalidad, por el pleno de la Corte, en los siguientes términos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Y en la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 24 de noviembre de 2006 (de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 128, la Corte IDH realizó una serie de precisiones o aclaraciones sobre el contenido del citado control de convencionalidad, al señalar que:

⁸ Sobre este punto, es importante aclarar que la doctrina ha precisado que el control puede ser interno o internacional (Ayala Corao, 2015, p. 902 y ss.), es decir: el control interno de convencionalidad es el ejercido en el ámbito interno de los Estados por sus órganos nacionales, mientras que el control internacional de convencionalidad es el ejercido, de manera general, por los órganos de protección internacional dispuestos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este artículo, cuando se hable de control de convencionalidad, se hablará del control interno de convencionalidad o control de convencionalidad en sede nacional.

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Tal figura ha ido evolucionando en cuanto a los sujetos obligados a realizar tal control, los parámetros para su ejercicio y sus efectos o implicaciones jurídicas.

Respecto a los sujetos obligados a realizar tal control, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010 (de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párr. 225, la Corte señaló que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todos los “*jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*”. Mientras que en el caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (de fondo y reparaciones), párr. 239, la Corte añadió que el control de convencionalidad “*es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*”. Y en el caso *Gelman vs. Uruguay*, resolución de 20 de marzo de 2013 (de supervisión de cumplimiento de sentencia), párr. 72, la Corte sostuvo que el “*control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados*”. Finalmente, en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014 (de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 471, reiteró que “*todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención*” tienen la obligación de ejercer el control de convencionalidad.

En cuanto su contenido, la Corte IDH ha especificado que el parámetro de convencionalidad no se agota en la CADH, sino que se extiende a “*otros tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado*”, como “*la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la*

*Tortura y la Convención Belém do Pará*⁹. También ha señalado que en el ejercicio de tal control de convencionalidad debe tenerse “*en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana*”¹⁰. Incluso, la Corte IDH ha aseverado que todos los Estados Parte debe tener en consideración sus precedentes o lineamientos jurisprudenciales, aunque no hayan sido parte en los procesos internacionales en que estos se hayan emitido¹¹. También ha ampliado el parámetro de convencionalidad a las opiniones consultivas. En la Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 31, dijo:

Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones

⁹ Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2012, párr. 330. En similar sentido: *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2012, párr. 262.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2013, párr. 221. En este mismo sentido: *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2015, párr. 307; *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2020, párr. 269.

¹¹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2013, párrs. 68 y 69.

sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.¹²

En lo atinente a sus consecuencias o efectos, en el caso *Heliodoro Portugal c/. Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008 (de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 180, la Corte IDH reiteró que el artículo 2 de la CADH establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones contenidas en tal instrumento internacional, para garantizar los derechos allí reconocidos. Agregó que:

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.

En esta misma línea, ha sostenido que los Estados Parte: (i) tienen “*la obligación de dejar sin efecto disposiciones legales contrarias a la Convención*”¹³; (ii) deben de “*adecuar su ordenamiento jurídico interno, lo cual implica la modificación de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Convención, a efectos de compatibilizarlo con los parámetros internacionales*”¹⁴; (iii) se les exige que “*la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las*

¹² En esta misma línea: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, párr. 58.

¹³ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2018, párr. 64.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones, 2020, párr. 122.

*obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos*¹⁵; (iv) que “*las autoridades judiciales deben aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte [...] en ejercicio del control de convencionalidad*”¹⁶; y, en definitiva, (v) debe ejercerse “*un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana*”¹⁷.

En seguimiento de lo anterior, debe destacarse la vertiente o eficacia interpretativa del control de convencionalidad. Como parte del referido control de convencionalidad, la Corte IDH ha insistido que “*es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal*”¹⁸ y que “*deviene imperativo que las autoridades ajusten su interpretación normativa a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal*”¹⁹. Ha destacado “*la relevancia de la debida interpretación de la legislación y aplicación del control de convencionalidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y estándares internacionales aplicables*”²⁰ y que “*la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos*”²¹.

Mientras que, en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009 (de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 338, ya había manifestado:

¹⁵ Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones, 2020, párr. 99.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2014, párr. 464

¹⁷ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2013, párr. 69.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2012, párr. 284.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Olivares Muñoz y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2020, párr. 173.

²⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2015, párr. 211.

²¹ Corte IDH. *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2019, párr. 129.

Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

Y en esa misma sentencia (párr. 340) añadió:

De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso [...].

De esta forma, a criterio de la Corte IDH, la interpretación de las normas constitucionales también debe ser conforme con el DIDH.

Como corolario de lo anterior, el control de convencionalidad podría esquematizarse – en cuanto a su contenido y particularidades– de la siguiente forma:

- se trata de una obligación de origen internacional, que deben realizar –en el ámbito de sus competencias y atribuciones– todos los agentes o autoridades del Estado, incluidos –principal o especialmente– los jueces.
- consiste en su obligación de verificar la compatibilidad de las normas y prácticas nacionales con el *corpus iuris* interamericano (sea, la CADH, otros instrumentos internacionales de derechos humanos del SIDH que vinculen al Estado y las interpretaciones de la Corte IDH) y aplicar e interpretar todas las normas jurídicas nacionales de conformidad con el citado *corpus iuris* interamericano.

- el ejercicio de tal control puede tener como efecto la desaplicación o expulsión del sistema interno de normas contrarias al *corpus iuris* interamericano (sea vía legislativa o jurisdiccional), la interpretación de las normas internas –incluidas las normas constitucionales– de manera armónica con las obligaciones internacionales del Estado y la modificación de las prácticas de los órganos del Estado que sean contrarias a los estándares internacionales a los que se ha comprometido.

Según apuntan algunos autores (González Domínguez, 2014, p. 18; Nash, 2021, p. 3), la referida figura de control de convencionalidad viene a constituirse en una herramienta o técnica, que permite a las autoridades nacionales garantizar el efecto útil de la CADH y demás tratados internacionales de derechos humanos del SIDH que vinculan a los Estados y ajustar su conducta a los estándares internacionales, en particular, hacer efectiva la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con el *corpus iuris* interamericano.

En palabras de la Corte IDH²²:

En relación con lo anterior, la Corte recuerda que el control de convencionalidad ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Los jueces y órganos judiciales deben prevenir potenciales violaciones a derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, o bien solucionarlas a nivel interno cuando ya hayan ocurrido, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana. Solo en caso contrario pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad. En ese sentido, un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la

²² Corte IDH. *Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2020, párr. 93.

eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional.

4.- El Derecho de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Debe señalarse que, incluso antes del surgimiento de la mencionada figura del control de convencionalidad, de la revisión de la jurisprudencia de los tribunales, cortes o salas constitucionales de los distintos países latinoamericanos, es posible detectar múltiples ejemplos en los que ya se había reconocido –con diferente sustento jurídico y con sus respectivas matizaciones– que las normas internacionales sobre derechos humanos vigentes en el Estado operaban como parámetros normativos para ejercer el control de constitucionalidad respecto de los demás componentes del ordenamiento jurídico, incluidas las normas de rango legal²³. Lo anterior había provocado, a su vez, que la doctrina y la jurisprudencia constitucionales latinoamericanas recurrieran al concepto de *bloque de constitucionalidad*.

Lo mismo había sucedido en Costa Rica, a partir de la creación de la Sala Constitucional y, particularmente, con la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC).

Antes de tal modificación normativa, cuando aún le correspondía a la Corte Suprema de Justicia realizar el control de constitucionalidad, esta había resuelto:

Si el predominio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre el Código Civil, éste tuviera que ceder ante ella en lo referente al apremio corporal, el problema así planteado no es de inconstitucionalidad y la Corte carece de competencia para resolverlo, pues sus atribuciones se limitan, en esta materia, a conocer de los enfrentamientos entre la Constitución y las leyes, decretos y otras disposiciones normativas y resoluciones, sin posibilidad de hacerlo tratándose

²³ Para revisar, en general, el uso de las normas internacionales sobre derechos humanos como parámetro de control de constitucionalidad en América Latina, puede verse Góngora Mera, 2014, pp. 301 y ss. Respecto al concepto de bloque de constitucionalidad y la incorporación del DIDH como parámetro normativo o criterio de valoración para enjuiciar la regularidad constitucional del resto del ordenamiento jurídico, puede verse Castro Padilla, 2009, pp. 446 y ss.

de conflictos entre un tratado o convención y una ley anterior. (Corte Plena, sesión extraordinaria del 9 de mayo de 1983).²⁴

Sin embargo, este escenario varía radicalmente a partir de la modificación al sistema de justicia constitucional costarricense operada en 1989.

Debe remitirse, en primer lugar, a la reforma parcial a la Constitución de 1949, mediante Ley n.º7128 del 18 de agosto de 1989, respecto de su artículo 10, a fin de establecer que “[c]orresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público”, así como “[c]onocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley”. De esa forma, se instituye una jurisdicción especializada, para ejercer el control de constitucionalidad *a priori* y *a posteriori*. Lo que se viene, luego, a desarrollar, mediante la LJC, Ley n.º7135 del 11 de octubre de 1989.

Es claro que el componente básico para realizar el juicio de constitucionalidad es la propia Constitución. La existencia de un sistema de control de constitucionalidad presupone, necesariamente, concebir a las normas contenidas en la Constitución como auténticas normas jurídicas y, además, como normas supremas, cuya observancia incluso puede ser jurisdiccionalmente garantizada, al punto que, *respecto de las demás normas de producción interna o nacional*, la Constitución se presenta como: (i) la norma de mayor rango, potencia y resistencia jurídica; (ii) el parámetro primario de validez, por lo que la producción normativa del resto de elementos del ordenamiento jurídico debe ajustarse a los condicionamientos formales y a los contenidos sustanciales impuestos por la Constitución; y (iii) la norma que vincula de manera más intensa a los distintos operadores jurídicos, quienes deben aplicar e interpretar el resto del ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución²⁵.

A lo que habrá que agregar que la Constitución no se agota en su texto escrito (normas formuladas), sino que también comprende los valores, principios o reglas constitucionales implícitas o no positivizadas, que, si bien no están expresamente

²⁴ Citado en la opinión jurídica OJ-107-99 del 6 de setiembre de 1999, de la Procuraduría General de la República.

²⁵ En cuanto al principio de supremacía constitucional y las distintas manifestaciones de eficacia normativa de la Constitución, puede verse Barquero Kepfer y Castro Padilla, 2019, pp. 208 y ss.

formuladas en el texto constitucional, sí se puede deducir o derivar de este. Así, por ejemplo, la Sala constitucional ha señalado que:

las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional,... deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución. (voto n.º1739-92)

Por su parte, el ordinal 1 de la LJC enuncia que el objeto de la jurisdicción constitucional es:

garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

Mientras que el numeral 2, inciso b), de la LJC consigna –como parte de las competencias de la Sala Constitucional– el:

Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.

Lo que debe complementarse con lo previsto en el artículo 73, inciso d), de la LJC, en cuanto dispone que cabrá la acción de inconstitucionalidad:

Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional.

Y es que el ordinal 7 de la Constitución Política establece, en su párrafo primero, que:

Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Así las cosas, explícitamente se reconoce a los tratados, convenios o pactos internacionales sobre derechos humanos aplicables en Costa Rica como parámetro para enjuiciar la regularidad constitucional del resto del ordenamiento jurídico, mediante su amarre con el artículo 7 constitucional.

Ahora bien, debe tenerse presente lo previsto por el artículo 48 constitucional, también reformado mediante Ley n.º7128 del 18 de agosto de 1989, a efectos de establecer que “[t]oda persona tiene derecho... al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República”. Pues es bien sabido que la Sala Constitucional ha sostenido (voto n.º3805-92) que:

Los tratados o convenios internacionales, por mandato expreso del artículo 7º de nuestra Constitución, son normas investidas de una fuerza vinculante superior a la de las leyes comunes.... Más la reforma constitucional de 1989, que modificó entre otros, el artículo 48, creó una nueva categoría de normas: los tratados y en general, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la República. La Sala estima que estos instrumentos sobre derechos humanos tienen un rango superior a la de los demás, y que tienen otra característica adicional -la más importante- que complementan la Constitución Política en su parte dogmática.

En el voto n.º1319-97 agregó:

En tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 siguiente contiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional, al punto que, ha reconocido también la jurisprudencia, 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.²⁶

A lo que se añade que la Sala también ha resuelto que debe interpretarse y aplicarse todo el ordenamiento jurídico estatal –incluida la propia Constitución– en coordinación con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en Costa Rica.

Sobre este punto, en el voto n.º1319-97, ya había indicado que:

La normativa de los derechos humanos no solo implica el cumplimiento de los derechos ahí consagrados, sino que significa una interpretación, más aún, una relectura de las legislaciones internas en función de estas disposiciones internacionales y de los postulados incorporados a las legislaciones nacionales como parte del ordenamiento.

²⁶ Posición que no ha estado exenta de críticas en la doctrina costarricense. Puede verse Hernández Valle, 2002, p. 45 y Villalobos Umaña, 2000, pp. 275 y ss. De nuestra parte, estimamos que una interpretación sistemática de los artículos 7, 10 y 48 de la Constitución Política y el resto del articulado constitucional impide reconocer que, en el caso concreto de Costa Rica, el propio texto constitucional le otorgue a los tratados, convenios o pactos internacionales sobre derechos humanos, de forma explícita o implícita, un rango jurídico igual o superior a la Constitución. No obstante, esto no imposibilita admitir que debe darse una aplicación preferente de las normas internacionales sobre derechos humanos respecto de las normas constitucionales, en aquellos supuestos en que la norma recogida en un instrumento internacional sobre derechos humanos aplicable en Costa Rica resulte más beneficiosa para la persona que la norma constitucional, en tanto ensanche el contenido o ámbito de protección de un derecho; sin embargo, esto no obedece a la aplicación de un criterio de jerarquía de normas, ni tiene como sustento –y de hecho, es independiente– de la ubicación de tales normas internacionales dentro de la ordenación jerárquica de las fuentes del Derecho prevista en el propio texto constitucional, sino que esto obedece a la aplicación del principio *pro homine*. Principio que exige interpretar y aplicar las normas concernientes a derechos humanos del modo más favorable para el destinatario de la protección. Según explica Néstor Pedro Sagüés (2002, pp. 36 y 37), dicho principio:

- (i) actúa como “*directriz de preferencia de interpretación*” e implica el deber de escoger, dentro de las posibilidades interpretativas de una norma, la versión más protectora para la persona; y
- (ii) opera como “*directriz de preferencia de normas*” y significa que al resolver el caso concreto se debe de aplicar la más favorable a la persona, con independencia de su rango jurídico.

Debe insistirse que esto no supone reconocer mayor jerarquía o rango normativo a esa norma respecto de la Constitución, sino que responde al deber de escoger, entre el elenco de todas las posibles normas a aplicar en un caso concreto, aquella norma que suministre un resultado más beneficio y favorable para la persona. Para una primera aproximación a este tema, puede verse Castro Padilla, 2007, pp. 99 y ss.

Asimismo, en el voto **n.º2003-08268** señaló que:

La aplicación de las normas constitucionales debe coordinarse con el ordenamiento supranacional aprobado por el país y con mucho mayor razón cuando se trata de instrumentos de Derechos Humanos...

Con lo que se habilita otra vía, indirecta o refleja, para integrar al DIDH como parámetro de control de constitucionalidad.

De esta forma, con sustento en lo dispuesto en los artículos 7, 10 y 48 de la Constitución Política, en relación con los numerales 1, 2 y 73 de la LJC, y conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, se puede afirmar que los tratados, convenios o pactos internacionales sobre derechos humanos aplicables en Costa Rica se incorporan al bloque de constitucionalidad –o al Derecho de la Constitución, según la terminología utilizada por la Sala Constitucional²⁷–, de forma tal, que tales instrumentos: (i) invisten a sus titulares de derechos subjetivos que gozan de las mismas garantías jurisdiccionales que los derechos constitucionalmente reconocidos, (ii) se constituyen en parámetro de control de constitucionalidad del resto del ordenamiento jurídico y (iii) debe interpretarse y aplicarse todo el ordenamiento jurídico estatal –incluida la propia Constitución– en coordinación con estos.

5.- Engarce entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad en Costa Rica.

Como se indicó, en el apartado anterior, la reforma al sistema de justicia constitucional costarricense operada en 1989 implicó, entre otros extremos, habilitar los procesos constitucionales de defensa de la Constitución –ya se hizo expresa referencia a la acción de inconstitucionalidad, pero también deben incluirse la consulta de constitucionalidad

²⁷ En sentencia nro. 1992-3495 de las 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992, la Sala Constitucional sostuvo que el Derecho de la Constitución está “*compuesto tanto por las normas y principios constitucionales, como por los del Internacional y, particularmente, los de sus instrumentos sobre derechos humanos, en cuanto fundamentos primarios de todo el orden jurídico positivo...*”. En sentencia nro. 2000-7818 de las 16:45 horas del 5 de setiembre del 2000, reiteró que el Derecho de la Constitución “*comprende, no sólo las normas, sino también, y principalmente, si se quiere, los principios y valores de la Constitución y del Derecho Internacional y Comunitario aplicables, particularmente del Derecho de los Derechos Humanos...*”. Sobre el DIDH, como componente del Derecho de la Constitución, puede verse Castro Padilla, 2009, pp. 450 y ss. y Barquero Kepfer y Castro Padilla, 2019, pp. 211 y ss.

y la consulta judicial de constitucionalidad– y los procesos de constitucionales de garantía –hábeas corpus y amparo–, para asegurar la eficacia y tutela de los derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en Costa Rica.

Incluso –y como ya se apuntó–, a tales instrumentos se les ha reconocido un valor preferente. Sobre este punto, Ernesto Jinesta (2014) sostiene:

La consecuencia de invocar un convenio o tratado que ofrece un umbral de protección superior a la persona, supone que la norma constitucional menos tuitiva debe ser desplazada y desaplicada, aplicando, de manera preferente, el instrumento internacional. Esta posición de la Sala Constitucional planteada desde 1992, evoca lo que, ulteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos denominaría, a partir del año 2006, como el “control de convencionalidad” en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que impone que las Salas y Tribunales Constitucionales lo efectúen sobre las normas nacionales o locales, incluso, de oficio, para anularlas o desaplicarlas en el caso concreto. Construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha supuesto una mutación positiva del principio de supremacía constitucional, al punto de poder hablarse del “principio de supremacía convencional” y del “Estado convencional de Derecho”. (p. 96)

En cuanto al instituto o figura del control de convencionalidad, la Sala Constitucional ha hecho expresa mención a su trascendencia y consecuencias jurídicas, al señalar (en el voto **n.º2013-4491**):

El control de convencionalidad es una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la “supremacía convencional” en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado “parámetro de convencionalidad”, conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el “Estado convencional de Derecho”, anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediabilmente, el “bloqueo de convencionalidad”

También ha precisado (voto **n.º2014-12703**) que:

El control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos... es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el *corpus iuris* interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas.

Asimismo, la Sala Constitucional ha reconocido que el control de convencionalidad resulta obligatorio para los demás jueces de la República (voto **n.º2013-6120**). Lo que no obsta para destacar que ha surgido cierta discusión en la doctrina patria (Sergio Trejos, 2021, pp. 116 y ss.) sobre la posición o rol del juez nacional ante el control de convencionalidad y su adecuado encaje con el sistema de justicia constitucional costarricense; en particular, respecto de si los jueces ordinarios pueden desaplicar normas internas, incluidas normas de rango legal, en el ejercicio del citado control de convencionalidad. Este tema ya fue definido por la Sala Constitucional, en su voto **n.º2013-16141**, en el que resolvió:

Este Tribunal trae a la atención que, dentro de sus fines corresponde garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación (artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). La jurisdicción constitucional, por ser una jurisdicción concentrada, con características muy definidas de control especializado y en monopolio de la regularidad constitucional de las normas, para el resguardo de los derechos fundamentales, lo ejerce con efectos erga omnes, de igual manera, esta[sic] llamada a ejercer el control de convencionalidad por infracción a los principios como derechos derivados de las normas de derecho internacional. En este sentido, la autoridad para conocer de las infracciones a las normas constitucionales, como las convencionales de derechos humanos, debe ser ejercida por la jurisdicción constitucional, porque se complementan unas y otras, naturalmente se atraen (doctrina que se evidencia en la sentencia de la Sala Constitucional No. 1995-2313), y, en consecuencia, los mismos mecanismos que tienen los jueces para elevar consultas de constitucionalidad, pueden utilizarse para las consultas por convencionalidad (según los criterios señalados en la sentencia de la Sala Constitucional No. 1995-1185). En estos casos, los

artículos 102 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, transmutan para dar cabida al control de convencionalidad cuando la norma de derecho nacional se opone al corpus iuris interamericano u otros compromisos internacionales de derechos fundamentales. (el destacado no corresponde al original)

Luego añadió:

En este sentido, la necesidad de contar con pronunciamientos judiciales congruentes y uniformes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y la de darle contenido a los pronunciamientos dictados por el intérprete principal de la Convención Americana, es que esta Sala decide resolver de esta manera, reiterando el reconocimiento de la autoridad máxima, que es, la Corte Interamericana cuando interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, el juez estará legitimado para consultarle a la Sala cuando tuviere dudas fundadas sobre la convencionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento. (el desatacado no corresponde al original)

Posición confirmada, después, en el voto **n.º2015-15737**, al conocer de una consulta judicial de constitucionalidad. Oportunidad en que la Sala reiteró que ella es:

el único tribunal competente en el país para desaplicar normas del derecho interno en razón del control de convencionalidad según el numeral 2 inciso b de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

En conclusión, aunque todo juez nacional está obligado a realizar el control de convencionalidad, esto no implica que pueda desaplicar o suprimir por sí mismo una norma jurídica interna. Al menos no, en el supuesto de las normas de rango legal. De encontrarse ante la posible inconvencionalidad de una norma jurídica interna, lo que procedería es que formulara la respectiva consulta judicial de constitucionalidad ante la Sala Constitucional, según juicio de la propia Sala. Criterio que, además, resulta vinculante, conforme al artículo 13 de la LJC²⁸.

²⁸ Lo anterior supone una manifestación de las relaciones de cooperación que se traban entre la Sala Constitucional y la jurisdicción ordinaria, en el marco del funcionamiento del sistema de justicia constitucional costarricense. Para un desarrollo más amplio de este tema, puede verse Barquero Kepfer y Castro Padilla, 2019, pp. 211 y ss.

Lo que debe enlazarse, a su vez, con la precisión realizada por la propia Corte IDH, en el sentido que “*la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad*”²⁹. De hecho, ha sido la misma Corte IDH la que ha destacado, de forma reiterada, que el control de convencionalidad “*incumbe a todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, y debe ser realizada ex officio **en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes***”³⁰.

En cuanto a este punto, Pablo González Domínguez (2014) expone que:

Este elemento establece el límite para ejercer el control de convencionalidad *ex officio*, de forma tal que las autoridades no pueden actuar más allá de las facultades y las competencias que les otorga la legislación nacional. En consecuencia, la doctrina del control de convencionalidad, atenta al régimen de legalidad al que responden todas las autoridades nacionales, en principio no altera la facultad exclusiva de cada de los Estados de decidir la forma en que organizan los poderes y atribuciones del Poder Judicial -o cualquier otra autoridad estatal-, ni tampoco altera las reglas procesales a nivel nacional. Por esta razón no es posible afirmar que el control de convencionalidad otorga competencias o atribuciones a las autoridades estatales. (p. 26)

Se verifica, así, el pleno engarce entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, en el caso costarricense.

También resulta oportuno reconocer que el control de convencionalidad no ha estado exento de críticas.

Por ejemplo, Luis Miguel Gutiérrez Ramírez (2016) cuestiona la falta de normas de habilitación en los distintos ordenamientos jurídicos interamericanos que faculden expresamente el ejercicio de un control difuso de convencionalidad (p. 244). A lo que añade que el posicionamiento supranacional de la Corte IDH no le permite desconocer la configuración propia de cada sistema jurídico de los Estados Parte que están sometidos a su jurisdicción, ni crear por vía jurisprudencial una obligación que no se

²⁹ Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2014, párr. 124.

³⁰ Véase, por todas: Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2018, párr. 135. El destacado no corresponde al original.

encuentra prevista en la CADH, mucho menos establecer *ex nihilo* un procedimiento o una acción de convencionalidad en derecho interno (p. 245). De allí, que se le ha criticado que dicho falso control sería tan solo una traducción inadecuada de las obligaciones de honrar las disposiciones convencionales que los Estados se han comprometido a respetar al firmar y ratificar la CADH (p. 246).

Por su parte, Alfredo M. Vítolo (2013, pp. 360 y ss.) cuestiona, en particular, la pretensión de otorgar valor de fuente principal o formal a la jurisprudencia de la Corte IDH, emitida en los casos contenciosos, haciéndola obligatoria más allá del caso en el cual la sentencia ha sido dictada. Asevera que tal pretensión de la Corte IDH, de conferir efecto *erga omnes* a su jurisprudencia –sin perjuicio de reconocer su importancia trascendente como pauta interpretativa de los alcances de las normas convencionales– excede en mucho el rol que los propios Estados Parte le han conferido a través de la CADH, afectando indebidamente los principios de soberanía nacional y de representatividad democrática. Argumenta que no existe norma expresa en el SIDH que imponga la obligatoriedad de una jurisprudencia determinada respecto de los Estados que no han sido partes en el caso concreto, ni así se puede derivar del texto expreso del artículo 67 de la CADH o de otra norma de tal instrumento internacional. Critica, asimismo, que la CADH reclame el acatamiento pleno de sus decisiones, sin aceptar variantes interpretativas o la existencia de un margen de apreciación nacional. Ese mismo autor (2020, p. 200 y ss.) formula una aguda crítica a la posición de la Corte IDH de incorporar a sus opiniones consultivas dentro del parámetro de convencionalidad y reconocerle carácter vinculante, en tanto afirma que ni el sentido ordinario, ni el sentido técnico de los términos utilizados en el artículo 64 de la CADH permite reconocer tal fuerza obligatoria. Tampoco se puede deducir de los trabajos preparatorios de tal instrumento internacional, ni de una interpretación sistemática del mismo o del principio interpretativo de la buena fe.

Lo cierto es que este tema resulta de suyo complejo y su debida resolución excede evidentemente el objeto de este artículo. Con todo, resulta oportuno hacer una serie de apreciaciones preliminares:

- En primer lugar, podría convenirse que el control de convencionalidad implica, finalmente, una traslación –más o menos afortunada– de las obligaciones asumidas voluntariamente por los Estados. En cuanto a su sustento normativo, necesariamente debe remitirse a los ya citados artículos 1 y 2 de la CADH. También debe citarse al artículo 29 del Pacto de San José. Asimismo, puede

vincularse con ciertos principios generales del Derecho Internacional Público, como son los principios de *pacta sunt servanda* y *bona fide* y que un Estado Parte no puede alegar normas de derecho interno para justificar el incumplimiento del tratado, recogidos expresamente en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

- En segundo lugar, en el caso costarricense, sí existe normativa habilitadora (artículos 7, 10 y 48 de la Constitución Política, en relación con los ordinales 1, 2 y 73 de la LJC) que permite –con mayor o menor acierto– el ejercicio interno del control de convencionalidad, mediante su encastre en el control de constitucionalidad.
- En tercer lugar, más allá de la discusión sobre la debida eficacia y vinculatoriedad de los precedentes y criterios jurisprudenciales de la Corte IDH, no puede –sin más– desconocerse la trascendencia de tal órgano –al que se le ha asignado, expresamente, la competencia como intérprete de la CADH (artículos 62 y 64), como parte del sistema procesal y orgánico previsto en ese mismo instrumento internacional–, al precisar una serie de contenidos o estándares mínimos, que permitan garantizar el real y efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Parte.

Ahora, lo dicho requiere una serie de precisiones adicionales.

Es claro que existen diferencias entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, en tanto tienen objetivos y finalidades distintas. No obstante, puede argumentarse que entender que el control de constitucionalidad incluye o abarca al control de convencionalidad –al entender, por ejemplo, que las normas internacionales sobre derechos humanos se constituyen en parámetro de constitucionalidad–, resulta positivo, pues se constituye en una vía o mecanismo adicional en procura que el Estado cumpla sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Sobre este punto, debe remitirse necesariamente al principio de subsidiariedad, como uno de los principios rectores y estructurales del DIDH, conforme al cual:

el protector primordial y principal de los derechos fundamentales es el Estado, no la comunidad internacional... las instituciones del Derecho internacional de los derechos humanos solo entran en acción subsidiariamente; es decir cuando

en esa protección fallan las autoridades y mecanismos nacionales. (Pastor Ridruejo, p. 202)³¹

De hecho, la propia Corte IDH ha hecho expresa referencia al carácter subsidiario y complementario del SIDH. Así, en el caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012 (de excepciones preliminares, fondo y reparaciones), indicó:

142. La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”.

143. Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado

³¹ Respecto a este principio y sus consecuencias, puede verse Castro Padilla, 2008, pp. 94 y ss.

medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.³²

Sobre este mismo punto, en el caso *Vereda La Esperanza vs. Colombia*, sentencia de 31 de agosto de 2017 (de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 260, agregó:

El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas (sic), por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él el que debe de resolver el asunto a nivel interno y de ser el caso reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales.³³

Incluso, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, resolución de 20 de marzo de 2013 (de supervisión de cumplimiento de sentencia), párr. 88, ya había señalado que:

la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.

Con todo, debe agregarse que es clara la posibilidad que surjan conflictos o disonancias, entre la Corte IDH y los tribunales internos encargados de ejercer el control de constitucionalidad. Dado que, en el fondo, surge la posibilidad de confrontación entre dos intérpretes. En las próximas páginas se abordará este tema.

³² En este mismo sentido: Corte IDH. *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2019, párrs. 74 y 75.

³³ En esta misma línea: Corte IDH. *Caso Petro Urrego vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2020, párr. 103.

6.- Caso Herrera Ulloa y su impacto en Costa Rica.

Un caso ilustrativo que plasma justamente lo examinado hasta acá, es la sentencia del *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004 (de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). En dicha resolución, entre otros aspectos, la Corte examinó el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal o un juez superior (art. 8.2.h de la CADH) y tanto la sentencia de fondo, como las resoluciones de supervisión de cumplimiento, evidencian la tensión que puede existir en la interpretación de una concreta disposición normativa por parte del Estado y la Corte IDH. El numeral objeto de análisis dice lo siguiente:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

a) Antecedentes regulatorios de la segunda instancia en materia penal.

Lo primero que corresponde evidenciar es que la Constitución Política de Costa Rica no reconoce –al menos expresamente– el derecho de la persona declarada culpable de cometer un ilícito a recurrir la sentencia penal condenatoria dictada en su contra. El artículo 39 establece que a “*nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad*”. La alusión a la existencia de una “*sentencia firme*” podría interpretarse que presupone la posibilidad de que dicha resolución pueda ser impugnada y revisada por otro órgano jurisdiccional. Lo que es coincidente con lo regulado en el artículo 42 constitucional, que establece que un “*mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto*”.

En todo caso, dicho derecho sí se encuentra recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable en Costa Rica, tanto por lo dicho en la CADH ya citada,

como también en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*.

En el caso de Costa Rica se dio que, previo a una serie de reformas procesales de gran relevancia, así como la entrada en vigencia de la reforma constitucional y la LJC que crearon la Sala Constitucional, estaba en vigor el Código de Procedimientos Penales del año 1973, el cual consagraba un recurso de casación sumamente formalista y riguroso que se limitaba a revisar principalmente aspectos formales del proceso penal y la debida aplicación de la normativa sustantiva.

En dicha legislación se optó por un modelo procesal mixto, en que se establecía el juicio oral y público como mecanismo para juzgar la causa y, en contra de la sentencia condenatoria emitida en el proceso penal, se preveía únicamente el recurso de casación. Se suprimió el recurso de apelación, por estimarse que no era compatible con la existencia de un juicio oral y público y, en particular, con *“las reglas de inmediación, concentración e identidad del juzgador, porque el tribunal de apelación, o tendrá que valorar las pruebas en base a las actas del debate con lo que se cae en el más crudo escriturismo, o deberá renovar íntegramente el debate con lo que deja de actuar como tribunal de apelación para convertirse en una primera instancia renovada”* (De La Rúa, citado por Salazar Murillo, 2004a, p. 26). También se estimó innecesario conceder la apelación, al establecerse el juzgamiento en primera instancia por un tribunal colegiado, integrado por tres jueces, en los casos de los delitos mayores, con lo que se reforzaban las garantías para el imputado (Salazar Murillo, 2004a, p. 27).

Así, el recurso de casación cabía únicamente para los siguientes supuestos:

Artículo 471.- El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos:

- 1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva; y
- 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta (artículo 146 aparte segundo), el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho manifestación de recurrir en casación.

Además, el artículo 474 establecía restricciones a efecto de que el imputado pudiera presentar el recurso de casación. La norma original establecía lo siguiente:

Recursos del imputado

Artículo 474.- El imputado podrá interponer el recurso contra:

1) La sentencia del Tribunal de Juicio que lo condene a dos años o más de prisión, ciento ochenta días multa o tres años de inhabilitación; o cuando se le imponga restitución o indemnización por un valor total superior a cinco mil colones, o una medida de seguridad de internación por dos años o más;

2) La sentencia del Juez Penal que lo condene a más de seis meses de prisión, ciento ochenta días multa o a un año de inhabilitación; o cuando se le imponga restitución o indemnización por un valor superior a dos mil quinientos colones, o una medida de seguridad de internación por dos años o más;

(...)

5) Las resoluciones que impongan una medida de seguridad por dos años o más, cuando se considere que el cumplimiento de la pena ha sido ineficaz para la readaptación del reo.

A partir del texto de la norma se tenía que si una persona era condenada a una pena de prisión, pero la sanción era menor de dos años, no tenía derecho a formular un recurso de casación.

Esto propició no pocas críticas a nivel interno e, incluso, provocó que Costa Rica fuera denunciada ante la Comisión IDH. En el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993, informe n.º24/92, la Comisión detalló todos los casos recibidos por reclamaciones contra Costa Rica por incumplir el derecho de revisión del fallo penal³⁴. En dicho informe se explicó que la Comisión adoptó la decisión **26/86 del 18 de abril de 1986** en su 67º período de sesiones, en la cual se dispuso lo siguiente:

Recomendar al Gobierno de Costa Rica que, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y, en particular, a la letra y la doctrina del artículo 7 de su Constitución Nacional, adopte las medidas legislativas o de otro carácter que

³⁴ <http://www.cidh.org/annualrep/92span/CostaRica9328.htm>

fueren necesarias para hacer plenamente efectiva la garantía prevista en el inciso 2, h del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 2 de dicha Convención.

Dicha recomendación motivó la conformación de comisiones nacionales a efecto de preparar un proyecto de ley que acatará lo dicho por la Comisión. Incluso, la Procuraduría General de la República intervino en el análisis de la recomendación dirigida al Gobierno costarricense y dicho órgano realizó sugerencias dirigidas a reformular el recurso de casación costarricense haciendo prevalecer el texto de la CADH por sobre la legislación interna. La PGR³⁵ advirtió lo siguiente:

En nuestro ordenamiento jurídico se impone la supremacía constitucional. Por tanto debe obedecerse el principio del artículo 7 de la Carta que reconoce la autoridad superior de los tratados en relación a la ley ordinaria. En el caso que nos ocupa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene un rango superior al Código de Procedimientos Penales, de manera que las sentencias condenatorias que se dicten –e independientemente del *quantum* de la pena– deben admitir recurso ante juez o tribunal superior según lo manda imperativamente el artículo 8 inciso 2 aparte h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

Es necesario señalar que a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 inciso b) de la Convención se prohíbe –por vía de interpretación– que los Estados Partes, cualquier grupo o persona “suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

Consecuentemente con todo lo expresado precedentemente, debe el Estado costarricense en acatamiento del artículo 2 de la Convención “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos” –en el caso concreto– las garantías procesales referentes a la doble instancia en materia penal.

La Corte Suprema de Justicia ha aducido insuficiencia presupuestaria para cumplir con una doble instancia. Empero, sería posible encontrar soluciones a

³⁵ Dictamen C-181-86 del 10 de julio de 1986.

esta problemática financiera efectuando ciertas reestructuraciones a nivel del Poder Judicial.

Dos soluciones podrían ser:

1) Convertir el recurso de casación en una segunda instancia a semejanza de lo que ocurre en materia laboral y su tercera instancia, en este caso, el recurso de casación penal debe perder la rigurosidad formalista para adaptarse a las exigencias propias de una doble instancia; o

2) Que el Juez de Instrucción –previo cambio de designación– pueda celebrar el juicio cuando hubiere mérito para ello, quedando los Tribunales Superiores Penales para la segunda instancia. De prevalecer esta segunda solución, u otra semejante, podría reservarse el recurso de casación penal tradicional para casos especialmente calificados.

Estas dos soluciones no requerirían un incremento presupuestario para el Poder Judicial.

(...)

El establecimiento de una doble instancia penal incrementará la seguridad jurídica y otorgará una protección mayor a la libertad personal.

Oportunamente, el Gobierno de la República podría comunicar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos todas las iniciativas emprendidas por el Estado costarricense tendentes a lograr la adecuación de la Legislación ordinaria a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

Casi simultáneamente, se instauró la Jurisdicción Constitucional. Lo que tuvo un impacto directo en el reconocimiento y evolución del derecho a la impugnación de la sentencia condenatoria penal, lo que supone, paralelamente, el inicio de las divergencias entre la Sala Constitucional y la Corte IDH en lo relativo a la interpretación del artículo 8.2.h) de la CADH y la plenitud del derecho a la segunda instancia.

b) Evolución normativa y de las líneas jurisprudenciales de la Sala Constitucional.

En un primer momento, la Sala, mediante un recurso de hábeas corpus, conoció justamente de las restricciones normativas para interponer el recurso de casación contra los fallos condenatorios. En la sentencia n.º **1990-282** la Sala examinó el caso de unas personas condenadas por el delito de entorpecimiento de servicios y a las que se les impuso una pena de seis meses de prisión, sin la posibilidad de incoar el recurso de casación. La Sala Constitucional consideró que para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Convención bastaba por tener por no puestas las restricciones *supra* indicadas para poder plantear el recurso de casación. Dicha sentencia resolvió lo siguiente:

III.- En lo que se refiere al objeto concreto del presente recurso, considera la Sala que la norma invocada, artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por Ley No. 4534 de 23 de febrero y ratificado el 8 de abril de 1970), es absolutamente clara e incondicionada en cuanto reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir del fallo (entiéndase condenatorio) para ante un superior.

IV.- Ese derecho es, como se dijo, incondicionado, en cuanto que la Convención no lo subordina a su desarrollo por la legislación interna ni a ninguna otra condición suspensiva o complementaria; pero también resulta incondicionado respecto del ordenamiento interno cuando este provea la organización institucional y procesal (órgano y procedimientos) necesarios para el ejercicio de ese derecho de recurrir, o, dicho de otra manera, cuando ese ordenamiento no carezca de los medios institucionales y procesales necesarios para que el derecho se ejerza; si no los tuviera, obviamente el recurso no podría ejercerse sin ellos, en cuyo caso la obligación internacional del Estado de respetar y garantizar el derecho, que resulta del artículo 1.1 de la Convención, se traduciría en la de crearlos conforme con el artículo 2º.

V.- En el caso concreto, considera la Sala que se está ante un supuesto de aplicación inmediata del tratado, porque existen en Costa Rica tanto el órgano como el procedimiento para recurrir de los fallos en cuestión, ya que el artículo 474 incisos 1º y 2º del Código de Procedimientos Penales admite, en general, el recurso de casación a favor del imputado contra la sentencia condenatoria, sólo

que restringiéndolo a los casos de condena por dos o más años de prisión u otros, en juicio común; o por más de seis meses de prisión u otros, en los de citación directa; en consecuencia, negándolo contra las sentencias de condena inferior. De tal manera, pues que, **para dar cumplimiento a la exigencia citada del artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana basta con tener por no puestas las indicadas limitaciones, y con entender que el recurso de casación a que ahí se alude está legalmente otorgado a favor del reo, condenado a cualquier pena en sentencia dictada en una causa penal por delito.** (Lo destacado no corresponde al original)

De la lectura de dicha sentencia se desprenden varios elementos que merecen destacarse³⁶, a saber:

- La Sala Constitucional reconoce a la CADH como componente del Derecho de la Constitución, de lo que se deriva que: (i) los derechos humanos reconocidos en ese instrumento internacional se incorporan al ordenamiento jurídico interno como derechos fundamentales a favor de sus titulares (por lo que corresponde a todos los poderes públicos asegurar su plena vigencia y eficacia); y (ii) además, este se constituye en parámetro de constitucionalidad (por lo que debe tenerse por derogada o inválida toda norma infraconstitucional interna opuesta o incompatible con ese instrumento).
- También reconoce, en particular, que el Derecho de la Constitución contiene – como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por cualquier delito– el derecho de recurrir del fallo condenatorio para ante un superior.
- Asimismo, admite la presunción del carácter de auto ejecutivo o *self-executing* de las normas internacionales que consagran derechos humanos.

Con posterioridad, la Sala retomó el tema en la acción de inconstitucionalidad que se tramitó en el expediente 90-000010-0007-CO y que se declaró parcialmente con lugar por sentencia n.º1990-719. En esta oportunidad la Sala Constitucional remitió a las consideraciones ya vertidas en la sentencia n.º1990-282, para así sustentar la declaratoria de inconstitucionalidad de los incisos 1 y 2 del artículo 474 del Código de Procedimientos Penales, con lo que se anuló y expulsó del ordenamiento jurídico la

³⁶ Un análisis preliminar de tal sentencia (n.º1990-282), en Castro Padilla, 2008, pp. 112 y ss.

mencionada limitación al ejercicio del derecho a impugnar la sentencia condenatoria. Ahora bien, lo que interesa destacar es que en esa sentencia la Sala también afirmó lo siguiente:

[Q]ue **el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida**, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso. (Lo destacado no corresponde al original)

Extremo que se retomó en la sentencia n.º1992-1739, en que la Sala indicó que el derecho a recurrir el fallo se satisface:

[C]on el recurso extraordinario de casación, siempre y cuando éste no se regule, interprete o aplique con criterio formalistas –los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia–, y a condición, eso sí, de que el tribunal de casación tenga potestades, y las ejerza, para anular o corregir los rechazos indebidos de prueba pertinente, los estrujamientos al derecho de defensa y de ofrecer y presentar prueba por el imputado, y los errores graves de hecho o de derecho en su apreciación, lo mismo que la falta de motivación que impida al recurrente combatir los hechos y razones declarados en la sentencia.

Lo relevante de estas sentencias es justamente la pretensión de la Sala de ajustar el recurso de casación, previsto en el ordenamiento jurídico interno, a los requerimientos impuestos por la CADH, al eliminar las mencionadas restricciones para que el imputado pudiera acudir a casación, y al sostener la necesidad de que la regulación referente al recurso de casación se interpretara y aplicara sin rigor formalista. Lo anterior en ejecución de las obligaciones asumidas por el Estado de Costa Rica al momento de suscribir y aprobar dicha Convención, en el sentido de respetar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en ese instrumento internacional a toda persona sujeta a su jurisdicción, así como de hacerlos efectivos internamente a través de sus tribunales y de la actuación de todos los poderes públicos.

En tal sentido, tales fallos motivaron que efectivamente la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Casación Penal, órganos jurisdiccionales competentes para conocer el recurso de casación, fueran “*ampliando en gran medida la*

casación, no solo valorando prueba, sino absolviendo ante el planteamiento de recursos por la forma” (Salazar Murillo, 2004b, p. 22). Por ejemplo, podemos ver las consideraciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la resolución de admisibilidad **n.º155-A** de 10:25 hrs. del 12 de abril de 1991, que dispuso al efecto lo siguiente:

La mayoría de la Sala estima que el examen de admisibilidad del recurso de casación no puede ser hecho con un criterio excesivamente formalista, porque ello podría constituirse en una fórmula para denegar justicia. Además, es indispensable en nuestro país armonizar el sistema de casación adoptado en el Código Procesal Penal con los principios constitucionales costarricenses y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también dar cumplimiento a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en cuanto estimó que “... el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al Tribunal de Casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso” (Sala Constitucional, Sentencia N° 719 de 16:30 Hrs. del 26 de junio de 1990). Por lo anterior, **aún cuando la doctrina extranjera acentúe el aspecto formalista del recurso de casación, en nuestro sistema esa excesiva formalidad debe ceder ante otros fundamentales intereses jurídicos, como lo son el acceso a la justicia, es decir el que casación conozca de cualquier reclamo que formule quien se sienta agraviado en sus derechos fundamentales, y por ser el sistema de justicia penal de orden e interés público.** Desde luego, lo anterior no significa desconocer todos los requisitos formales exigidos por la ley, sino interpretar esas normas restrictivamente. (Lo destacado no corresponde al original)

Ahora bien, se hace preciso resaltar que los casos pendientes de resolución, planteados ante la Comisión IDH, fueron desestimados por dicha instancia, luego de que se analizara lo resuelto por la Sala Constitucional. Efectivamente, en el informe **n.º24/92** mencionado previamente, la Comisión resolvió que “*las peticiones que dieran origen a los casos en análisis, referidas a la alegada falta de vigencia del artículo 8.2.h. de la Convención, a raíz de las limitaciones establecidas por los artículos 474, 475 y 476 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, si bien pudieron haber sido admisibles en su momento, son al presente improcedentes por las decisiones de la Sala Constitucional*

de la Corte Suprema referidas al objeto del litigio en estos casos". Para fundamentar su decisión y desestimar las quejas incoadas por la presunta inobservancia del artículo 8.2.h) de la CADH, la Comisión valoró positivamente lo resuelto por la Sala Constitucional y realizó las siguientes consideraciones:

Que el recurso de casación es una institución jurídica que, en tanto permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba, constituye en principio un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el artículo 8.2.h de la Convención. La Comisión remarca en ese sentido lo indicado por la dicha Sala Constitucional en su sentencia 528-90 cuando dice que: "el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso".³⁷

Es decir, la propia Comisión valoró de forma positiva lo resuelto por la Sala y entendió por cumplida la obligación convencional bajo análisis.

En lo relativo a la posibilidad de revisar el fallo condenatorio y la creación de la Jurisdicción Constitucional, resulta de importancia poner en evidencia que a partir de la vigencia de la LJC se introdujo un nuevo supuesto para instaurar el procedimiento de revisión de la sentencia (aquel previsto en el artículo 42 de la Constitución Política). En efecto, se incluyó el postulado de la presunta lesión al debido proceso o al derecho de defensa:

Artículo 490.- La revisión procederá en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes, en los siguientes casos:

(...)

6) Cuando no hubiere sido impuesta mediante el debido proceso u oportunidad de defensa.

La doctrina costarricense (Jiménez González y Vargas Omar, 2011, pp. 39 y 40) ha explicado que ese presupuesto legal fue el que permitió subsanar una serie de

³⁷ <http://www.cidh.org/annualrep/92span/CostaRica9328.htm>

vulneraciones al debido proceso originadas en la legislación penal adjetiva prevista en la normativa procesal penal previa; asimismo, fue el instrumento que autorizó que aquellas personas a las que se les había denegado el recurso de casación en razón del monto de la pena impuesta, pudieran materializar su derecho de defensa respecto del fallo dictado en su contra.

En el marco de dicho proceso de revisión –y a la luz de la reciente creación de la Jurisdicción Constitucional– se estableció que los jueces penales debían formular una consulta judicial preceptiva en los casos que tuvieran que resolver estos recursos de revisión fundados en una alegada violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o defensa. La consulta se previó únicamente para que la Sala Constitucional definiera el contenido, condiciones y alcances de tales principios o derechos, sin calificar o valorar las circunstancias del caso concreto (artículo 102 párrafo 2° de la LJC). En nuestro país se reconoció que la riqueza de los conceptos emitidos por la jurisprudencia constitucional en este campo, sobre todo la de los primeros años, tuvo una repercusión directa en la concepción del recurso de casación y su papel dentro del sistema político³⁸.

En seguimiento de estas reformas, mediante la ley n.º7333 –Reforma Integral a la Ley Orgánica del Poder Judicial– del 05 de mayo de 1993, se creó el Tribunal Superior de Casación Penal con competencia para conocer de “*los recursos de casación, revisión y queja, interpuestos en los asuntos de conocimiento del juez penal, contra las resoluciones en que, de conformidad con el Código de Procedimientos Penales, sean admisibles tales recursos*”. Dicha reforma, de la mano del nuevo Código Procesal Penal, posibilitó que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Casación Penal, tuvieran competencia para conocer de los recursos de casación según el monto de la pena impuesta a la persona imputada.

Interesa resaltar que, a partir de esa apertura procesal, la Sala Constitucional mantuvo tesis favorables al recurso de casación como figura idónea para cumplir el mandato convencional. La Sala, incluso, llegó a negar la posibilidad de que existiera la figura del recurso de apelación, por ser esta incompatible con el modelo procesal adoptado por Costa Rica, dando preponderancia a la oralidad y a la inmediatez del juzgador respecto a la recepción de la prueba en el juicio oral y público. A la luz de tales principios, la Sala estimó que no era inconstitucional la línea jurisprudencial de la Sala Tercera, según la

³⁸ Exposición de motivos del proyecto de ley tramitado en el expediente legislativo n.º15856, que culminó con la aprobación de la ley n.º8503, Apertura de la Casación Penal.

cual, no se podía variar el cuadro fáctico acreditado por el juzgador. Así, en la sentencia n.º1998-1927 la Sala consideró lo siguiente:

De lo anteriormente transcrito, se colige que para cumplir con lo ordenado por el artículo 2 inciso h) de la Convención, en nuestro medio, es suficiente con que el inculpado tenga la posibilidad de recurrir del fallo ante Casación. Ahora, **el hecho de que Casación no pueda variar el cuadro fáctico acreditado por el tribunal de mérito, es una consecuencia lógica e inherente al sistema oral y al principio de inmediación que rige la fase del juicio dentro del procedimiento penal.** El principio de inmediación, que es facilitado por la oralidad, desde el punto de vista subjetivo o formal hace que el Tribunal que va a dictar la sentencia tome conocimiento directo del material probatorio que ha sido producido en su presencia, a fin de arribar a una conclusión. Desde el punto de vista objetivo o material, la inmediación hace que el Tribunal deba obtener el conocimiento y formar su convicción, utilizando el medio probatorio más cercano al hecho a probar, entre todos los medios concurrentes. Es en virtud de ese principio, que la Sala de Casación no puede descender al examen de los hechos para rectificarlos o desconocerlos y se ha de atener al cuadro fáctico fijado por el a quo. Esto es, Casación sí valora prueba, por ejemplo en todos aquellos casos en que se cuestiona la aplicación de las reglas de la sana crítica, la aplicación del principio de in dubio pro reo, preterición de prueba, fundamentación ilegítima, entre otros; pero no puede suplantar o sustituir la declaración del hecho tenido como acreditado por el tribunal de mérito, razón por la cual en caso de estimarse que el hecho fue mal establecido por errores en la valoración de la prueba, procede disponer el reenvío del expediente para un nuevo juzgamiento.

(...)

Otro motivo de inconstitucionalidad que alega el accionante es la violación al principio de justicia, al considerar que una inadecuada valoración de la prueba produce una sentencia injusta para el condenado, que no puede ser atacada. Esa afirmación es completamente errónea, ya que, **el recurso de Casación sí posibilita que se discuta una inadecuada valoración de la prueba. Como puede observarse en el escrito de interposición del recurso de casación, que sirve de base a este asunto, el accionante lo que alega es que el tribunal de juicio no realizó una correcta valoración de la prueba, vicio que puede recurrir a través del recurso de casación por la forma, ya sea por falta de**

fundamentación, en cualquiera de sus modalidades, o violación a las reglas de la sana crítica. De prosperar su alegación, tendría que disponerse el reenvío para la celebración de un nuevo juicio, con lo cual el acceso a la justicia se encuentra suficientemente garantizado. (Lo destacado no corresponde al original)

En la sentencia n.º **1998-4718** la Sala volvió a reiterar su tesis en el sentido de que “*el recurso de casación es adecuado para la revisión en segunda instancia de las sentencias (sic) emitidas por los tribunales penales*” y dijo:

[E]sta Sede ha analizado la fase de casación, según está diseñada actualmente, así como su engarce dentro del proceso penal y le ha dado su aprobación, no como un proceso sancionador autosuficiente, **sino como instancia de revisión de la sentencia dictada, a fin de cumplir con la garantía de doble instancia contenida en el artículo 8 inciso 2), h) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.** De este modo, puede concluirse que no existe violación del derecho al debido proceso del recurrente si solamente pudo recurrir por la vía de casación de la sentencia que lo condenó, porque, tal y como se explicó esa instancia tiene los requisitos necesarios para garantizar el derecho al recurso, que se reclama. (Lo destacado no corresponde al original)

En el nuevo Código Procesal Penal –promulgado en 1996 y con vigencia a partir del año 1998– se eligió al recurso de casación como el mecanismo para impugnar el fallo penal, estableciéndose las siguientes causales como las admisibles para su interposición:

ARTÍCULO 369.- Vicios de la sentencia

Los defectos de la sentencia que justifican la casación serán:

- a) Que el imputado no esté suficientemente individualizado.
- b) Que falte la determinación circunstanciada del hecho que el tribunal estimó acreditado.
- c) Que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por lectura con violación de las normas establecidas en este Código.

- d) Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.
- e) Que falte en sus elementos esenciales la parte dispositiva.
- f) Que falte la fecha del acto y no sea posible fijarla o falte la firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos legalmente.
- g) La inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia.
- h) La inobservancia de las reglas relativas a la correlación entre la sentencia y la acusación.
- i) La inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

ARTÍCULO 443.- Motivos

El recurso de casación procederá cuando la resolución inobservó o aplicó erróneamente un precepto legal.

Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha hecho protesta de recurrir en casación, salvo en los casos de defectos absolutos y los producidos después de clausurado el debate.

La Sala Constitucional, al examinar las disposiciones del CPP, puso de manifiesto que su jurisprudencia y las líneas adoptadas en paralelo por la Sala Tercera habían permitido una apertura del recurso de casación como una manifestación de la tutela judicial efectiva, pero también como cumplimiento de lo dispuesto en la Convención. En sentencia n.º2003-11725, este Tribunal resolvió lo siguiente:

[E]l principio de taxatividad en la casación penal se ha minimizado. Tanto la jurisprudencia de esta Sala, como la de la Jurisdicción Penal han posibilitado la apertura del recurso de casación, como una forma de hacer efectivo el principio de la tutela judicial efectiva derivada de lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Política y del deber jurídico que impone el artículo 8 párrafo 2) inciso h) de la Convención Americana de Derechos

Humanos, al establecer que toda persona inculpada de delito tiene derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior. Es por ello, que los límites tanto objetivos como subjetivos en la interposición del recurso de casación, fueron declarados inconstitucionales, no sólo en relación con el imputado, quien prioritariamente debe tener acceso a los mecanismos impugnativos, por encontrarse de por medio la posible lesión a su libertad; sino también en cuanto al Ministerio Público, quien indirectamente representa los intereses de la víctima y al actor civil. (Criterio reiterado en la sentencia n.º2003-11726). (Lo destacado no corresponde al original)

c) Juzgamiento por la Corte IDH.

Pese a lo anterior, la referida regulación fue objeto de enjuiciamiento por parte de la Corte IDH, en la sentencia del **2 de julio de 2004** (caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica). En esa sentencia se conoció el caso de Mauricio Herrera Ulloa, un periodista del diario La Nación, quien fue condenado por el Tribunal de Juicio de San José por el delito de difamación, por haber reproducido parcialmente información vertida en la prensa de Bélgica respecto de la persona ofendida –quien era representante del Estado costarricense ante la Organización de Energía Atómica en Austria–, por sus supuestas actividades ilícitas. El periodista fue sometido a un proceso penal que terminó con una sentencia condenatoria en la que el Tribunal de Juicio de San José, aplicando los artículos 146, 149 y 152 del Código Penal de Costa Rica, sostuvo que la *exceptio veritatis* invocada por el querrelado debía ser desechada porque éste no había logrado probar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos a la persona ofendida, sino que sólo pudo demostrar que “*el querellante fue cuestionado a nivel periodístico en Europa*”. Ante ello, el condenado acudió a la Comisión IDH, en que acusó violación a la libertad de expresión y a las garantías judiciales. En lo que interesa, se alegó que el recurso de casación previsto en el ordenamiento jurídico costarricense no satisfacía el derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, de conformidad a lo exigido por el artículo 8.2.h) de la CADH, pues no permitía la revisión completa del caso en los hechos y en el derecho, ni admitía la reapertura del caso a pruebas o a una nueva valoración de las ya producidas.

Al resolver el caso, la Corte IDH estimó que, efectivamente, el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia condenatoria no había satisfecho el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara

un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior.

Ahora bien, dicha sentencia no contiene un análisis detallado de por qué la Corte estimó que el examen realizado en casación no había sido comprensivo e integral, por lo que Ronald Salazar (2004b, p. 26) indica que lo resuelto por la Corte debe completarse con el peritaje rendido por Carlos Tiffer Sotomayor, quien en su experticia afirmó que en Costa Rica:

[R]ecurso de casación no es un recurso pleno ni corresponde al derecho contenido en el artículo 8 de la Convención Americana. No permite una revisión integral del fallo tanto en los hechos como en el derecho. La revisión que hace el Tribunal de Casación Penal es muy limitada y se restringe exclusivamente al derecho. **El recurso de casación deja por fuera tres aspectos importantes: la revalorización de la prueba; las cuestiones fácticas; y además está limitado solamente a las pretensiones de los motivos de las partes que lo invocan. A pesar de que en Costa Rica ha habido avances para desformalizar el recurso de casación, éste sigue siendo un recurso formalista y limitado.** Costa Rica tiene que ampliar y desformalizar el mencionado recurso, variar su finalidad para convertirlo en un recurso que haga justicia en el caso concreto, sin sacrificar la oralidad. A partir de 1990, por el pronunciamiento 528 de la Sala Constitucional de Costa Rica, se comenzó a desformalizar el recurso de casación a raíz de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual solicitó a dicho Estado que modificara su legislación. **La Sala Constitucional dijo que debía desformalizarse el recurso, pero los avances deben ser mayores.**

En el presente caso la revisión realizada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica fue una revisión limitada propia del recurso de casación. Dicha Sala no pudo cuestionar el aspecto fáctico y debió aceptar los hechos establecidos por el tribunal sentenciador. (El subrayado no corresponde al original)

Al respecto, si bien la Corte IDH puso de manifiesto e hizo expresa referencia al principio de libre apreciación de los Estados, consideró que la regulación procesal costarricense no satisfacía los parámetros impuestos por el artículo 8.2.h. de la CADH, por no ser un recurso pleno que permitiera la revisión “*integral del fallo tanto en los*

hechos como en el derecho”, incluida la posibilidad de revalorar la prueba y cuestionar las conclusiones fácticas derivadas por el *a quo* del material probatorio. Se estimó que:

De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos..., se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. **Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo.** Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos. (El subrayado no corresponde al original)

Además, la Corte ordenó lo siguiente:

Que dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 de la misma, en los términos señalados en el párrafo 198 de la presente Sentencia.

d) Reacción nacional por el juzgamiento de la Corte IDH.

Al respecto, una vez dada a conocer la sentencia de la Corte, la Sala Constitucional volvió a hacer su propia interpretación en relación con lo ordenado por dicho tribunal internacional. Así, por ejemplo, dictó la sentencia **n.º2004-14715**, ante consulta judicial preceptiva de constitucionalidad formulada por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, en que hizo expresa referencia a la sentencia de la Corte IDH en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. En tal ocasión la Sala Constitución reiteró que en su sentencia n.º1992-1739 ya se había reconocido “*el principio de doble instancia*” como un elemento integrante del debido proceso, lo que ahora debía complementarse con lo resuelto por la Corte IDH, en que se había cuestionado el hecho de que “*el recurso de casación costarricense no permite la reapertura del caso a pruebas, ni una nueva y efectiva valoración de las ya producidas*”. Ante ello, y a la luz de lo resuelto en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, la Sala Constitucional concluyó que el “*derecho*

de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, consagrado por el artículo 8.2.h. de la CADH, debe estimarse como:

[U]na garantía judicial ... que permita la revisión plena de las pruebas y los hechos por un tribunal distinto al que sentenció, garantía que corresponde a toda persona con una condenatoria penal. En ese sentido,... todo sentenciado a cumplir una pena de prisión, tiene derecho a que su caso sea revisado por un tribunal distinto al que lo sentenció, con plena posibilidad de discutir los hechos y la valoración de la prueba, como requisito para tener como válidamente cumplida la exigencia de una doble instancia en materia penal en los términos de las garantías judiciales y de protección judicial, tutelados en los artículos 8 y 25 en relación con el 1.1 y 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, manteniéndose el criterio de que la Casación puede cumplir con los requisitos establecidos en la Convención “siempre y cuando éste no se regule, interprete o aplique con criterio formalistas –los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia–, y a condición, eso sí, de que **el tribunal de casación tenga potestades, y las ejerza, para anular o corregir los rechazos indebidos de prueba pertinente, los estrujamientos al derecho de defensa y de ofrecer y presentar prueba por el imputado, y los errores graves de hecho o de derecho en su apreciación**, lo mismo que la falta de motivación que impida al recurrente combatir los hechos y razones declarados en la sentencia. (El subrayado no corresponde al original).

La Sala evacuó la consulta judicial reafirmando que “*el recurso de casación debe adecuarse en su aplicación a los criterios emitidos por esta Sala y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin rigor formalista*”. (Criterios reiterados por la Sala en sentencia números **2005-1531, 2005-16775, 2005-016776 y 2006-01031**). En tal sentido, de la revisión jurisprudencial se aprecia que la Sala siguió evacuando las consultas judiciales preceptivas enfatizando en el deber de flexibilizar el recurso de casación. Al respecto, dijo la Sala en la sentencia **n.º2006- 08490** lo siguiente:

[E]l Tribunal consultante debe verificar si como afirma el recurrente, al resolverse su primer recurso de casación y emitirse la sentencia número 2003-841 (...) el Tribunal de Casación Penal, dejó de aplicar los **criterios de apertura e informalidad necesarios para garantizar de forma efectiva su derecho a**

una segunda instancia, pues si así fue se lesionó su derecho al debido proceso. (El subrayado no corresponde al original).

Esta postura de la Sala Constitucional –entendiendo que se estaba dando por cumplida la obligación convencional– se mantuvo por muchos años más. En efecto, la Sala siguió su línea jurisprudencial prácticamente ininterrumpida en el sentido de que el recurso de casación satisfacía la garantía de la doble instancia para la persona condenada por un ilícito penal. Lo anterior, siempre y cuando se interpretara según los lineamientos dispuestos por la propia Sala Constitucional. Por ejemplo, en la consulta judicial resuelta mediante sentencia n.º2009-00315 la Sala resolvió lo siguiente:

De las sentencias transcritas resulta una línea doctrinal clara respecto de la forma en que el Tribunal de Casación debe tratar el tema de la prueba en segunda instancia. En las propias palabras de este Tribunal, lo que debe evitarse y corregirse son los rechazos indebidos de prueba pertinente, los estrujamientos al derecho de defensa y la posibilidad de ofrecer y presentar prueba por el imputado. Esa regla sin embargo aunque obliga al Tribunal de Casación a actuar de forma abierta respecto de los elementos probatorios, no implica en forma alguna el deber de admitir y recibir toda la prueba que quiera ofrecerle el casacionista. Por el contrario, la particular situación del Tribunal de Casación como revisor de segunda instancia le coloca sin duda en una posición favorable para valorar y justipreciar la necesidad de atender los pedidos de prueba y justamente por ello resulta ser su deber la realización de esa valoración y selección de la prueba, disponiendo y razonando sobre admisión o rechazo, todo ello de forma clara dentro el expediente. Así las cosas, el mero hecho del rechazo de prueba ofrecida como parte del recurso de casación, no constituye una infracción al debido proceso, pues solamente lo será aquella exclusión de recepción de elementos probatorios que carezca de la motivación y justificación apropiadas. (El subrayado no corresponde al original).

e) Resoluciones de supervisión de cumplimiento de la Corte IDH.

Paralelamente, se deben mencionar las resoluciones de supervisión de cumplimiento que fueron dictadas por la Corte IDH, las cuales fueron examinando la paulatina evolución procesal que se estaba realizando en nuestro país.

En la resolución de **12 de setiembre de 2005**, la Corte valoró el informe de cumplimiento presentado por el Estado en el que se informó que Costa Rica había adoptado *“una serie de medidas inmediatas, tanto a nivel administrativo como jurisprudencial que, sin perjuicio que puedan ser traducidas en reformas legales (...) consolidan el proceso de apertura y amplitud del recurso de casación penal”*. Se detalló que se habían adoptado, por ejemplo, medidas para *“flexibilizar la admisibilidad en casación”* con el propósito de no declarar inadmisibles ningún recurso por defectos formales y prevenir al recurrente la corrección de cualquier defecto formal. También se procuró permitir la fundamentación de los hechos probados, así como la valoración de la prueba y, por lo tanto, se estaba admitiendo toda la prueba pertinente y útil sobre los hechos, siempre que haya sido preterida por el tribunal de juicio y se considerara necesaria para la resolución del recurso. Por otra parte, se aprobaron rutas y reglas en relación con la integración de la Sala de Casación a efecto de no violar los principios de objetividad e imparcialidad. El Estado de Costa Rica aceptó que esas medidas administrativas y jurisprudenciales debían traducirse en una reforma legal que, a ese momento, se formuló en el anteproyecto de la ley de apertura de la casación penal. Para lo cual, se presentó ante la Corte IDH la copia del proyecto de ley, adjuntando, incluso, la exposición de motivos que la sustentó.

En la resolución de supervisión de cumplimiento, la Corte tomó nota de las manifestaciones del Estado costarricense y paralelamente le solicitó que remitiera información sobre los avances en el trámite del referido proyecto de ley y sobre las medidas administrativas y de cualquier otra índole que se hubieran adoptado al respecto. Todo lo anterior, con el propósito de evaluar si la adecuación del ordenamiento jurídico interno se estaba dando dentro de un plazo razonable. Además, recordó que **“independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir el fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”**. Advirtió que *“corresponde al Estado regular el recurso que cumpla con las garantías dispuestas en el artículo 8.2.h) de la Convención”*. La Corte hizo un llamado a las partes para que también realizaran las consideraciones que estimaran pertinentes sobre las medidas adoptadas a efecto de ponderar si eran apropiadas para adecuar el ordenamiento jurídico interno de Costa Rica a lo establecido en la CADH. Por tanto, la Corte determinó mantener abierto y en curso el procedimiento de supervisión de cumplimiento de este punto pendiente de acatamiento. En otras palabras, consideró insuficientes las medidas que el Estado costarricense había adoptado hasta ese momento.

Posteriormente, la Corte dictó la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia que data del **22 de setiembre de 2006**. La Corte estimó “*indispensable*” que el Estado le presentara información actualizada sobre varios puntos pendientes de cumplimiento, entre ellos, la de adecuar el ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el art. 8.2.h) de la Convención Americana y, por lo tanto, se hizo el requerimiento correspondiente.

Justamente en ese período, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley de Apertura de la Casación (Ley 8503 de 28 de abril del 2006), que pretendió consagrar legislativamente las prácticas jurisprudenciales que se habían venido implementando. En la exposición de motivos de la propuesta legislativa se plasmaron las siguientes reflexiones:

En cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Interamericana, tanto al interno de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia como del Tribunal de Casación Penal con sede en el Segundo Circuito Judicial, se dispusieron de una serie de medidas internas para dar cumplimiento real al dispositivo de la Corte (...)

En efecto, dichos tribunales de casación penal procedieron de inmediato a ampliar en términos efectivos la admisibilidad del recurso de casación, flexibilizando no solo las reglas que regulan su confección, sino además ampliando la capacidad de análisis de los reclamos que les son sometidos, con el fin de brindar una mejor y más adecuada tutela judicial efectiva. Paralelamente, procedieron a admitir prueba en casación, cuando ello ha resultado indispensable para apreciar el sustento de alguno de los motivos de casación, incluso relacionada con los hechos objeto del juicio, y finalmente nuestros jueces nacionales han optado por inhibirse de conocer de los casos que antes habían examinado y regresan a la casación luego de un juicio de reenvío, en fiel cumplimiento con lo dispuesto por la Corte Interamericana, además de otras medidas internas que se relacionan con la efectiva capacidad de conocimiento del caso.

Debe observarse que ya la Corte Interamericana ha aceptado como válido que las modificaciones internas se realicen a través de cambios jurisprudenciales. No obstante, el proceder de nuestros tribunales de casación y el criterio ya expuesto por la Corte Interamericana, **estimamos indispensable plasmar las medidas adoptadas de manera expresa en nuestra legislación procesal penal, con el fin de acentuar la firme convicción de nuestro país de dar cabal cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos**

Humanos, y desde luego también para reafirmar la permanente y demostrada vocación costarricense de respetar los derechos humanos de las personas sometidas a proceso penal, independientemente de la naturaleza del delito que se les atribuya, en plena armonía con los tratados y los convenios internacionales de la materia suscritos por nuestro país, razones que motivan la formulación del presente proyecto de ley. (El subrayado no corresponde al original)

Por medio de la Ley de Apertura de la Casación Penal se modificaron una serie de artículos del Código Procesal Penal, justamente en procura de una apertura del recurso de casación penal; en cuyo caso, destaca la reforma al ya mencionado artículo 449 del Código Procesal Penal, para adicionar un párrafo segundo en que se estableció que: *“También es admisible la prueba propuesta por el imputado o en su favor, incluso la relacionada con la determinación de los hechos que se discuten, cuando sea indispensable para sustentar el reclamo que se formula y en los casos en que se autoriza en el procedimiento de revisión”*. A lo que se agrega que al artículo 369 del Código Procesal Penal se le añadió un inciso j), a fin de establecer como un vicio de la sentencia que justifica la casación cuando *“la sentencia no haya sido dictada mediante el debido proceso o con oportunidad de defensa”*.

Y se adicionó un artículo 449 bis, en que se estableció lo siguiente:

Artículo 449 bis.—Examen del Tribunal de Casación. El Tribunal de Casación apreciará la procedencia de los reclamos invocados en el recurso y sus fundamentos, examinando las actuaciones y los registros de la audiencia, de modo que pueda valorar la forma en que los jueces de juicio apreciaron la prueba y fundamentaron su decisión. De no tener registros suficientes para realizar esa apreciación, podrá reproducir en casación la prueba oral del juicio que, en su criterio, sea necesaria para examinar la procedencia del reclamo, y la valorará en relación con el resto de las actuaciones.

De igual manera, podrá valorar en forma directa la prueba que se haya introducido por escrito al juicio.

Con lo que se corrobora la implementación de una reforma legislativa que procuró modificar el modelo clásico del recurso de casación y proceder a ampliarlo y flexibilizarlo, con el propósito de transformarlo, a juicio de las autoridades

costarricenses, en un medio idóneo para la revisión de las sentencias penales condenatorias.

Adicionalmente, se dictó una norma transitoria con el objetivo de garantizar que las personas que hubieran sido condenadas por un ilícito penal y se les hubiera restringido la posibilidad de interponer recurso de casación, lo pudieran realizar en lo sucesivo, mediante un recurso de revisión de sentencia:

Las personas condenadas por un hecho delictivo con fecha anterior a esta Ley, a quienes se les haya obstaculizado formular recurso de casación contra la sentencia, en razón de las reglas que regulaban su admisibilidad en aquella fecha, podrán plantear la revisión de la sentencia ante el tribunal competente, invocando, en cada caso, el agravio y los aspectos de hecho y de derecho que no fueron posibles de conocer en casación.

Está claro que, para el Estado costarricense, las reformas efectuadas cumplieron con el mandato dado por la Corte IDH. De hecho, si se examina con detalle la resolución de la Presidenta de la Corte IDH de **2 de junio de 2009** y se aprecia el informe del Estado costarricense se desprende que el criterio de este segundo fue que –mediante la adopción de la Ley de Apertura– se dio cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana en la sentencia de 2 de julio de 2004. En tal sentido, se realizaron las siguientes explicaciones:

a) Desformaliza totalmente el recurso de casación; tanto en cuanto a los requisitos de admisibilidad como a los demás formalismos y rituales tradicionales de casación; b) Prevé en forma expresa la posibilidad de que en casación se alegue quebranto al debido proceso o al derecho de defensa, con lo cual se da la más amplia cobertura a la posibilidad de reexaminar todo tipo de vicios o afectaciones a los derechos del sentenciado; c) Permite además que, mediante este recurso, se reciba prueba sobre el hecho, ello cuando se está ante uno de los motivos del procedimiento de revisión, encontrándose dentro de los mismos el reclamo de hechos nuevos o de nuevos elementos de prueba; d) Igualmente establece la posibilidad de ofrecer prueba que no pudo ser recibida en el juicio oral, por haber sido rechazada o preterida arbitrariamente; incluso el Tribunal o Sala pueden ordenar prueba de oficio, cuando se estime necesaria, pertinente o útil para la resolución del caso; e) Prevé con amplitud el análisis que se realiza en sede de casación, admitiéndose que la parte impugnante se apoye para su reclamo en la grabación fónica o de video del juicio oral; f)

Contempla también una desformalización del procedimiento de revisión; y g) Establece la posibilidad de que se presenten solicitudes de revisión cuando el recurso de casación haya sido rechazado con base en los criterios de admisibilidad que regían antes de la ley;

En dicha resolución, se consignó lo siguiente:

15. El Estado concluyó que “en Costa Rica el recurso de casación penal se ha apartado de lo que tradicionalmente ha sido este medio de impugnación en Europa y Latinoamérica” y que con la reforma se ha dado “una desformalización completa, con lo que se garantiza el derecho a un recurso accesible y sin mayores complejidades que reexamine, de manera integral, la sentencia condenatoria”. El recurso de casación costarricense “ha dejado de ser un recurso de casación propiamente dicho adquiriendo una serie de caracteres propios de los recursos de apelación”. **Por lo expuesto el Estado consideró que con la Ley de Apertura se dio “[...] cabal cumplimiento con la garantía exigida por la Convención Americana de Derechos Humanos al exigir la existencia de un recurso en contra de la sentencia condenatoria penal”.** (Lo destacado no corresponde al original)

En la resolución de supervisión en mención, lejos de tenerse por cumplida la sentencia de ese tribunal internacional, la Presidenta de la Corte convocó al Estado de Costa Rica, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de la víctima a una audiencia privada con el propósito de que la Corte obtuviera información por parte del Estado sobre el cumplimiento de los puntos pendientes de acatamiento de la sentencia emitida.

En el proceso de supervisión de cumplimiento, que culminó con la sentencia de supervisión de fecha **9 de julio de 2009**, el Estado costarricense volvió a reiterar su tesis. Sin embargo, la interpretación de la Comisión fue que lo actuado no había demostrado ser suficiente. Por lo tanto, se informó que, en relación con la información estadística aportada por el Estado, la Comisión Interamericana consideró que no había quedado demostrado que el sistema procesal del Estado se hubiera rediseñado con el fin de brindar mayores garantías judiciales a los ciudadanos. Dicho órgano solicitó expresamente a la Corte que *“declare que el Estado adoptó legislación tendiente a la adecuación del ordenamiento jurídico costarricense con lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 de la misma, cuya aplicación y consecuente evaluación de cumplimiento eficaz aún se encuentra pendiente, por lo que **el***

procedimiento de supervisión debe mantenerse abierto respecto de este punto (El subrayado no corresponde al original).

Posteriormente, se llevó a cabo la audiencia oral de supervisión en la que el Estado costarricense informó de la propuesta legal impulsada por el Poder Judicial de “*Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de la oralidad en el proceso penal (Expediente Legislativo No. 17.143)*”. El Estado informó que con “*esta nueva propuesta de reforma legal, impulsada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se planteó la necesidad de culminar un arduo proceso de reformas parciales, todas dirigidas a dar cumplimiento, por parte del ordenamiento procesal interno de las obligaciones emanadas de la CADH, en especial, el artículo 8.2.h, en relación con el artículo 2 de la misma*”.

Finalmente, en la *supra* citada resolución de **9 de julio de 2009**, se concluyó que la Corte valoró de forma positiva los avances realizados por Costa Rica, pero no tuvo por cumplida la obligación de adecuar el ordenamiento y, por lo tanto, mantuvo abierto el proceso de supervisión. A tales efectos, dijo la Corte lo siguiente:

28. Que la Corte Interamericana valora positivamente la sanción de la Ley No. 8503 “Ley de Apertura de la Casación Penal” y que dicha ley fuera sancionada un año y siete meses contados desde la notificación de la Sentencia. Asimismo, el Tribunal también valora que el Poder Judicial adoptara “medidas inmediatas”, aún antes de la sanción de la Ley de Apertura, con el fin de adecuar la práctica judicial a lo establecido en la Sentencia (*supra* Considerando 19.i).

29. Que por otra parte el Tribunal observa que los representantes y la Comisión Interamericana han valorado positivamente los esfuerzos del Estado relacionados con la reforma introducida por la Ley de Apertura, aunque consideran que las modificaciones resultan insuficientes a efectos de dar por cumplida esta medida de reparación de la Sentencia. Por su parte, el Tribunal aprecia la información brindada por el Estado de que existe un proceso legislativo actualmente en marcha que se vincula, entre otros aspectos, al cumplimiento de la Sentencia. En vista de la información proporcionada por las partes, la Corte Interamericana toma nota de la evolución del proceso de cumplimiento y estima conveniente reservar su evaluación una vez que el Estado presente información actualizada sobre los avances y resultados del mismo.

Se podría afirmar que, ante dicho constante escrutinio, Costa Rica se vio en la necesidad de formular el proyecto de ley de *“Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal”*, cuyo principal propósito fue *“reformar el régimen de impugnación penal, mediante la creación de un nuevo recurso de apelación de sentencia; además, reformando el recurso de casación y el procedimiento de revisión”*.

En la exposición de motivos del proyecto de ley se explicaron cuáles serían las claves de la reforma: diseñar un recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, previéndose como un mecanismo de control sobre el juicio (debate) y la decisión de esa sede (sentencia). En este sentido, se aclaró que se *“trata de un juicio sobre el juicio y no de un nuevo juicio”*. Al preverse un recurso ante un superior que examina de forma integral la sentencia, se volvió al procedimiento de revisión *“clásico”*, eliminándose la causal por violación genérica al debido proceso del inciso g) del artículo 408 del Código Procesal Penal. Paralelamente y dado que ya existía, para ese momento, una abundante y sólida jurisprudencia constitucional en lo relativo al debido proceso y debido a que se iba a eliminar esa causal para la interposición del recurso de revisión, la consecuencia lógica fue reformar la LJC con el propósito de suprimir la consulta judicial preceptiva de constitucionalidad.

La normativa aprobada por la Asamblea Legislativa dispuso expresamente que el nuevo recurso de apelación de sentencia procedería en los siguientes supuestos:

Artículo 459.- Procedencia del recurso de apelación

El recurso de apelación de sentencia permitirá el examen integral del fallo, cuando la parte interesada alegue inconformidad con la determinación de los hechos, la incorporación y valoración de la prueba, la fundamentación jurídica o la fijación de la pena. El tribunal de alzada se pronunciará sobre los puntos que le sean expresamente cuestionados, pero declarará, aun de oficio, los defectos absolutos y quebrantos al debido proceso que encuentren en la sentencia. (Lo destacado no es del original)

En virtud de la introducción del recurso de apelación de sentencia, el recurso de casación y el recurso de revisión volvieron a ser regulados conforme a su concepción original. De modo que a partir de la reforma, el recurso de casación es procedente cuando se alegue la existencia de precedentes contradictorios dictados por los tribunales de apelaciones, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal (es

decir como instrumento unificador) y, además, cuando la sentencia de origen inobserve o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal.

Posterior a la emisión de dicha normativa, dictada el 3 de mayo de 2010, la Corte Interamericana dictó la resolución de supervisión de cumplimiento del **22 de noviembre de 2010** en la cual finalmente se dio por cumplida la resolución dictada en el año 2004. A tales efectos, la Corte realizó las siguientes consideraciones:

15. En esta oportunidad, la Corte también valora positivamente la actuación del Estado que consideró que las reformas introducidas por la Ley de Apertura necesitaban ser fortalecidas y, motu proprio, inició un nuevo proceso de reforma legal, el cual concluyó con la sanción de la Ley No. 8.837. Mediante dicha ley, además de mantener el recurso de casación, se crea el recurso de apelación de sentencia penal el cual, inter alia: a) permite que la sentencia pueda ser revisada por un tribunal superior; b) consiste en un recurso simple, sin mayores formalidades, que evita requisitos o restricciones que infrinjan la esencia del derecho a recurrir, y c) posibilita el examen integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal de juicio.

16. La Corte Interamericana concluye que, al garantizar la posibilidad de un amplio control de la sentencia emitida por un tribunal de juicio en materia penal a nivel interno, Costa Rica ha dado pleno cumplimiento al punto resolutivo quinto de la Sentencia y, con ello, concluye el presente caso. La futura aplicación del recurso de apelación de sentencia no es materia de la supervisión de cumplimiento del caso Herrera Ulloa.

f) Valoración actual de la Sala Constitucional.

Luego de esta evolución, actualmente la Sala Constitucional ha reconocido el cambio de paradigma en lo relativo al régimen recursivo en materia penal. En virtud de las reformas procesales, impulsadas por la supervisión de la Corte IDH, actualmente la Sala reconoce que el derecho a la segunda instancia se encuentra reconocido en el recurso de apelación de sentencia y, por el contrario, la figura del recurso de casación retornó a su tradicional concepción de ser un recurso extraordinario. En la sentencia **n.º2021-004441** se realizaron las siguientes consideraciones:

VI.- A juicio del actor, la circunstancia de que las sentencias dictadas por el Tribunal de Apelación que anulan el fallo del Tribunal de Juicio y ordenan el reenvío, no tengan acceso a un recurso -idealmente el de casación según expresa-, a través del cual un órgano superior pueda controlar su contenido, lesiona los principios del debido proceso y el derecho de defensa. La Sala no comparte ese criterio, que parece desconocer la naturaleza y características actuales del recurso de apelación y del recurso de casación. En ese sentido, **la Ley No. 8837 que creó el recurso de apelación de sentencia y el nuevo recurso de casación provocó un cambio de paradigma en el sistema recursivo de la sentencia penal pues el legislador optó por modificar su estructura.** Esa voluntad quedó claramente expuesta en la Exposición de Motivos del proyecto de Ley Expediente No, 17143 del 4 de setiembre del 2008 que se convirtió en Ley No. 8837, en el cual se indicó: “(...) La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se queda con la función de uniformar los precedentes contradictorios, ejercer el control sobre violaciones al debido proceso y derecho de defensa de las partes intervinientes y conocer de todas las acciones de revisión incoadas. **Los motivos autorizados en esta sede deben tener rígidos criterios de admisibilidad y procedibilidad. En este punto lo que conviene es evitar que la casación/revisión se convierta en una tercera instancia.**”

Hoy en día, la casación es un recurso que procede solamente contra la sentencia dictada por los tribunales de apelación de sentencia. Se le denomina “extraordinario” porque los motivos por los que puede interponerse están taxativamente previstos en la ley. Además, su admisibilidad está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos normativos y de fundamentación que son necesarios para el posterior estudio por el fondo. La única prueba que se admite es aquella relacionada con vicios en el procedimiento y la forma de realización de los actos.

En relación con el derecho a la doble instancia, es importante insistir en que el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, garantiza la revisión de la sentencia condenatoria por un juez o tribunal superior, en un caso concreto: el del imputado en causa penal por delito. Así, el derecho a un debido proceso y el derecho de defensa, **en este caso referidos al derecho a recurrir la sentencia condenatoria, están debidamente garantizados con la existencia del actual recurso de apelación.** (Lo destacado no corresponde al original).

g) A modo de colofón.

Lo antes expuesto evidencia el largo transitar que requirió, finalmente, adecuar el sistema procesal penal costarricense a lo dispuesto por el artículo 8.2 inciso h) de la CADH. Proceso en el que participaron tanto actores internacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte IHD) como nacionales (la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa).

Ahora bien, a juicio de los suscritos, es posible formular una serie de críticas a la conducta de la Corte IDH en el presente caso. Y es que si bien la Corte IDH hace expresa referencia al margen de apreciación nacional para el ejercicio del recurso, lo cierto es que dicho órgano no se dio por satisfecho con las soluciones y propuestas de cumplimiento del Estado costarricense. La Corte enfatizó que lo relevante era no establecer restricciones o requisitos que infringieran la esencia del derecho al recurso. Lo que motivó que las autoridades costarricenses intentaran plasmar justamente dicha voluntad en sus decisiones administrativas y jurisdiccionales, con la intención de adecuar el recurso de casación a estas condiciones. Es decir, que fuera un recurso interpretado o aplicado sin rigor formalista que permitiera al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida. No obstante, pese a los reiterados intentos de las autoridades costarricenses, lo cierto es que la Corte no estuvo satisfecha y no cerró el proceso de supervisión de cumplimiento sino hasta que se ordenó la creación de una nueva instancia en el proceso penal con el propósito de incluir expresamente el recurso de apelación de sentencia. En tal sentido -y a criterio de los suscritos-, queda la inquietud si a efecto de ahorrar recursos y tiempo, hubiera sido más eficiente que la Corte fuera más directa en la parte dispositiva de la sentencia y, desde un principio, hubiera aclarado que lo necesario no era flexibilizar el recurso de casación, sino instaurar el recurso de apelación de sentencia dentro de un plazo razonable a juicio de la propia Corte. En aras de la seguridad jurídica y el uso eficiente de los recursos públicos, consideramos que, en el caso concreto, la Corte IDH debió ser más transparente y directa en su orden. Pero, más grave aún, queda una sensación de contrariedad respecto del supuesto reconocimiento del margen de apreciación nacional que, en el caso concreto, da la sensación que fue un mero enunciado genérico, pues, el fondo, se direccionó al Estado costarricense hacia la creación de una nueva instancia jurisdiccional para la creación de un recurso de apelación de sentencia.

Además, este caso pone de manifiesto un tema clave o nuclear, que resulta de particular interés para este artículo, a saber: pese que la Sala Constitucional reconoció desde sus orígenes la existencia de un derecho convencional al recurso y efectivamente lo contempló como parámetro de control de constitucionalidad, aun así, surgió un conflicto con la Corte IDH, sobre los contenidos y alcances concretos de tal derecho. Lo que hace referencia, en términos generales, a un tema más amplio -y que se adelantó, en la introducción del presente artículo-, atinente a la necesidad de articular las funciones y competencias de distintos actores (intérpretes) que interactúan en el ejercicio del control de convencionalidad. En el próximo apartado se plantearán una serie de reflexiones que resultan oportunas para enmarcar y equilibrar tal articulación.

7.- Principio de subsidiariedad, margen nacional de apreciación y diálogo jurisprudencial.

Como punto de partida, resulta de utilidad remitir a Víctor Bazán, quien hace expresa referencia a los retos y dificultades asociadas al

fuerte crecimiento de los espacios de interacción del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, ante el protagonismo que cobran los *tribunales de cierre de la justicia constitucional* en cada Estado Parte del sistema interamericano y su relacionamiento con la *Corte IDH*, en tanto copartícipes jurisdiccionales de un objetivo convergente, tan amplio como sensible y trascendente: *las cabales protección y realización de los derechos en el área interamericana*. (p. 32)

A lo que añade –el citado autor– que:

la aconsejable colaboración entre ambas instancias (interna e interamericana) no apunta a una relación jerárquica entre ellos, sino a una coexistencia coordinada en la hermenéutica *pro persona* de los derechos esenciales. (p. 32)

Ahora bien, para analizar este tema, sobre la necesaria coordinación entre tales instancias, es importante –en primer lugar– retomar el contenido e implicaciones del referido principio de subsidiariedad.

Como bien explica Pablo González Domínguez (2017, pp. 730 a 732), dicho principio permite mediar la inherente tensión que surge de la existencia de obligaciones e instituciones universales y regionales para la protección de los derechos humanos, con la existencia de principios como la soberanía y la autodeterminación constitucional. En concreto, tal principio tiene una faceta positiva y una negativa. En su faceta positiva justifica la existencia de obligaciones e instituciones internacionales de protección en materia de derechos humanos, pues trasciende la idea de que la protección a los derechos humanos es una facultad soberana y exclusiva de los Estados. En su faceta negativa justifica la existencia de amplios espacios de libertad a los Estados para definir e implementar los derechos humanos en sus ordenamientos jurídicos, y establece un límite a la intervención internacional en lo que respecta al cumplimiento de dichas obligaciones. Es por esta faceta dual –agrega el citado autor– que es posible entender que en el DIDH coexistan doctrinas aparentemente opuestas, como lo son el control de convencionalidad (que busca incrementar la efectividad de las fuentes del DIDH en el SIDH), y el margen de apreciación (que reconoce un espacio de discrecionalidad a los Estados para armonizar intereses opuestos en materia de derechos humanos). En concreto, tal principio:

reconoce la función del derecho y las instituciones internacionales para supervisar y asistir a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, pero que al mismo tiempo reconoce la existencia de amplios espacios de libertad del derecho y las instituciones nacionales para definir el alcance y los mecanismos institucionales de cumplimiento de dichas obligaciones. (p. 730)

Asimismo, la subsidiariedad permite:

explicar —en su faceta positiva— que los Estados estén obligados a respetar y garantizar los derechos humanos en su actuar cotidiano, que tengan la obligación de adecuar su derecho interno de conformidad con el derecho internacional, y que en caso de incumplimiento se genere su responsabilidad internacional. Pero este principio también permite —en su faceta negativa— conceptualizar la primacía del derecho y las instituciones estatales sobre el tipo de medidas necesarias para implementar los derechos humanos a nivel nacional, y para garantizar su eficacia a través de mecanismos procesales. Esta condición implica una limitación lógica al derecho y a las instituciones internacionales para definir el alcance de los derechos humanos, o para conocer sobre presuntas

violaciones ocurridas a nivel nacional cuando —por ejemplo— el Estado ya haya reparado a las víctimas, o cuando no se hayan agotado los recursos judiciales internos antes de acudir a una instancia internacional de protección. (p. 731)

Continúa explicando, el citado autor (pp. 732 a 735), que el principio de subsidiariedad, desde una perspectiva procesal, se manifiesta en la regla de previo agotamiento de los recursos judiciales internos. Pero, desde una perspectiva sustantiva, el principio de subsidiariedad explica y justifica la existencia de un pluralismo jurídico en la especificación —ya sea a través de leyes o de interpretación— de los derechos humanos de fuente internacional en los Estados Parte de los tratados en la materia. Este tipo de tratados suelen tener cláusulas abiertas, lo cual permite que los derechos humanos admitan diversas construcciones válidas una vez que una ley es elaborada por el Congreso, o una decisión judicial es emitida por un tribunal constitucional. El principio de subsidiariedad justifica la existencia de un pluralismo jurídico al concebir que los derechos humanos protegen personas o grupos en una situación concreta, lo cual admite que —en principio— la determinación del contenido y alcance de estos derechos esté vinculada a la necesidad de hacer justicia en circunstancias y en sociedades específicas. En consecuencia, diversas autoridades pueden llegar a múltiples —y legítimas— conclusiones sobre la manera en que un derecho humano debe ser legislado e interpretado para resolver situaciones concretas, sin que esto afecte su carácter universal e inalienable.

Lo que exige abordar el concepto de margen nacional de apreciación o margen de discrecionalidad nacional. Es bien sabido que tal concepto fue creado por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y luego acogido y ratificado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en general, remite:

al espacio de maniobra que los organismos del [Sistema Europeo de Derechos Humanos: SEDH] están dispuestos a reconocer a las autoridades nacionales -ya sean administrativas, legislativas o judiciales-, al momento de cumplir sus obligaciones contempladas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos... Es la línea en la cual supervisión internacional debe ceder el paso a la discrecionalidad estatal para la sanción o control de cumplimiento de normas (Díaz Solimine, 2020, p. 111 y 112).

Se le ha criticado que, lejos de ser un concepto uniforme, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplica la teoría del margen nacional de apreciación con cierta elasticidad y, en algunos casos, como herramienta de oportunidad a fin de adecuar una

solución a las circunstancias particulares de cada caso (Casadevall, 2012, p. 145). Aunque también se destaca, de forma positiva, que el citado concepto provee la flexibilidad necesaria para prevenir enfrentamientos perjudiciales entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Estados miembros, al tiempo que lo habilita a ponderar la soberanía de estos con las obligaciones del Convenio (Díaz Solimine, 2020, p. 112).

Es importante destacar dos criterios básicos relacionados con tal concepto, como son el consenso europeo y autoridad mejor posicionada (Casadevall, 2012, pp. 145 y 146; Díaz Solimine, 2020, pp. 127 y ss.), que suponen:

- Según el primer estándar, cuanto más diversas sean las leyes y las prácticas de los Estados Parte, más amplio será el margen y, por el contrario, a mayor consenso entre los Estados firmantes en una determinada cuestión, más restringido será dicho margen. En tal sentido, se suele aceptar un margen de discreción estatal más importante en aquellos ámbitos donde no existe todavía criterios estandarizados o denominadores comunes que se puedan considerar aceptados en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa.
- Según la segunda pauta, en determinadas circunstancias las autoridades nacionales (incluyendo todas las distribuciones territoriales y funcionales del poder), por estar en contacto directo y continuo con la realidad de cada país, se encuentran en mejor posición para ponderar los intereses en conflicto. Tal criterio es aplicado fundamentalmente en cuestiones de moral y religión, donde suele ensancharse el margen a favor de los Estados.

Ahora, el uso de tal concepto en el caso del sistema interamericano ha sido muy discreto y restringido (Díaz Solimine, 2020, pp. 153 y ss.).

Aunque sin duda es un concepto complejo, *prima facie*, no puede destacarse la importancia de un uso razonable del mismo. Sobre este punto, Víctor Bazán (2015) afirma:

Uno de los ingredientes que debería estudiarse profundamente para verificar si puede o no aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre el Tribunal Interamericano y las jurisdicciones internas, es el recurso a la doctrina del «margen nacional de apreciación», de vasto (aunque proteico) empleo por el TEDH, pero con una discreta repercusión en la Corte IDH. El tema no está exento

de dificultades operativas por el riesgo que conlleva en cuanto a la generación de inseguridad jurídica, además de la necesidad de exigir a su respecto un empleo cauteloso para evitar el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real y concreta de éstos. (pp. 56 y 57)

Lo que debe complementarse con la idea de un debido y efectivo diálogo jurisprudencial. Sobre este punto, nuevamente apunta Víctor Bazán (2015) que:

En un contexto donde crece la circulación de reglas iusinternacionales y se intensifica la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por los jueces (y otras autoridades públicas competentes) del control de compatibilidad convencional de la normativa domésticas subconstitucional y constitucional.

Sin embargo, tal faena no debe darse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un *diálogo jurisprudencial* entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos.

En otras palabras, debe gestarse a partir de una relación bi o multidireccional en la que se respete el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y la trascendencia de sus estándares, pero que simultáneamente ella no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales, políticas, jurídicas y culturales de los Estados que integran el sistema regional. (p. 57)

Se constata, así, la importancia de equilibrar distintos conceptos y principios, ante la necesidad de articular debidamente la participación de actores nacionales e internacionales en esta materia. Así, por ejemplo, Alfonso Santiago (2020) hace las siguientes observaciones de interés (pp. VIII a XI), para enmarcar debidamente este tema:

- La protección que brinda el SIDH es subsidiaria y es complementaria de la protección que están llamados a brindar en primer lugar los estados nacionales, quienes son los primeros responsables de la tutela y promoción de los derechos humanos y de la definición de cuestiones que ello implica.

- El SIDH se basa en la voluntad de los Estados partes que han dado origen a tal sistema – la pertenencia de los Estados al SIDH es facultativa y voluntaria- y sus obligaciones, excepción hecha de las normas de *ius cogens*, están fundadas en el respeto del principio del *pacta sunt servanda*.
- El principio de subsidiariedad tiene claras y concretas proyecciones en el modo de operar del SIDH, especialmente con relación al respeto de los ámbitos de competencia nacionales, tanto en lo que hace a la normativa constitucional como a la actuación de los órganos nacionales, que no son órganos dependientes jerárquicamente de la Corte IDH.
- Se ha de fomentar en todo momento un diálogo inter-jurisdiccional en ambos sentidos, no basado en una relación jerárquica inexistente, sino en el intercambio de razones y criterios jurídicos útiles para garantizar armónicamente los derechos humanos y las “*justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*” (art. 32 de la CADH).

En particular, resulta de interés lo que menciona el citado autor, como reflexión general sobre este tema:

Las intervenciones de los órganos del SIDH es limitada, excepcional y ha de ser ejercida de modo no invasivo, para respetar el margen nacional de apreciación, propio de buena parte de las complejas cuestiones relativas a los derechos humanos. No respetar estas pautas, que los tribunales internacionales no adopten cierto *self-restraint*, podría llevar a que algunas decisiones conflictivas acerca de la armonización de los derechos entre sí o con los bienes públicos sean adoptadas en sede internacional cuando, por su propio contenido, están llamadas a ser resueltas en el ámbito nacional. El respeto del principio de subsidiariedad, por el cual una comunidad mayor no debe abocarse a la resolución de problemas que por sí misma puede realizar una entidad menor, armoniza mejor con el principio de legitimidad democrática en la toma de decisiones, ya que el origen, la legitimidad y la responsabilidad democráticos de los organismos y tribunales internacionales suele ser más bien reflejos y secundarios. El saber permanecer dentro de sus límites naturales es uno de los desafíos más importantes que se les presenta a los tribunales en general, y a los tribunales internacionales es materia de derechos humanos. Existe el riesgo de una cierta “sobreconvencionalidad” que se da cuando la interpretación expansiva que los tribunales y organismos internacionales realizan de las

normas del derecho internacional de los derechos humanos invade los ámbitos de competencias propios de la Constitución o de la ley ordinaria nacional. Debe reconocerse en variados temas una “deferencia” a los órganos constituyentes, legislativos y judiciales nacionales, de modo que se dé un adecuado equilibrio institucional entre los órganos nacionales e internacionales en la definición de asuntos relativos a los derechos humanos. (pp. VIII y IX).

8.- Conclusiones.

El control de convencionalidad es una figura de creación pretoriana, gestada y desarrollada por la Corte IDH. Aunque pueden formularse diversas críticas a ciertos aspectos o alcances asignados por la Corte IDH, no pueden despreciarse sus potencialidades como técnica que permite a las autoridades nacionales garantizar el efecto útil de la CADH y demás tratados internacionales de derechos humanos que vinculan a los Estados, así como ajustar su conducta a los estándares internacionales, en efectiva protección de los derechos humanos reconocidos a las personas sujetas a sus jurisdicciones.

Asimismo, en ciertos países –como es el caso de Costa Rica–, el ejercicio del control interno de convencionalidad viene a enlazarse y conjugarse con el control de constitucionalidad, particularmente, en aquellos sistemas de justicia constitucional en que ya se había admitido a los convenios internacionales de derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, el principal propósito de esta artículo era evidenciar que, incluso, en aquellos casos en que las autoridades internas y, en particular, los órganos competentes para ejercer el control de constitucionalidad, asumen de buena fe el ejercicio del control de convencionalidad o el uso de los convenciones internacionales sobre derechos humanos como parámetro para el control de constitucionalidad, siempre existe la posibilidad que surjan conflictos o discrepancias con respecto a la Corte IDH, en cuanto a la interpretación que debe darse a determinada norma convencional y respecto a la debida concreción de su contenido y alcances. El *caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* es un buen ejemplo de lo anterior.

Ante tal posibilidad de conflicto, no puede desconocerse el papel de la Corte IDH, justamente como órgano competente para interpretar la CADH y demás convenios

internacionales que integran el *corpus iuris* interamericano, en aras de precisar una serie de contenidos o estándares mínimos, que permitan garantizar el real y efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Parte.

Sin embargo, también es procedente exigir a la Corte IDH cierta prudencia en el ejercicio de tal competencia interpretativa, en atención al principio de subsidiariedad, como principio estructural básico que informa al DIDH. Lo que exige asumir con seriedad un uso razonable y equilibrado de la figura del margen nacional de apreciación, así como potenciar un efectivo dialogo jurisprudencial. Todo esto abonará finalmente a la legitimidad y a la credibilidad del SIDH.

9.- Bibliografía.

Doctrina:

Ayala Corao, C. (2015). Sobre el concepto del control de convencionalidad. En *Derecho Constitucional Contemporáneo* (pp. 897-933). San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Barquero Kepfer, M. y Castro Padilla, F. (2019). Interrelaciones entre la Sala Constitucional y el juez ordinario. La justicia constitucional y la jurisdicción constitucional. *Revista Judicial*, (127), pp. 207-229.

Bazán, V. (2015). Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial. En *Derecho Constitucional Contemporáneo* (pp. 31-57). San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Brewer-Carías, Allan. (2005). *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Casadevall, J. (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Castro Padilla, F. (2009). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como parámetro de constitucionalidad. En M. Carvajal Pérez, R. Salazar Murillo, H. Miranda Bonilla, V. Orozco Solano, M. Vargas Céspedes y R. Bresciani Quirós (Coords.), *Constitución y Justicia Constitucional* (pp. 441-452). San Joaquín de Flores, Costa Rica:

Colegio de Abogados de Costa Rica, Escuela Judicial y Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Castro Padilla, F. (2008). La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su aplicación en Costa Rica: el caso del derecho de toda persona sometida a un proceso penal a poder recurrir una sentencia condenatoria dictada en su contra. En A. Moscoso Segarra (Coord.), *Notas sobre Derechos Fundamentales y su Tutela por los Tribunales Constitucionales* (81-124). Santo Domingo, República Dominicana: Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia.

Castro Padilla, F. (2007). La jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense. En *La tutela de los derechos fundamentales en Costa Rica por medio del recurso de amparo* (39-129). San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S. A.

Díaz Solimine, I. (2020). El margen de apreciación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En O. Díaz Solimine (Dir.), *El margen nacional de apreciación* (pp. 111-161). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea R.L.

Díez de Velasco M. (2009). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, España: Tecnos.

Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. y Pelayo Möler, C. (2019). Artículo 1. Obligación de respetar los derechos. En C. Steiner y M. Fuchs (Eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (pp. 31-70). Konrad Adenauer Stiftung.

Góngora Mera, M. (2014). La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano. En A. von Bogdandy, H. Fix-Fierro y M. Morales Antoniazzi (Coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. 301- 327). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional.

González Domínguez, P. (2014). *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

González Domínguez, P. (2017). Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, pp. 717-748.

Gutiérrez Ramírez, L. (2016). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa. *Revista IIDH*, vol. 64, pp. 239-264.

Hernández Valle, R. (2002). *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Jiménez González, E. y Vargas Rojas, O. (2011). *Nuevo régimen de impugnación de la sentencia penal*. Heredia, Costa Rica: Escuela Judicial, Poder Judicial.

Jinesta Lobo, E. (2014). *Derecho Procesal Constitucional*. San José, Costa Rica: Ediciones Guayacán.

Nash, C. (2021). Breve introducción al control de convencionalidad. En *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (pp. 3-4). San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pastor Ridruejo, J. (2007). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid, España: Tecnos.

Sagüés, N. (2002). La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En J. Palomino Manchego y J. Remotti (Coords.), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Germán Bidart Campos)* (pp. 33-52). Lima: Editorial Grijley.

Salazar Murillo, R. (2004a). Nuevo Enfoque de la Casación Penal Costarricense (Consecuencias del caso Herrera Ulloa vs Costa Rica). *Revista de la Judicatura*, 1(1), pp. 21-32.

Salazar Murillo, R. (2004b). El derecho a la doble instancia y la casación costarricense. *Cuadernos de Estudio del Ministerio Público*, (8), pp. 13-29.

Santiago, A. (2020). Prólogo. En O. Díaz Solinine (Dir.), *El margen nacional de apreciación* (pp. VII a XII). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea R.L.

Trejos Robert, S. (2021). La reiteración delictiva: entre control de constitucionalidad concentrado y control difuso de convencionalidad. *Revista de la Sala Constitucional*, (3), pp. 104-142.

Villalobos Umaña, J. (2000), El valor jurídico de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos en el Sistema Constitucional costarricense. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Fundación Konrad-Abenauer-Stiftung A.C.-CIEDLA, pp. 261-278.

Vítolo, A. (2020). El valor de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de las OC-21/14 y 23/17 (El “canto del tero” u “Otro ladrillo más en la pared de la doctrina del ‘control de convencionalidad’”). *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1(1), pp. 187-217.

Vítolo, A. (2013). Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad». *Pensamiento Constitucional*, Vol. 18(18), pp. 357-380.

Jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

Resolución de admisibilidad n.º155-A de las 10:25 horas del 12 de abril de 1991.

Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

Voto n.º1990-282 de las 17:00 horas del 13 de marzo de 1990.

Voto n.º1990-719 de las 17:30 horas del 26 de junio de 1990.

Voto n.º1992-1739 de las 11:45 horas del 1º de julio de 1992.

Voto n.º1992-3495 de las 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992

Voto n.º1992-3805 de las 09:30 horas del 28 de noviembre de 1992.

Voto n.º1997-1319 de las 14:51 horas del 4 de marzo de 1997.

Voto n.º1998-1927 de las 18:09 horas del 17 de marzo de 1998.

Voto n.º1998-4718 de las 09:00 horas del 3 de julio de 1998.

Voto n.º1998-8858 de las 16:33 horas del 15 de diciembre de 1998.

Voto n.º2000-7818 de las 16:45 horas del 5 de setiembre del 2000.

Voto n.º2003-8268 de las 14:52 horas del 6 de agosto de 2003.

Voto n.º2003-11725 de las 14:48 horas del 15 de octubre de 2003.

Voto n.º2003-11726 de las 14:49 horas del 15 de octubre de 2003.

Voto n.º2004-14715 de las 09:27 horas del 22 de diciembre de 2004.

Voto n.º2005-1531 de las 14:49 horas del 15 de febrero de 2005.

Voto n.º2005-16775 de las 16:52 horas del 30 de noviembre de 2005.

Voto n.º2005-16775 de las 16:53 horas del 30 de noviembre de 2005.

Voto n.º2006-01031 de las 14:36 horas del 1º de noviembre de 2006.

Voto n.º2006-7247 de las 14:31 horas del 23 de mayo de 2006.

Voto n.º2006-8490 de las 14:40 horas del 14 de junio de 2006.

Voto n.º2009-00315 de las 15:27 horas del 14 de enero de 2009.

Voto n.º2013-4491 de las 16:00 horas del 3 de abril de 2013.

Voto n.º2013-6120 de las 15:05 horas del 8 de mayo de 2013.

Voto n.º2013-16141 de las 15:45 horas del 4 de diciembre de 2013.

Voto n.º2014-12703 de las 11:51 horas del 1º de agosto de 2014.

Voto n.º2015-15737 de las 10:20 horas del 9 de octubre de 2015.

Voto n.º2021-004441 de las 9:15 horas del 3 de marzo de 2021.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Opiniones consultivas:

“Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 1.

El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 2.

La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6.

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21.

La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A n.º 25.

Casos contenciosos:

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C n.º 1.

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C n.º 4.

Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52.

Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C n.º 68.

Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C n.º 69.

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107.

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 12 de septiembre de 2005.

Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de septiembre de 2006.

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158.

Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C n.º 166.

Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C n.º 179.

Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 184.

Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 186.

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de junio de 2009.

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 9 de julio de 2009.

Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209.

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de noviembre de 2010.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220.

Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221.

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239.

Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250.

Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252.

Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C n.º 253.

Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C n.º 259.

Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013.

Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C n.º 261.

Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C n.º 276.

Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279.

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282.

Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C n.º 302.

Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 304.

Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 305.

Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C n.º 341.

Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 de noviembre de 2018.

Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C n.º 372.

Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C n.º 373.

Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C n.º 402.

Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C n.º 406.

Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C n.º 409.

Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C n.º 411.

Caso Olivares Muñoz y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020. Serie C n.º 415.

Caso Ríos Avalos y otro vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2021. Serie C n.º 429.

Presupuestos públicos y constitucionalidad: una perspectiva administrativista de su interacción e impacto.

Rolando Bolaños Garita*

Resumen:

En el presente aporte condensamos elementos históricos, políticos, jurisprudenciales y técnicos que subyacen sobre el presupuesto público, condicionan su dinámica y definen su contorno –más allá de su contenido numérico–, al ser naturalmente un dispositivo para el ejercicio de la dirección gubernativa del Poder Ejecutivo y, bajo esa premisa, permitir la consecución del desarrollo nacional y el cumplimiento de derechos de ciudadanos y habitantes del país. Pero todo este andamiaje sería imposible de vislumbrar sin el rol fundamental de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Palabras clave:

Justicia constitucional. Presupuesto público. Derechos poblacionales. Finanzas públicas. Principios constitucionales.

* Doctor en Ciencias de la Administración por la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Tutor e Investigador de la Escuela de Ciencias de la Administración, Coordinador de la Asignatura Métodos de Investigación Cualitativa 04056, UNED-Costa Rica. Profesor de la Universidad de las Ciencias y el Arte de Costa Rica (UNICA), Sede en Heredia, entre enero 2007 y diciembre 2013 en cursos a nivel de Bachillerato, Licenciatura y Maestría. Dos libros publicados con la Editorial Académica Española en 2015 y 2019. Autor de Revistas académico-científicas y profesionales, tanto costarricenses como centroamericanas, de México y Colombia. Miembro de la Red de Expertos del Observatorio Interamericano de Gobernanza e Innovación Pública, Escuela de Gobierno OEA/ Fundación José Ortega y Gasset -Gregorio Marañón-España. Redactor Jefe de la Revista Digital de la Red de Expertos Iberoamericanos en Gestión Pública Números 6 y 7, Fundación CEDDET / INAP-España. Ponente en eventos de investigación nacionales e internacionales.

Abstract:

Present contribution condensed historical, political, jurisprudential and technical elements that underlie the public budget, as well as conditioned its dynamics and define its outline –beyond its numerical content–, naturally being a device for governmental direction of the Executive Power and, according with this premise, allows the achievement of national development and the fulfillment of citizens and inhabitants right's. But all this scaffolding wouldn't be possible without fundamental role of the Constitutional Chamber in Supreme Court Justice.

Keywords:

Constitutional justice. Public budget. Population rights. Public finances. Constitutional principles.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Metodología. III.- Desarrollo. a) Historicismo presupuestario. b) Un instrumento de dirección gubernativa para el desarrollo nacional. c) Tipicidades y atipicidades presupuestarias. d) Los destinos presupuestarios específicos. IV.- Conclusiones. V.- Bibliografía.

I.- Introducción.

La investigación llevada a cabo –y plasmada ahora en el presente artículo– pretende abonar en la comprensión temática de lo gubernativo, con especial énfasis en el contrato social que rige las relaciones a lo interno de nuestro Estado-Nación. Así, consideramos que este abordaje interpretativo será de utilidad para toda aquella persona interesada en dicha temática, presentándole una panorámica adicional sobre los alcances constitucionales, aun y cuando, claro está, no se trata de un ensayo propio de la Teoría de la Constitución (Vásquez, 2015).

En esa misma línea, este ensayo se focaliza en el apartado constitucional del presupuesto público, dada la importancia de este en la gestión de las instituciones. No obstante aclaramos, dada nuestra formación de corte administrativista, que sí se tomaron en cuenta elementos histórico-constitucionales y jurisprudenciales para desarrollar esta propuesta analítica; máxime, al ser el presupuesto un instrumento de gestión y dirección gubernativa, pero de trascendencia e impacto en multiplicidad de campos más allá de lo financiero, por ejemplo, en lo socio-comunal, en lo ambiental, en la salud pública, en lo educativo, en lo agroalimentario, por citar solo algunos.

Y es que, como administradores de la cosa pública, ostentamos el deber de operacionalizar sus preceptos fundacionales y velar por su efectivo cumplimiento, responsabilidad ésta a la que tampoco escapa el jurista de la administración según Mayntz (1994) al sentenciar que, a pesar de su formación especializada, es empleado por regla general, no necesariamente como especialista en Derecho, sino como responsable también de funciones de dirección en varios ámbitos y materias de la Administración Pública.

Por ende, y a pesar de que la Revista ostenta una esencia jurídica, consideramos imposible desligar el esquema jurídico constitucional de la *praxis* administrativista dentro de todo este conglomerado que resulta ser la Administración Pública

costarricense, y lo que bien puede denominarse el combustible que permite su funcionamiento en aspectos tanto de programación estratégica y operativa, como de recurso humano y técnico dispuestos para su cumplimiento, refiriéndonos a los flujos presupuestarios incluidos en la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario¹ de la República de cada ejercicio económico².

II.- Metodología.

La investigación realizada se clasifica como de naturaleza inductivo-cualitativa, toda vez que no se emplearon ni un diseño ni técnicas o instrumentos cuantitativos, y se echa mano, más bien, a la técnica del análisis documental de fuentes físicas y electrónicas y al muestreo por conveniencia para su selección, considerando la singularidad temática. Por lo tanto, el objetivo general se estableció de la siguiente manera: *Describir desde una óptica administrativista los elementos constitucionales y normativos de menor rango que enmarcan, en términos generales, la gestión del presupuesto público costarricense.*

III.- Desarrollo.

a) Historicismo presupuestario.

En cuanto al presupuesto público costarricense, debemos remitirnos hasta su origen durante las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, encargada de

¹ La diferencia entre lo *ordinario* y lo *extraordinario* de la norma presupuestaria lo aclara Hernández (2000, p. 438) quien, a su vez, se apoya en la Sala Constitucional por medio de su Sentencia 6859-96, arguyendo que lo primero resulta de todas aquellas rentas establecidas por el Estado y lo segundo comprende los empréstitos. Esto último podemos actualizarlo, aclarando que el carácter de extraordinario incluye asimismo cualquier título de deuda (bonos) emitidos por el Gobierno de la República.

² El concepto de ejercicio económico deberá, para términos prácticos del proceso presupuestario y sus respectivas fases (formulación, aprobación, ejecución, control y evaluación, conforme el artículo 5 de los Criterios y lineamientos generales para el proceso presupuestario, Decreto Ejecutivo 33446-H), entenderse como el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre conforme el *Principio de anualidad* establecido en el artículo 176 de la Constitución Política y 5 inciso d) de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos 8131.

construir la Constitución Política imperante, dedicándosele todo un capítulo –a partir del artículo 176, pero sin detrimento de otros que antes invocan el término– para dilucidar su consistencia.

Y es que, una vez concluida la Guerra Civil de 1948, la Junta Fundadora de la Segunda República –Gobierno de facto instaurado por José Figueres Ferrer–, emitió el Decreto 37 del 25 de mayo de 1948. En él se consignaba el proyecto de Constitución Política generada por la Comisión Redactora. Dicho proyecto incluía un apartado correspondiente al Presupuesto Nacional, buscando un equilibrio en las finanzas públicas, argumentando aquel grupo lo siguiente:

Se limitan las facultades de la Asamblea [Legislativa] para introducir modificaciones en el presupuesto que tiendan a ampliarlo, condicionándolos al señalamiento de nuevas fuentes de ingresos, declaradas suficientes por la Contraloría [General de la República]. Si este organismo las declara inadecuadas o insuficientes, el proyecto respectivo sólo podría aprobarse por ley extraordinaria. Con este sistema, que en lo fundamental ya rige en varios países de la América [Latina], trata de evitarse que la Asamblea [Legislativa] desequilibre las partidas calculadas por el [Poder Ejecutivo], en un afán de establecer nuevos servicios sin la base financiera necesaria. (1953, p. 632)

Por su parte, aquel boceto incluyó la siguiente redacción:

Artículo 201. – La preparación del proyecto de Presupuesto corresponde al Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Hacienda.

Dicho Ministerio podrá reducir o suprimir cualesquiera de las partidas que figuren en los anteproyectos, formulados por los otros Ministerios. En caso de conflicto, decidirá definitivamente el Consejo de Gobierno.

El Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones y el Poder Legislativo prepararán sus respectivos presupuestos, y los presentarán al Ministerio de Hacienda para que éste los incorpore al proyecto de Presupuesto Nacional. (Asamblea Nacional Constituyente, 1953, p. 652)

Dicho boceto no quedó incólume, sino que, conforme avanzaron las discusiones al respecto, los Diputados Constituyentes incluyeron argumentos variopintos y, de esta manera, modelarlo según sus apreciaciones. Sin embargo, fueron varios los momentos

en que se defendió la posibilidad de reducir los montos proyectados por los entes públicos. Por ejemplo, en el Acta 162, el igualmente Diputado Constituyente Rodrigo Facio, refiriéndose a los principios presupuestarios de universalidad y de equilibrio del presupuesto, argüía lo siguiente:

Por el primero, se obliga a la Administración a proyectar un presupuesto que contenga, sin excepción alguna, todos los gastos y todos los ingresos, para que la representación nacional pueda analizarlos con todo el cuidado del caso. Por el segundo, se proscrib[e] enfáticamente la práctica de elaborar presupuestos desequilibrados o con déficit. (Asamblea Nacional Constituyente, 1956, p. 421)

Más adelante indicaría:

(...) he querido que quedase como texto imperativo el que, sea cual sea el sistema adaptado, sea el Presidente quien decida en los conflictos que puedan presentarse entre la Oficina de Presupuesto, al deducir o suprimir partidas de los anteproyectos presentados y cualesquiera de los Ministerios. (Asamblea Nacional Constituyente, 1956, p. 427)

Podrá notarse que la actual potestad constitucional para reducir o suprimir cualquier monto visible en las partidas que figuren en los anteproyectos formulados por los Ministerios de Gobierno, Asamblea Legislativa, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de Elecciones, es del más alto rango jurídico y no podría tener alcances diferentes por medio de una norma general o específica.

Continuando con el articulado constitucional actual, el 180 prescribe:

El presupuesto ordinario y los extraordinarios constituyen el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado, y sólo podrán ser modificados por leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo.

Todo proyecto de modificación que implique aumento o creación de gastos deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo anterior. (Asamblea Nacional Constituyente, 1949, El Presupuesto de la República)

Aunque, previamente, el artículo 176 dispone en lo que nos interesa lo siguiente:

El presupuesto ordinario de la República comprende todos los ingresos probables y todos los gastos autorizados de la administración pública, durante todo el año económico. En ningún caso el monto de los gastos presupuestos podrá exceder el de los ingresos probables.

(...) El presupuesto de la República se emitirá para el término de un año, del primero de enero al treinta y uno de diciembre. (Asamblea Nacional Constituyente, 1949, El Presupuesto de la República)

Enlazados, ambos delimitan el accionar de todo el sistema administrativo público, condicionándolo a no poder actuar anualmente más allá de lo que facultan las posibilidades fiscales del momento, condicionamiento este que Facio consideró como el valor jurídico del presupuesto ya aprobado (Castro, 2003, p. 243)

Seguidamente, el párrafo primero del artículo 177 constitucional vigente dispone:

La preparación del proyecto ordinario corresponde al Poder Ejecutivo por medio de un Departamento especializado en la materia, cuyo jefe será de nombramiento del Presidente de la República, para un período de seis años. Este Departamento tendrá autoridad para reducir o suprimir cualquiera de las partidas que figuren en los anteproyectos formulados por los Ministerios de Gobierno, Asamblea Legislativa, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de Elecciones. En caso de conflicto, decidirá definitivamente el Presidente de la República. Los gastos presupuestados por el Tribunal Supremo de Elecciones para dar efectividad al sufragio, no podrán ser objetados por el Departamento a que se refiere este artículo. (Asamblea Nacional Constituyente, 1949, El Presupuesto de la República)

Se establece de esta manera la primicia estructural del responsable presupuestario: *un departamento especializado*, con potestad de reducir las partidas y subpartidas presupuestarias que las entidades públicas sometan a su valoración. La instancia mencionada formó parte de la entonces Oficina de Planificación Nacional (hoy con rango de Ministerio y denominado para los efectos de este aporte como MIDEPLAN), con el derrotero de lograr el engarce Plan-Presupuesto, según el entonces vigente artículo 7 de la Ley de Planificación Nacional 5525 de 1974 que disponía: “*Habrá un departamento encargado de preparar los proyectos de presupuesto bajo la forma de presupuesto por programas. Este departamento y su jefe tendrán las atribuciones, potestades y funciones que determina el artículo 177 de la Constitución Política.*” (Asamblea Legislativa, 1974, Ministerio de Planificación y Política Económica).

Esto sucedía hasta el año 1984. Luego, el departamento se reubica en el Ministerio de Hacienda al emitirse la Ley para el equilibrio financiero del sector público 6955, y que según los artículos 3 y 4 de ésta, la preparación del Presupuesto de la República deberá: **a)** apegarse a la técnica de presupuesto por programas³, **b)** responder al Plan Nacional de Desarrollo dentro de las posibilidades fiscales vigentes, y **c)** buscar el equilibrio fiscal y la no financiación de gastos corrientes por medio de deuda interna o externa.

Pero el departamento reubicado ya había pertenecido al Ministerio de Hacienda cuando en 1951 se dictó la Ley de Administración Financiera de la República 1279, que estuvo vigente hasta 2001 al ser derogada por la actual Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos 8131 (LAFRPP), denominándose actualmente como Dirección General de Presupuesto Nacional (DGPN), órgano responsable del Subsistema de Presupuesto, debiendo interactuar con los restantes actores del Sistema de Administración Financiera, sobre todo en el marco de la Comisión de Coordinación de la Administración Financiera (CCAF), Decreto Ejecutivo 34534-H, compuesta de la siguiente forma:

- El (a) Director (a) General de Presupuesto Nacional.
- El (a) Contador (a) Nacional.
- El (a) Director (a) de Crédito Público.
- El (a) Director (a) General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa.
- El (a) Director(a) de Tecnologías de Información y Comunicación.
- El (a) Director(a) General de Servicio Civil.
- El (a) Director(a) de la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria (STAP)⁴.

³ A pesar de que la instauración del presupuesto por programas supera las cuatro décadas, su valía se mantiene, no solo porque dentro de nuestra carrera administrativa hemos estado inmersos en instancias administrativas dispuestas de esta forma y nos permite opinar positivamente al respecto, sino que también hacemos eco de valoraciones que incluso superan los límites nacionales como la de Sanz, que entre sus muchas cavilaciones prescribe: *“En mi opinión, el concepto que se debe utilizar es el de presupuesto por programas con enfoque de resultados. Es importante resaltar que el eje del presupuesto deben ser los programas, puesto que en ellos se recoge la vinculación de los inputs o medios con los bienes y servicios que se pretenden producir”*. (2016, p. 100-101)

⁴ El párrafo segundo del artículo 22 de la Ley 8131 establece que el Director General de Presupuesto Nacional **podrá** igualmente fungir como Director de la STAP. Nuestro criterio al respecto es que, de contar con una sola instancia, se dispondría de una estructura administrativa más robusta para la vigilancia presupuestaria de la totalidad de dependencias cubiertas por la *dirección* del Poder

Esta interacción de actores presupuestarios al más alto nivel, potencia la sinergia hacendaria para la correcta disposición de los recursos del erario público, evitando igualmente la dispersión, superposición y duplicación de acciones y, sobre todo, la contienda fratricida y el puje entre ellos por la obtención y uso de ese mismo erario.

b) Un instrumento de dirección gubernativa para el desarrollo nacional.

Indica Bolaños (2021) que el mejor uso de los recursos incluidos en presupuestos institucionales tiene, finalmente, una sola razón de ser: *la atención de derechos de los habitantes y la concreción efectiva de las necesidades poblacionales*, lo que es posible de llevar a cabo, primeramente, teniendo claridad de los preceptos constitucionales de primer orden, como por ejemplo el artículo 50 de la Constitución Política y, en segundo lugar, la otra gama de preceptos localizados en las leyes orgánicas y leyes especiales que explicitan las actividades de los entes públicos y que conforman un Modelo-País según Meoño (2008).

En lo que nos interesa, el precepto constitucional instituido en el artículo 50⁵ dispone que *El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando el más adecuado reparto de la riqueza*, mismo que es luego operacionalizado con mayor claridad por conducto de la Ley de Planificación Nacional 5525 y su artículo 1, tal y como se observa en la Tabla 1 subsiguiente.

Ejecutivo, evitando la duplicación y, más bien, concentrando acciones en una dependencia que goza de status constitucional, tal y como lo es la propia Dirección General de Presupuesto Nacional.

⁵ Sobre la esencia ideológica de este artículo puede consultarse a Araya (2005) y Bolaños (2017).

Tabla 1

Articulado dispuesto para la mejor distribución de los recursos nacionales

Artículo 50 de la Constitución Política	Artículo 1 de la Ley de Planificación Nacional 5525
<p><i>El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando el más adecuado reparto de la riqueza.</i></p>	<p><i>Se establece un Sistema Nacional de Planificación que tendrá los siguientes objetivos:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>a) Intensificar el crecimiento de la producción y de la productividad del país.</i> <i>b) Promover la mejor distribución del ingreso y de los servicios sociales que presta el Estado.</i> <i>c) Propiciar una participación cada vez mayor de los ciudadanos en la solución de los problemas económicos y sociales.</i>

Fuente: elaboración propia.

Y es que, desde su promulgación en 1974, la Ley 5525 sentó las bases para la planificación administrativa pública, de forma tal que las instituciones pertenecientes a la Administración Central, y que conforman el Poder Ejecutivo, estuvieran siempre sometidas a las directrices que emita el Presidente de la República con fundamento en el Plan Nacional de Desarrollo (PND)⁶. En el caso de las instituciones autónomas, las

⁶ Este lo concebimos en su momento como la carta de navegación para todo el Sistema de Administración Pública y, para mayor claridad, incluimos ahora la siguiente acepción sobre el mismo:

Marco orientador, direccionador, movilizador y evaluador para el desarrollo nacional, que define las acciones estratégico/funcionales que delinear el funcionamiento de todo el Sistema de Administración Pública para promover el desarrollo integral del país, por ejemplo, por medio de la distribución del ingreso, el acceso a los servicios sociales y la participación ciudadana para la mejora en la calidad de vida de la población. Establece de forma vinculante para las entidades públicas, los ministerios y demás órganos, las prioridades, objetivos, estrategias y metas derivadas de la capacidad de dirección gubernativa del Poder Ejecutivo, y que han sido fijadas a nivel nacional/global, regional o sectorial. (Bolaños, 2015a, p. 204)

mismas se encuentran sujetas a las directrices de carácter general dictadas por dicho Poder, igualmente en materia de planificación nacional, así reconocido mediante sentencia constitucional 3089-1998, al disponer, entre otros elementos de interés, los siguientes:

(...) todos los órganos que forman el aparato estatal como Estado Constitucional de Derecho, deben someterse a los criterios de "planificación nacional" y en particular a las directrices de carácter general dictadas por el Poder Ejecutivo – Gobierno– (arts. 140.3,8 C. P.), para cumplir, entre otros, con los mandatos constitucionales de procurar el mayor bienestar para todos los habitantes del país organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza (art. 50 C.P.) (...). El Poder Ejecutivo –Gobierno–, como organización jurídica y política, es el que se encarga de organizar, dirigir y encauzar a la sociedad en todos sus aspectos político, jurídico, económico y social. La función ejecutiva es una tarea esencial del Gobierno en sus distintos órganos o ministerios, como lo es también la directiva política de fijar los objetivos y metas de la acción coordinada en los demás entes públicos, proponiendo los medios y métodos para conseguir esos objetivos. (Considerando Tercero, 1998)

A lo ya indicado se yuxtapone lo establecido en el artículo 4 de la LAFRPP al señalar:

Todo presupuesto público deberá responder a los planes operativos institucionales anuales, de mediano y largo plazo, adoptados por los jefes respectivos, así como a los principios presupuestarios generalmente aceptados; además, deberá contener el financiamiento asegurado para el año fiscal correspondiente, conforme a los criterios definidos en la presente Ley. El Plan Nacional de Desarrollo constituirá el marco global que orientará los planes operativos institucionales, según el nivel de autonomía que corresponda de conformidad con las disposiciones legales y constitucionales pertinentes (Asamblea Legislativa, 2001).

Por ende, el presupuesto actúa como instrumento de *dirección*, ya que, como bien apuntó en su momento el Ministerio de Hacienda ante consulta de inconstitucionalidad resuelta por la Sala Constitucional del Poder Judicial –en adelante la Sala– en su sentencia 4884-2002:

(...) el Presupuesto de la Nación debe ser ubicado en su dimensión o contexto real, o sea, como un instrumento de política económica elaborado de manera responsable que conduzca a la satisfacción de las necesidades públicas del desarrollo económico y social y de redistribución del ingreso nacional, conforme lo dicta el artículo 50 de la Constitución Política. (2002a, Resultando IV).

Y más concretamente en su Sentencia 12019-2002 prescribió que:

Lo que se acaba de expresar reafirma la potestad del Poder Ejecutivo para conducir la política fiscal, de acuerdo con el instrumental que le confieren la Constitución Política y la ley. Dada esa situación, el Ejecutivo puede actuar sobre el gasto público para equilibrar las cuentas públicas, con fines macroeconómicos de estabilidad, para fortalecer la economía o disminuir la deuda pública, es decir, realizar las acciones y disponer los actos legítimos que sean necesarios para alcanzar la meta del desarrollo del país. (2002b, Considerando IX)

Lo anterior no podría ser de otra forma, ya que, en su defecto, se podría incurrir en un accionar de la institucionalidad pública disperso y desarticulado, y en un desapego evidente e injustificado de las metas trazadas para un desarrollo nacional palpable y sostenido (Bolaños, 2014).

No obstante, previo a formular su proyecto presupuestario, cada institución partícipe del PND debe, a su vez, establecer su propio procedimiento planificador para contar con su Plan Anual Operativo (PAO). Esto resulta en un descenso técnico hasta el nivel de los Programas Presupuestarios⁷ comprendidos dentro de los entes ministeriales, los cuales pueden considerarse como un tipo de Unidad Ejecutora (UE) de los bienes o servicios públicos dispuestos para la atención de ciudadanos y habitantes del país, los que a su vez deben sintonizarse con las necesidades poblacionales que en términos generales correspondan (salud, educación, ambiente, seguridad pública, infraestructura nacional, sostenimiento agroalimentario, entre otras.). Lo inmediato anterior se logra a través de la proyección anual de los montos incluidos en las diferentes partidas visibles en la Tabla 2, cumpliéndose lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 33446-H, precisamente, al señalar:

⁷ Para mayor ahondamiento sobre el tema, puede consultarse a Martner en su obra clásica *Planificación y Presupuesto por Programas* (1989).

Instrumento [el presupuesto] que expresa en términos financieros el plan anual operativo de cada institución, mediante la estimación de los ingresos probables y los egresos necesarios para cumplir con los objetivos y las metas de los programas presupuestarios establecidos (Ministerio de Hacienda, 2006, Disposiciones generales).

Tabla 2

Partidas presupuestarias del sector público costarricense

CLASIFICACIÓN NUMÉRICA	PARTIDA PRESUPUESTARIA
0	Remuneraciones
1	Servicios
2	Materiales y Suministros
3	Intereses y Comisiones
4	Activos financieros
5	Bienes duraderos
6	Transferencias corrientes
7	Transferencias de capital
8	Amortización
9	Cuentas especiales

Fuente: Elaboración propia a partir de Ministerio de Hacienda (2008b).

Así, reafirmando la relación intrínseca y binómica de la Planificación Nacional con el Presupuesto (de la República), nuestro máximo estrato de la jurisdicción constitucional aclaró diáfananamente por medio de la sentencia 6855-2005, e incluida en el análisis jurídico de Hernández, que:

se debe entender al presupuesto en sus diversas dimensiones: a.- el que lo conceptualiza un documento unitario y contable, precisamente en razón de su contenido, explicado anteriormente; b.- como un fundamental instrumento de planificación de la actividad y gestión pública, economía y del desarrollo integral del país (económico y social), con lo cual se consolida su naturaleza previsor, planificadora y de control efectivo, dentro de los parámetros de un Estado Constitucional como el nuestro. En virtud de lo anterior, el presupuesto adquiere importancia en los planos jurídico, político, de control, económico y de

desarrollo, por cuanto, a partir de esta conceptualización, bien puede tenerse al presupuesto como un instrumento técnico y organizador de la economía del Estado, cuya función es la planificación nacional, y que coadyuva al control de la Hacienda Pública. (2015, p.22)

Dicho argumento fue reafirmado en su sentencia 9567-2008, prescribiendo, en lo que nos interesa, que: “*es en el presupuesto donde se encuentran los instrumentos para el desarrollo y la asignación de los recursos para la consecución de los objetivos propuestos, que no deben buscar otra cosa más que el desarrollo del Estado*” (X-Conclusión, 2008).

Así las cosas, la jurisprudencia del órgano constitucional resulta en un mecanismo garante no solo de que los recursos presupuestarios serán *dirigidos* hacia el desarrollo nacional, sino también de que la legislación presupuestaria no incorporará materias ajenas a lo eminentemente monetario, distorsionándola, tal y como se explicita en el acápite próximo.

c) Tipicidades y atipicidades presupuestarias.

Sartori (2020) prescribe que las constituciones resultan en *formas* que estructuran y disciplinan los procesos de toma de decisiones de los Estados; lo que nos lleva precisamente a su naturaleza condicionante de las acciones gubernativas. Por otro lado, Hernández (2012) puntualiza las condiciones constitucionales que le confieren al presupuesto su carácter de norma atípica, dado que: **1)** conforme el artículo 177 su iniciativa corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo, **2)** debe aprobarse en un plazo perentorio según el artículo 178 y **3)** no es sujeta de veto presidencial, a la luz del artículo 125.

Dichas condiciones se basan, según Hernández (1991), en el principio de separación de poderes, al tiempo que, a pesar de haberse ejercido en la práctica legislativa de antaño, no estaban elevados a canon constitucional en la Carta Magna de 1871, lo que precisamente se corrige en 1949.

Ahora bien, la Sala aclaró en anteriores ocasiones que no corresponde al *Legislador Presupuestario* establecer dentro de la normativa presupuestaria, deberes y competencias que, por el contrario, corresponden exclusivamente al *Legislador*

Ordinario, por lo que en su sentencia 3497-2005, y con base en su jurisprudencia anterior, dispuso lo siguiente:

III.- Sobre el fondo. En cuanto a las normas presupuestarias atípicas.

La Sala constitucional, a partir del voto 121-89, ha mantenido una reiterada tendencia jurisprudencial en el sentido de considerar contrarias a la Constitución Política todas aquellas normas generales contenidas en una Ley de Presupuesto que regulen materias cuya naturaleza no sea ... propiamente presupuestarias. Así, este Tribunal ha señalado que:

"... es enteramente procedente que se incluyan "normas generales" en las normas de presupuesto, siempre y cuando ellas se encuentren ligadas a la especialidad que esa materia significa, o lo que es lo mismo decir, a la ejecución del presupuesto. Lo que no es posible incluir en las leyes de presupuesto son las normas que no tienen ese carácter, ya que ellas deben regularse por lo dispuesto para las leyes comunes u ordinarias... Si bien el artículo 105 de la Constitución Política, dispone entre otras cosas, que la potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega por medio del sufragio en la Asamblea Legislativa, es en los incisos 1.) y 11.) del artículo 121 de la Carta Política que se distingue entre dos diferentes modos y formas de legislar según corresponda a la materia de que se trate. El primer texto atribuye de manera exclusiva al Poder Legislativo la potestad de "Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el artículo referente al Tribunal Supremo de Elecciones." Por su parte el inciso 11.) atribuye también de manera exclusiva al citado Poder la potestad de "Dictar los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República". Como podrá observarse la atribución del inciso primero constituye una potestad muy amplia que atañe en general a las leyes ordinarias o comunes, en tanto que la del inciso 11.) es de carácter especial cuyo desarrollo se contempla en los artículos 176, 177, 178, 179 y 180 en relación con la numeral 125 in fine que impide al Poder Ejecutivo el veto en materia de legislación presupuestaria. Es así, que si la Constitución contempla por separado esas facultades, es porque se trata de actos legislativos de diferente naturaleza y contenido, aunque el presupuesto sea una ley formal y material y las demás leyes deban tener también ese carácter.

Nos llama la atención que para Hernández (2012) la norma presupuestaria resulta atípica *per se*, dadas las condicionantes para su gestación, aun y cuando también existe

otra corriente interpretativa de la atipicidad presupuestaria; misma que se materializa en el tanto se inserten en ésta disposiciones (deberes y competencias) que, finalmente, resultarían ajenas a su naturaleza. Precisamente, para el reconocimiento de tales desviaciones, nos valemos de los supuestos logrados por Hernández (2015, pp. 13-14) al prescribir lo siguiente:

1. Son disposiciones que, sin tener ninguna relación con las normas de ejecución presupuestaria, se encuentran incluidas dentro del presupuesto y nacen cuando el legislador deroga, modifica, interpreta o incluso crea leyes ordinarias dentro del presupuesto.
2. No se refieren al objeto de la ley de presupuesto, que es básicamente lograr una previsión de ingresos y disponer los gastos en sus tres vertientes o límites cuantitativo, cualitativo y temporal.
3. Son normas que por la materia ordinaria que regulan, exceden la temporalidad de las leyes de presupuesto, las cuales tienen una vigencia de un año.

Desde nuestro punto de vista, lo indicado por el primero de aquellos autores no es precisamente una atipicidad, sino una *particularidad* que emana desde la mismísima Carta Magna, al tiempo que le confiere un blindaje procedimental contra las tempestades políticas que, dependiendo de su magnitud, podrían incluso anquilosar – sino que, detener– el funcionamiento de las instituciones públicas a falta del respectivo patrimonio económico anual.

Por otro lado, el accionar parlamentario erróneo, mediante el cual se traen a la luz administrativa disposiciones fuera del eje central del presupuesto público, ha sido abundantemente aclarado igualmente en sentencias de la Sala, por ejemplo, 07056-1995, 6043-2022, 7178-2005, 13914-2005 y 13928-2006, por citar solo algunas. Justamente en esa última, a través de un análisis pormenorizado y minucioso, se logró determinar la inclusión de aspectos fuera de la órbita presupuestaria que, en el caso de haberse abordado por otra instancia sin el mismo nivel de especialización temática, habrían podido pasar desapercibidos. De tal suerte que, en forma lapidaria, se indicó en dicha sentencia lo siguiente:

En los términos dichos, **esos rubros constituyen normas típicamente presupuestarias** y por ende no contravienen el sistema presupuestario regulado por nuestra Ley Fundamental, como lo ha dicho la Sala Constitucional

–entre otras– en la sentencia número 5742-94 de las 14:54 horas del 4 de octubre de 1994. **Sin embargo, está claro que el legislador ha ido en este caso más allá de disponer de partidas presupuestarias para los colegios universitarios en cuestión, o de regular los detalles relativos a la ejecución de esas transferencias (todo lo cual, se insiste, es perfectamente legítimo), para regular más bien lo relativo a los controles de gasto cuya fuente sean incluso los recursos que generen ellos mismos o bien la atención de las obligaciones fijadas en sus leyes especiales.** En ese tanto, dicha pretensión indudablemente escapa la órbita de la materia presupuestaria para invadir aquella que es más bien propia de la legislación ordinaria, infringiendo la especialidad de la primera y la especificidad del procedimiento que le ha asignado la Constitución. **Y en la medida en que por vía de ese expediente se pretende además establecer restricciones al ejercicio de las competencias propias de la Autoridad Presupuestaria** (lo cual es también materia de legislación ordinaria), entorpeciendo así el poder de dirección que el Poder Ejecutivo debe poder ejercer globalmente sobre el comportamiento del gasto y el endeudamiento públicos, se concluye que, efectivamente, **estamos ante una extralimitación manifiesta de las atribuciones legislativas en materia de presupuestos**, de adonde no cabe más que estimar la demanda planteada.

De la anterior transcripción resalta sobremanera cómo el Tribunal Constitucional detecta, de un acto normativo de tan alto rango como lo es una Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República, aprobada, claro está, por la Asamblea Legislativa, un entorpecimiento a las potestades de dirección que el Poder Ejecutivo ostenta en cuanto a la Hacienda Pública; dirección misma que, teleológicamente⁸, nació y está destinada a permitir el cumplimiento funcional del macro Sistema de Administración Pública para alcanzar el desarrollo nacional en los campos de actividad administrativa que correspondan (salud, educación, resguardo ambiental, seguridad pública, infraestructura nacional, sostenimiento agroalimentario, etc.).

⁸ Según Bottomore (1974, p. 65) la explicación teleológica responde al cuestionamiento ¿para qué? En sentido más amplio, responde a explicaciones causales, explicaciones en términos de intención y explicaciones en términos de estados finales, y en materia de comportamiento humano es el primero al que recurren los individuos.

De seguir esa tesitura, y en el marco de este artículo tendríamos, por correlato, que la Hacienda Pública como concepto constitucional incrustado desde la Carta Fundamental de 1949, existe y está condicionada al desarrollo nacional, al cual deberá dirigirse conforme lo establecido desde el Poder Ejecutivo.

d) Los destinos presupuestarios específicos.

Han sido diferentes los momentos en los cuales se ha debatido la inclusión de recursos en los proyectos presupuestarios con base en leyes particulares, condicionando a las instituciones públicas ejecutoras a solicitar la totalidad de estos ante la DGPN y que, en la generalidad de los casos, opta por conceder un monto menor. La razón se hallaría en, por un lado, la cantidad de pretendientes que, analógicamente, forcejean para cumplir sus aspiraciones presupuestarias y, por otro, en la limitada cantidad de recursos de carácter ordinario y extraordinario a los que puede echarse mano para su equitativa distribución, siempre en función del PND.

Ante esa aparente inequidad, son varios los actores que recurren a la justicia constitucional para inclinar la báscula presupuestaria a su favor y, en consecuencia, obtener la totalidad de los denominados *recursos específicos* que el marco jurídico les dedica. Uno de estos casos ocurrió con la Confederación Nacional de Asociaciones de Desarrollo, cuando en el año 2003 se falla a su favor y se previno al Ministro de Hacienda del momento a no incurrir nuevamente en omisiones presupuestarias. De esta forma, dedujo la Sala en su sentencia 8470-2003, que la no inclusión de recursos a favor de las Asociaciones de Desarrollo Comunal (ADC) instauradas en la vida nacional por medio de la Ley sobre desarrollo de la comunidad 3859 vulneraba los derechos ya existentes de una colectividad, esgrimiendo entonces:

Estas Asociaciones [de Desarrollo Comunal] tienen como finalidad coadyuvar con el desarrollo económico y el progreso social y cultural de un área determinada del país (artículo 16) y los fines particulares que estas persigan deberán ser establecidos en sus respectivos estatutos. Desde esta óptica, las Asociaciones de Desarrollo Comunal se encuentran estrechamente ligadas con derechos tales como el medio ambiente, la vivienda, la recreación, el deporte y la salud, entre otros, de ahí que el Estado, al no hacer entrega efectiva de las sumas dispuesta por el legislador a favor de éstas, lesiona las posibilidades de hacer efectivos esos derechos, motivo por los cuales, lo que corresponde es acoger el presente recurso. (Considerando III, 2003)

Desde nuestra óptica, la Sala asumió una posición aventurada, al sostener que la carencia de recursos presupuestarios lesiona la posibilidad de hacer efectivos ciertos derechos, y no aclara específicamente cuáles de esos derechos caerían en morosidad,

aunque sí se refiere en términos generales a varias líneas de acción del desarrollo nacional que impactan en la calidad de vida de los ciudadanos y habitantes del país. Se trataría entonces de derechos que aún no se han materializado, que podrían serlo, pero en lo futuro. Nos encontramos, aparentemente, ante los denominados intereses colectivos (CIJUL, 2012), aun y cuando la sentencia no los invoca taxativamente.

Por consiguiente, esa misma posición es la correcta cuando se sopesa que para la colectividad social resultaría imposible materializar ciertos derechos de forma específica a falta de recursos presupuestarios. Para ilustrarlo tomemos como ejemplo un proyecto de resguardo ambiental que una determinada ADC diseñe a fin de resguardar un área boscosa que según estudios técnicos requiere preservarse, en razón de su cercanía a mantos acuíferos posibles de explotar y de este *modo* proveer de agua potable a los vecinos de su adscripción geográfica. Tal proyecto solo sería dable de concretar en el tanto la instancia que lo financiaría, *verbigracia*, la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad, disponga de montos suficientes para ello, y que nos parece fue la intención del legislador cuando reformó el artículo 19 de la Ley 3859⁹.

Podrá observarse que el *modo* en que, según el ejemplo anterior, se intentan ejercer derechos como la salud y el resguardo ambiental, nos ayuda a sostener la indispensabilidad de contar con los recursos presupuestarios que permitan su cristalización.

Llegados a este punto se llama la atención sobre lo abstracto que resulta, en gran cantidad de ocasiones, determinar la consolidación de derechos que, ante su vulneración, es la actuación de la Sala la que brinda un nivel de justicia calibrado con el Estado Social de Derecho costarricense. Justicia que puede ser reclamada por cualquier ciudadano o habitante no versado en las Ciencias Jurídicas y para los cuales aquella

⁹ El párrafo segundo de ese artículo dispone:

El Estado incluirá en el Presupuesto Nacional una partida equivalente al 2% de lo estimado del Impuesto sobre la Renta de ese período que se girará al Consejo Nacional de Desarrollo de la Comunidad, para las asociaciones de desarrollo de la comunidad, debidamente constituidas y legalizadas. El Consejo Nacional de Desarrollo de la Comunidad, depositará esos fondos en el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, para girarlos exclusivamente a las Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad y a la vez para crear un fondo de garantía e incentivos, que permita financiar o facilitar el financiamiento de proyectos que le presenten las mismas asociaciones, de acuerdo con la respectiva reglamentación. (Asamblea Legislativa, 1969)

El mismo fue a su vez reglamentado por el Decreto Ejecutivo 32595-G, cuyo artículo 11 instituye el **Fondo de proyectos**, mecanismo principal para el financiamiento de iniciativas comunales de mediana y gran envergadura.

abstracción, lastimosamente, se agiganta. Por el contrario, esa misma vaguedad no impidió que la Sala detectara una expectativa de derecho, decantándose entonces por el veredicto sujeto de comentario.

De aquel escenario bien podía preverse una ola de reclamantes que acudieran a la Sala buscando obtener una parte del impuesto sobre la renta, lo que obviamente pondría en riesgo las finanzas públicas en el hipotético caso de que se fallara a favor de todos y cada uno de aquellos y, peor aún, el mismo foro constitucional caería en una discordancia con su misma jurisprudencia, por medio de la cual reconoció diáfananamente la existencia del principio de equilibrio presupuestario, tal y como lo hiciese en sus sentencias 04884-2002, 02794-2003, precisando en la primera que

En este sentido, los gastos que se hacen del Tesoro Público deben guardar relación con el espíritu de la Constitución, la permanencia del Estado en cuanto a su integridad económica y la solución efectiva de los nuevos problemas sociales. Por consiguiente, el Estado debe controlar los gastos de modo que no pongan en peligro su capacidad económica, y tiene derecho a limitar o regular las erogaciones procurando no desfinanciar sus arcas; no debe el Estado ocasionar desigualdades, ni producir privilegios de acuerdo con las normas constitucionales. (Considerando VII, 2002)

La raíz del problema la hallamos al pretender colectivizar, a partir de una *misma* fuente de ingresos, distintos destinos presupuestarios *específicos*, distorsionando o pervirtiendo el objetivo por el cual se instaura un determinado aporte impositivo – mismo que, valga apuntar, está sujeto al principio de capacidad contributiva y económica, tal y como lo ha expuesto la Sala conforme las sentencias 5256-1997, 5259-2012 y 1226-2014–, que no debería ser otro que la adecuada distribución de la riqueza –retomando el principio constitucional incrustado en el artículo 50– pero, de manera que no se sobrecarguen las finanzas públicas y que, como efecto rebote, se termine más bien por incumplir toda una serie de obligaciones legales y presupuestarias que desde un principio no tuvieron asidero económico.

Toda aquella panoplia jurídica, obligaba al Poder Ejecutivo a hallar soluciones para gastos presupuestarios con apariencia de perpetuos, y fue motivo de análisis por la Sala en varios momentos. En algunos de ellos –tal y como en la sentencia comentada en líneas precedentes– respaldando esa obligatoriedad de las autoridades hacendarias de transferir la totalidad de los recursos que así disponía el marco jurídico vigente, lo cual, ciertamente ejercía presión sobre las arcas estatales, sin dejar de mencionar la

imposibilidad material de lograrlo, al no poder estirar los recursos presupuestarios fuera de sus límites. Empero, esto último es relativo, por ser igualmente conocido el apalancamiento gubernamental por la vía de la deuda (interna o externa), con el nefasto efecto del denominado déficit fiscal.

Pero la anterior posición de la Sala varía según la DGPN al indicar que *“los destinos concebidos para sustentar programas sociales, según lo determinó la Sala, serán financiados por el Poder Ejecutivo solo en la medida que los ingresos lo permitan, como una forma de mantener y profundizar el Estado Social de Derecho y a la vez que condicionan tales derechos a la disponibilidad de recursos con el fin de lograr en una forma progresiva su plena efectividad”* (2017, p.1). Este supuesto viraje argumental libera en mucho la presión presupuestaria, al tiempo que permite la concentración de esfuerzos y recursos en las necesidades socio-comunales realmente apremiantes y con basamento en el PND. Aunque, descreemos estar en presencia de un viraje interpretativo tajante por parte de la Sala, por cuanto esta ya había externado en la sentencia 04884-2002, señalada arriba, que:

De modo que admitir una situación de esa naturaleza, puede incluso transgredir el principio constitucional de iniciativa del Poder Ejecutivo, toda vez que como ya fue indicado, un aumento excesivo y constante por parte de la Asamblea Legislativa en la creación de impuestos con destino específico, afecta seriamente el equilibrio financiero del presupuesto y la voluntad gubernamental de preparar dicho proyecto, pues es a través de éste, que el Gobierno, establece las prioridades económicas, políticas y sociales del Estado. (Considerando VIII, 2002)

Lo que sí mantiene incólume la Sala, es su valoración en cuanto a los destinos presupuestarios con sustento constitucional, igualmente reconocidos por la DGPN (2017) y sostenido, por ejemplo, desde la emisión de la sentencia 05754-1994 hasta la muy reciente sentencia 17987-2022, de forma que, bajo esa línea interpretativa, tanto el Poder Ejecutivo como el Legislador Presupuestario encuentran freno al intentar alterar o desconocer lo que la Procuraduría General de la República en su informe a la acción de inconstitucionalidad tramitada bajo expediente 19-000990-0007-CO –y que produjo la última de las sentencias de cita– denomina la intención del legislador constituyente derivado, con la clara intención de salvaguardar financieramente acciones o instituciones de insoslayable repercusión en la vida de nuestro Estado Social de Derecho.

IV.- Conclusiones.

Tal y como se explicitó desde del inicio de esta contribución analítica, la justicia constitucional que es ejercida a partir de lo instituido en nuestra Carta Fundamental es accesible para todos los ciudadanos y habitantes del país, aun y cuando la misma no es sencilla de observar, principalmente, por quienes no profesan las Ciencias Jurídicas. De ahí nuestra intención de sumar desde una óptica que, valga apuntar, es la de muchas personas ajenas a tales ciencias, pero que, aun así, resultan ser potenciales requirentes.

Remitirse a la historia presupuestaria permite extraer la intencionalidad que tuvieron los entonces Diputados Constituyentes de preservar el principio de justicia social de *una mejor distribución de la riqueza*, al tiempo que procuraron mantener en equilibrio las finanzas gubernativas y no permitir tampoco una paralización en la funcionalidad de las instituciones. Desde ese momento, las condiciones jurídicas evolucionaron, al punto de contar hoy con un Sistema de Administración Financiera que, engarzado con el Sistema de Planificación Nacional, son responsables de condicionar el uso de la Hacienda Pública en el desarrollo nacional y en los ámbitos que correspondan, como la salud, la educación, la seguridad pública, la infraestructura nacional, el sostenimiento agroalimentario o resguardo ambiental.

De esta manera, el presupuesto público se erige como instrumento de dirección por parte del Poder Ejecutivo para orquestar a la constelación de instituciones bajo su tutela en pos del desarrollo nacional, teniendo como piedra angular el Plan Nacional de Desarrollo; así reafirmado por la Sala Constitucional.

Pero la dinámica presupuestaria ha develado diferentes facetas, siendo en diferentes oportunidades el accionar de la Sala el que ha permitido y galvanizado esa develación, tal y como ha ocurrido con las normas presupuestarias efectivamente atípicas o los llamados destinos específicos que todavía se perciben en el marco jurídico nacional y que oprimen las frágiles finanzas públicas.

Conforme todo lo anterior, queda evidenciada la significancia de contar con el ente resolutor de la justicia constitucional, tal y como fuera previsto desde 1949, cuando la Asamblea Nacional Constituyente incorporó el actual artículo 10, reformado años después mediante las Leyes 5701 y 7128 para, finalmente, operacionalizarse por conducto de la Ley 7135 de la Jurisdicción Constitucional, que regula todos los aspectos

relacionados con la constitucionalidad de normas, al igual que de los Recursos de Amparo y de Hábeas Corpus y que, en palabras de la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-029-90, resulta en una innovación en nuestro desarrollo constitucional.

V.- Bibliografía.

Araya, C. (2005). *Historia del derecho constitucional costarricense*. San José: EUNED.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1967). *Ley sobre desarrollo de la comunidad N° 3859*. San José. Mimeografiado.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1974). *Ley de Planificación Nacional 5525*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_resultado_simple.aspx?param1=NER¶m2=1¶m3=FECHA¶m4=DESC¶m5=5525

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2001). *Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos 8131*. Diario Oficial La Gaceta 198 de 16 de octubre de 2001. San José. Mimeografiado.

Asamblea Nacional Constituyente. (1949). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=95479&strTipM=TC

Asamblea Nacional Constituyente. (1953). *Tomo I. Antecedentes. Proyecto. Reglamento. Actas*. San José: Imprenta Nacional.

Asamblea Nacional Constituyente. (1956). *Tomo III. Actas*. San José: Imprenta Nacional.

Bolaños, R. (2014). La evaluación del desarrollo nacional: aproximaciones a partir del esquema de la planificación presupuestaria. *Revista de Ciencias Económicas*, 32 (2), 127-153.

Bolaños, R. (2015). *Planificación Presupuestaria en la Administración Pública. Su implicancia en el desarrollo nacional costarricense*. Alemania: Editorial Académica Española.

Bolaños, R. (2017). Consideraciones ideológicas y el arquetipo gubernativo para el desarrollo. *Acta Académica* 61, 79-110.

Bottomore, T.B. (1974). El estudio de la sociedad. La teoría sociológica y sus métodos. En Torres, E. (Ed.), *Introducción al pensamiento sociológico*, (pp.44-88). San José: EDUCA.

Castro, O. (2003). *Rodrigo Facio en la constituyente de 1949*. San José: EUNED.

CIJUL. (2012). *El interés difuso y el interés colectivo*. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MzM4Ng==#:~:text=En%20s%C3%ADntesis%2C%20los%20intereses%20difusos,de%20un%20cierto%20producto%2C%20etc>.

Dirección General de Presupuesto Nacional. (2017). *Nota DGPN-0337-2017*. San José: Autor. Mimeografiado.

Hernández, M. (2000). La constitucionalidad de la ley de presupuesto nacional: un ideal inalcanzado. *Revista Parlamentaria* 8 (2), 419-459.

Hernández, M. R. (2015). *Inconstitucionalidad de la facultad de la Autoridad Presupuestaria de autorizar la creación de plazas de las instituciones descentralizadas y empresas que regula*. Trabajo Final de Graduación de Maestría en Derecho Constitucional. UNED, Costa Rica.

Hernández R. (1991). *Desde la barra*. San José: Editorial Costa Rica.

Hernández, R. (2012). *Instituciones de derecho público costarricense*. San José: EUNED.

Mayntz R. (1994). *Sociología de la administración pública*. Madrid: Alianza Editorial.

Martner, G. (1989). *Planificación y Presupuestos por programas*. -17 edición. - México: Siglo Veintiuno Editores.

Meoño, J. (2008). *El modelo-país en la Constitución Política y en unas pocas leyes superiores: marco referencial ineludible para lograr una mejor investigación académica y un real desarrollo nacional*. San José, Costa Rica: Instituto de Investigaciones en Ciencias Económicas-Universidad de Costa Rica.

Ministerio de Hacienda. (2006). *Criterios y Lineamientos Generales sobre el Proceso Presupuestario del Sector Público, Decreto Ejecutivo 33446-H*. En Diario Oficial La Gaceta 232 del 04 de diciembre de 2006. Mimeografiado.

Ministerio de Hacienda. (2008a). *Reglamento de creación de la Comisión de Coordinación de la Administración Financiera, Decreto Ejecutivo 34534-H*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=63276&nValor3=72624&strTipM=FN

Ministerio de Hacienda. (2008b). *Clasificador por objeto del gasto del sector público*. Recuperado de <http://www.hacienda.go.cr/contenido/524-clasificadores>

Procuraduría General de la República. (2019). *Informe de la Procuraduría General para el expediente 19-000990-0007-CO*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_informe_pgr.aspx?ContInforme=0¶m1=AIP&nValor1=1¶m5=19-000990-0007-CO¶mInf=1&strTipM=IP1

Vásquez, W.E. (2015). *Conociendo al Centauro: estado, poder y administración*. San José: EUNED.

Sala Constitucional del Poder Judicial. (1998). *Sentencia 3089-1998*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_asunto_const.aspx?param1=ASC&nValor1=1¶m5=95-001444-0007-CO&strTipM=E

Sala Constitucional del Poder Judicial. (2002a). *Sentencia 4884-2002*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_asunto_const.aspx?param1=ASC&nValor1=1¶m5=00-004373-0007-CO&strTipM=E

Sala Constitucional del Poder Judicial. (2002b). *Sentencia 12019-2002*. http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/asunto_cons/asu_repartidor.asp?param1=SV&nValor1=1&strTipM=VT2¶m7=232477¶m5=96-002914-0007-CO¶m6=1&nCont=2

Sala Constitucional del Poder Judicial. (2003). *Sentencia 8470-2003*. San José, Costa Rica: Autor. Mimeografiado.

Sala Constitucional del Poder Judicial. (2005). *Sentencia 3497-2005*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_asunto_const.aspx?param1=ASC&nValor1=1¶m5=04-004201-0007-CO&strTipM=E

Sala Constitucional del Poder Judicial. (2006). *Sentencia 13928-2006*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_asunto_const.aspx?param1=ASC&nValor1=1¶m5=06-001792-0007-CO&strTipM=E

Sala Constitucional del Poder Judicial. (2008). *Sentencia 9567-2008*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ref_jur.aspx?param1=PRRJ¶m6=1&nDictamen=20556&strTipM=J

Sanz, A. (2016). Vinculación Plan Presupuesto en América Latina. *Revista Internacional de Presupuesto Público* 44 (92), 11-67.

Sartori, G. (2020). *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. — 4ta. ed. —. México: Fondo de Cultura Económica.

La paridad horizontal como acción afirmativa en los procesos electorales en Costa Rica. Análisis de cara a los procesos municipales 2024.

Dr. José Roberto Garita Navarro*

Resumen:

El derecho a elegir y ser sometido a procesos de elección popular constituye una manifestación relevante del régimen democrático. En el caso de los gobiernos locales, este derecho fundamental se extiende a quienes pretenden integrar el Concejo Municipal y las Alcaldías. La reciente reforma legal ha limitado la reelección en esos puestos a un solo periodo consecutivo. Por otro lado, recientes reformas al Código Electoral han incorporado la paridad horizontal en esos procesos, a fin de superar el déficit histórico en cuanto a la igualdad de acceso de mujeres a puestos de elección popular. A partir de esas reformas y con ocasión de los comicios municipales a celebrarse en febrero 2024, la Sala Constitucional ha tenido que resolver 3 cuestiones concretas: a) legitimidad de la norma limitativa de la reelección municipal; b) posibilidad de control constitucional de los criterios reiterados del Tribunal Supremo de Elecciones; y c) el impacto de la paridad horizontal en estas elecciones indicadas. Este ensayo presenta una sinopsis de los criterios del Tribunal Constitucional en cuanto a estos aspectos.

* Magíster y Doctor en Derecho Público por la Universidad de Costa Rica. Magistrado suplente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Palabras clave:

Reelección municipal. Libre configuración del legislador. Control constitucional de la jurisprudencia electoral. Paridad horizontal.

Abstract:

The right to choose and be subjected to popular election processes constitutes a relevant manifestation of the democratic regime. In the case of local governments, this fundamental right extends to those who intend to join the “*Concejo Municipal*” (Municipal Council) and the “*Alcaldía*” (Mayor's Offices). The recent legal reform has limited re-election in these positions to a single consecutive period. On the other hand, recent reforms to the Electoral Code have incorporated horizontal parity in these processes, in order to overcome the historical deficit in terms of equal access for women to elected positions. Based on these reforms and on the occasion of the municipal elections to be held in February 2024, the Constitutional Chamber (Sala Constitucional) has had to resolve 3 specific issues: a) legitimacy of the rule limiting municipal re-election; b) possibility of constitutional control of the reiterated criteria of the Supreme Court of Elections; and c) the impact of horizontal parity in these indicated elections. This essay presents a synopsis of the criteria of the Constitutional Court regarding these aspects.

Keywords:

Municipal re-election. Free configuration of the legislator. Constitutional control of electoral jurisprudence. Horizontal parity.

SUMARIO: 1. Nociones previas. Marco normativo de sustento de la paridad horizontal. 2. Criterios del Tribunal Supremo de Elecciones respecto de la puesta en marcha de la paridad horizontal. 3. Decisiones recientes del TSE para efectos de la postergación de la paridad horizontal en los comicios municipales del 2024, por aspectos de conveniencia. 4. Posibilidad de reelección e introducción de paridad horizontal en las elecciones municipales 2024. 5. A modo de sinopsis.

1.- Nociones previas. Marco normativo de sustento de la paridad horizontal.

El derecho de participar en los procesos de elección popular forma parte de un pilar fundamental en la dinámica de los regímenes democráticos al plasmar y concretar un ideal de representatividad, pero a la vez, potencia el derecho fundamental a aspirar a cargos públicos. La posibilidad de postular el nombre para ocupar uno de estos cargos, constituye una liberalidad de cada persona, pero que debe ser ejercitada dentro un esquema normativo que impone modalidades concretas y formas específicas para su ocurrencia, cual es, la pertenencia a alguna agrupación política. Justamente, la estructuración de cada uno de los partidos políticos, busca imponer una representatividad sobre la base de decisiones internas conforme a sus propios estatutos, adoptadas, usualmente, a partir de elecciones internas que determinan una legitimidad de orden cuantitativo, en la cual, como es obvio, la mayoría de las personas que integran esa agrupación, determinan a quienes van a integrar las respectivas papeletas y aspiran a contar con una oportunidad de designación en esos mencionados cargos de designación popular. Es decir, se trata de un derecho de orden individual cuyo ejercicio se estructura dentro un esquema colectivo, a partir y mediante el cual, se configura la oportunidad de someterse a los procesos de elección democrática.

En esa línea, el contenido sustantivo de tal derecho fundamental requiere de estándares y parámetros que permitan y potencial la igualdad de oportunidades para toda persona que perteneciendo a una agrupación política, pueda someterse a los mecanismos internos y externos de legitimidad democrática. Es en este ámbito que de cara a tutelar la igualdad material, se imponen medidas afirmativas como las cuotas horizontales que permiten a las mujeres una participación efectiva, y no solamente formal, en estos procesos. Se trata de un necesario e importante avance e impulso para buscar la paridad de condiciones y de oportunidades para el ejercicio político.

En el régimen nacional, la primera regulación orientada a procurar una equidad de género en el acceso a participación por el ejercicio de cargos públicos se constituye en la Ley de Promoción de la Igualdad Real de la Mujer, No. 7142 del 08 de marzo de 1990. Empero, sus preceptos perdieron el vigor en la medida en que la definición de incluir dentro de las nóminas a mujeres quedó sujeta a la voluntad de las estructuras internas de los partidos políticos. Justamente al tratarse de una decisión discrecional de esas organizaciones, la realidad reflejó un vaciamiento pragmático del desiderátum de esa normativa. Luego, en 1996 se dispuso una reforma al Código Electoral, para imponer una cuota del 40 por ciento de participación femenina tanto en las estructuras partidarias como en las nóminas de elección popular, según se dispuso en el nuevo texto de los artículos 58 incisos n) y ñ) y 60 del Código Electoral reformado.

Sobre este particular, en la sentencia número 2001-3419, la Sala Constitucional expresó:

VI...[L]a normativa impugnada, lo que propone es una estructura que satisface un porcentaje mínimo destinado a evitar o a atenuar el proceso histórico de discriminación y desigualdad que se ha dado en perjuicio de la mujer, en los órganos de los partidos políticos, sin que ello signifique, en modo alguno, un trato distinto para los varones que llegue al extremo de impedir su participación. La normativa impugnada se constituye en un instrumento razonable a favor de la mujer con una real vocación democrática, que se traduce, a la vez, en un mecanismo real y efectivo de protección a las mujeres y en ese sentido, se ha de reconocer el esfuerzo legislativo para hacer de lado los problemas de desigualdad y discriminación que se derivan hasta nuestros días en perjuicio de las mujeres y superarlos de manera positiva mediante acciones concretas como la impugnada.

VII.- Además, la normativa impugnada implica también el desarrollo en la ley, de todos los principios contrarios a la discriminación femenina que se encuentran contenidos en los diferentes instrumentos internacionales que han sido suscritos por Costa Rica. (...); para tratar de conseguir el equilibrio deseado y acorde con el principio constitucional de igualdad, el Estado tiene la obligación de responder políticamente con ese propósito y así garantizar el ejercicio igualitario y equilibrado de los derechos fundamentales tanto por los hombres como las mujeres; acción estatal que se pone de manifiesto con la creación de normas como la que está siendo impugnada que, en aras de no repetir el

desarrollo histórico desigual, pretende lograr el equilibrio entre los géneros a nivel práctico.

A juicio del Tribunal Constitucional, la inclusión de disposiciones que introducen acciones afirmativas para la equidad en el acceso a los cargos de elección popular es la reacción necesaria a un desfase histórico que se ha dado en detrimento de las mujeres en la ocupación de esos espacios de decisión política. En ese ámbito, en cuanto a la consideración de si esa regulación podía vulnerar la igualdad de acceso, la Sala Constitucional, en ese mismo fallo expuso:

VIII.- Partiendo de lo anterior, la norma impugnada no solo no resulta lesiva del principio de igualdad, sino que, además, resulta adecuada para lograr el fin que persigue, que es tratar de lograr equilibrio en la participación en los órganos de expresión partidaria en los partidos políticos, disponiendo un trato favorable para la mujer, en razón de la discriminación real que en su contra ha producido la situación prevaleciente antes del dictado de la norma cuestionada a favor de la mujer. Además se estima que la normativa impugnada es razonable pues a través de una acción afirmativa se permite la participación de la mujer en los procesos políticos a los cuales, anteriormente, no tenía ningún acceso garantizado, con lo cual la norma resulta ser idónea para una solución parcial de la desventaja para la mujer en relación con la representación popular, con lo cual, a la vez, se garantiza el principio de igualdad, como se indicó supra.

IX.- De igual manera, la normativa impugnada, tampoco limita el derecho de ningún varón puesto que para el género masculino se dispone un 60% de los puestos de representación en las asambleas de los partidos, lo que significa, a la vez, que se mantiene incólume el derecho de los varones a elegir y ser electos.

El abordaje externado por la Sala Constitucional en ese precedente pone de manifiesto que la reforma legal no solamente no lesiona la igualdad, sino que por contrario, la potencia a partir del reconocimiento de una obligación del Estado de armonizar sus conductas con el marco normativo nacional e internacional que busca la eliminación de las prácticas discriminatorias hacia las mujeres en materia de ejercicio de derechos políticos.¹

¹ En la sentencia número 2008-009582, el Tribunal Constitucional resolvió un reclamo relacionado con la forma concreta en que un partido político había atendido el deber legal de asegurar una cuota femenina en las nóminas de candidatas y candidatos para puestos de elección popular. Dicho voto amplió los conceptos relacionados con los principios que deben orientar las actuaciones de las

Posteriormente, en la sentencia número 2012-01966, ese órgano jurisdiccional analizó la figura de la paridad por alternancia que se recogió en el Código Electoral promulgado en el año 2009, lo cual constituía un instrumento más para buscar la equidad de género. En ese voto expreso que: *“En esta decisión -la más próxima en el tiempo- se puede detectar fácilmente la afirmación de la necesidad de avanzar en el reconocimiento de mecanismos que hagan valer en los hechos, los principios y aspiraciones de igual y equitativa participación política entre hombres y mujeres que, como principios y guías para la acción ha dejado bien reconocidas y aceptadas las sociedad costarricense y ello aun cuando ello implique una limitación inevitable de otros derechos fundamentales, puntualmente la libertad política de los costarricenses respecto de elegir libremente sus representantes políticos.”*

En el ámbito doméstico, los artículos 2, 52 y 148, del Código Electoral consagran y reconocen los principios de igualdad y participación política de las mujeres, en el siguiente sentido:

Artículo 2.- Principios de participación política por género.

La participación política de hombres y mujeres es un derecho humano reconocido en una sociedad democrática, representativa, participativa e inclusiva, al amparo de los principios de igualdad y no discriminación.

La participación se regirá por el principio de paridad que implica que todas las delegaciones, las nóminas y los demás órganos pares estarán integrados por un cincuenta por ciento (50%) de mujeres y un cincuenta por ciento (50%) de hombres, y en delegaciones, nóminas u órganos impares la diferencia entre el total de hombres y mujeres no podrá ser superior a uno.

Todas las nóminas de elección utilizarán el mecanismo de alternancia por sexo (mujer-hombre u hombre-mujer), en forma tal que dos personas del mismo sexo no puedan estar en forma consecutiva en la nómina.

Artículo 52.- Estatuto de los partidos políticos

El estatuto de los partidos constituye su ordenamiento fundamental interno y deberá contener al menos lo siguiente:

(...)

autoridades estatales en la aplicación e interpretación de normas tendentes al logro de la equidad de género.

ñ) Las normas sobre el respeto a la equidad por género tanto en la estructura partidaria como en las papeletas de elección popular.

o) Los mecanismos que aseguren los principios de igualdad, no discriminación y paridad en la estructura partidaria, así como en la totalidad y en cada una de las nóminas de elección popular, y el mecanismo de alternancia de hombres y mujeres en las nóminas de elección.”

Artículo 148.- Inscripción de candidaturas.

Todas las nóminas de elección popular y las nóminas a cargos en órganos de dirección y representación política estarán integradas en forma paritaria y alterna. En el primer lugar de cada una de las nóminas de elección popular por provincia, cantón y distrito será definido por el partido político.

Para su debida inscripción en el Registro Electoral, las candidaturas solo podrán presentarse desde la convocatoria a elecciones hasta tres meses y quince días naturales antes del día de la elección. La solicitud deberá presentarla cualquiera de los miembros del comité ejecutivo del organismo superior del partido, en las fórmulas especiales que, para tal efecto, confeccionará el citado Registro. Junto con las fórmulas es obligatorio que el comité ejecutivo presente una biografía y una fotografía vigente de las personas candidatas a diputaciones y a la presidencia y vicepresidencias de la República. En el caso de las candidaturas a la presidencia de la República deberán presentar, además, el programa de gobierno de su partido político respectivo.

La información referida en este párrafo deberá ser entregada con el contenido y en los formatos que se definan reglamentariamente. Asimismo, obligatoriamente deberá ser publicada por el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) por los medios oficiales y en otros que estime convenientes, en cumplimiento del derecho de la ciudadanía a ejercer un voto informado.

Queda prohibida la nominación simultánea como candidata o candidato a diputado por diferentes provincias. Cuando ello ocurra, la Dirección General del Registro Electoral, tomando en cuenta la voluntad del candidato o la candidata respectivo, inscribirá una de las nominaciones y suprimirá las demás. Cuando el candidato o la candidata no exprese su voluntad, después de tres días de prevenido por la Dirección, esta incluirá una de las nominaciones a su libre arbitrio.

La Dirección General del Registro Electoral no inscribirá las nóminas de elección popular por provincia, cantón y distrito de los partidos políticos que incumplan la participación paritaria y alterna.

Esta regulación interna se complementa con la normativa supranacional que desarrolla los derechos políticos de las mujeres y el acceso a puestos en la función pública. En ese sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de fecha 05 de mayo de 1948, estatuye el derecho de participar en elecciones populares, mediante voto secreto.²

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 regula:

Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 21 (...) 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

De igual manera, este orden supranacional regula el compromiso de los Estados de conceder y reconocer a las mujeres los mismos derechos civiles que se otorgan a los hombres. Tal es el tratamiento de la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, aprobada en Costa Rica por la Ley No. 1273 de 13 de marzo de 1951. En esa misma dirección, la Convención Sobre los Derechos Políticos de la Mujer, ratificada en Ley No. 3877 de 3 de junio de 1967, establece que las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna, y tendrán derecho a ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones. Así lo reconocen los numerales 2 y 3. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.1. y el 25, regulan un derecho de igualdad, sin posibilidad de sustentar tratos asimétricos por cuestiones de sexo y otras consideraciones.³

² Estatuye ese canon en su rigor literal: *“Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres”.*

³ Señalan esos cánones:

De su lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), ratificado por la Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970, impone a los Estados la obligación de respetar el conjunto de derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento, así como a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (art. 1). Asimismo, el ordinal 23 reconoce los derechos políticos, dentro de los cuales destaca el de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (inciso b), y a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (inciso b). El precepto 24 ejusdem reconoce el derecho de igualdad ante la ley y restricción de toda forma de discriminación.

En torno a la restricción de discriminaciones, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW (1984) y su Protocolo Facultativo (2001), impone el deber de los Estados de adoptar y resguardar una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer consagrando en su legislación el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar, por ley u otros medios apropiados, la realización práctica de ese principio; así como adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer (incisos a), y f), del artículo 2).

Particularmente relevante resulta lo estatuido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belem do Pará, Ley No. 7499 del 2 de mayo de 1995 en cuanto expresa:

Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades (...) b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Artículo 4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros (...) j) el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Todas esas referencias ponen en perspectiva una prolija regulación de orden internacional que sientan las bases para el resguardo de los derechos políticos de las mujeres. Empero, el solo reconocimiento de esos derechos no dice de un ejercicio efectivo de su contenido sustancial, pues es evidente en el ámbito nacional, el rezago al que se han visto sometidas las mujeres con aspiraciones a ocupar cargos de designación popular.

Esa realidad ha llevado a entender el contenido de los preceptos 2, 52 incisos ñ) y o) y 148 del Código Electoral en el sentido de que como acción afirmativa, imponen la obligación para los partidos políticos de aplicar la regla de la paridad en los encabezados de todas las nóminas de candidaturas de elección popular.

Sobre la finalidad de esta normativa, en el precitado voto 16070-2015, el Tribunal Constitucional consideró:

... las citadas disposiciones representan un corolario del desarrollo que ha tenido en nuestro ordenamiento la noción de paridad, como un instrumento más para el logro de equidad de género. Como se aprecia en las resoluciones de esta Sala recién citadas, a lo largo del tiempo se ha atendido a la clara necesidad de nivelar el terreno de la actividad política entre géneros ya no simplemente con la remoción de obstáculos para la intervención de las mujeres en la actividad política, sino que se ha acogido la tesis de imponer medidas positivas de compensación, aún con sacrificio relativo de otros derechos fundamentales, con el fin de asegurar tal participación en los hechos, justamente como forma de desactivar los múltiples mecanismos de relegación de las mujeres que una sociedad marcadamente patriarcal como la nuestra impone de maneras más o menos sutiles.-

La lectura de esa normativa electoral llevó a la Sala Constitucional a considerar que esos mandatos recogen y expresan una idea precisa y coherente con el fin establecido de tutelar la equidad en el acceso a los cargos de elección popular. Para ese Tribunal la finalidad de esas normas es clara, sin que pueda alegarse confusión o zonas grises con relación al alcance en la aplicación de la paridad de género a partir de 2009. El

contenido de esos preceptos plasma de manera inequívoca una voluntad de imponer la paridad en los encabezamientos de todas las nóminas de candidaturas de elección popular.

De igual manera, es notorio que el artículo 2 del Código Electoral especifica incuestionablemente que la participación política de hombres y mujeres se rige por la regla de igualdad y no discriminación, precisando los detalles y mecanismos que considera apropiados para controlar la evasión del cumplimiento de dicha igualdad. No otra cosa se infiere cuando apela a la fórmula gramatical: *“La participación se regirá por el principio de paridad que implica que todas las delegaciones, las nóminas y los demás órganos pares estarán integrados por un cincuenta por ciento (50%) de mujeres y un cincuenta por ciento (50%) de hombres, y en delegaciones, nóminas u órganos impares la diferencia entre el total de hombres y mujeres no podrá ser superior a uno”*.

Igualmente claro es el reconocimiento del principio de la alternancia en cuanto estatuye: *“Todas las nóminas de elección utilizarán el mecanismo de alternancia por sexo (mujer-hombre u hombre-mujer), en forma tal que dos personas del mismo sexo no puedan estar en forma consecutiva en la nómina.”*

2.- Criterios del Tribunal Supremo de Elecciones respecto de la puesta en marcha de la paridad horizontal.

Pese a esa claridad, la autoridad electoral costarricense, sea, el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE), al amparo de las regulaciones del numeral 102 de la Carta Fundamental y el Código Electoral, Ley No. 8765, procedió a interpretar de oficio esta normativa, asumiendo el criterio que no permite sustentar dicha obligación de introducir la paridad horizontal en las nóminas unipersonales. A partir de la postura sostenida en la consulta número 3671-E8-2010 y reiterada sin cambios sustantivos, entre otras, en las consultas 4303-E8-2010; 6165-E8-2010; 784-E8-2011 y 3636-E8-2014, ese TSE estableció el criterio jurisprudencial en el que se afirma que la interpretación apropiada de los artículos 2, 52 incisos ñ) y o) y el 148 del Código Electoral impone reconocer la ausencia de una obligación para los partidos políticos de aplicar la regla de la paridad en los encabezamientos es decir la *"paridad horizontal"* que busca lograr la igualdad a lo largo de todas las nóminas de candidaturas de elección popular.

Justamente, esa línea jurisprudencial fue objeto de análisis por parte de la Sala Constitucional dentro de la acción de inconstitucionalidad expediente 15-005481-

0007-CO. En el voto No. 2015-016070 de las 11:30 horas de 14 de octubre de 2015, ese Tribunal dispuso que contrario a lo fijado por el Tribunal Electoral, esos mandatos reconocen la obligación para los partidos políticos de aplicar la regla de la paridad en los encabezamientos de todas las nóminas de candidaturas de elección popular.

Un primer aspecto de necesaria mención, por su relevancia constitucional, es que en este fallo, la Sala Constitucional reconoce de manera diáfana, su competencia para poder ejercer control constitucional sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Elecciones. Lo anterior en la medida en que a la luz de los numerales 30 inciso d)⁴ y 74⁵ de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135, no procede el amparo o acciones de inconstitucionalidad en contra de los actos o disposiciones del TSE relativos al ejercicio de la función electoral. Lo anterior congruente con el núcleo duro de las competencias constitucionalmente conferidas a ese Tribunal Supremo de Elecciones, a efectos de lo cual, se priva el control mediante esos remedios en contra del ejercicio concreto de las competencias eminentemente electorales.

Sin embargo, en el precedente de cita, la Sala Constitucional reconoce su potestad de ejercer control de constitucionalidad en cuanto a los criterios reiterados de ese órgano constitucional, sea, la jurisprudencia que emita en ese ejercicio electoral.

En la postura de mayoría, ese Tribunal Constitucional consideró que las competencias exclusivas que el numeral 102 de la Carta Fundamental confiere al TSE en menesteres electorales, no son óbice para reconocer el control concentrado de constitucionalidad que consagra del precepto 10 de esa Constitución. Al socaire de ese mandato, la revisión de conformidad sustancial del ejercicio exclusivo y excluyente de las diversas competencias y potestades que la Carta Fundamental otorga a los diversos órganos constitucionales, dentro de estos, los Poderes de la República y el Tribunal Supremo de

⁴ Artículo 30. No procede el amparo: a) Contra las leyes u otras disposiciones normativas salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas, o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado. b) Contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial. c) Contra los actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar resoluciones judiciales, siempre que esos actos se efectúen con sujeción a lo que fue encomendado por la respectiva autoridad judicial. ch) Cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada. d) Contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.

⁵ Artículo 74. No cabrá la acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, ni contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones relativos al ejercicio de la función electoral.

Elecciones, es una labor que por diseño y principio, fue otorgada de manera privativa a la Sala Constitucional, por ende, empoderada para revisar (bajo esos parámetros) “...*la totalidad de la producción jurídica de los distintos operadores jurídicos dentro del ordenamiento costarricense, sin que de la primera parte de dicho texto surja indicio o razón para entender que el Tribunal Supremo de Elecciones recibió un trato especial del Constituyente respecto del otorgado a los otros poderes.*”

Así, para la Sala Constitucional el marco fundamental no impone restricción alguna para que los criterios del TSE no puedan ser objeto de control jurídico, aún y cuando de seguido (en el voto comentado), reconoce que la misma fuente primaria establece excepciones referidas a los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, el acto de declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones, así como aquellas hipótesis que expresamente defina la ley. En esa medida, bajo la figura del legislador negativo, no observa marco de excepción alguna sobre esta cuestión.

Por demás, el voto de mayoría señala que no existe en los Estados democráticos, cuestionamiento alguno de la capacidad revisora y anulatoria del órgano de control constitucional, la cual se ha aceptado como parte fundamental de los mecanismos de control del ejercicio del poder en todas sus manifestaciones. Ergo, al ingresar a revisar la postura reiterada del Tribunal Supremo de Elecciones en cuanto a la pertinencia de la paridad horizontal en las nóminas unipersonales, “... *no existe ningún alejamiento del texto constitucional con este nuevo criterio que quiere vindicar la potestad que el Poder Constituyente otorgó a la Sala para examinar las normas jurídicas de carácter general y abstracto, que pretenden incorporarse a nuestro ordenamiento, y que han sido emitidas por los distintos Poderes de la República como producto del ejercicio de sus funciones exclusivas y obligatorias.*”

Bajo ese prisma, señala el criterio mayoritario:

X.- En el caso concreto, el objeto de esta acción de inconstitucionalidad es una norma jurisprudencial producida por el Tribunal Supremo de Elecciones en pronunciamientos reiterados y que ha sido aplicada para responder una consulta realizada por parte de partes legitimadas para hacerlo según la legislación vigente.- (...) La Sala Constitucional ha reconocido la posibilidad de revisar este tipo de disposiciones (surgidas de resoluciones de órganos del Poder Judicial), en tanto entiende que se trata de una norma que si bien ligada con la resolución concreta de litigios y situaciones concretas las cuales son reserva de la función jurisdiccional, tiene una aspiración a convertirse en regla

de alcance general y abstracto que trasciende a los casos concretos, de modo que, en razón de dicha pretensión de generalidad, deben ser entendidas como disposiciones normativas y por lo tanto sujetas a la competencia de control de la Sala.- Pues bien, tal razonamiento puede aplicarse de manera análoga a las normas jurisprudenciales del tribunal Supremo de Elecciones sin que se afecte el respeto a la exclusividad de su labor y obligatoriedad que para los demás operadores jurídicos, surja del resultado jurídico de aplicación que se haga de las normas, en casos concretos y determinados, pues justamente la característica de la jurisprudencia es, tal y como se indicó, su estatus jurídico autónomo respecto de las particularidades de los casos que le han dado origen. Debe agregarse que no obsta para arribar a esta conclusión anterior, lo dispuesto en el artículo 3 del Código Electoral cuando señala que:

“Artículo 3.- Fuentes del ordenamiento jurídico electoral.

(...) Las interpretaciones y opiniones consultivas del TSE son vinculantes erga omnes, excepto para el propio Tribunal, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución Política. (...)”

Ese texto recoge la característica de vinculación erga omnes para las interpretaciones y opiniones consultivas del Tribunal Supremo de Elecciones, lo cual es esencialmente una reiteración de lo señalado en el artículo 103 de la Constitución Política. de modo que la Sala entiende que la interpretación y aplicación de tal norma legal debe igualmente hacerse teniendo en cuenta lo que arriba se explicó respecto del recién citado artículo Constitucional.- Dicho de otra forma, tal vinculación erga omnes para las interpretaciones y opiniones consultivas del Tribunal que se recoge en el citado artículo 3 no puede entenderse como incluyendo a la Sala Constitucional, como tampoco puede entenderse que incluye a la Asamblea legislativa, pues en ambos casos, la Asamblea en su labor de legislador y la Sala en su papel de legislador negativo, requieren para el apropiado ejercicio de sus funciones la potestad suficiente para revisar las normas jurisprudenciales emitidas por el Tribunal. En esta tesitura, realizar una lectura literal privaría a la Sala de la competencia que le ha dado el artículo 10 de la Constitución, que no puede entenderse modificado por este o cualquier norma de rango inferior.

Tema adicional es el riesgo de que, por este mecanismo de control, se incurra en un riesgo reflejo de incidencia en las decisiones concretas del TSE. Sobre ese particular, en

el pasado, v.gr. sentencia 15048-2010, la Sala Constitucional reflexionó que tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de normas escritas y no escritas, y en el caso de las normas escritas no contiene restricción en cuanto a la materia electoral, no puede decirse lo mismo en cuanto a las normas no escritas, es decir, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Elecciones, porque implicaría necesariamente una forma de “control” sobre actos realizados por el órgano electoral, que le está constitucionalmente vedado, en los artículos (99, 102,103 de la Constitución Política).⁶

Sin embargo, en la postura asumida a partir del precitado voto 16070-2015, consideró que no existía tal riesgo, en la medida en que

... la misma situación se presentaría si en vez de la jurisprudencia del Tribunal se revisara una norma jurídica emitida por el Parlamento y que la Sala podría remover del ordenamiento o interpretar en cierta forma con la consiguiente repercusión en la decisión de algún caso concreto, más aún cuando en materia electoral se ha reconocido una legitimación subjetiva amplia.- Así, “el peligroso portillo” para influenciar por ejemplo “eventualmente criterios que pueden ser aplicables para determinar un eventual resultado electoral”, a través de revisión de por ejemplo “formas de conteo de votos” no se origina –y por ello mismo tampoco se conjura- con la exclusión del control de constitucionalidad sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Elecciones. Adicionalmente, el mismo razonamiento de posibles interferencias sería aplicable para negar la posibilidad de que la Sala entre a conocer jurisprudencia de los Tribunales de la República por el riesgo de influir en casos concretos con su intervención. Más bien, se trata de elegir una combinación de competencias y controles que deje lo más protegidos posible a los ciudadanos frente a posibles lesiones de sus derechos constitucionales y que integre, en un todo lo más armónico posible todo el abanico de funciones y labores exclusivas de los Poderes estatales incluyendo por supuesto a la Sala Constitucional.

⁶ Como sustento de ese riesgo, ese Tribunal indicó: “... Cabe agregar que, resultaría un peligroso portillo de control del órgano electoral, que quedaría expuesto o limitado a que la Sala declare inconstitucional jurisprudencia del Tribunal Supremo de Elecciones y por esa vía termine ejerciendo una influencia sobre la forma –buena o mala- en que ejerce sus competencias exclusivas, incluidos eventualmente criterios que pueden ser aplicables para determinar un eventual resultado electoral. A manera de ejemplo la anulación o no de una determinada forma de conteo de boletas de votación, en un condado de Florida, terminó afectando el resultado electoral en los Estado Unidos de Norteamérica (Bush v. Gore, 531 U.S. 98). En un determinado caso concreto, la declaratoria de inconstitucionalidad de una jurisprudencia del Tribunal, sobre algún aspecto de la dinámica electoral, puede terminar afectando esa dinámica electoral de una u otra forma en su resultado final.”

De su lado, el voto de minoría (magistrados Armijo Sancho y Rueda Leal), sostuvo la incompetencia de la Sala Constitucional para revisar la legitimidad de la jurisprudencia del TSE en su ejercicio electoral. Para esos efectos, en lo medular, esa línea disidente se sustenta en los siguientes parámetros:

- La historia constitucional contradice el propio punto de partida de la tesis de la mayoría ya que la inclusión del Tribunal Supremo de Elecciones dentro del artículo 9 constitucional ocurrió mediante reforma de 1975, mientras que el inciso 3 del ordinal 102 de dicho texto es una norma originaria de la Carta Magna. Ergo, entienden que no es posible que el artículo 9 sea una “reiteración” del 102, ni que ese fuera el diseño original del Constituyente.
- La inclusión de TSE en dicho numeral tenía la finalidad de enfatizar aún más su independencia y exclusividad en materia electoral; no tenía el propósito de someter al TSE al mismo régimen de control de constitucionalidad que los demás Poderes.
- La reforma realizada al artículo 10 de la Constitución por medio de la Ley 7128, tiene como voluntad en su emisión mantener incólume la independencia del TSE, según se desprende del debate legislativo. En su apoyo cita las manifestaciones de los entonces diputados Monge Rodríguez, Jiménez Quirós, Corrales Bolaños, Badilla Rojas, Lobo Solera, Muñoz Bustos, Chaves Sánchez, Valenciano Chaves, Lizano Barahona y Karpinsky Dodero.
- El contenido del artículo 74 de la Ley de Jurisdicción Constitucional restringe el control de los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones relativos al ejercicio de la función electoral.”
- El cambio del criterio expresado en la resolución No. 2010-15048, entra en contradicción con posturas previas pues admite el control de constitucionalidad sobre la “norma jurisdiccional”; sin embargo, rechaza contradictoriamente dicho control sobre el caso típico, que es la disposición normativa. A ese efecto cita la resolución de las 2011-8989 de las 15:34 horas del 6 de julio de 2011.
- Finalmente, apuestan por dar primacía a la independencia del TSE, instancia que expresamente fue designada para la interpretación de las normas

electorales (numeral 102 de la Constitución Política), sin que exista posibilidad de que sus resoluciones sean revisadas por otra autoridad.

Ahora, en torno al fondo de la cuestión, sea, la validez o no del criterio revisado, cabe destacar que el Tribunal Constitucional consideró criterio diverso al sentado por el Tribunal Supremo de Elecciones. En efecto, a partir de la lectura y comprensión de las normas sobre las cuales el órgano revisado derivó la ausencia de regulación que reconociera o impusiera el criterio de paridad horizontal, se insiste, artículos 2, 52 incisos ñ) y o) y el 148 del Código Electoral, la Sala Constitucional consideró que desde el plano de la interpretación funcional, esas fuentes constituyen el sustento para imponer la obligación comentada en los procesos electorales. En esa línea expresó:

XVII.- La Sala comprende que el Tribunal Supremo de Elecciones ha hecho un esfuerzo hermenéutico relevante para desentrañar lo que estima como el sentido propio de la normativa aquí analizada porque entiende que existe en el texto legal una falta de claridad respecto a la cuestión de si el respeto a la paridad en los encabezamientos, en tanto que modalidad específica de la equidad de género, quedó o no incluida como parte de las obligaciones de los partidos políticos en el Código Electoral. Su conclusión es, con fundamento en las discusiones de las Diputadas y Diputados de entonces, que esa figura quedó expresamente excluida de la legislación actual.- **No obstante, para la Sala es ocioso echar mano del repaso de lo acontecido al seno de los órganos encargados de adelantar el procedimiento legislativo porque el texto finalmente aprobado apunta con una incuestionable claridad hacia una conclusión diferente, a saber, que aun cuando pudo haberse discutido y acordado en algún punto del proceso, la exclusión del mecanismo de paridad horizontal, lo cierto es que las fórmulas textuales finalmente aprobadas no solo omiten referirse explícitamente a tal exclusión, sino que -por el contrario- al hablarse más bien de la paridad en general, e imponerle a los partidos el respeto de la paridad en la totalidad de las nóminas y en cada una de ellas, más bien se dejaron legislativamente recogidos e impuestos todos y cualquier mecanismo específico de paridad, a fin de lograr la equidad de género.**

XVIII.- De acuerdo con lo que recién se ha expresado, procede **acoger la acción planteada en cuanto busca que se declare inconstitucional el criterio interpretativo establecido jurisprudencialmente por parte del Tribunal Supremo de Elecciones y que excluye el empleo del mecanismo de paridad**

en los encabezamientos (paridad horizontal) del grupo de obligaciones que deben cumplir los partidos políticos en la confección las nóminas de candidaturas a puestos de elección popular. Por consecuencia, dicha interpretación jurisprudencial específica se deja sin valor por ser, en sus efectos, contraria al principio de igualdad y a la equidad de género que forman parte fundamental del ordenamiento constitucional y del Derecho de la Constitución. Por ende, la Sala afirma que -conforme al tenor literal y sistemático del Código Electoral- **sí resulta exigido a los partidos políticos el respeto de la paridad no solo a lo interno de cada nómina sino a lo largo de todas las nóminas de elección popular, es decir la paridad en los encabezamientos o paridad horizontal**, por lo cual dichas organizaciones deben tomar las acciones, acuerdos y procedimientos que juzguen más apropiados (incluyendo por supuesto las posibles consultas al Tribunal Supremo de Elecciones, como órgano competente) para dar cabal cumplimiento al mandato legal que se origina especialmente en los artículos 2 y 52 incisos ñ) y o) del recién citado cuerpo legal, según se ha explicado. (El destacado es suplido)

En definitiva, la Sala ingresó a valorar ese marco jurisprudencial concluyendo sobre su ilegitimidad, por contraponerse a las acciones afirmativas introducidas en la legislación electoral para potenciar la paridad aludida. Esta posición, con claridad, apuesta por la aplicación de un principio pro homine, a la vez que apela a la interpretación funcionalista por encima del marco eminentemente gramatical, para con ello, obtener la tutela material (y no solo formal) del derecho a la equidad y no discriminación que buscaban esas normas legales, consiste en la implementación de acciones afirmativas para procurar que las mujeres puedan tener la igualdad de opciones para aspirar a ocupar cargos públicos, superando con ello un marcado retraso histórico que se había venido dando en este campo.

Sin duda, esta interpretación es congruente con la progresividad y evolución de los derechos humanos de orden político y electoral que pretende reivindicar este tipo de reformas legales, lo cual resulta apegado a los marcos de la hermenéutica jurídica que en el régimen nacional concreta el numeral 10 del Código Civil y que para el contexto constitucional deriva de una visión debida de la igualdad que plasma el canon 33 de la Carta Fundamental.

3.- Decisiones recientes del TSE para efectos de la postergación de la paridad horizontal en los comicios municipales del 2024, por aspectos de conveniencia.

Pese a los precedentes referidos ut supra, que ponen en evidencia la innegable regulación de la paridad horizontal y la finalidad constitucionalmente válida y legítima de suprimir toda forma de discriminación en detrimento de los derechos de las mujeres, con ocasión de los procesos de elección municipal a celebrarse en Costa Rica en el año 2024, en la Resolución No. 1724-E8-2019 de las 15 horas de 27 de febrero de 2019, emitida de oficio, el TSE sentó el criterio de desaplicar la paridad horizontal en puestos uninominales, sea alcaldes, síndicos e intendentes. Lo anterior fue sustentado en dos razones concretas, sea:

- a) Los cargos uninominales o puestos únicos imposibilitan que la mitad del padrón de la circunscripción pueda acceder a contiendas partidarias internas para posteriormente ser postulados a cargos de elección popular y;
- b) La declaratoria de reelección como derecho fundamental.

Como se observa ese criterio parte de una supuesta imposibilidad material de procurar la paridad horizontal en puestos uninominales, particularmente del régimen municipal, a la vez que la entonces vigente reelección indefinida de esos cargos locales se entendía como un derecho fundamental que antagonizaba con esa paridad en la medida en que muchos de los puestos a reelegir eran ocupados por hombres y ese derecho de permanencia en el cargo podía verse afectado.

Este criterio fue objeto de cuestionamiento ante la jurisdicción constitucional mediante la figura de la acción de inconstitucionalidad, expediente 19-004707-0007-CO, en la cual, los accionantes peticionaron se declare la inconstitucionalidad de la Resolución del Tribunal Supremo de Elecciones No. 1724-E8-2019 de las 15:00 horas de 27 de febrero de 2019, publicada en La Gaceta, Alcance No. 56 del 14 de marzo de 2019. Alegaron, que a través de esa resolución, el Tribunal Supremo de Elecciones hizo una enmienda de jurisprudencia electoral e interpretó oficiosamente los artículos 2, 52 y 148, del actual Código Electoral, sobre los alcances del principio de paridad horizontal en el encabezamiento de las nóminas de candidaturas a puestos municipales de elección popular. Específicamente, se impugnaron el conjunto de disposiciones generales que ordenan: 1) Diferir en el tiempo, la aplicación del principio convencional de paridad horizontal hasta las elecciones municipales del año 2024 y 2) Dispensar a los partidos

políticos de la carga o deber legal de aplicación de ese criterio al tramitar sus nóminas para puestos municipales uninominales (en adelante normativa impugnada).

Al atender lo reprochado, en el voto 2951-2023, la Sala Constitucional acogió la tesis de la Procuraduría General de la República⁷, instancia que hizo especial énfasis en la relevancia de las acciones afirmativas como instrumento de nivelación de oportunidades efectivas de acceso igualitario a la ocupación de este tipo de cargos.⁸ A juicio de la Sala Constitucional la exclusión temporal de la paridad de género en el encabezamiento de nóminas de candidaturas a puestos municipales uninominales de elección popular, es antagónica con las normas internas y derecho supranacional que sustenta ese tratamiento, por lo cual, dicho criterio del Tribunal Supremo de Elecciones supone una vulneración al régimen de los derechos fundamentales y derechos humanos de las mujeres que aspiran a participar y ocupar puestos de designación popular.

En este sentido, es menester destacar que las razones sentadas por el Tribunal Constitucional dan una prevalencia al derecho a participar en este tipo de elecciones por encima de un supuesto derecho a la reelección por parte de quienes venían ocupando esos cargos. En efecto, en sustancia, el análisis realizado por la Sala Constitucional pone de manifiesto que a efectos de procurar la supresión de cualquier forma de discriminación en razón del sexo, es necesario ponderar el contenido material del régimen de los derechos fundamentales que se relacionan con ese ejercicio (de manera directa o indirecta) a efectos de definir medidas para tutelar uno u otro derecho en juego y en este caso concreto, que posibiliten una participación efectiva de la mujer en cargos de elección popular. En ese orden, es claro que el derecho de ocupar puestos de elección popular, en tesis de principio, conlleva el derecho a aspirar a una reelección,

⁷ La participación de la PGR dentro de las acciones de constitucionalidad se traduce en un rol de asesoramiento neutral, a modo de *amicus curiae* mediante intervenciones que a diferencia de su potestad de consulta administrativa, no son vinculantes para la Sala Constitucional. Empero, una vez cursada la acción de inconstitucionalidad, esa instancia es obligatoria y constituye un insumo más a considerar dentro del análisis jurídico.

⁸ Sobre ese particular expresó la instancia asesora: “Dicho argumento, si bien respetable, desconoce que la aplicación de acciones afirmativas es necesaria para romper esquemas patriarcales tradicionales, que han impedido el acceso real de las mujeres a este tipo de cargos. Señala de esto son los bajos índices de elección femenina en puestos uninominales”. Adicionalmente, el derecho a la reelección de funcionarios en el cargo tampoco es un argumento válido para reconocer la paridad horizontal. Cada partido político puede a través de sus procedimientos internos garantizar el ejercicio de la paridad horizontal y el derecho a la reelección de sus postulantes, compensando en razón del sexo, los encabezamientos en otras circunscripciones. Aun cuando existan supuestos donde no será posible compensar de manera exacta para lograr una verdadera paridad horizontal, lo cierto es que tal razón no debe ser una justificación para desconocer el principio”.

siempre que no exista normativa expresa que restrinja esa posibilidad. Sin embargo, el derecho a la reelección, en los supuestos bajo examen, constituye un obstáculo directo para satisfacer el derecho a la igualdad y de participación política de la mujer.

Sobre este aspecto, recientemente la Sala Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de la reforma legal que limitó el derecho de reelección a las personas que ocupan puestos de elección popular en el ámbito local. Mediante la Ley que limita la reelección indefinida de las autoridades locales, No. 10183 del 05 de abril del 2022, se reformó el canon 14 del Código Municipal, Ley No. 7794, a efectos de permitir un solo período de reelección, así como el reconocimiento de poder aspirar nuevamente al cargo siempre que haya pasado al menos dos períodos de designación desde el último ejercicio del cargo.⁹

Como antecedente, en el voto No. 16947-2022 de las 09 horas 45 minutos del 20 de julio de 2022, se atendió el reclamo de una inconstitucionalidad por omisión en cuanto a la inexistencia de norma legal que restringiera la reelección de puestos de alcaldía municipal.¹⁰ Luego, en la sentencia No. 2022-29648 de las 09 horas 30 minutos del 14

⁹ Señala el mencionado artículo 14 en lo que interesa sobre este aspecto:

Artículo 14.- Denominase alcalde municipal al funcionario ejecutivo indicado en el artículo 169 de la Constitución Política. / Existirán dos vicealcaldes municipales: un(a) vicealcalde primero y un(a) vicealcalde segundo. El (la) vicealcalde primero realizará las funciones administrativas y operativas que el alcalde titular le asigne; además, sustituirá, de pleno derecho, al alcalde municipal en sus ausencias temporales y definitivas, con las mismas responsabilidades y competencias de este durante el plazo de la sustitución. (...) Todos los cargos de elección popular a nivel municipal que contemple el ordenamiento jurídico serán elegidos popularmente, por medio de elecciones generales que se realizarán el primer domingo de febrero, dos años después de las elecciones nacionales en que se elija a las personas que ocuparán la presidencia y las vicepresidencias de la República y a quienes integrarán la Asamblea Legislativa. **Tomarán posesión de sus cargos el día 1^o de mayo del mismo año de su elección, por un período de cuatro años y podrán ser reelegidos. / Las alcaldesas o los alcaldes podrán ser reelegidos de manera continua por una única vez. No podrán ocupar ningún cargo de elección popular del régimen municipal, hasta tanto no hayan transcurrido dos períodos desde que finalizó su segundo período consecutivo. Los vicealcaldes y las vicealcaldesas también podrán ser reelegidos de forma continua por una única vez y no podrán ocupar el mismo cargo ni el de regidores o síndicos, hasta tanto no hayan transcurrido dos períodos desde que finalizó su segundo período consecutivo. / Las personas regidoras, síndicas, intendentes, viceintendentes, concejales municipales de distrito de la Ley 8173, Ley General de Concejos Municipales de Distrito, de 7 de diciembre de 2001, así como quienes ocupen cualquiera de los cargos de suplencias, podrán ser reelegidas de manera continua por una única vez y no podrán ocupar el mismo cargo o su suplencia hasta tanto no hayan transcurrido dos períodos desde que finalizó su segundo período. (El destacado es suplido)**

¹⁰ El asunto fue rechazado ante la falta de interés que se presentaba respecto del ruego, dado que mediante la aludida ley 10183, la reelección fue restringida a un solo período.

de diciembre del 2022, esa Cámara dispuso que la definición de limitar o no una reelección es un tema de libre configuración del legislador, desde luego, sujeto al control de constitucionalidad en cuanto a los parámetros propios del test de proporcionalidad que supone la imposición de todo régimen de limitaciones, que incluyen la ponderación de las condiciones de legitimidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En ese fallo, se estimó que al margen que la Carta Fundamental no incluyera regulación alguna sobre limitaciones a la reelección de cargos municipales, en definitiva, ello no era óbice para que esa restricción se impusiera por fuente legal¹¹, considerando que ni el texto constitucional ni el Derecho de la Constitución (normas escritas, principios y valores) imponían un derecho a la reelección en sí mismo y por ende, una veda para regular una limitación a ese ejercicio. De igual manera, se consideró que para los efectos de la proporcionalidad, esas limitaciones potenciaban la participación y alternabilidad en el ejercicio del poder, principio relevante para el régimen democrático nacional. Lo relevante, por ende, es que las nuevas regulaciones que imponen esas limitaciones no supongan un vaciamiento total del derecho regulado, como un antagonismo con el Derecho de la Constitución.

En lo determinante a lo comentado, la sentencia expresó:

Así, nuestra Ley Fundamental regula específicamente la elección de determinados cargos a nivel municipal, **en los que no se preveían restricciones a sus nombramientos; no obstante, ello no quiere decir que tales limitaciones solo puedan establecerse a través de preceptos constitucionales.** El hecho de que la Constitución Política sí haya instaurado prohibiciones expresas en cargos nacionales de elección popular (artículos 107 y 132 con respecto a los diputados y presidente y vicepresidentes de la República), no excluye la posibilidad de ejercer la prerrogativa legislativa en lo relativo a puestos municipales de elección popular. **De hecho, tal y como se ha desarrollado a lo largo de esta sentencia, el legislador tiene la potestad de modificar aspectos del sistema electoral en cuanto a la elección y reelección de puestos del régimen municipal, siempre y cuando no contraríe el Derecho de la Constitución ni vacíe de contenido los derechos fundamentales.** En cuanto a los regidores municipales, síndicos, intendentes,

¹¹ Al tratarse de la restricción de un derecho fundamental sobre el cual no existe regulación constitucional, como derivación de los ordinales 48 de la Carta Magna, 11 y 19 de la Ley General de la Administración Pública, la ley sería la única fuente legítima para esas imposiciones.

viceintendentes y concejales municipales de distrito, si bien no existe una delegación expresa del constituyente al legislador en cuanto a las condiciones de su designación, las limitaciones establecidas por la parte sustantiva de la ley nro. 10183 no vacían de contenido el derecho a ser electo, sino que, en los términos dispuestos, forman parte de la libre configuración del legislador y su discrecionalidad. En ese sentido, el propio Tribunal Supremo de Elecciones, al contestar la audiencia otorgada por la Sala, señaló: “la tesis de este Órgano Constitucional, sostenida desde hace varios lustros, es que no hay un obstáculo para que el legislador limite la reelección sucesiva de los cargos municipales; tal regulación constituye una decisión política cuya valoración -en cuanto a la conveniencia y oportunidad- es exclusiva del legislador.”

En adición, **aun cuando se alega que la reelección indefinida y sucesiva no puede venir a ser desmejorada por tratarse de un derecho humano, no menos cierto es que, quien ha sido reelecto en un mismo cargo, ya ha ejercido tal derecho y, además, tal como se consignó ut supra, este puede ser limitado y regulado de forma legítima.** En ese sentido, no hay un derecho a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico, amén de que el legislador tiene la potestad de imponer válidamente nuevas condiciones a la reelección en cargos del régimen municipal, en tanto se apliquen a futuro y no sean contrarios al bloque de constitucionalidad. Ergo, la Sala no estima que el cambio de un sistema electoral municipal que contemplaba la reelección sucesiva e indefinida, a otro que solo permite una reelección consecutiva, devenga contrario al Derecho de la Constitución.

Nótese que, si bien el numeral 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estatuye que la ley debe reglamentar el ejercicio del derecho de votar y ser elegido “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”, la jurisprudencia convencional ha establecido que no se trata de una lista taxativa o cerrada, sino que cada Estado puede desarrollar particularidades en su diseño del sistema electoral. Por ello, resulta procedente que el legislador costarricense imponga otras limitaciones que respeten tal instrumento internacional y el bloque de constitucionalidad. Es decir, cada país puede definir restricciones al derecho al voto (en su vertiente activa y pasiva) dentro de ese marco jurídico. (El resaltado es propio)

4.- Posibilidad de reelección e introducción de paridad horizontal en las elecciones municipales 2024.

Ahora bien, teniendo claro que a la luz del artículo 14 del Código Municipal, la reelección solamente procede por un período, la aplicación de la postura de la paridad horizontal exige e impone priorizar alguno de ambos derechos en colusión, pues es evidente que la escogencia demarca la solución a aplicar. Más simple, si se da prioridad a la reelección, la paridad no podría limitar la inclusión en la nómina de la persona que ya ocupa el cargo; por contraste, si se opta por dar mayor relevancia a la equidad y paridad, es menester imponer esa aplicación en la configuración de las nóminas, incluidas las de puestos uninominales.

Ante tal panorama y a la luz de los instrumentos regulatorios ya aludidos, se insiste que en el fallo No. 2951-2023, la Sala Constitucional señaló que el criterio sentado por el Tribunal Supremo de Elecciones es ilegítimo y supone un retroceso en los derechos políticos de las mujeres “... *por considerar que debe prevalecer el derecho a la reelección y la paridad horizontal implica jerarquizar derechos fundamentales, desconocer que los derechos no son ilimitados y fomenta estereotipos tradicionales que limitan las capacidades y oportunidades de la mujer en razón del género.*”

En ese orden, se definió que la estructuración de los partidos políticos debe encontrar e impulsar mecanismos idóneos para asegurar la paridad de género en la construcción de las nóminas de elección popular.¹² Desde esa arista, la postura de la Sala Constitucional parte de la base que las competencias del Tribunal Supremo de Elecciones en cuanto a la fiscalización de las estructuras partidistas supone que aquellas organizaciones pongan en práctica mecanismos de alternancia que faciliten el acceso de las mujeres a los puestos de elección popular y dar posibilidad a que los ciudadanos que ya ostentaron determinado puesto puedan nuevamente someter su nombre en los procesos de elección interno de los partidos políticos para eventualmente convertirse en candidatos para determinado puesto político. De ese modo, resulta notorio que las regulaciones propias del derecho electoral tutelan la equidad en el acceso a los puestos de elección popular, por lo que es claro que la paridad horizontal en puestos uninominales es un tratamiento a tutelar dentro de esta

¹² En el fallo Sentencia No. 2015-016070 la Sala Constitucional consideró que la obligación de tutelar la paridad aludida no establece supuestos de excepcionalidad.

modalidad de procesos de elección democrática y cuyo resguardo corresponde, en primera instancia, a las autoridades electorales.

Esta aplicación resulta fundamental para tutelar el derecho de participación política de las mujeres en las próximas elecciones municipales a celebrarse en el año 2024. Justamente, uno de los temas examinados por la Sala Constitucional, fue el criterio del Tribunal Supremo de Elecciones en cuanto a dimensionar la puesta en marcha de la paridad horizontal en puestos uninominales, en el sentido de postergar su aplicación en estas próximas elecciones, como consecuencia de la priorización que hizo del derecho a la reelección en los cargos sometidos a escogencia popular.¹³

¹³ La Resolución No. 1724-E8-2019 de las 15 horas de 27 de febrero de 2019 del TSE, en el considerando V, expuso:

V.- Sobre el dimensionamiento de los efectos de la presente interpretación oficiosa. (...)

La puesta en escena de este criterio no solo demandará -para los partidos políticos- un proceso de pactos, acuerdos y consensos, sino también una reingeniería normativa que produzca un mecanismo cuyo engranaje permita una implementación finamente articulada y absolutamente precisa, sin margen para la improvisación. Ello requerirá transitar por múltiples procesos de ajuste, acomodo y rectificación.

Cabe señalar, adicionalmente, que la novedosa propuesta no se ajusta bien con los plazos rigurosos -generalmente perentorios y muy cortos- que la normativa electoral establece para los cronogramas del proceso electoral en general y, en especial, para las etapas de presentación e inscripción de candidaturas.

Por ende, la modificación también demandará ajustes reglamentarios a nivel institucional y otras medidas que permitan asegurar su implementación exitosa y el acompañamiento a los partidos políticos interesados; ello, con el objetivo de que el nuevo criterio no genere dilaciones imprevistas que pongan en riesgo la celebración de ese tipo de comicios (caracterizados por la elevada cantidad de agrupaciones participantes y el volumen de puestos a que aspiran). Los cambios que ello implique (a nivel de nuevas reglas para la renovación de estructuras o ratificación de candidaturas, entre otros) van a modificar la dinámica a la que están acostumbrados los partidos políticos.

Con sustento en esas consideraciones, este Tribunal estima que la reinterpretación de las normas de interés obliga a un dimensionamiento de sus alcances y efectos, a la luz de los fundamentos constitucionales involucrados.

En consecuencia, se dispone que la implementación del criterio de paridad horizontal (en los términos citados) y la consecuencia establecida en el considerando IV de esta resolución (que impone el reacomodo de las nóminas ante el incumplimiento) no será aplicable para el proceso de inscripción de candidaturas correspondiente a las elecciones de 2020, sino hasta los comicios municipales del año 2024.

El dimensionamiento (en esos términos) procura, con base en el principio de razonabilidad, que la **implementación** de tan importante medida no se vea frustrada por graves dislocaciones que, a la postre, comprometan su finalidad o desnaturalicen su propósito. Así, las agrupaciones y sus

Para el Tribunal Constitucional, dada la relevancia de la equidad de acceso a esos cargos públicos, la postergación de la orden de implementación de la citada paridad supondría un retroceso en la pretensión de materializar la igualdad de base de la figura objeto de análisis, de manera que supone una lesión a la normativa constitucional que rige la paridad en menesteres electorales.

Como justificante de ese dimensionamiento, la autoridad electoral expresó que diferir la exigibilidad de la paridad horizontal en los puestos plurinominales a nivel municipal hasta el proceso electoral del 2024 “... *perseguía evitar dislocaciones en la dinámica comicial. Las agrupaciones políticas preparan sus estructuras internas para su renovación periódica, atender procesos internos de preselección y selección de candidaturas, las postulaciones cantonales que integrarán cargos locales de elección popular que puede ser ratificada por la asamblea superior, lo que suele tardar varios meses antes de la respectiva convocatoria. De obligarse a las agrupaciones políticas a la implementación de la paridad horizontal alteraría los procesos internos de elección, los partidos políticos nuevos se hubieran atrasado en los procesos de inscripción porque los estatutos tendrían que modificarse. De no haberse dimensionado los efectos hubiera colocado en condición de riesgo las fases de selección interna de precandidaturas e inscripción en la Dirección General de Registro Electoral. El dimensionamiento de los efectos de una sentencia electoral, que se emite en ejercicio de la competencia contemplada en el artículo 102.3, de la Constitución Política, es una facultad intrínseca a la interpretación exclusiva y obligatoria de las normas constitucionales y legales en materia electoral. De no hacerlo se colocaba a los partidos políticos en riesgo de no concluir los procesos internos de selección de candidatos, afectándose el interés de participar en comicios y el pluralismo político.*”

Sobre ese juicio de valor, la Procuraduría General de la República consideró improcedente la aludida postergación de aplicar el rigor de la ley y estimó que el Tribunal Supremo de Elecciones había incurrido en un exceso de potestad

correligionarios tendrán un margen razonable para la reingeniería que el nuevo criterio demanda y un espacio necesario para que el próximo proceso electoral (del año 2020) se traduzca en una tasación de las variables -positivas o negativas- que el mecanismo adoptado por ellos pueda producir en la práctica, sin que se vea comprometida -de manera inmediata- su participación política total o parcial y, sobre todo, el derecho de participación de las bases locales.

Con ello, se busca promover la introducción del “criterio de paridad horizontal” (para las nóminas citadas) sin afectar el principio de participación ni vulnerar la libre autodeterminación de los partidos políticos.

interpretativa, pues las normas del Código Electoral obligan aplicar la paridad horizontal después de las elecciones del 2020.

Como se ha expuesto, a la luz de las ponderaciones de la relevancia de la paridad horizontal, la Sala Constitucional estimó que ese dimensionamiento contraviene la normativa nacional y contravencional. Lo anterior en la medida en que si bien el Tribunal Supremo de Elecciones tiene como función el interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral (art. 102 inciso 3), de la Constitución Política), esa potestad, como cualquier otra, no es ilimitada, sino que es factible cuando se trata de la aplicación o comprensión de una norma que es ambigua u oscura.¹⁴

Para la Sala Constitucional, las normas del Código Electoral, en concreto, el Transitorio II, resulta claro que la ley dispone la obligación de los partidos políticos de renovar sus estructuras a efectos de cumplir los principios de paridad y alternancia de género de forma posterior a las elecciones del año 2010. Ergo, esa fuente impone a las agrupaciones políticas el ejecutar las modificaciones pertinentes para eliminar la discriminación de la mujer y desigualdades en puestos de elección popular. En esa aplicación, la normativa no distingue entre nóminas de candidaturas a cargos municipales uninominales o plurinominales. De ahí que sea totalmente contrario a derecho que más de diez años posteriores a esa reforma legal, no se haya satisfecho su contenido. Igualmente inaceptable es el hecho que el Tribunal Supremo de Elecciones emita un pronunciamiento donde se dilate la aplicación de la norma legal a partir de una (pseudo) interpretación que en lo medular, varía el contenido sustancial de la ley.

Como derivación de esos juicios de valor, en la citada decisión 2951-2023, la Sala Constitucional dispuso anular la interpretación oficiosa de los artículos 2, 52 y 148, del Código Electoral, contenido en la Resolución No. 1724-E8-2019 de 15:00 horas de 27 de febrero de 2019 del Tribunal Supremo de Elecciones, en cuanto a los siguientes puntos: 1) Sobre la imposibilidad de aplicar la paridad horizontal en puestos municipales uninominales (alcaldes, síndicos e intendentes); y, 2) Sobre el dimensionamiento de la implementación del criterio de paridad horizontal en los puestos municipales plurinominales.

Empero, dada la fecha de declaratoria de inconstitucionalidad, la Sala optó por dimensionar los efectos de la supresión dictada, para conservar las nominaciones que han sido llevadas a cabo por los partidos políticos al amparo de sus estatutos válidos y

¹⁴ Sobre las particularidades y límites del ejercicio de esta potestad interpretativa puede verse el voto No. 2021-07442 de las 13:20 horas de 14 de abril de 2021 de la Sala Constitucional.

vigentes en las elecciones municipales realizadas en febrero de 2020. En este punto, reiteramos lo dicho en cuanto a la vigencia de las designaciones populares que se dan en los gobiernos locales que estatuye el ordinal 14 del Código Municipal, Ley No. 7794, que fija un período de 4 años, con posibilidad de una reelección continua. Por ende, es notorio que el dimensionamiento solamente atañe a esas pasadas designaciones, que no a los procesos partidarios que se desarrollan para afrontar las elecciones municipales del año 2024.

Punto a mencionar es que el criterio sentado en la sentencia No. 2951-2023 no fue unánime, ya que el magistrado Cruz Castro salvó su voto indicando que si bien la participación política sin discriminación por razón de sexo es un principio constitucional, se trata de un debate que es propia de la materia electoral, reservada al TSE en su función de único Órgano Constitucional capaz de realizar la interpretación de las normas concretas de su aplicación. De ahí que declaró inadmisibile la acción al estimar que la Sala Constitucional carece de competencia para ingresar a ese debate, compartiendo, en lo medular, el criterio que ya había sido sentado en la postura de minoría expresada por los magistrados Armijo Sancho y Rueda Leal en el fallo No. 16070-2015.¹⁵

Cabe señalar que a raíz de lo dispuesto en la sentencia 2951-202, el TSE procedió en atender dichas consideraciones y en el punto 5.1. de la parte dispositiva de la Resolución nro. 1330-E8-2023, realizó una enmienda de jurisprudencia electoral e interpretación oficiosa de los artículos 2, 52 y 148 del vigente Código Electoral, en el siguiente sentido:

5. Las agrupaciones políticas, en ejercicio del principio de autorregulación partidaria, son las responsables de definir el sexo de los encabezamientos de las nóminas. 5.1. **Esa determinación, para los comicios de 2024, deberá hacerla la asamblea superior** del partido a más tardar el 31 de mayo de 2023, en un

¹⁵ En esa sentencia el magistrado Castillo Víquez y la magistrada Garro Vargas consignaron nota separada. El primero, exponiendo que la jurisprudencia del TSE sí puede ser objeto de la acción de inconstitucionalidad, toda vez que no estamos en presencia del ejercicio de la potestad interpretativa de disposiciones constitucionales de conformidad con el inciso 3) del artículo 102 de la Carta Fundamental. De igual manera, expuso la inconveniencia de hacer alusión a una serie de tratados internacionales, los que a su juicio no son fuente vinculante en el régimen doméstico. En sentido similar, la magistrada Garro Vargas señaló no compartir la cita de instrumentos internacionales que no se han incorporado debidamente al ordenamiento jurídico costarricense, por lo que estima inapropiado utilizarlos como parámetro de constitucionalidad. Tales reflexiones pueden verse en el siguiente link: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-666591>

acto convocado al efecto o como uno de los puntos de agenda de las asambleas ya previstas (como puede serlo la de renovación de estructuras).¹⁶

¹⁶ Para una mejor comprensión de lo estatuido en el punto 5.1 del citado acto 1330-E8-2023 del TSE, cabe destacar lo regulado en el punto 5, que a la letra señala:

5.- Las agrupaciones políticas, en ejercicio del principio de autorregulación, son las responsables de definir el sexo de los encabezamientos de las nóminas. La competencia de este Pleno para interpretar no solo la Constitución Política y la ley en materia electoral, sino también los estatutos de los partidos políticos, **debe ejercerse, desde luego, sin menoscabo de la potestad de autorregulación que tienen las agrupaciones conforme al artículo 98 del texto político fundamental**; por ello, en temas en los que el legislador estableció reservas en favor de la potestad normativa de esas asociaciones voluntarias de ciudadanos, **este Tribunal no puede imponer reglas que son de entera responsabilidad de los partidos políticos.**

(...)

Esas reglas de paridad pueden incorporarse -vía reforma- en el estatuto, en reglamentos existentes (o crearse uno nuevo) o en directrices específicas, siempre que sean discutidas y aprobadas por la asamblea superior de la agrupación. La aprobación de esos preceptos debe hacerse antes de que se convoque la contienda interna y deben difundirse -de manera apropiada- para que los interesados en competir conozcan las regulaciones que gobernarán la contienda electoral intrapartidaria.

Debe recordarse que existe una prohibición absoluta para que, una vez convocado el proceso de selección de candidatos, se modifiquen las disposiciones que lo rigen, pues, caso contrario, se generaría una violación al Principio de Seguridad Jurídica que viciaría el proceso electoral interno (ver, sobre este punto, la resolución No. 3331-E8-2015).

La implementación de la paridad horizontal comienza por definir los encabezamientos en las nóminas de candidatos a los cargos municipales de elección popular, por lo que los partidos, a partir de una decisión estrictamente política que se base en las reglas fijadas en esta resolución, deberán celebrar, antes del 31 de mayo del año en curso, una asamblea superior para establecer qué sexo encabezará sus nóminas. Ese acto partidario puede ser autónomo o incorporarse en uno de los puntos de agenda de las asambleas de renovación de estructuras o de otra índole que la agrupación tenga planificadas. El cumplimiento de esta disposición será requisito insoslayable para la inscripción de las nóminas.

La recepción de postulaciones de los precandidatos a los diferentes puestos, como se indicó, no podrá realizarse si no se tiene claro qué sexo encabezará, por cada circunscripción, las fórmulas.

Importa hacer ver que, tratándose de la paridad horizontal, no existe una suerte de alternancia o alternabilidad, por lo que los partidos no están obligados a intercalar los encabezamientos: no se exige que los cantones impares tengan en el puesto titular o en el primer lugar de las nóminas a un sexo y en los cantones pares al sexo opuesto, o a la inversa. La agrupación, mientras cumpla con igual cantidad de hombres y mujeres (en los términos expuestos en el acápite anterior), puede libremente decidir el sexo por circunscripción y por tipo de cargo (es viable que, por ejemplo, en un cantón se decida que la fórmula para la alcaldía la encabece una mujer, pero que, en la lista de regidurías propietarias, el primer lugar corresponda a un hombre).

De esa manera, impuso que para las elecciones municipales del próximo 2024, las agrupaciones políticas deban aplicar la regla de paridad horizontal. Con todo, ese ejercicio concreto fue igualmente cuestionado ante la sede constitucional, mediante acción de inconstitucionalidad tramitada en el expediente No. 23-007045-0007-CO, en la cual, se alegaba que esa resolución le atribuye a la Asamblea General, la potestad de definir quiénes serían los y las representantes para elección de los puestos por cargos de elección Popular de las Municipalidades, en detrimento de la voluntad cantonal. El recurrente acusaba quebranto a la normativa al imponer el órgano decisor, al verdadero órgano competente para definir la paridad de sexo, el órgano de determinado partido político que debe decidir el sexo de encabezamiento de las nóminas para la elección popular de candidaturas para puestos municipales. Se adujo que ello establecía una imposición arbitraria que lesiona el principio democrático de elección popular, cuando lo correcto es que sea la Asamblea Cantonal y la Asamblea

Esta regla, como se sabe, es la que se aplica desde 2016 en las listas de candidatos a diputados a la Asamblea Legislativa (resolución No. 3603-E8-2016) y fue la que se estatuyó, para puestos municipales plurinominales, en la sentencia No. 1724-E8-2019 (ese punto, valga decir, no fue declarado inconstitucional en el voto No. 2023-002951).

Como se ha expuesto, **la autorregulación es una prerrogativa constitucional de los partidos políticos** que, como tal, solo podría ser limitada por una acción del Poder Público que supere el test de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Esa forma de regulación debe ser -en tesis de principio- una ley en sentido formal y material, pues en esa materia aplica la reserva de ley.

Lo que podría llamarse “alternancia horizontal”, como se ha indicado, no es de observancia en la construcción de las nóminas, puesto que supondría una injerencia ilegítima del Estado en dinámicas que el legislador -a texto expreso- libró a decisión política de los partidos.

Como se expuso, la paridad horizontal en puestos municipales uninominales se aplica por escala de la agrupación y según la cantidad de nóminas que efectivamente se presenten a inscripción, regla que permite asegurar que habrá una nominación igualitaria de hombres y mujeres en los encabezamientos de esos puestos, escenario que evidencia cómo no es necesario disponer una medida que distorsione el arbitrio político partidario.

El principio de paridad se cumple con la citada medida, sin interferir en las determinaciones -sobre el sexo de los primeros lugares de la fórmula- que debe tomar la militancia a través de su asamblea superior, órgano que, importa recordar, está integrado por delegadas y delegados electos por intermedio de dinámicas también paritarias.

Como se puede observar, existe una medida idónea y razonable que asegura una oferta política paritaria, lo cual lleva a descartar cualquier otra acción que implique un condicionamiento a la potestad de autorregulación consagrada en el artículo 98 constitucional. No corresponde, en ese sentido, que el Estado ignore y sustituya las dinámicas políticas internas de los partidos adoptando una decisión unilateral para definir esos extremos. (El destacado es suplido)

Cantonal Ampliada quienes realicen esta designación, por tratarse de elecciones a nivel cantonal y no provincial y/o nacional.

Sobre ese particular, por voto de mayoría, en la sentencia No. 8202-2023 del 12 de abril del 2023, el Tribunal Constitucional consideró constitucionalmente legítimo que el TSE estableciera una regla de delegación en los partidos políticos la debida regulación de lo relativo a la paridad en los encabezamientos en las nóminas. Conforme a la normativa del Código Electoral, es dable imponer a los partidos políticos el respeto de la paridad, no solo a lo interno de cada nómina, sino a lo largo de todas las nóminas de elección popular, para lo cual, deben tomar las acciones, acuerdos y procedimientos que juzguen más apropiados para cumplir y satisfacer el deber que impone los artículos 2 y 52 incisos ñ) y o) del Código Electoral. Así las cosas, la Sala Constitucional estimó que la posibilidad de incorporar la regla de la paridad horizontal por la vía de reforma en el estatuto, en reglamentos existentes o en directrices específicas, a reserva que hayan sido debidamente discutidas y aprobadas por la asamblea superior de la agrupación, es una decisión del TSE que se corresponde a cabalidad con el plexo normativo aplicable.

Ahora, ante la proximidad temporal de las elecciones municipales del 2024 y considerando las adaptaciones que en sus estatutos internos y en los procesos de designación deben atender las agrupaciones políticas, la Sala ponderó lo regulado por el TSE en atención a esta circunstancia, en cuanto a que para esos comicios, se fijaba como fecha límite el 31 de mayo de 2023, para que la asamblea superior de cada partido determine el sexo en los encabezamientos de las nóminas. Esta medida se estima legítima y lógica dada la premura de las próximas elecciones, es imprescindible que la aprobación de esos preceptos deba hacerse antes de que se convoque la contienda interna y se difundan a efectos de que las personas interesadas en competir conozcan las regulaciones que gobernarán la contienda electoral intrapartidaria, con la advertencia de que una vez convocado el proceso de selección de candidatos, existe prohibición absoluta para modificarlas.

Así, la Sala estimó: *“Por ello, se le exige al órgano de mayor representatividad del partido político y en ese sentido, el más democrático dentro de esa estructura, que adopte esa decisión en un acto partidario que puede ser autónomo o incorporarse en uno de los puntos de agenda de las asambleas de renovación de estructuras o de otra índole que la agrupación tenga planificadas. Lo anterior, pues sin esta definición, no se podrían inscribir las nóminas, ni recibir las postulaciones de los precandidatos a los diferentes puestos.”* Al socaire de esos razonamientos, la acción fue declarada sin lugar, con el correlativo voto salvado del magistrado Rueda Leal, quien al estimar que la Sala

Constitucional no puede ejercer control sobre las actuaciones del TSE, conforme al numeral 74 de la Constitución Política, dispuso inadmitir la acción.¹⁷

5.- A modo de sinopsis.

En síntesis, el Tribunal Constitucional dispuso la posibilidad de que la jurisdicción constitucional ejerza control de legitimidad de los criterios reiterados del TSE, pese a que los numerales 30 inciso d) y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional impide el análisis de actos concretos de ese órgano, en ejercicio de su competencia de instancia rectora en cuestiones electorales. Tal visión se concreta en que el objeto de control es la jurisprudencia, sea, los criterios reiterados del TSE, que no de sus decisiones concretas y al socaire de un modelo concentrado de control constitucional. Con todo, posturas minoritarias en esa Sala Constitucional sostienen la imposibilidad de tales medios de revisión dada la competencia exclusiva y excluyente que confiere el canon 102 de la Carta Fundamental a favor del TSE en cuestiones electorales.

Por otro lado, se ha estimado que el condicionamiento del derecho de reelección en cargos de elección popular, si bien no cuenta con regulación expresa en la Constitución Política, es una materia de posible regulación legal, operando en ese campo una liberalidad del legislador, lo que no obsta para el control de constitucionalidad en cuanto a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad. De esa manera, la limitación realizada al régimen municipal, para imponer una sola reelección consecutiva, no atenta con derechos fundamentales de quienes ostentan se tipo de cargos.

El ordenamiento jurídico que aplica y regula a los menesteres electorales, en concreto, ordinales 2, 52 y 148 del vigente Código Electoral, imponen la regla de la paridad horizontal en los procesos de elección popular de orden plurinominal y uninominal. Se trata de una regla que tutela y potencia el derecho de igualdad y no discriminación y que se compone en una acción afirmativa que se ha estimado necesaria para dar equilibrio y resguardo al derecho de las mujeres frente a los procesos democráticos de elección popular.

La Sala Constitucional no solamente ha validado en la existencia de dicha regla y su imperativo cumplimiento por las organizaciones políticas, ha ordenado la aplicación inmediata de la figura de la paridad horizontal en los comicios locales a celebrarse en

¹⁷ Los detalles de este voto pueden ser consultados en el link <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-1158412>

el año 2024. Desde luego que lo anterior implica ajustes en los procesos de habilitación de postulaciones, fiscalización electoral, así como en los procesos partidarios necesarios para la elaboración de las nóminas a cada uno de los cargos. Empero, ese impacto estructural y funcional no puede ser justificante de una postergación a normativa que desde el año 2010, ya fijaba una regla de paridad, y que de otro modo, sería desaplicada y con ello, vacía el contenido sustancial del fin legítimo que se pretende resguardar con esa figura.

Desde luego que el derecho a la reelección se ve impactado potencialmente por la aplicación de la regla de paridad horizontal en puestos uninominales, empero, el sustento mismo de esta acción afirmativa supone dar prevalencia a la equidad y no discriminación que supone esta última figura, como mecanismo para procurar un posicionamiento de las mujeres en sus aspiraciones de ocupación de este tipo de puestos de elección popular.

Las libertades de expresión y de prensa. Análisis a partir de la jurisprudencia constitucional y convencional.

Alex Rojas Ortega*

Resumen:

Las libertades de expresión y de prensa constituyen un pilar del Estado constitucional de derecho y fungen como presupuesto material de las democracias modernas; su trascendencia se remonta a su condición originaria como derechos de primera generación, inherentes a la persona a partir del reconocimiento de una serie de derechos civiles y políticos de todo ser humano. En el presente estudio, se efectúa un análisis de las libertades de expresión y de prensa, tanto desde el punto de vista de su contenido, como de sus caracteres y alcances, a partir de los criterios esbozados por la Sala Constitucional de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; todo ello como parte de un espectro jurídico donde existen diferentes ámbitos de protección, propios de la tutela multinivel de los derechos humanos.

Palabras clave:

Derechos humanos. Libertad de expresión. Libertad de prensa. Jurisprudencia. Estado de derecho.

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con diplomas en Técnica Legislativa y Control Parlamentario, por la Oficina de Cooperación Española y el Congreso de los Diputados de España. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla – La Mancha. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo. Miembro de la Comisión de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

Abstract:

Freedom of expression and the press constitute a pillar of the constitutional rule of law and serve as the material budget of modern democracies; its significance goes back to its original condition as first-generation rights, inherent to the person from the recognition of a series of civil and political rights of every human being. In the present study, an analysis of the freedoms of expression and the press is carried out, both from the point of view of their content, as well as their character and scope, based on the criteria outlined by the Constitutional Chamber of Costa Rica and the Inter-American Court of Human Rights; all of this as part of a legal spectrum where there are different areas of protection, typical of the multi-level protection of human rights.

Keywords:

Human rights. Freedom of expression. Freedom of the press. Jurisprudence. Rule of law.

SUMARIO: **I.-** Introducción. **II.-** Los derechos fundamentales y humanos a la libertad de expresión y de prensa. **1.-** Las libertades de expresión y de prensa. Concepto. **2.-** Las libertades de expresión y prensa en el derecho interno costarricense. **3.-** Las libertades de expresión y prensa en el derecho internacional. **III.-** Límites en torno a las libertades de expresión y de prensa. **IV.-** Las libertades de expresión y de prensa en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. **V.-** Las libertades de expresión y de prensa en el contexto de la convencionalidad. **VI.-** Las libertades de expresión y de prensa en el contexto de la cuarta generación de derechos humanos. **VII.-** Conclusiones. **VIII.-** Fuentes de información.

I.- Introducción.

Los derechos fundamentales y humanos a la libertad de expresión y de prensa son elementos básicos del constitucionalismo moderno y su presencia es requerida en el marco de cualquier Estado que pretenda configurar un ambiente de respeto y de garantía de la libertad inherente a toda persona.

Tales derechos surgen como parte de un conjunto de derechos civiles y políticos de primera generación, que se abrieron espacio en procura de la limitación de los Poderes Públicos y que, actualmente, poseen una alta relevancia dentro de la sociedad de la información y el conocimiento, como una proyección de derechos humanos de cuarta generación incardinados en el espacio digital; aspecto que, en sí mismo, tan solo se deja expuesto para una futura publicación.

A partir de ese contexto, en este estudio se propone el efectuar un análisis del contenido, caracteres y alcances que poseen los derechos a la libertad de expresión y de prensa, desde dos distintos puntos de vista: por un lado, en uso de una metodología de investigación exegética, se analizan los contornos de los derechos bajo estudio con base en la regulación normativa de derecho interno y de los instrumentos internacionales aplicables a la materia; y, por otra parte, desde la perspectiva del análisis de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), lo cual, en uso del método de investigación inductivo, permitirá delinear conclusiones generales a partir de casos específicos de tutela constitucional y convencional relacionados con los derechos supra indicados.

II.- Los derechos fundamentales y humanos a la libertad de expresión y de prensa.

Las libertades de expresión y de prensa son dos derechos fundamentales y humanos, puesto que están reconocidos no solo a nivel de la Carta fundamental en Costa Rica, es decir, con sustento normativo superior de derecho interno, sino que, también poseen reconocimiento en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Bajo ese contexto, a continuación, a partir de un análisis inductivo de la jurisprudencia constitucional y convencional sobre la materia, se propone un determinado contenido y ciertas características generales en torno a las libertades de expresión y de prensa; al mismo tiempo, se efectúa un breve recorrido en lo concerniente a la regulación nacional e internacional relativas a las libertades de expresión y de prensa, a saber:

1.- Las libertades de expresión y de prensa. Concepto.

En el derecho constitucional es dable afirmar que las libertades de expresión y de prensa constituyen dos derechos fundamentales que están muy vinculados y que, actualmente, son un presupuesto para el sano ejercicio de la democracia, ya que facilitan la participación ciudadana, el control de los poderes públicos, la rendición de cuentas, la transparencia, entre otros. A su vez, tanto la libertad de expresión, como la de prensa, como se expondrá más adelante, representan derechos humanos de primera generación, como parte de los derechos civiles y políticos, que fungieron como un primer estrato de derechos intrínsecos al ser humano y que, actualmente, se han extendido a lo que conocemos como la sociedad del conocimiento y la información, donde el espacio digital juega una relevante función y respecto del cual, se ha dado origen a una cuarta generación de derechos humanos.

Ahora bien, la **libertad de expresión** es una de las bases sobre las que se asienta el Estado constitucional de derecho, pues garantiza a todas las personas la libre manifestación de las ideas, opiniones o pensamientos, así como el conocer la de los demás. De manera intrínseca, la libertad de expresión, supone la libertad de información, es decir, el derecho a ser informado objetivamente respecto de temas de interés general y a informar a los terceros; todo lo cual, facilita el intercambio de ideas

u opiniones y hace posible la formación de una opinión pública libre y objetiva. De acuerdo con Laura Coronado:

El concepto de libertad de expresión comúnmente alude a la facultad de manifestar pensamientos a través de distintos medios, es decir, puede incluir diversas modalidades por lo que está estrechamente vinculada con otros derechos como son las libertades de comunicación, de información, informática, la de imprenta, de pensamiento u opinión, de acceso a la cultura, religiosa (libertad de conciencia y de culto) y la de enseñanza (libertad de cátedra o investigación), entre otros. (2015, p. 122)

Al respecto, en la sentencia n° 10961-2020 del 17 de junio del 2020, la Sala Constitucional indicó claramente que no puede haber censura previa en cuanto al ejercicio de la libertad de expresión y, para ello, manifestó que existen dos perspectivas apreciables, a saber:

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.

Por su parte, la **libertad de prensa**, como una derivación de la libertad de expresión, es una de las manifestaciones más relevantes de la libertad personal y, en ese tanto, es una de las bases fundamentales sobre las que se asienta la sociedad democrática, ya que permite a todas las personas el ejercitar una libre comunicación de sus palabras, ideas, opiniones, entre otras, hacia el público, así como el buscar información, expresarse en forma oral, escrita o mediante gestos, efectuar publicaciones e inclusive, difundir contenidos a terceros en general, todo ello con fines periodísticos y de información pública.

Dicho de otro modo, la labor periodística, se encuentra subsumida en la libertad de expresión, pues tal como lo indicó la Corte IDH -incluso desde la primera vez que se refirió a la labor del periodista-, dicha labor sí está garantizada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y “(...) *no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado.*”¹

De tal manera, aunque están relacionadas, la libertad de expresión y de prensa, son distintas, pues tal como lo afirmó el profesor de la Universidad de Sevilla, Joaquín Urías:

En la actualidad está claro que nos encontramos ante dos derechos fundamentales distintos, con diferentes límites y efectos. La diferencia más evidente entre ambos se aprecia en su objeto mismo: uno garantiza la libre difusión de informaciones y datos; el otro la expresión de juicios de valor. En ese sentido, pueden compartir una misma finalidad constitucional, como veremos a continuación, en el sentido del valor democrático constitutivo que puedan tener; para la efectividad del sistema democrático tan importante es conocer las diversas opciones ideológicas existentes, como estar informado del funcionamiento cotidiano del Estado. (2005, p. 5)

A su vez, la libertad de prensa permite la publicación de noticias con el objetivo de veracidad, bajo motivos legítimos y con fines de interés general, por lo que, en criterio del autor, el objeto de esta libertad es informar a la opinión pública de manera objetiva y cierta, lo cual no debe entenderse como algo rígido o tajante, pues la realidad es que su ejercicio se ve muchas veces obstaculizado, por lo que no sería viable exigir la veracidad para su ejercicio. Por esa razón, la libertad de prensa sí requiere de la búsqueda honesta y objetiva de la verdad en relación con los hechos noticiosos, pero para su ejercicio no se exige que lo difundido sea solo aquello que estrictamente esté demostrado como veraz, pues, además de convertirse en una censura previa, tornaría en prácticamente imposible su ejercicio.

Desde el punto de vista del autor, existen algunos elementos que, desde los cimientos de la jurisprudencia, identifican y caracterizan a la libertad de prensa, como instituto jurídico; en primer lugar, su **naturaleza dual**, pues no solamente representa un derecho para la persona que desea expresarse, informar o difundir contenido noticioso,

¹ Opinión Consultiva n.º 05/85 del 13 de noviembre de 1985.

sino que, también, es al mismo tiempo un derecho de la sociedad en su conjunto a ser informada. Al respecto, en la sentencia n.º 7391-2012 del 1º de junio del 2012, la Sala Constitucional afirmó que a la libertad de prensa “(...) *se le concibe como el derecho de los medios de comunicación a informar, por otro, como derecho del ciudadano a ser informado. El artículo 29 de la Constitución Política permite la comunicación de pensamientos sin previa censura, ya sea de palabra o por escrito, así como su publicación.*” Es decir, el derecho, en sí mismo, tiene un contenido de libertad en un doble sentido.

Por otra parte, el derecho fundamental a la libertad de prensa, existe en el tanto lo que se pretende difundir **posea una relevancia pública o de interés general**, pues, lo contrario, significaría la eventual lesión de otros derechos fundamentales, como la intimidad, privacidad, igualdad, el honor, entre otros. En ese sentido, en la sentencia n.º 8396-2018 del 25 de mayo del 2018, la Sala Constitucional afirmó que la libertad de prensa “*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 (...).*” Lo anterior, evoca que, como presupuesto para el ejercicio de la libertad de prensa, la información que se difunde debe ser de interés general.

En armonía con lo expuesto, es conveniente reseñar brevemente la diferencia que ha hecho la Sala Constitucional sobre el interés público de una determinada difusión de datos o información, que sí resulta amparable en el derecho a la libertad de prensa, mientras que, un supuesto totalmente diferente es el interés del público en el conocimiento de datos o información; puntualmente, dicha Sala Constitucional expresó:

Por otro lado, debemos recordar que no se debe confundir el llamado interés público con el interés del público. El primer caso se trata de un interés especial, un interés moral y socialmente relevante y dotado por tanto de prioridad normativa, para lo cual el periodismo tiene un ámbito mayor de difusión de la información por el carácter que esta reviste. En el segundo caso, que es el que nos ocupa, tan solo se enuncia el interés del público, esto es, el deseo o la curiosidad compartidos por un número más o menos significativo de personas. (Sentencia n.º 3316-2019 del 22 de febrero del 2019)

En adición a las anteriores características, la libertad de prensa **requiere, inexorablemente, el previo ejercicio, a modo de presupuesto habilitante para ella, de la libertad de expresión**, pues sin esta, la posibilidad de difundir la

información es inexistente. Sobre ello, en la Opinión Consultiva n.º OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, la Corte IDH afirmó:

72. (...) La profesión de periodista -lo que hacen los periodistas- implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención (...).

74. (...) El ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado (...).

Por ello, la libertad de prensa, en su relación armónica con la libertad de expresión, es viable solo a través de esta, pues, casualmente, la libertad de expresión es un vehículo para que la primera se pueda manifestar; a su vez, la libertad de prensa facilita las labores de investigación e información sin que se sujete previamente su ejercicio a impedimentos o restricciones, lo que permite apreciar otra de sus características, cual es que, para que su ejercicio sea efectivo, no deben colocarse **límites irrazonables o censuras previas**. Bajo la misma postura, el Tribunal Constitucional, en su sentencia n.º 12926-2017 del 18 de agosto del 2017, manifestó:

(...) la libertad de prensa es un pilar fundamental 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 (...).

Como puede apreciarse, la libertad de prensa implica el derecho de toda persona a buscar y difundir información, así como a manifestar opiniones e ideas a un número incierto de personas, a través del ejercicio de la libertad de expresión, en lo relativo a hechos que, por su naturaleza son de interés general; a partir de su esencia y características, a la libertad de prensa se le ha atribuido una triple función:

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. (Sala Constitucional, sentencia n.º 5977-2006 del 03 de mayo del 2006. Lo resaltado no es del original)

Asimismo, por su naturaleza, la libertad de prensa **está sujeta a las mismas limitaciones que la libertad de expresión**, de modo que, indisolublemente ligada a su ejercicio se encuentra la responsabilidad ulterior de quienes ejercitan el derecho, tal como los periodistas y los medios de comunicación, en relación con la veracidad y objetividad de lo informado, sobre todo si se toma en consideración que, a través de la libertad de prensa, cuando es bien utilizada, se puede formar una sociedad bien informada, que pueda conocer acerca de sus derechos y obligaciones, en el marco de procesos transparentes y conscientes, para la elección de los gobernantes. Dicho con otras palabras, los medios de prensa y quienes ejerciten la libertad de prensa, tienen una **relevante responsabilidad social** en el desarrollo democrático de los Estados constitucionales.

2.- Las libertades de expresión y prensa en el derecho interno costarricense.

El derecho fundamental a la libertad de expresión se encuentra originariamente previsto en el artículo 28 de la Constitución Política (1949), el cual, en lo que es de interés, indica que *“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. (...)”* Mientras que, en el artículo 29 de la misma norma suprema, se confirma la libertad de expresión y, al mismo tiempo, se prevé el derecho fundamental a la libertad de prensa; la norma de comentario, expresa lo siguiente: *“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.”*

En consecuencia, en el derecho interno costarricense, tanto el artículo 28 como el numeral 29, ambos de la Constitución Política, establecen el derecho de toda persona a la libre expresión, mientras que, en el artículo 29 de comentario, también se prevé la libertad de prensa; ello implica que todas las personas tienen derecho a expresar sus ideas y opiniones libremente, sin embargo, la libertad de expresión puede estar sujeta a límites legales y legítimos, sobre todo para evitar que sea utilizada para dañar la

dignidad, la reputación, honorabilidad o la privacidad de otras personas, tal como lo prevé el artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)².

3.- Las libertades de expresión y prensa en el derecho internacional.

En lo concerniente a los diferentes ámbitos de protección de los derechos humanos en el derecho internacional, o dicho de otra forma, en lo que respecta a la tutela multinivel de resguardo de los derechos humanos, en torno a los derechos a la libertad de expresión y libertad de prensa **en el plano del Sistema Universal de Protección**, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)³, consagra los derechos a la libertad de información o investigación, de expresión y de difusión por cualquier tipo de medio.

Posteriormente, en el mismo estrato de tutela universal, como parte del reconocimiento de una serie de derechos y libertades previstas como la primera generación de los derechos humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)⁴, estipula que todas las personas tienen derecho a expresar sus opiniones, sin que sean molestados por ello, así como a la libertad de expresión, de información y de difusión a través de cualquier tipo de medio. Asimismo, a partir de la misma norma, se

² Artículo 5, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "*Artículo V. 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.*"

³ Artículo 19, Declaración Universal de los Derechos Humanos: "*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.*"

⁴ Artículo 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "*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 los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*"

indica que tales derechos solamente admiten las limitaciones que, vía reserva de ley, sean establecidas por tratarse de necesarias para respetar los derechos de los demás, la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas.

Por su parte, con una naturaleza híbrida, pues fue el primer instrumento internacional contemporáneo en materia de derechos humanos, pero al mismo tiempo, tal como lo ha afirmado el ex juez de la Corte IDH, Thomas Buergenthal (1989, p. 111), se puede considerar como la Carta Magna del Sistema Interamericano, es decir, de un ámbito de protección **regional**, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (1948), con una amplia perspectiva de todas las facetas que implica la libertad de expresión, en su artículo 4⁵, complementa la regulación y dispuso como derechos la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión.

A su vez, en el mismo plano regional de tutela de los derechos humanos, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)⁶, consagra la libertad de pensamiento, como derivación de la libertad de conciencia, así como la de expresión, información y difusión; del mismo modo, impide la censura previa, pero bajo responsabilidades directamente establecidas por el Poder Legislativo y aboga por la eliminación de lesiones indirectas al ejercicio de tales derechos, las cuales se pueden originar a partir del abuso de los poderes públicos en el control de los insumos necesarios para la difusión de las ideas o información, inclusive, en lo que se refiere al uso del espectro electromagnético o en los obstáculos que se puedan colocar ilegítimamente para ello.

⁵ Artículo 4, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.”*

⁶ Artículo 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos: *“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. (...)”.*

Aunado a lo anterior, a partir de la regulación prevista en el indicado artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH, por ejemplo, en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile del 2001, ha afirmado que la libertad de expresión y de pensamiento tiene dos dimensiones, a saber: primero, una dimensión individual, en la que toda persona no solo puede expresarse, sino también puede utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento; y, segundo, una dimensión social, en la que la libertad de expresión es un mecanismo para el intercambio de ideas e información, por lo que comprende el derecho a comunicar pero también de conocer las opiniones, criterios o información de otros.

A su vez, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre del 2000, en el 108 período ordinario), dispone lo siguiente:

5. 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.

De igual modo, la Carta Democrática Interamericana (2001), en su artículo 4⁷, dispone que las libertades de expresión y de prensa son elementos fundamentales para el ejercicio de la democracia.

De ahí que, actualmente, es sencillo afirmar que todas las personas que están bajo la protección de la Convención Americana tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas, opiniones e información de toda índole, así como también el de recibir y conocer las opiniones, ideas e información difundidas por los demás.

Lo anterior, sin dejar de mencionar que el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estableció el derecho de rectificación o respuesta, que se ejercita cuando una persona se considera afectada por causa de informaciones inexactas o agraviantes, emitidas por un medio de difusión y dirigidas al público en general;

⁷ “Artículo 4.- Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. (...)”

regulación que, en el ordenamiento jurídico interno, replica el artículo 66 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (1989).

III.- Límites en torno a las libertades de expresión y de prensa.

El ejercicio de las libertades de expresión y de prensa, como atribuciones de rango constitucional en beneficio de toda persona, para buscar información, expresarse e informar a la sociedad sobre temas de interés público, debe ser llevado a cabo en el marco de los principios jurídicos, éticos y de los condicionamientos propios de la libertad de expresión, los cuales, siempre deben ser interpretados en forma restrictiva, no solo porque, en su esencia, se trata del ejercicio de un derecho fundamental, sino también porque ello es indispensable para alcanzar una prensa libre y objetiva, que goce de las facilidades para brindar veracidad y transparentar la conducta pública.

En ese sentido, a partir del presente estudio, bajo los parámetros delimitados por la jurisprudencia constitucional y convencional, es la **cualificación de interés público de la información**, lo que marca un primer límite en el ejercicio de la libertad de prensa y de las afirmaciones, opiniones o ideas en que se materializa la libertad de expresión que aquella representa. Es decir, será la información de interés público y no la de interés privado o confidencial, la que califique como viable de ser difundida al colectivo a través del ejercicio de la libertad de expresión. Al respecto, refiriéndose al interés público de la información, dentro del cual está lo relativo a un amplio -pero no total- margen de información relativo a los funcionarios públicos, en el caso *Fontevechia y D'Amico vs. Argentina* del 29 de noviembre del 2011, la Corte IDH afirmó:

La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a 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 solo se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.

Lo anterior cobra sentido cuando se logra apreciar que, al expresar las ideas o información y difundirlas a la sociedad, se tutela el importante interés de la colectividad de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del aparato público o de todo aquello que pueda afectar los intereses colectivos; esto, sin duda, tiene

repercusiones favorables en el control ciudadano, la participación del pueblo y en la utilización de vías o de instituciones cuya finalidad es precisamente velar por la legitimidad del Estado y la defensa de los derechos de todas las personas, como sucede con el defensor del pueblo u Ombudsman⁸, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, entre otros.

A su vez, el límite propio de la cualificación de interés público de la información que se difunde, posee también otra perspectiva incluida, cual es que el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce que toda persona tiene, entre otros, derecho a la **vida privada** y prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en ella, como en la propia de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias (regulación también prevista a nivel de derecho interno en el numeral 24 de la Constitución Política). Ello garantiza a toda persona un espacio de tranquilidad personal en el que terceros no puedan incursionar, así como tener reservados ciertos aspectos de la vida privada frente a la libertad de prensa y, también, controlar la difusión de información personal hacia el público.

Precisamente por ello, como segundo límite, es dable afirmar que las ideas, información u opiniones, expresadas mediante la materialización de la libertad de expresión y puesta en ejercicio en casos particulares con la libertad de prensa, no pueden representar una lesión al **derecho al honor y al prestigio** de una persona, como tampoco de los **derechos a la intimidad, imagen y confidencialidad**. En tal sentido, resulta ilustrativo lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso

⁸ De acuerdo con María Pérez – Ugena (2022), la defensoría del pueblo u Ombudsman “(...) se trata de una institución de carácter unipersonal, de naturaleza no contenciosa, que carece de poder coercitivo y está dotada de autonomía. Su creación responde, inicialmente, a la necesidad de supervisar y controlar los actos de la Administración pública, referidos a los supuestos de mala administración de los que se tenga conocimiento a través de la presentación de quejas. Dichas quejas se tramitan a través de un procedimiento de carácter gratuito y sujetas a los mínimos formalismos, de cuyo resultado se da parte a través de informes periódicos al Parlamento. Se trata, además, de un órgano nombrado por el Parlamento mediante mayorías cualificadas y, por último, y en esto las Defensorías siguen el modelo español y no el originario escandinavo, está facultado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y amparo.” (p. 126-127) En el caso costarricense, se cuenta con la Defensoría de los Habitantes, órgano adscrito al Poder Legislativo, cuya función de acuerdo al artículo 1 de la ley n.º 7319 de 1992, es “(...) proteger los derechos y los intereses de los habitantes. Este órgano velará porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho. Además, deberá promocionar y divulgar los derechos de los habitantes.”

Gutiérrez Suárez c/. España, demanda número 16023/07, sentencia del 04 de mayo del 2010, en el que ese alto tribunal regional afirmó que:

(...) la prensa desempeña un papel esencial en una sociedad democrática, si bien no debe traspasar ciertos límites que se encuentran, en particular, en la protección de la reputación y los derechos de terceros, así como en la necesidad de impedir la revelación de información confidencial, le incumbe, sin embargo, comunicar, en cumplimiento de sus deberes y sus responsabilidades, información e ideas sobre todas las cuestiones de interés general.

Además, un tercer límite constituye el que, si bien la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que el numeral 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la censura previa, es lo cierto que esa norma también prevé la **posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores** por el ejercicio abusivo de ese derecho; a pesar de ello, cualquier restricción a su ejercicio debe tener carácter excepcional y no debe limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión, ni tampoco puede llegar a convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa⁹.

Sobre lo anterior, al referirse a la inexistencia de censura previa en torno a la libertad de expresión y de prensa, pero consciente de la presencia de responsabilidades ulteriores, la Sala Constitucional, en el voto n.º 5977-2006 del 03 de mayo del 2006, expresó:

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.

Sumado a lo expuesto, es de importancia mencionar lo que podría calificar como un cuarto límite, ya que, en el criterio de la Sala Constitucional, v.gr., en la sentencia n.º 3316-2019 del 22 de febrero del 2019, la "(...) *afectación a determinados derechos fundamentales de terceros en el ejercicio de la libertad de prensa es legítima siempre que se dé de manera adecuada, necesaria y proporcionada.*"; es decir, desde el punto de vista

⁹ Al respecto, puede verse el caso Tristán Donoso vs. Panamá del 27 de enero del 2009, de la Corte IDH.

del autor, los parámetros de **razonabilidad y proporcionalidad**, son un límite en cuanto a las libertades de expresión y de prensa, de modo tal que en su ejercicio debe imperar la legitimidad, la ponderación para evitar la afectación a los derechos e intereses en juego y el equilibrio.

A su vez, como quinto límite, puede afirmarse el **grado de responsabilidad** que deben mantener los medios de comunicación en la función social que desempeñan, ya que tales sujetos son instrumentos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, motivo por el que es indispensable que recojan las más diversas informaciones, ideas y opiniones, de manera objetiva, libre y transparente.

En ese contexto, el Estado debe minimizar las restricciones a la circulación de la información y adoptar una posición de garante, que permita equilibrar, en la medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, con el objetivo de forjar el pluralismo informativo y formar una opinión pública objetiva y responsable.

Finalmente, no debe omitirse que, la libertad de prensa como tal, también debe respetar el libre desarrollo de otros derechos y principios, tales como el de acceso a la información pública, resguardado en el numeral 30 de la Constitución Política y el secreto de las fuentes, que garantiza la confidencialidad de los medios a través de los cuales un periodista obtuvo una determinada información y que, en su esencia, significa la facultad de todo periodista de no revelar las fuentes de la noticia, ya sea frente al medio de comunicación para el que labora, terceros o a las autoridades y poderes públicos, de manera que tiene una proyección y una eficacia *erga omnes* (al respecto, puede verse el voto de la Sala Constitucional n.º 7548-2008 del 30 de abril del 2008).

IV.- Las libertades de expresión y de prensa en la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de prensa, siendo ambos derechos fundamentales con una relación intrínseca debido a que sin libertad de expresión, la de prensa resulta imposible, han sido objeto de conocimiento por parte de la Sala Constitucional y resulta de interés exponer los alcances de la tutela que dicha Sala ha brindado a tales derechos, al garantizar la supremacía del Derecho de la

Constitución, tal como lo imponen los numerales 10 y 48 de la Carta Política y 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional; debido a lo limitado de este estudio, se hará un recuento de los principales fallos que, a juicio del autor, han guardado directa relación con tales libertades fundamentales.

El primer supuesto que se expone, es un caso emblemático en el derecho constitucional costarricense, debido al alto impacto que tiene la sentencia emitida por la Sala Constitucional en el conocido como el caso “Roger Ajún”; en **1995**, la Sala Constitucional conoció de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Roger Ajún Blanco en contra del artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, en tanto establecía que las labores del periodista solo podrían ser realizadas por miembros inscritos en dicho Colegio, lo cual se estimó como lesivo a la libertad de expresión y de prensa. Sobre el particular, la Sala Constitucional, en el fallo n.º 2313-1995 del 09 de mayo de 1995, consideró lo siguiente:

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. (...) 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 este fallo, la Sala Constitucional no solamente estableció que los periodistas no requieren estar colegiados en la respectiva corporación profesional para ejercer su libertad de expresión, de información y de prensa, en claro provecho de una sociedad democrática debidamente informada y del propio ejercicio de las libertades

fundamentales, sino que, además de sustentar su postura a partir de lo dispuesto por la Corte IDH en su Opinión Consultiva n.º 05/85 del 13 de noviembre de 1985, confirmó que todo lo que dispuesto por la Corte IDH, sea en su función contenciosa como consultiva, resulta vinculante en el ordenamiento costarricense, en aras de garantizar el *corpus iuris* interamericano y, al mismo tiempo, ejercer una especie de control de convencionalidad en el derecho interno¹⁰, a pesar de que, para esa fecha, aún no había surgido ese instituto del derecho convencional en los términos en que se conoce actualmente, pues no es sino hasta la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs Chile del 2006, en que surgió oficialmente tal instituto.

Cabe resaltar que dicha postura fue de alguna manera reiterada por la Sala Constitucional varios años después, cuando a través del voto n.º 15039-2019 del 09 de agosto del 2019, confirmó la improcedencia de la colegiatura obligatoria en el caso de los periodistas.

Otro caso de importancia acaeció en el **2001**, cuando la Sala Constitucional se refirió a lo que anteriormente en este estudio se calificó como la responsabilidad social de los medios de comunicación, pues a través de la sentencia n.º 9250-2001 del 14 de setiembre de 2001, dicho alto tribunal afirmó que la libertad de información, es decir, la facultad de toda persona a recibir información suficientemente amplia sobre determinados hechos y sobre las corrientes de pensamiento, que a su vez, permite escoger y formarse sus propias opiniones, es un medio para la adecuada integración de la opinión pública en asuntos de interés general, que alcanza un alto nivel social cuando es llevada a cabo por los periodistas a través del medio institucionalizado de formación de la opinión pública, esto es, la prensa. Esto, bajo la convicción de que sobre los

¹⁰ Es de relevancia mencionar que, en criterio del autor, las opiniones consultivas de la Corte IDH sí resultan vinculantes para el Estado costarricense, indistintamente de si han sido solicitadas o no por Costa Rica; lo anterior, dado que el control de convencionalidad representa un imperativo para los Estados parte del Sistema Interamericano, de modo que, en su integridad, el *corpus iuris interamericano*, debe ser observado obligatoriamente. Dicha postura también podría desprenderse de lo expuesto recientemente por la propia Corte IDH en la Opinión Consultiva n.º OC-29/22 del 30 de mayo del 2022, relacionado con enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de libertad, cuando afirmó: "30. (...) *es necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, **también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva**, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, el cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"*. (Lo resaltado no es del original)

periodistas recae la importante responsabilidad social de poner en conocimiento una información objetiva, veraz y transparente a la colectividad.

Sin embargo, la misma Sala Constitucional indicó que lo anterior no puede significar que la libertad de prensa sea absoluta, sino que, al contrario, su puesta en práctica debe analizarse en cada caso concreto y, con ello, ponderar si la información divulgada se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente o si, por el contrario, su difusión representa una lesión a otros derechos constitucionales, como al honor, la intimidad y la imagen, entre otros, derivados del propio Derecho de la Constitución.

Por otra parte, de forma breve para no incurrir en reiteración, cabe mencionar que en el **2008**, a través del voto n.º 7548-2008 del 30 de abril del 2008, la Sala Constitucional explicó el objetivo del secreto de las fuentes del periodista; sobre ello, indicó:

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. (Lo anterior, fue reiterado en el voto constitucional n.º 4035-2014)

En adición, en el **2015**, el Tribunal Constitucional realizó la relevancia de los medios de comunicación y los calificó como instrumentos para el ejercicio de las libertades comunicativas, con un impacto de peso en el fortalecimiento de una sociedad informada. Así, en el voto n.º 1782-2015 del 06 de febrero del 2015, la Sala Constitucional expresó lo siguiente:

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 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.

Luego, en el **2016**, además de reiterar la relevancia de la labor social que tienen los medios de comunicación en una sociedad democrática, la Sala Constitucional se refirió a los efectos favorables que provoca la prensa respecto del control ciudadano, la transparencia y la rendición de cuentas, como imperativos constitucionales en el ordenamiento jurídico costarricense (artículos 11 y 30 de la Carta magna); lo anterior, más aún tratándose de la conducta de los funcionarios públicos, quienes se encuentran intrínsecamente expuestos al control social en aras de proteger valores constitucionales y convencionales. Puntualmente, en la sentencia n.º 15220-2016 del 18 de octubre del 2016, la Sala Constitucional manifestó:

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.

Claramente, desde el punto de vista de la Sala Constitucional, sin libertad de información en la labor de los medios de comunicación, que permita conocer lo que sucede en la gestión pública, tal como si fuera una radiografía del aparato estatal y, además, que someta a escrutinio la conducta de los funcionarios públicos, de modo que todas las personas podamos observar y cuestionar esa conducta, tal cual si la Administración pública fuera una casa de cristal o de ventanas abiertas, no podría afirmarse la existencia de un Estado constitucional de derecho que proteja las libertades de expresión, información, prensa, así como la rendición de cuentas y el control jurídico - político.

Ahora bien, la libertad de información en beneficio de los medios de comunicación -e indirectamente de toda persona- es indispensable para que exista una sociedad informada y, por ello, en una sociedad democrática, debe garantizarse esa libertad respecto de todos los medios de comunicación o periodistas, sin distingo alguno. En tal sentido, en el **2017**, se acusó ante la Sala Constitucional la restricción que impusieron

los cuerpos de seguridad privada de la Asamblea Legislativa, por disposición del propio Parlamento, por razones de espacio físico, en cuanto al acceso a presenciar una audiencia de control político que se celebraría en ese recinto, limitando el acceso solo a algunos medios; en tal oportunidad, a través del voto n.º 15740-2017 del 29 de setiembre del 2017, la Sala Constitucional estimó lo siguiente:

(...) debido a cuestiones de espacio, no todos los medios de prensa podían ingresar al recinto, en el que se realizaba una audiencia por el caso del “cemento chino” por lo que debían ponerse de acuerdo para entrar por turnos o, de lo contrario, no podría hacerlo nadie. Sostiene que la orden no fue apelada por ningún diputado, por lo que efectivos de la seguridad del Poder Legislativo impidieron el acceso de la prensa al salón de sesiones de la comisión y permitieron, solamente, el ingreso de 3 camarógrafos. Alega que se les debe garantizar a los periodistas el acceso a estas sesiones en un recinto más grande. Añade que la barra del público estaba ocupada por parte de la prensa que no logró ingresar al lugar y por asesores legislativos. Se declara con lugar el recurso por violación al derecho a la información.

Un año después, en el **2018**, el Tribunal Constitucional conoció de la acusada vulneración a la libertad de información alegada por un periodista, quien, según los hechos expuestos, había sido expulsado sin justificación alguna de un grupo de “WhatsApp” que servía como canal de comunicación entre los medios de comunicación y un ministerio del Poder Ejecutivo, tan solo por haber intervenido en una conversación en el indicado grupo, indicando que una noticia publicada no era de fecha reciente. En ese momento, a través de la sentencia n.º 17051-2018 del 12 de octubre del 2018, la Sala Constitucional expresó:

(...) la exclusión definitiva que se le impuso es totalmente desproporcionada. Ciertamente, existen otros medios por los cuales el recurrente continúa recibiendo información, pero no se puede perder de vista que el grupo “Prensa MSP-Medios” es un canal de carácter oficial creado por la Oficina de Prensa de una institución pública, de manera que las limitaciones impuestas a sus miembros deben guardar armonía con los principios constitucionales. En consecuencia, la decisión del Ministerio de Seguridad Pública, desproporcionada como tal, pone además al comunicador en desventaja al privarlo de una forma fluida de recibir la información.

Lo anterior, es una clara manifestación de defensa de la libertad de información. A su vez, en el **2019**, la Sala Constitucional abordó un tema de gran relevancia en el ámbito de la libertad de prensa, pues analizó en qué supuesto es que podría considerarse que una determinada noticia es contraria al derecho de imagen, intimidad y honor de una persona. En dicha oportunidad, a través del voto n.º 3316-2019 del 22 de febrero del 2019, el Tribunal Constitucional indicó:

(...) para establecer si la divulgación de una noticia o imagen deviene contraria al derecho al honor y prestigio, al igual que sus correlativos de intimidad e imagen, deben valorarse aspectos como la relevancia pública de la noticia y el carácter sensible para la vida privada de lo divulgado ... si bien el medio recurrido puede difundir información relativa a su persona en el ejercicio de la libertad de prensa, la amparada siempre conserva su derecho a exigir responsabilidad ulterior, en la medida que elementos sensibles de su vida privada son expuestos al público sin un interés público que lo justifique y dañando su reputación. Tal derecho debe respetarse, pues está vinculado a su dignidad como ser humano y al derecho al libre desarrollo de su personalidad.
(...)

Más recientemente, otro fallo de relevancia se dio en el **2022**, cuando se cuestionó ante la Sala Constitucional, la negativa del Poder Judicial en cuanto a entregar a la prensa información relacionada con la apertura de investigaciones judiciales, causas abiertas, diligencias judiciales como allanamientos y datos relacionados con etapas del proceso penal, todo lo cual, el accionante en el proceso de amparo, estimó lesivo a la libertad de información y de prensa. Sobre ello, en la sentencia n.º 9856-2022 del 29 de abril del 2022, la Sala Constitucional afirmó:

(...) en cada supuesto, es menester que la autoridad pública defina si el suministro de los datos relacionados con el número de expediente y existencia de investigación en contra de una determinada persona, puede constituir, necesariamente, una afrenta a la presunción de inocencia, a la intimidad, integridad, seguridad de la persona (en sus diversos planos personal, social, económico, profesional, laboral y familiar), o bien, puede introducir un riesgo a la confidencialidad de la investigación. Se insiste, frente a solicitudes genéricas de información, la Fiscalía General debe valorar si el suministro o acceso a los datos requeridos, en el caso específico, comprometen los fines legales señalados, ponderación que ha de ser sustentada en la respectiva respuesta a ese tipo de

peticiones, señalando las razones por las cuales, tal detalle implicaría una amenaza innecesaria (e indebida) al ámbito subjetivo y procesal aludido, expresando, v.gr., que la divulgación de esa información podría entorpecer la investigación, que podría dar al traste con la teoría del caso, que es necesario que el asunto mantenga la máxima confidencial, que hay una alerta máxima en la investigación, etc.

Si bien se aprecia, en el caso de comentario, la Sala Constitucional hizo una ponderación de los derechos fundamentales que se encontraban inmersos en el objeto de lo cuestionado y, a pesar de tener claro que en la libertad de prensa existe una importancia capital, también resguardó otros derechos fundamentales y garantías constitucionales, como la intimidad, privacidad y presunción de inocencia.

En el mismo **2022**, se interpuso un recurso de amparo por parte de un grupo de periodistas del diario La Nación, debido a que el Ministerio de Salud giró una orden sanitaria para que se aplicara un cierre operativo al Parque Viva, negocio que forma parte de Grupo Nación.

Los recurrentes aseguraron que lo actuado por el gobierno era una materialización de las amenazas que presuntamente había realizado el Presidente de la República en contra de ese medio de comunicación incluso desde su campaña política; desde el punto de vista de los recurrentes, lo actuado por el gobierno era un intento de limitar la libertad de expresión y, a su vez, de prensa, pues Parque Viva fue adquirido por parte de Grupo Nación a fin de diversificar los ingresos de la empresa y poder hacer frente a las pérdidas que se estaban presentando debido a la migración digital de sus potenciales clientes, por lo que, estimaron los recurrentes, el cierre afectaba las finanzas de Grupo Nación y representaba un mecanismo de lesión indirecta a la libertad de expresión y, consecuentemente, también a la libertad de prensa.

Al respecto, en la sentencia n.º 25167-2022 del 21 de octubre del 2022, la Sala Constitucional efectuó un preciso desarrollo acerca de las limitaciones directas e indirectas que pueden afectar a las libertades de expresión y de prensa; en ese sentido, ese alto tribunal comentó:

Estas libertades, en consecuencia, no pueden ser objeto de restricciones ilegítimas directas (como sería, por ejemplo, la censura previa, el asesinato de periodistas en virtud del ejercicio de sus funciones, etc.) ni, tampoco, de restricciones de índole indirecto (también llamada soft censorship, censura sutil,

velada). Estas últimas medidas –de índole indirecto–, se caracterizan por ser menos evidentes, pero que igualmente tienen como propósito reducir o coartar arbitrariamente la libertad de expresión. Se podrían considerar formas más sutiles en que las autoridades públicas o particulares buscan restringir final y efectivamente la libertad de expresión (...) Como ejemplos de este tipo de restricciones indirectas o censura velada se puede citar, entre otros muchos, el uso de diversos medios para intimidar y, de este modo, evitar una publicación, los controles de papel para periódicos o de frecuencias radioeléctricas, la restricción a la libertad de circulación, la concesión o supresión de publicidad estatal, las limitaciones de ingresos económicos a medios de comunicación, la imposición de altas e injustificadas cargas tributarias.

Además, puntualmente sobre el caso concreto, la Sala Constitucional estimó que lo actuado por el gobierno consistía en una limitación indirecta¹¹ a los derechos de expresión, información y de prensa; en forma concreta, dicho tribunal expuso:

De modo tal que, si se afecta Parque Viva tal y como ha ocurrido (y este deja de producir ingresos por encontrarse cerrado totalmente, al prohibírsele realizar cualquier tipo de actividad, según así se ordenó), se afecta económicamente también e, ineludiblemente, el Diario La Nación, como parte que es del conglomerado financiero que representa Grupo Nación S.A.. En otras palabras, si se perjudica la fórmula o el mecanismo utilizado por Grupo Nación para generar ingresos y coadyuvar con los gastos que genera Diario La Nación, obviamente, esto repercutirá negativamente en este último medio. En estos mismos términos lo explicó esta Sala en los ya citados Votos Nos. 1782-2015 y 15220-2016, al indicar que, si se limita el ingreso económico de un medio de comunicación, también se llega a perjudicarlo o, inclusive, a eliminarlo.

¹¹ Cabe mencionar que, el Magistrado Rueda Leal, en las razones adicionales consignadas en la sentencia n.º 15220-2016 del 18 de octubre de 2016, hizo también referencia a algunas modalidades de este tipo de censura indirecta o velada, enumerando las siguientes: "(...) 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 (...).*"

En consecuencia, la Sala Constitucional estimó que el cierre de Parque Viva por parte del Ministerio de Salud, fue un mecanismo indirecto e ilegítimo que lesionó la libertad de expresión, sancionado expresamente en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues representó, en sí mismo, una forma para impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones en una sociedad democrática.

Posteriormente, en el **2023**, se conoció un recurso de amparo que fue interpuesto en contra de una diputada, a quien se le atribuyó haber eliminado de su perfil de la red social Facebook un comentario efectuado por una persona, quien criticaba las labores de la legisladora y esta, inclusive, lo bloqueó de su página.

Sobre tal aspecto, la Sala Constitucional, en la sentencia n.º 10839-2023 del 12 de mayo del 2023, hizo mención de dos precedentes emitidos por ella misma¹², a través de los cuales, en casos similares, se desestimó el recurso interpuesto debido a no haberse acreditado que el perfil de la red social de la parte recurrida hubiera sido utilizado como un medio para divulgar algún tipo de información atinente al cargo desempeñado, o para interactuar de alguna manera con los administrados en función del cargo público; lo anterior, como un criterio que permite tener por lesionado o no los derechos fundamentales. De ahí que, en la sentencia bajo comentario, la Sala Constitucional expresó:

(...) se verifica que tal perfil es usado por la funcionaria como un medio para la divulgación de su actividad oficial como diputada de la República, de modo específico y directo. (...) Aclarado lo anterior, corresponde determinar si existió algún motivo válido para que la parte recurrida bloqueara al tutelado del perfil de Facebook aludido.

Nótese cómo la Sala Constitucional efectuó un primer filtro al valorar si el perfil usado por la diputada accionada era usado por ella para difundir actividad como funcionaria pública. Una vez constatado ese presupuesto, la Sala Constitucional examinó si existía (o no) un motivo para bloquear al recurrente. Puntualmente, el Tribunal Constitucional expresó:

En tal sentido, la autoridad recurrida no logró justificar que el bloqueo específico al tutelado se hubiera sustentado en algún comentario o alguna interacción abiertamente ultrajante de este, o que representara propaganda en favor de la

¹² Se trata de los votos n.º 2121-2015 del 13 de febrero del 2015 y 4841-2021 del 09 de marzo del 2021.

guerra, implicara una apología del odio nacional, racial o religioso que constituyera incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas. En la especie, nada de lo anterior se advierte. Más bien, el tutelado acusa que fue bloqueado por criticar, a través de un comentario efectuado el 28 de febrero anterior, una reunión que la diputada recurrida sostuvo con una persona cuestionada por presuntamente ocasionar un daño económico a la CCSS. Al respecto, esta Cámara ha sostenido que la libertad de expresión implica, entre otros aspectos, la posibilidad de cuestionar a las autoridades (ver sentencia nro. 2023000518 de las 9:15 horas de 13 de enero de 2023); justamente, en el caso de marras, la autoridad accionada no logró desacreditar que la interacción del tutelado en su perfil de Facebook haya ido más allá de la crítica que legítimamente puede efectuar. (...) En virtud de lo expuesto, dado que no se constata que el accionante hubiera incurrido en algún comentario o expresión abiertamente ofensiva o ultrajante que justificare el bloqueo acusado, este Tribunal concluye que el bloqueo acusado ha venido a lesionar los derechos fundamentales del tutelado.

En esencia, es el contenido ultrajante o el que represente propaganda en favor de la guerra, apología del odio nacional, racial o religioso, el que constituyera incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar, contra una persona o grupo de personas, lo que podría justificar un eventual bloqueo de la cuenta en una red social; caso contrario, para la Sala Constitucional, se verifica la lesión al derecho de expresión.

Finalmente, otro de voto de particular interés, es el n.º 12085-2023 del 23 de mayo del 2023, a través del cual la Sala Constitucional declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto por un periodista y señaló que, si bien los funcionarios públicos tienen derecho a formular críticas en contra de los medios de prensa, cuando consideran que su labor es falaz, injusta o desmedida, lo cierto es que al hacerlo deben guardar respeto, por lo que, incluso en conferencias de prensa, el lenguaje utilizado debe evitar las ofensas o el irrespeto, de modo que no se incurra en un hostigamiento contra la labor periodística.

V.- Las libertades de expresión y de prensa en el contexto de la convencionalidad.

Actualmente, el estudio de una determinada figura en el derecho constitucional, no puede desligarse de un análisis, al menos breve, acerca del parámetro de convencionalidad y del impacto que posee el derecho internacional de los derechos humanos, sobre todo en un Estado como el costarricense, que en virtud del numeral 48 de la Carta magna, constitucionalizó los derechos humanos y dotó de ese rango normativo a los instrumentos internacionales en dicha materia; lo anterior, por supuesto, bajo la salvedad dispuesta por el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en los votos n.º 3435-1992 y n.º 5759-1993) en lo concerniente a los convenios internacionales en materia de derechos humanos que protejan o reconozcan un mayor o mejor ámbito de protección a la persona, que el propio reconocido en el derecho interno, en cuyo caso, tales convenios internacionales alcanzan un rango supra constitucional.

Bien, bajo ese contexto y como parte del control de convencionalidad que, *ex officio*, debe ser llevado a cabo por todos los operadores jurídicos de los Estados parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, también es de suma relevancia efectuar un repaso sobre los principales criterios que ha adoptado la Corte IDH, en materia de libertades de expresión y de prensa, en su conjunto armónico.

De esa manera, sin lugar a dudas, la primera vez en que se pronunció la Corte IDH respecto de las libertades supra indicadas, lo fue en **1985**, a través de la Opinión Consultiva n.º OC-05/85 del 13 de noviembre de 1985, cuando dicha Corte se refirió a la convencionalidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Al respecto, afirmó lo siguiente:

La Corte concluye, en consecuencia, que las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta. (...) En este sentido, la colegiación obligatoria de los periodistas no se ajusta a lo requerido por el artículo 13.2 de la Convención...

En el criterio de la Corte IDH, la colegiatura obligatoria representaba un tipo de restricción indirecta a las libertades de expresión y de prensa. A su vez, en el caso *Ivcher Bronstein vs Perú* del 06 de febrero del 2001, la Corte IDH manifestó su rechazo en torno a la adopción de medidas estatales que constituyan medios indirectos de restricción de la libertad de expresión, tales como la indicada exigencia de la colegiatura obligatoria de los 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 bien, para revocar la nacionalidad del director de un medio como consecuencia de la línea editorial de los programas que transmite.

Por su parte, otro fallo de alta relevancia pues, inclusive, provocó la reforma de la Constitución Política de la República de Chile, se dio en el **2001**, en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile del 05 de febrero del 2001, ante lo que se acusaba como una censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película “La última tentación de Cristo” confirmada por la Corte Suprema de Chile. En ese sentido, la Corte IDH estimó:

Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión. 71. En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica... la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana...

Por su parte, en el **2004**, la Corte IDH se refirió a la libertad de expresión bajo una doble dimensión, pues, por un lado, desde una perspectiva individual, consiste en el derecho de cada persona a buscar información y expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; mientras que, desde una perspectiva social o colectiva, hace alusión al derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada. Precisamente, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* del 02 de julio de 2004, la Corte IDH manifestó:

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 (...).

Sin perjuicio de lo que se comentará más adelante, esta sentencia antes indicada es emblemática en el contexto de la proyección del derecho humano a la libertad de expresión como un derecho no solo de primera generación, sino con contornos y particularidades que lo colocan también en el contexto de la cuarta generación de derechos humanos, pues en forma expresa, la Corte IDH reconoció que “*el derecho a utilizar **cualquier medio** apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios*” lo cual, sin lugar a dudas, incluye los medios digitales, redes sociales, etc., de difusión masiva, como Youtube, Tik Tok, Instragram, entre otros.

De relevancia, también, es el caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia del 31 de agosto de 2004, en el que la Corte IDH analizó la importancia de la libertad de pensamiento y de expresión en el marco de una campaña electoral. En dicha oportunidad, la Corte IDH manifestó:

La Corte considera importante resaltar que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.

Adicionalmente, en lo que se refiere al carácter excepcional de las restricciones a la libertad de expresión, en el **2008**, la Corte IDH, en el caso *Kimel vs Argentina* del 02 de mayo del 2008, afirmó lo siguiente:

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. 55. 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.

Un año después, en el **2009**, en el caso *Tristán Donoso vs Panamá* del 27 de enero del 2009, la Corte IDH afirmó que los funcionarios públicos se encuentran expuestos al escrutinio público y a la crítica por el ejercicio de sus conductas, de una manera más intensa que las demás personas, por lo que la vulneración de su derecho al honor, se valora bajo parámetros diferentes, en razón de la importancia de sus cargos en el contexto del control sobre la Administración pública; puntualmente, la Corte IDH estimó lo siguiente:

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.

En ese mismo contexto, sin salir de la delimitación propia de este estudio, pero debido a su relación en el contexto de la tutela multinivel de protección de los derechos humanos, en un plano regional e incluso, desde la perspectiva de un diálogo entre Cortes, es ilustrativo lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lingens vs. Austria*, sentencia del 8 de julio de 1986, cuando expresó 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 (Serie A, n.º 103, párr. 42).

De igual manera, en el 2009, en el caso *Ríos y otros vs Venezuela* del 28 de enero del 2009, la Corte IDH tuvo la oportunidad de pronunciarse en relación con hechos cometidos por particulares, tolerados por las autoridades públicas de Venezuela, bajo lo que podría considerarse como una vulneración sistemática de derechos humanos, ejecutada sobre la base de políticas estatales que las habían propiciado. En dicha oportunidad, la Corte IDH consideró que el Estado venezolano había provocado limitaciones en la labor de buscar, recibir y difundir información, en perjuicio de veinte personas periodistas o trabajadores de un medio de comunicación social, pues fueron víctimas de amenazas, hostigamiento y agresiones, todo lo cual, para la Corte IDH, representó la lesión a los derechos de expresión y de prensa; concretamente, la Corte IDH afirmó:

(...) la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos violatorios cometidos por terceros, que en principio no le serían atribuibles. Esto ocurre si el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes que se encuentren en posición de garantes de derechos humanos, las obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. (...) Es claro que en los periodos referidos las personas vinculadas laboralmente con RCTV, o con su operación periodística, se vieron enfrentados a situaciones amenazantes,

amedrentadoras y que pusieron en riesgo sus derechos. (...) La Corte considera que, en la situación de vulnerabilidad real en que se encontraron las presuntas víctimas para realizar su labor periodística, conocida por las autoridades estatales, algunos contenidos de los referidos pronunciamientos son incompatibles con la obligación estatal de garantizar los derechos de esas personas a la integridad personal y a la libertad de buscar, recibir y difundir información de esas personas, al haber podido resultar intimidatorios para quienes se hallaban vinculados con ese medio de comunicación y constituir faltas al deber de prevenir situaciones violatorias o de riesgo para los derechos de las personas.

Aunado a ello, en el mismo fallo, la Corte IDH manifestó en forma vehemente su criterio en torno a que los gobiernos no deben crear condiciones de vulnerabilidad para los medios de comunicación, puesto que, no se trata solamente de la posible restricción indirecta a las libertades de expresión y de prensa, lesiva por sí misma de una sociedad informada, sino que también, de la creación de condiciones para la vulneración sistemática de los derechos humanos. En esa línea expositiva, la Corte IDH expuso que:

(...) el hecho de que en diversos discursos oficiales de altos funcionarios estatales se relacionara a RCTV, en particular a sus dueños y directivos, con planes de desestabilización política, actividades terroristas o con el golpe de Estado del 2002, colocó a quienes trabajaban para este medio particular de comunicación en una posición de mayor vulnerabilidad relativa frente al Estado y determinados sectores de la sociedad.

Luego, en el **2011**, en el caso *Fontevechia D'Amico vs. Argentina* del 29 de noviembre de 2011, la Corte IDH precisó que las libertades de expresión y de prensa, no puede representar una intromisión en la privacidad e intimidad de una persona. Concretamente, dicha Corte afirmó:

(...) el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública y comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público.

Así, en el criterio de la Corte IDH, los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tienen la obligación de garantizar el derecho a la privacidad e intimidad de toda persona, a través de acciones positivas que la protejan de intromisiones de las autoridades públicas o sujetos privados, incluyendo a los medios de comunicación.

Posteriormente, en el **2015**, en el caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs Venezuela del 22 de junio del 2015, la Corte IDH se refirió a un tema que tiene profundo impacto en la proyección de cuarta generación del derecho humano a las libertades de expresión y de prensa, pues afirmó que el otorgamiento de frecuencias de radio y de televisión por parte del Estado, es decir, del espectro electromagnético, nunca puede utilizarse para castigar o presionar a los comunicadores sociales en sus líneas informativas, pues ello constituye una restricción indirecta a tales libertades. En el caso concreto, la Corte IDH condenó al Estado venezolano por no renovar la concesión que poseía RCTV, como un mecanismo de sanción contra su línea editorial; puntualmente, la Corte IDH afirmó:

El Tribunal ha sostenido que cuando por medio del poder público se establecen medios o efectúan acciones para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias se produce “una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática” En tal hipótesis se encuentran “la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control del Estado... 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... la Corte resalta que la restricción indirecta puede llegar a generar un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen el derecho a la libertad de expresión, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad.

Luego, en el **2021**, en el caso Bedoya Lima y otra vs Colombia del 26 de agosto del 2021, la Corte IDH se pronunció sobre la presunta vulneración de derechos humanos en contra de la periodista Jineth Bedoya por motivos vinculados a su profesión y en un marco fáctico tolerado o con la aquiescencia del Estado, al tolerar y facilitar no solo la

amenaza y lesión física y emocional de la periodista por sus labores de prensa, sobre todo en un ambiente de asesinatos a periodistas, sino también por propiciar la vulneración de sus derechos como mujer. En tal oportunidad, para la Corte IDH, “(...) *cualquier medida que interfiera con las actividades periodísticas de personas que están cumpliendo con su función obstruirá inevitablemente con el derecho a la libertad de expresión en sus dimensiones individual y colectiva.*”

Más recientemente, en el **2022**, en el caso Moya Chacón y otros vs Costa Rica, sentencia del 23 de mayo del 2022, en el que la Corte IDH conoció acerca de medidas de responsabilidad ulterior en torno a la libertad de expresión, cuando a dos periodistas se les impuso una condenatoria consistente en indemnización civil por haber publicado un artículo periodístico acerca de irregularidades en el control de trasiego de licores hacia Costa Rica.

El Tribunal recuerda que, con carácter general, el derecho a la libertad de expresión no puede estar sujeto a censura previa sino, en todo caso, a responsabilidades ulteriores en casos muy excepcionales... y bajo el cumplimiento de una serie de estrictos requisitos. Así, el artículo 13.2 de la Convención Americana establece que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material...; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana y (iii) ser necesarias en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad... A este respecto, la Corte advierte que se cometería un error si confundiésemos lo que en realidad es una obligación de los poderes públicos -esto es, la de proporcionar información a los ciudadanos en general y a los periodistas en particular- con la obligación a cargo de los periodistas de acudir a determinado tipo de fuentes frente a otras, particularmente, cuando esas fuentes son oficiales. Dicha imposición supondría establecer un mecanismo de intervención previa al modo con el que los periodistas llevan a cabo su actividad lo cual, a su vez, podría traducirse en un acto de censura... Por último, la Corte advierte, con preocupación, que la sanción impuesta a los periodistas tuvo un efecto amedrentador sobre ellos y fue desproporcionada al fin que se perseguía.

Consecuentemente, el Estado costarricense fue condenado, pues la indemnización civil que se impuso a los periodistas sobre la base del ejercicio legítimo de su libertad de

prensa y de expresión, incluso ante temas de interés público, relativos a funcionarios públicos y, en un contexto en el que un juez de la República consideró insuficiente las labores de investigación periodísticas, prácticamente indicando la forma en que debió efectuarse y, además, sin que la Corte encontrara proporción en lo actuado, redundó en la responsabilidad internacional de Costa Rica.

Finalmente, en el caso *Leguizamón Zaván y otros vs Paraguay* del 15 de noviembre del 2022, la Corte IDH declaró al Estado paraguayo como responsable por las amenazas y asesinato del periodista Santiago Leguizamón, todo producido con ocasión de sus labores periodísticas.

Desde el punto de vista de la Corte IDH, el Estado conoció la situación de riesgo en que se encontraba el señor Leguizamón Zaván y no adoptó las medidas de protección internas para evitar que se consumara el riesgo. Asimismo, la Corte consideró que el homicidio tuvo un impacto individual en el derecho a la libertad de expresión de la víctima, ya que le impidió seguir ejerciendo su labor periodística; y, además, estimó que el asesinato y la impunidad en que permanecía el caso tuvieron un impacto en el derecho a la libertad de expresión en su faceta colectiva, pues generaron un efecto amedrentador en otros periodistas y afectaron el derecho de la sociedad a estar informada.

VI.- Las libertades de expresión y de prensa en el contexto de la cuarta generación de derechos humanos.

De modo superficial, ya que solo se hace una pequeña referencia en estudio, es importante mencionar que en el criterio del autor, tanto la libertad de expresión, como la de prensa, en su condición de derechos fundamentales de carácter individual, que integran la primera generación de derechos humanos, han tenido una transformación derivada de su adaptación a las condiciones de la sociedad de la información y del conocimiento, de modo tal que, actualmente, esos derechos tienen una aplicación constante en el Internet, donde las redes sociales, los medios de comunicación y de prensa digitales, los canales o plataformas de videos, como sucede, por ejemplo con Youtube o Tik Tok, exponen la manifestación de las opiniones o ideas de las personas y permiten informar bajo objetivos noticiosos a la colectividad.

Sin duda alguna, en el espacio digital, las libertades de expresión y de prensa son vigentes y deben tutelarse en forma efectiva, pues toda persona tiene derecho a expresarse sin restricciones indebidas o censuras previas en el ámbito digital, así como a informar, con carácter noticioso, en el ciberespacio, a todos aquellos que deciden tener acceso a tales fuentes en un espacio de conectividad digital.

Precisamente, en el 2011, en la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet, el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), indicaron lo siguiente:

a.- La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba 'tripartita');

b.- Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.

Lo expuesto es una muestra de la protección a la libertad de expresión y de las garantías que le son inherentes, tales como la reserva de ley y la finalidad legítima, en ambos casos, como necesarias para la validez de cualquier limitación que pretenda establecerse respecto de tales derechos, incluso en el ámbito digital. Lo anterior, tan solo un año después de que, en el derecho interno, a través de la sentencia n.º 12790-2010 del 30 de julio del 2010, la Sala Constitucional reconociera el acceso al Internet como un derecho fundamental.

Por ende, a modo de simple referencia, sin perjuicio de un estudio posterior que pudiera efectuarse, debido a la extensión de este trabajo, lo cierto es que en el ámbito digital existe una prolongación y adaptación de ciertos derechos fundamentales, tales como la

no discriminación, la privacidad en línea, la seguridad frente a delitos informáticos, de reunión, entre otros, pero con especial énfasis por el objeto de esta investigación, también de las libertades de expresión y de prensa, que cobran un lugar muy importante y actual en el contexto de la sociedad del conocimiento y la información.

VII.- Conclusiones.

El Estado constitucional de derecho exige el reconocimiento y la efectividad de una serie de derechos fundamentales y humanos, dentro de los cuales se encuentran los de expresión y de prensa, siendo estos elementales para que toda persona pueda gozar de una libertad material, así como para la existencia de una democracia real y no meramente formal.

Una gran parte de los alcances de tales derechos, han sido delineados por la jurisprudencia constitucional y convencional, en el marco de la constitucionalización de los derechos humanos, prevista en el numeral 48 de la Constitución Política y del control de convencionalidad, que exige a los Estados parte del Sistema Interamericano, ajustarse al *corpus iuris* interamericano.

A su vez, la libertad de expresión, en ejercicio también a través de la libertad de prensa, representa un importante compromiso en una sociedad contemporánea, en la que los medios de comunicación informan, comunican y, también, pueden sugerir a la colectividad cómo debe ser entendida la información puesta en conocimiento, por lo que debe ser puesta en ejercicio con objetividad y responsabilidad. Además, la adaptación de tales derechos en el ambiente digital, supone modernizar el ordenamiento jurídico, ajustándolo a los cambios y parámetros de la sociedad del conocimiento y la información.

VIII.- Fuentes de información.

Asamblea Nacional Constituyente. (1949). Constitución Política de la República de Costa Rica.

Asamblea General. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas.

Asamblea General. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos.

Asamblea General. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Organización de las Naciones Unidas.

Asamblea General. (2001). Carta Democrática Interamericana. Organización de Estados Americanos.

Asamblea Legislativa. (1989). Ley de la Jurisdicción Constitucional. República de Costa Rica. Sinalevi.

Asamblea Legislativa. (1992). Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República. República de Costa Rica. Sinalevi.

Buergenthal, Thomas. (1989). La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Edición especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Costa Rica. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/R06857-5.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985). Opinión consultiva n.º OC-05/85 del 13 de noviembre de 1985. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile, del 05 de febrero del 2001. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Ivcher Bronstein vs Perú del 06 de febrero del 2001. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica del 02 de julio de 2004. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia del 31 de agosto de 2004. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, del 26 de setiembre del 2006. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimel vs Argentina del 02 de mayo del 2008. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Caso Tristán Donoso vs. Panamá, sentencia del 27 de enero del 2009. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Caso Ríos y otros vs Venezuela del 28 de enero del 2009. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso Fontevechia y D'Amico vs. Argentina, sentencia del 29 de noviembre del 2011. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs Venezuela del 22 de junio del 2015. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Caso Bedoya Lima y otra vs Colombia del 26 de agosto del 2021. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2022). Caso Moya Chacón y otros vs Costa Rica, sentencia del 23 de mayo del 2022. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2022). Opinión Consultiva nº OC-29/22 del 30 mayo del 2022. Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2022). Caso Leguizamón Zaván y otros vs Paraguay, sentencia del 15 de noviembre del 2022. Organización de Estados Americanos.

Coronado Contreras, Laura. (2015). La libertad de expresión en el ciberespacio. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. España. <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/f51a1095-e7b6-41ec-abf7-b10a55d82c14/content>

Conferencia Internacional Americana. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Organización de Estados Americanos.

María Pérez – Ugena (2022). La institución del Ombudsman desde una perspectiva iberoamericana. Nuevos planteamientos. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n.º 26. España.

Sala Constitucional. (1995). Sentencia n.º 2313-1995 del 09 de mayo de 1995. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2001). Sentencia n.º 9250-2001 del 14 de setiembre de 2001. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2006). Sentencia n.º 5977-2006 del 03 de mayo del 2006. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2008). Sentencia n.º 7548-2008 del 30 de abril del 2008. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2012). Sentencia n.º 7391-2012 del 1º de junio del 2012. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2015). Sentencia n.º 1782-2015 del 06 de febrero del 2015. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2016). Sentencia n.º 15220-2016 del 18 de octubre del 2016. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2017). Sentencia n.º 12926-2017 del 18 de agosto del 2017. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2017). Sentencia n.º 15740-2017 del 29 de setiembre del 2017. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2018). Sentencia n.º 8396-2018 del 25 de mayo del 2018. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2018). Sentencia n.º 17051-2018 del 12 de octubre del 2018. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2019). Sentencia n.º 3316-2019 del 22 de febrero del 2019. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2019). Sentencia n.º 15039-2019 del 09 de agosto del 2019. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2020). Sentencia n.º 10961-2020 del 17 de junio del 2020. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2022). Sentencia n.º 9856-2022 del 29 de abril del 2022. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2022). Sentencia n.º 25167-2022 del 21 de octubre del 2022. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional. (2023). Sentencia n.º 10839-2023 del 12 de mayo del 2023. Corte Suprema de Justicia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1986). Caso Lingens vs. Austria, sentencia del 8 de julio de 1986. Consejo de Europa.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2010). Caso Gutiérrez Suárez c/. España, demanda número 16023/07, sentencia del 04 de mayo del 2010. Consejo de Europa.

Urías Martínez, Joaquín. (2005). Los límites de la libertad de prensa: una introducción parcialmente comparada. Corporación Editora Nacional. Corporación Editora Nacional. España. <https://personal.us.es/urias/liminfo.pdf>

El principio de oralidad en el litigio ante la Sala Constitucional de Costa Rica: el caso del recurso de amparo y de la acción de inconstitucionalidad.

Víctor Edo. Orozco S.*

Resumen:

En estas líneas se analiza el principio de oralidad y su implementación en el litigio ante la Sala Constitucional de Costa Rica, en particular, en el recurso de amparo y en los procesos de control de constitucionalidad. En la práctica, sin embargo, prevalece la escritura en los distintos procesos que conoce la Sala Constitucional, lo que le permite resolver sus asuntos en el menor tiempo posible.

Palabras clave:

Oralidad. Sala Constitucional. Escritura. Recurso de amparo.

Abstract:

In these lines, the principle of orality and its implementation in the litigation before the Constitutional Chamber of Costa Rica are analyzed, in particular, in the appeal for amparo and in the constitutionality control processes. In practice,

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Antiguo Letrado de la Sala Constitucional de Costa Rica. Juez Contencioso Administrativo destacado en el área de amparos de legalidad. Profesor Universitario. Coordinador de la Maestría Profesional en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: victorozcocr@gmail.com.

however, writing prevails in the different processes before the Constitutional Chamber, which allows it to resolve its issues in the shortest possible time.

Keywords:

Orality. Constitutional Chamber. Writing. Appeal for protection.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Sobre el principio de oralidad. III.- El origen, la composición y las competencias de la Sala Constitucional de Costa Rica. IV.- El litigio ante la Sala Constitucional de Costa Rica y el principio de oralidad. V.- Conclusiones. VI.- Referencias bibliográficas.

I.- Introducción.

En términos generales, el propósito de estas líneas es desarrollar los alcances del principio de oralidad y su aplicación en el litigio ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Con ese fin, se examinará, en primer lugar, la noción del principio de oralidad, sus ventajas y sus desventajas, así como, algunas normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que respaldan la implementación del mencionado principio, en el ordenamiento jurídico interno.

En este orden de ideas, de conformidad con el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135, de 11 de octubre de 1989: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, la Sala dispondrá que los trámites se realicen, en lo posible, en forma oral y ordenará una comparecencia oral para que los interesados formulen conclusiones antes de la sentencia, necesariamente en las acciones de inconstitucionalidad, y facultativamente en los demás casos”*. Del contenido de esta disposición, en forma errónea se podría concluir que la regla en los casos que se conocen ante la Sala Constitucional de Costa Rica es la oralidad. En realidad, como lo veremos más adelante, en gran medida los procesos jurisdiccionales, tanto los de control de constitucionalidad, como los de garantía de los derechos fundamentales (entiéndase el recurso de amparo y el recurso de hábeas corpus) son escritos y en forma muy excepcional, cuando las circunstancias realmente lo justifican, se ordena, de manera facultativa, por parte de la Sala, la celebración de una vista oral.

En este sentido, también se debe tener en cuenta, tratándose de los procesos orales y en relación con las acciones de inconstitucionalidad, lo contemplado por el artículo 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y, con respecto al recurso de amparo, lo previsto en el artículo 46 ídem, según se verá infra. De todos modos, en la práctica los procesos son escritos y muy excepcionalmente es que se ordena la realización de una comparecencia oral.

Lo anterior se justifica, en parte, porque en las audiencias orales las partes llegan a reiterar argumentos que ya han esbozado en sus respectivos libelos escritos, en el seno del proceso jurisdiccional de que se trate, con lo que la vista resulta ser un trámite insulso e innecesario en la resolución de ese proceso. En esta línea, ya veremos que pese el impulso de implementar la oralidad en los procesos penales, contenciosos administrativos y civiles, en los procesos constitucionales, como en los asuntos de control de constitucionalidad previo y a posteriori (donde, en su gran mayoría no hay prueba testimonial que recabar), o en los recursos de amparo y de habeas corpus (en donde, dado su trámite sumario o sumarísimo, la evacuación de prueba testimonial, entre otros, suele reñir con ese carácter), la escritura resulta ser un medio expedito, un gran aliado, para el trámite de esos procesos, dado su gran cantidad, teniendo en cuenta que la Sala Constitucional de Costa Rica conoce o dicta más de 20 mil sentencias al año.

II.- Sobre el principio de oralidad.

Como lo sostiene Gómez Orbaneja (1975), en el marco del proceso penal acusatorio: “*el juicio oral representa la coronación del todo, y es donde los principios rectores del proceso y el sistema de la prueba alcanzan su plena y efectiva realización*” (p. 234). A pesar de lo anterior, Pesqueira Zamora (2015, pp. 29-30) agrega que se trata de la pieza clave del proceso, que todo debe probarse en él, y nada está acreditado fuera de él. En este orden, toda la actuación que se produzca en el proceso debe adecuarse al principio de oralidad bajo pena de nulidad, teniendo en cuenta, desde luego, los alcances de los principios de inmediación, publicidad y concentración, los cuales, deben regir en el debate. Ya veremos que, sin embargo, en el contencioso constitucional costarricense, sea en materia de control de constitucionalidad o en los procesos de garantía de los derechos, el principio de oralidad no tiene el mismo alcance que en el proceso penal acusatorio, o en el contencioso administrativo, o en materia civil.

Ahora bien, en lo que atañe a la etapa de juicio o de debate, en el proceso penal, Martín Ostos (2014) sostiene que:

entendemos este no sólo como alternativa al sobreseimiento o archivo de las actuaciones, sino principalmente como debate público y contradictorio entre las partes para el logro de la convicción del juzgador. Es la etapa en la que se manifiesta en su esencia el sistema acusatorio, con la exigencia de que el pronunciamiento definitivo del tribunal ha de versar tanto sobre el objeto

procesal delimitado por las partes como sobre la pena solicitada por éstas. (pp. 71-72)

Pero el principio de oralidad, ya sea en materia civil o penal, y desde luego, en los procesos ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica no está exento de inconvenientes o desventajas, y así lo pone de manifiesto Nieva Fenoll (2010), cuando afirma, con respecto a las audiencias orales; que:

lo que esencialmente acostumbra a provocar es precipitación y superficialidad, fundamentalmente cuando las vistas están destinadas a durar poco tiempo. Aunque si necesariamente, por la enjundia de lo discutido, deben durar mucho tiempo esas vistas, al final lo que acaban provocando es el tedio de todos los asistentes, y en definitiva una muy superior farragosidad (sic) que la que hubiera sido esperar si el procedimiento hubiera sido sustanciado por escrito. (pp. 237-238)

En este orden, según el mencionado jurista, si bien la oralidad trae como consecuencia la publicidad, la inmediación y la concentración¹, se:

prescinde también del hecho de que los procedimientos orales muchas veces son dispersos, cuando la vista dura varias sesiones, y el tribunal no puede celebrar dichas vistas en días seguidos, para seguir atendiendo debidamente el resto de los asuntos del órgano jurisdiccional. Por último, un procedimiento no goza auténticamente de la inmediación si los jueces no prestan completa atención en las vistas (lo que es imposible cuando se realizan sesiones maratónicas). Y tampoco existe auténtica inmediación si a la hora de dictar sentencia, los jueces no vuelven a repasar la grabación de la vista si existe algún detalle que no recuerdan. Puede suceder incluso que ni siquiera exista grabación que revisar,

¹ Sobre la íntima correlación existente entre los principios de oralidad e inmediación, Oromi i Vall-Llovera (2013), afirma: *“La presencia judicial en declaraciones, pruebas y vistas, una de las características básicas del principio de inmediación, es una consecuencia de la aplicación del principio de oralidad en el proceso civil. Surge a raíz de la necesidad procesal que la sentencia se funde en las actuaciones pronunciadas oralmente y para que ello sea posible, es imprescindible que el juez o tribunal que haya de dictar la sentencia que resuelva un proceso sobre el fondo, esté presente en las actuaciones más importantes que sirven para motivar tal resolución, esto es las actuaciones probatorias que se llevan a cabo en la vista de un proceso. La inmediación se convierte así en un principio necesario para garantizar una recta administración de justicia. En este sentido, la presencia judicial asegura la oralidad, pues la asistencia personal del tribunal en las actuaciones orales impide que lleguen a su conocimiento sólo a través de la escritura, propiciando una relación directa con las partes, las pruebas y el objeto del proceso. Existe una íntima correlación entre oralidad, inmediación, concentración y publicidad. Son aspectos distintos de una misma cosa”*. (pp. 207-208)

sino solamente un acta críptica que tomó el fedatario público judicial, lo que acaba provocando que la supuesta intermediación sea perfectamente inútil, junto con la oralidad misma. (Nieva Fenoll, 2010, pp. 237-238)

En este orden de ideas, cabe mencionar que el principio de oralidad, y muy particularmente en el ámbito del proceso penal, tiene sustento en varias disposiciones del Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que proclama el derecho de toda persona a ser oída por un tribunal independiente e imparcial para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (ver artículo 10), o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.1, que consagra el derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada ante ella. Según Martín Ostos (2014), ello “*presupone un Poder Judicial independiente, con las debidas consecuencias en materia de organización judicial, competencia, selección del personal judicial, facultades del mismo, etcétera*” (pp. 237-238).

III.- El origen, la composición y las competencias de la Sala Constitucional de Costa Rica.

Con anterioridad a la reforma parcial de la Constitución realizada en 1989, con la cual nace la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 10 constitucional le atribuía a la Corte Suprema de Justicia la facultad de declarar, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los Decretos del Poder Ejecutivo que vulneraran el Derecho de la Constitución, en tanto que encomendaba a la jurisdicción ordinaria los juicios de inconstitucionalidad contra los demás actos del Poder Ejecutivo (Ortíz Ortíz, 1990, pp. 57-58). Durante esa época, ciertamente, se desarrollaba el control de constitucionalidad de manera muy débil, no sólo por el respeto que se tenía frente al Legislador, sino también porque se requería una mayoría calificada para declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada; caso contrario, si no se lograba esa mayoría, la sentencia era revestida con efectos de cosa juzgada, con lo cual no se podía volver a atacar la norma por motivos de inconstitucionalidad.

Además, se había atribuido a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer de los hábeas corpus. De otra parte, en el año 1950 fue dictada la Ley de Amparo, la cual,

atribuía a los tribunales penales la competencia para conocer estos procesos en primera instancia, en tanto que los asuntos planteados contra los actos y las omisiones del Presidente de la República y de los Ministros debían ser conocidos por la Corte Suprema de Justicia, atribuyéndose con posterioridad esa competencia a la Sala Primera de Casación de la Corte (Hernández Valle, 2006, p. 257).

Luego, por medio de la Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989, se reformaron los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, y mediante la Ley No. 7135 de octubre de 1989 (la Ley de la Jurisdicción Constitucional) fueron derogadas la Ley de Hábeas Corpus de 1932, la Ley de Amparo de 1950 y los artículos 962 y 969 del Código de Procedimientos Civiles y el Capítulo IV del título IV del Nuevo Código Procesal Civil, en las cuales se regulaba el trámite de los procesos de hábeas corpus y de amparo, así como la acción de inconstitucionalidad (Álvarez Molina, 2007, p. 135), todo lo cual dio cabida a la instauración de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En la actualidad, la Sala Constitucional está integrada por 7 Magistrados propietarios y 12 suplentes, y las decisiones son tomadas por el pleno del tribunal, el cual, siempre debe estar compuesto, al menos, por cuatro Magistrados propietarios, según lo dispone la Ley de la Jurisdicción Constitucional (ver artículo 4°). Cabe mencionar que la Sala Constitucional está inmersa en el Poder Judicial, aunque goza de plena independencia, con lo que, en el ejercicio de sus competencias jurisdiccionales, funciona como un verdadero Tribunal Constitucional.

En cuando al sistema de nombramiento y de reelección de los Magistrados del Tribunal Constitucional, en otra oportunidad hemos mencionado que se debería aumentar la edad para ser Magistrado y que su período sea por solo diez años sin posibilidad de renovación, en aras de asegurar su independencia durante su período de mandato. Dichos Magistrados son electos por el Parlamento por una mayoría calificada de los Legisladores, lo que hace difícil conseguir los concesos necesarios para que se produzca un nombramiento. Además, se han cuestionado los estándares con lo que los legisladores hacen el nombramiento, los cuales, en su mayoría, no se basan en la idoneidad profesional y académica del candidato, sino, en otros motivos. Nos parece, sin embargo, que en esta materia el control político a lo interno del parlamento debe ser fuerte, en aras que sean escogidos los mejores candidatos. Se debe mantener el nombramiento en el Parlamento, pero en aras de asegurar la independencia de los Magistrados se deben observar los criterios que comentaba con anterioridad sobre la edad del candidato y la posibilidad de no renovación del nombramiento.

La competencia principal de la Sala Constitucional de Costa Rica, la que define su rol como Tribunal Constitucional es, sin duda, el control de constitucionalidad, es decir, el monopolio del rechazo, en el marco de un sistema hiper concentrado de control de constitucionalidad, para expulsar del ordenamiento jurídico, por razones de inconstitucionalidad, una norma de cualquier naturaleza, es decir, más allá del rango de las normas con carácter de ley. Dicho control de constitucionalidad puede ser ejercido de manera previa o a posteriori, es decir, con anterioridad o con posterioridad al momento en que la norma impugnada comienza a producir efectos jurídicos. En el primer caso, nos encontramos frente a las consultas legislativas, que son preceptivas, en el caso de las reformas constitucionales, la aprobación de tratados internacionales y de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y, facultativas, en los demás supuestos, caso en el cual se requiere el conceso de 10 legisladores para promover la consulta a la Jurisdicción Constitucional, sobre un proyecto de ley aprobado en primer debate (ver artículos 96 a 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). Además, el artículo 128 de la Constitución Política establece una especie de veto por razones de constitucionalidad, en el proceso de formación de la ley, lo cual, a la fecha todavía no se ha planteado ante el Tribunal Constitucional.

Por su parte, en lo que atañe al control de constitucionalidad a posteriori, podemos enumerar a las acciones de inconstitucionalidad y a las consultas judiciales. El objeto de las acciones de inconstitucionalidad, es decir, la normativa que pueda ser impugnada ante la Sala Constitucional, por esta vía, es la siguiente:

- a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional;
- b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo;
- c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa;
- ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento;

d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional;

e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia;

f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.

De acuerdo con el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la acción de inconstitucionalidad se puede promover en el marco de un asunto base, pendiente de resolver, en la sede jurisdiccional o en sede administrativa, en la fase de agotamiento de la vía, en que se invoque la inconstitucionalidad de la normativa impugnada como medio razonable de amparar el derecho o interés que se estima vulnerado. Además, puede ser una acción de orden colectiva, cuando se trate de la defensa de intereses difusos, o corporativos, así como, cuando no hay posibilidad de lesión individual o directa, o puede ser abstracta, cuando es promovida por el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República o el Defensor de los Habitantes, cuando actúen en el ámbito de sus competencias legales.

Por su parte, la consulta judicial la promueve un órgano jurisdiccional, cuando tenga dudas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, conducta, acto u omisión que deba juzgar, en el marco de un proceso sometido a su conocimiento. En esos casos, el juez debe motivar su consulta y señalar los motivos por los cuales considera que la normativa en cuestión es inconstitucional. Con posterioridad el trámite de la acción de inconstitucionalidad y de la consulta judicial es bastante similar, hasta el dictado de la sentencia, que no genera cosa juzgada si se estima que la norma impugnada no es inconstitucional, pero si se considera lo contrario, los efectos de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma son *ex tunc*.

Ahora bien, en lo que atañe a los procesos de garantía de los derechos fundamentales, la Sala Constitucional tiene competencia para conocer de los recursos de habeas corpus, cuando se trate de la afectación de la libertad o integridad personales, así como del

recurso de amparo, cuando se viole un derecho proclamado por la Constitución Política, o bien, por los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República. El trámite de ambos procesos, así como los actos sujetos de impugnación están desarrollados en la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Finalmente, la Sala Constitucional es competente para conocer los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, y los de competencia constitucional entre éstos y la Contraloría General de la República, las municipalidades, los entes descentralizados y las demás personas de Derecho Público, los cuales rara vez se plantean, o bien, son recubiertos por una acción de inconstitucionalidad cuando es una norma de alcance general la que produce dicho conflicto, en cuyo caso, se tramita como una acción.

IV.- El litigio ante la Sala Constitucional de Costa Rica y el principio de oralidad.

Como se expuso anteriormente, el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece la facultad de la Sala Constitucional de disponer que los trámites se realicen, en lo posible, de manera oral, pudiéndose ordenar una vista para que los interesados formulen sus conclusiones, en forma necesaria, en materia de acciones de inconstitucionalidad y, de modo facultativo, en los demás casos. Sumado a lo anterior, el artículo 85 ídem estipula: *“Una vez vencido el plazo, se convocará a la audiencia oral prevista por el artículo 10, a fin de que el actor, las otras partes apersonadas, y la Procuraduría General de la República presente sus conclusiones”*. Lo anterior en materia de acciones de inconstitucionalidad.

En la práctica, como lo exponen Hess Araya y Brenes Esquivel (2012, pp. 508-509), la Sala prescinde de esa vista, al emitir una resolución de índole interlocutoria, en los términos en que está previsto por el artículo 9 ídem que señala:

La Sala Constitucional rechazará de plano cualquier gestión manifiestamente improcedente o infundada. Podrá también rechazarla por el fondo en cualquier momento, incluso desde su presentación, cuando considere que existen elementos de juicio suficientes, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada; en este caso siempre que no encontrare motivos para variar de criterio o razones de interés

público que justifiquen reconsiderar la cuestión. Asimismo, podrá acogerla interlocutoriamente cuando considere suficiente fundarla en principios o normas evidentes o en sus propios precedentes o jurisprudencia, pero si se tratare de recursos de hábeas corpus o de amparo deberá esperar la defensa del demandado.

Sobre lo anterior, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No. 413-90, de 24 de abril, en cuanto a la omisión de vista oral en las acciones de inconstitucionalidad, ha sostenido:

El artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, faculta a esta Sala para resolver interlocutoriamente cualquier gestión que se le haya planteado, cuando considere que existen elementos de juicio suficientes que permiten pronunciarse sin cumplir con todas las etapas procesales fijadas para el caso. En el presente asunto, según se verá, se da esta situación, razón por la que se decide resolver la presente articulación sin celebrar la audiencia a que se refiere el artículo 85 de la Ley antes citada. (véase en el mismo sentido la sentencia No. 2084-96, de 7 de mayo)

En la realidad, la mayoría de las acciones de inconstitucionalidad se resuelven por esta vía, sin necesidad de efectuar la vista prevista en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

De lo anterior se deduce que solo en casos muy calificados, cuando las circunstancias realmente lo ameritan, es que la Sala Constitucional celebra la vista *supra* mencionada, motivo por el que, en su gran mayoría, se prescinde de ésta, en materia de acciones de inconstitucionalidad, teniéndose en consideración el altísimo circulante y de asuntos pendientes de resolución, que tiene a su haber el Tribunal Constitucional, razón por la que, la omisión de celebración de la vista le permite a la Sala Constitucional emitir la sentencia con mayor celeridad. No en vano, la Sala Constitucional emite al año más de 30.000 sentencias, por lo que corre el riesgo de morir de éxito, según una conocida expresión española. En este orden, en el año 2022, por ejemplo, la Sala Constitucional, según datos suministrados por el Centro de Jurisprudencia Constitucional, emitió 30958 sentencias, de las cuales 27431 corresponde al recurso de amparo y 358 a los distintos procesos de control de constitucionalidad. También se debe tener en cuenta que, según los datos estadísticos de la Sala Constitucional, la mayoría de las acciones de inconstitucionalidad y los recursos de amparo son resueltos en plazos muy cortos, lo que denota el altísimo nivel de eficiencia y eficacia con que labora el Tribunal

Constitucional, así como la mística y el compromiso de sus servidores. En este orden, las acciones de inconstitucionalidad, en el año 2020, se resuelven en un lapso de 29 meses y 3 semanas, los recursos de habeas corpus, en 15 días y los recursos de amparo en un mes.

A pesar de lo anterior, en los casos en que sí se realiza la audiencia o vista oral, su mecánica suele ser la siguiente:

El Presidente de la Sala otorga plazo a cada uno de los intervinientes para que exponga sus puntos de vista, seguido de otro lapso para efectos de réplica. La extensión del tiempo puede variar conforme a la complejidad del asunto o al número de expositores. Al final de las intervenciones, los Magistrados pueden formular preguntas a las partes. Si el caso lo requiere, y previa aprobación del Presidente, es posible utilizar medios audiovisuales para reforzar la exposición. (Hess Araya y Brenes Esquivel, 2012, p. 131)

Ahora bien, en lo que toca a los procesos de amparo y de habeas corpus, y pese a que el artículo 46 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional estipula: *“Si del informe resultare que es cierto el cargo, se declarará con lugar el amparo, si procediere conforme a derecho. Si fuere negativo, podrá ordenarse de inmediato una información, que deberá concluirse dentro de tres días con recepción de las pruebas que sean indispensables y, en su caso, se oirá en forma verbal al recurrente y al ofendido, si éste fuere persona distinta de aquél, lo mismo que al servidor o representante, de todo lo cual se levantará el acta correspondiente”*, en la práctica se tratan de procesos escritos, de carácter o de naturaleza sumarísima, en los cuales, únicamente se exige al promovente que acredite, en aras de proceder con el trámite inicial del amparo, el hecho o la omisión que lo motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre del servidor público o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y las pruebas de cargo.

En el mismo sentido, de acuerdo con el artículo 38, párrafo 2° ídem: *“No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho lesionado, salvo que se invoque un instrumento internacional”*; además, según el párrafo 3° ídem: *“El recurso no está sujeto a otras formalidades ni requerirá autenticación. Podrá plantearse por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia telegráfica”*. También se prevé en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el caso en que la demanda de amparo sea defectuosa u oscura, que se prevenga al recurrente que

corrija esos defectos dentro del tercero día, caso contrario, el recurso será rechazado de plano (artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Una vez que se da trámite el amparo, se solicita un informe a la autoridad recurrida, que debe ser emitido bajo la solemnidad del juramento (artículos 44 y 45 ídem). Con posterioridad y tras cotejar en el proceso la observancia de todas las prescripciones legales, se dicta una sentencia, en única instancia, en la que se resuelve el recurso de amparo y de habeas corpus.

De ahí que, en casos muy excepcionales, es que la Sala Constitucional ordena realizar un trámite oral, por lo que predomina la escritura, tanto en los procesos de control de constitucionalidad, como en los de garantía de los derechos fundamentales. Véase que esta modalidad de resolución de los recursos de amparo y de las acciones de inconstitucionalidad nos permite superar los inconvenientes que produce la oralidad, sin que ello afecte la publicidad, la concentración y la inmediación. En todo caso, si se llegare a normalizar las audiencias orales en los términos en que originalmente fue diseñada la Ley de la Jurisdicción Constitucional, ello podría incidir sobre la resolución oportuna y la respuesta eficaz que brinda la Sala Constitucional, normalmente, en el desarrollo de las competencias y potestades que le atribuyen la Constitución Política y la Ley. En términos similares, por ejemplo, y haciendo un análisis comparativo, en relación con otros recursos de amparo que se conocen en otras jurisdicciones, como el recurso de amparo de legalidad (en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa) y el recurso de amparo electoral (que se tramita según las reglas del Código Electoral por parte del Tribunal Supremo de Elecciones), también predomina la escritura, lo que favorece, en ambos casos, el dictado de sentencias en el menor tiempo posible, (de menos de seis meses, por ejemplo, en el amparo de legalidad), de acuerdo con el circulante que se maneja en cada sitio, y teniendo en cuenta el carácter sumario o sumarísimo de ambos procesos, cuyas regulaciones procesales son similares, en relación con el recurso de amparo constitucional (véase, en cuanto al recurso de amparo de legalidad, Orozco Solano, 2021, pp. 249-270). Nótese que la bibliografía existente en el ámbito nacional, en cuanto al principio de oralidad y su utilización por parte de la Sala Constitucional, en el desarrollo de sus competencias, es muy escasa, con lo que se han utilizado en este trabajo los materiales disponibles en el foro jurídico nacional.

En todo caso, es preciso recordar que el recurso de amparo no está provisto, en el sistema de justicia constitucional costarricense, de alguna formalidad. En este orden, el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece:

Una vez requerida legalmente su intervención, la Sala Constitucional deberá actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el procedimiento. Los plazos establecidos por esta ley no podrán prorrogarse por ningún motivo. Cualquier retardo en su cumplimiento será sancionado disciplinariamente, sin perjuicio de la acción por responsabilidad del funcionario. Los términos para las actuaciones y resoluciones judiciales se contarán a partir del recibo de la gestión que las motive, y, para las actividades de las partes, desde la notificación de la resolución que las cause. Ni unos ni otros se interrumpirán o suspenderán por ningún incidente, ni por ninguna actuación que no esté preceptuada expresamente en la ley.

Sobre el particular, la Sala Constitucional ha sostenido que:

(...) el artículo 8° de la Ley que rige esta jurisdicción dispone que requerida la intervención de la Sala Constitucional ésta debe actuar de oficio “sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el procedimiento”. Debemos entender que existe de por medio un interés público en que, una vez requerida la intervención de la Sala esta no queda a la voluntad de quienes intervienen en el proceso constitucional, de modo que incluso contra la voluntad de ellos puede llegarse a la decisión de fondo, decisión que se estima necesaria a la luz de la finalidad de todo este tipo de procesos. (ver sentencia No. 687-91, de 2 de abril)

V.- Conclusiones.

Pues bien, de los comentarios efectuados en este trabajo, sobre los alcances del principio de oralidad, en el litigio ante la Sala Constitucional, tanto en materia de control de constitucionalidad, previo o a posteriori, como en los procesos de garantía de los derechos fundamentales (sea, el recurso de amparo y de habeas corpus), es posible concluir lo siguiente:

1. El principio de oralidad reviste de una importancia capital en el marco del proceso penal acusatorio, donde se encuentra íntimamente ligado con los principios de inmediación, concentración y publicidad, de tal forma que la convicción del Juzgador, a la hora de emitir su fallo, debe basarse de manera exclusiva en el material probatorio que es recabado en la fase del debate. Desde el proceso penal, los alcances del principio de oralidad, al menos en el ordenamiento jurídico costarricense, han sido trasladados a la materia contenciosa administrativa y civil, entre otras.
2. Pese a que la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense, en sus artículos 10, 46 y 85 prevé la posibilidad de la Sala Constitucional de disponer que los procesos se realicen de modo oral, en la práctica solo se efectúan estas audiencias, con independencia de la competencia de que se trate, cuando las circunstancias realmente lo justifican. De ahí que, en su gran mayoría, se prescinde de la vista y predomina la escritura, lo que le permite al Tribunal Constitucional resolver, mediante trámites muy expeditos, eficientes y eficaces, sus distintos procesos jurisdiccionales, a tal grado que emite más de 20.000 sentencias por año. Es claro que la doctrina especializada en el derecho procesal no solo ve ventajas en la oralidad, sino algunos inconvenientes, que se pueden producir por la dispersión de la comparecencia, o su indebida prolongación, así como, la imposibilidad de los jueces de recordar todos los detalles que se ventilan en la audiencia. De ahí que, salvo en la materia procesal penal, donde el principio de la oralidad tiene mayor incidencia, se debe utilizar con sumo cuidado esta metodología, so pena de incurrir en alguno de los vicios que advierte la doctrina.
3. En Costa Rica, y en concreto, en el recurso de amparo, se litiga de manera escrita, sin mayor formalidad, con la sola obligación, por parte del recurrente, de indicar los hechos y el derecho violado, el infractor u autor del agravio, así como, el material probatorio existente. Por lo general no se realiza ninguna comparecencia, al menos que las circunstancias lo exijan, en cuyo caso la vista es celebrada bajo la guía del presidente del Tribunal, quien concede un lapso a las partes para formular los alegatos orales y, después, la réplica. Luego los Magistrados de la Sala Constitucional pueden hacer preguntas y realizar sus observaciones. Quien escribe estas líneas no ve la necesidad de modificar la forma en que la Sala Constitucional interpreta las normas *supra* referidas, dada

la eficiencia y la eficacia con la que funciona, en defensa de la supremacía normativa de la Constitución y los derechos fundamentales de los individuos.

VI.- Referencias bibliográficas.

Álvarez Molina, M. (2007). El Ámbito de Competencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en materia de amparo: Límites y Alcances de la tutela efectiva de los derechos fundamentales frente a las competencias de la Jurisdicción ordinaria. Una visión jurídica práctica del problema, en *La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo (con jurisprudencia)*, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José.

Gómez Orbaneja E. y otro. (1975). *Derecho procesal penal*, Editorial Artes Gráficas y Ediciones, Sociedad Anónima, Madrid.

Hernández Valle, R. (2006). El recurso de amparo en Costa Rica, en *el Derecho de amparo en el mundo*, coordinadores Fix-Zamudio, H., y Ferrer Mac-gregor, E., Editorial Porrúa, Ciudad de México.

Hess Araya, C. y otro. (2012). *Ley de la Jurisdicción Constitucional, Anotada, Concordada y con jurisprudencia procesal*, Editorial Juriscentro, Sociedad Anónima, San José.

Martín Ostos, J. (2014). El juicio oral en el proceso penal, *Revista Justicia*, 2014, núm. 2.

Nieva Fenoll, J. (2010). Los problemas de la oralidad, *Revista do Ministério Público do R. S.*, Porto Alegre, No. 67, septiembre 2010.

Oromi i Vall-llovera, S. (2013). El principio de intermediación como garantía constitucional en el proceso civil, en *Principios y Garantías Procesales, liber amicorum, en homenaje a la profesora María Victoria Berzosa Francos*, J. M. Bosch Editor, 1 edición, Barcelona.

Orozco Solano, V. (2021). Competencia concurrente de la Sala Constitucional y de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, cuando se trata de la defensa del derecho protegido en el artículo 41 constitucional, en los casos de denuncias o procedimientos ambientales, *Anuario Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, No. 22.

Ortiz Ortiz, E. (1990). *Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios)*, Litografía e Imprenta, Lil, Sociedad Anónima, San José.

Pesqueira Zamora, M. (2015). *La suspensión de los juicios orales: Especial atención a sus causas y tratamiento procesal*, Editor J. M. Bosch, Barcelona.

Jurisprudencia

Voto Nro. 2022-025167

Expediente: 22-016697-0007-CO

Tipo de asunto: Recurso de Amparo

Magistrado Ponente: Jorge Araya García

Descriptorios: Libertad de expresión y prensa. Restricciones por vías o medios indirectos.

Transcripción de Contenido

Exp: 22-016697-0007-CO

Res. N° 2022025167

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las trece horas y treinta minutos de veintiuno de octubre de dos mil veintidós.

RESULTANDO:

Recurso de amparo interpuesto por **ARMANDO MANUEL GONZÁLEZ RODICIO**, cédula de identidad 0800490965, **ARMANDO MAYORGA AURTENCHEA**, cédula de identidad 700740035, **DANIELA CERDAS ESPINOZA**, cédula de identidad 0113180033, **DIEGO DE JESÚS BOSQUE GONZÁLEZ**, cédula de identidad 0401930351, **ESTEBAN ENRIQUE OVIEDO ÁLVAREZ**, cédula de identidad 0109830215, **FABRICE LE LUOS**, cédula de identidad 801050436, **GUISELLE MORA MORALES**, cédula de identidad 0302890790, **HARLEN NATASHA CAMBRONERO JIMÉNEZ**, cédula de identidad 0112870182, **JUAN FERNANDO LARA SALAS**, cédula de identidad 0108810870, **KIMBERLING TATIANA HERRERA SALAZAR**, cédula de identidad 0114490425, **KRISIA LORENA CHACÓN**

JIMÉNEZ, cédula de identidad 0115180868, **ÓSCAR GERARDO RODRÍGUEZ ARGUEDAS**, cédula de identidad 0205380773, **RONALD ARTURO MATUTE CHARPENTIER**, cédula de identidad 0107430460 y **VANESSA AUXILIADORA LOAIZA NARANJO**, cédula de identidad 0109700875, todos periodistas, contra la **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA** y el **MINISTERIO DE SALUD**.

RESULTANDO:

1.- Por escrito aportado a la Sala los recurrentes interponen recurso de amparo y manifiesta que el 29 de enero de 2022, el entonces candidato a la presidencia, Rodrigo Chaves Robles, expresó ante un grupo de seguidores reunidos en Tibás, la siguiente promesa: “(...) *Somos un tsunami y sí, vamos a causar destrucción. Vamos a causar la destrucción de las estructuras corruptas de La Nación y de Canal 7. Óigame Ignacio Santos, óigame el otro (...) René Picado, óigame Armando González. Aquí estamos. Síganos invisibilizando en lo nuevo, en lo bueno y acusando injuriosamente en lo malo, porque ustedes ya no ponen presidentes en Costa Rica (...)*”. Acotan que, a menos de dos meses de juramentado, el 6 de julio de 2022, el presidente Chaves comenzó a materializar la amenaza. Indican que luego de semanas de violentos ataques verbales contra la prensa y los periodistas, a quienes calificó como “canallas”, aprovechó la conferencia de prensa después del Consejo de Gobierno para sembrar dudas sobre la salud financiera de Grupo Nación. Señalan que puso en incertidumbre la capacidad de la referida sociedad para pagar los bonos comprados por la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) y hasta insinuó el debilitamiento de la garantía de la deuda por el futuro traspaso de algunos terrenos de la empresa a un fideicomiso para hacer un promotor desarrollo inmobiliario. Agregan que el 5 de julio de 2022, la Ministra de Salud recibió una “denuncia anónima” atinente al Parque Viva, por lo que dicha jerarca solicitó un criterio urgente al Ministerio de Obras Públicas y Transportes sobre la calle de acceso al parque, que es una vía pública. Relatan que, al día siguiente, la Ministra de Salud recibió respuesta y de inmediato se celebró una sesión extraordinaria del Comité Asesor Técnico en Concentraciones Masivas, solo para conocer el caso y retirar el permiso de funcionamiento. Discuten que el informe se emitió sobre las vías públicas fuera del parque, no sobre las instalaciones o sus accesos. Aseveran que el informe de los inspectores del Ministerio de Salud, fechado 5 de julio de 2022, no evidenció incumplimiento alguno en las instalaciones de Parque Viva, documento en el que se omitió emitir criterio sobre las calles públicas aledañas, por no ser de su competencia. Arguyen que el 8 de julio de 2022, el Ministerio de Salud propinó un nuevo golpe a la

“estructura” mediante la emisión de la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 atinente a la suspensión temporal del permiso sanitario de funcionamiento de Parque Viva. Cuestionan que la referida medida se dictó sin previo aviso y sin la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa; además, se ejecutó mientras se recababan criterios técnicos del Cuerpo de Bomberos y la Cruz Roja en relación con la capacidad de la vía de acceso al citado establecimiento por las unidades de primera respuesta de esas instituciones. Enuncian que la orden sanitaria ejecutada el viernes 8 de julio de 2022 exigió a la empresa aportar un plan remedial que abarque “la solución a la problemática de los accesos”. Sin embargo, afirman que, según el acta, los inspectores del Ministerio de Salud no encontraron problema alguno con los accesos. Aseguran que, al momento del cierre, el Parque Viva contaba con todos los permisos al día y con un renovado visto bueno de los aforos emitido por el Ministerio de Salud el 16 de diciembre de 2021. Incluso, el 20 de enero pasado, se amplió el aforo, mediante un oficio del Ministerio de Salud. Señalan que en declaraciones publicadas el 13 de julio de 2022 por La Nación, el Alcalde de Alajuela afirmó que los permisos concedidos en el 2014 coinciden con el inicio de un rápido desarrollo habitacional de la zona y no se puede atribuir a Parque Viva la causa de los congestionamientos viales. Mencionan que en asamblea comunal celebrada el 13 de julio de 2022, el regidor y residente de La Guácima, Alonso Castillo, señaló que las presas en la zona se dan “(...) con Parque Viva y sin Parque Viva (...)” y dijo estar “(...) muy contento de que haya pasado lo de Parque Viva, porque hoy toda la prensa nacional está hablando de un problema que La Guácima tiene todos los días (...)”. Explican que el 15 de julio de 2022, luego de las críticas formuladas públicamente y en un recurso de revocatoria interpuesto por la empresa, el Ministerio de Salud emitió un nuevo acto administrativo, con las mismas consecuencias del primero y con una clara intención de rectificar sus deficiencias más obvias, especialmente en cuanto a los criterios técnicos. Detallan que el documento No. MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022 confirmó la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-05-0368-2022 y procuró dar la apariencia de perseguir fines públicos legítimos. Estima que lo descrito ha implicado un claro propósito de limitar la libertad de expresión por medios indirectos. Arguyen que es más que evidente la amenaza de destruir a las empresas, como represalia por las líneas editoriales de los medios de su propiedad y las actuaciones de sus directores periodísticos, mencionados con nombre y apellido en el discurso del 29 de enero de 2022 pronunciado por el actual presidente de la República. Indican que la promesa, tal y como se constata en el video aportado como prueba, es destruir las “estructuras” temerariamente calificadas como corruptas, para castigar la supuesta invisibilización de lo bueno y la divulgación de lo malo. La amenaza se dirige a los directores periodísticos de los medios, cuya función se limita a lo

editorial. Añaden que en esa ocasión se mencionó a un accionista de Canal 7, René Picado, a quien el mandatario increpó por una línea editorial, cuya independencia los propietarios de los medios profesionales se han comprometido a respetar. Detallan que el disgusto del entonces candidato se debía a la publicación de informaciones de evidente interés público sobre las sanciones de las que había sido objeto en el Banco Mundial por acoso sexual, así como de la crítica a otras propuestas y declaraciones, como la de gobernar mediante referendo. Aseveran que luego el enojo del presidente aumentó con motivo de la información publicada sobre las estructuras paralelas de financiamiento de la campaña política de su partido y otros temas, como las referencias a un fraude electoral que la democracia costarricense no toleraría. Expresan que lo anterior se trató de publicaciones periodísticas serias, bien documentadas y pertinentes, de manera tal que el hecho de no difundirlas habría afectado directamente el derecho de los ciudadanos a informarse sobre temas de interés público, así como el principio del votante informado. Afirman que como consecuencia del cumplimiento de ese deber y el ejercicio de ese derecho, a los directores y colaboradores periodísticos se les advirtió de la destrucción de las estructuras que permiten ejercer el periodismo independiente. Sostienen que Parque Viva fue una de las estructuras de periodismo independiente de Grupo Nación que resultó afectada como consecuencia de la amenaza emitida por el actual mandatario. Al respecto, pormenorizan que Parque Viva fue creado para diversificar las fuentes de ingresos de la empresa y compensar la pérdida de entradas experimentada por los medios de comunicación en todo el mundo, debido a la migración de la publicidad hacia los gigantes de la internet. Este hecho es público y consta en diversas manifestaciones de la empresa y sus personeros desde al menos el año 2013. Mencionan que Parque Viva fue creado como una fuente complementaria de ingresos, menos dependiente de la venta de publicidad. Por ende, se invirtieron importantes recursos y esfuerzos en la creación del citado Parque. Indican que el Presidente lo sabe perfectamente y como economista también conoce el daño que puede causar a una empresa poniendo en duda la capacidad de pago a los inversionistas. Afirman que esto fue precisamente lo que hizo el Presidente en la conferencia de prensa celebrada dos días antes del cierre del Parque Viva con el evidente propósito de cumplir su promesa de destruir las estructuras que permiten a los recurrentes ejercer libremente el periodismo. En este caso, el golpe lo dirigió a la estructura financiera del Grupo Nación, y confesó haber sido él, personalmente, quien pidió al Presidente Ejecutivo de la CCSS formular preguntas a Grupo Nación mediante la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL), en lugar de acudir directamente al emisor de los bonos adquiridos por esa institución en el mercado de valores; lo anterior, sin conocimiento de Grupo Nación, contrario a lo que estipula la ley. Agregan que luego,

sin esperar la respuesta a las preguntas, dedicó una conferencia de prensa a informar que las había formulado en defensa de la pensión de “la abuelita”. Aluden que cuando el presidente ejecutivo de la CCSS reconoció el cumplimiento de los pagos, el mandatario lo calificó de “diplomático” y tornó la palabra para insistir en la desinformación y en las insinuaciones. Manifiestan que la novedad de la conferencia de prensa fue el anuncio de la presentación a la SUGEVAL de las preguntas que la CCSS pudo haber formulado sin intermediarios a la empresa. Declaran que quedó claro que el accionar del mandatario no tuvo otro fin que perjudicar al Grupo Nación, poniendo en duda sus finanzas, para coartar la libertad de expresión porque “la práctica habitual de inversionistas institucionales” es consultar directamente al emisor y valerse de la información publicada por mandato de ley. Al respecto, señalan que se debe tomar en cuenta que la SUGEVAL contestó a la CCSS que debía formular sus consultas directamente a La Nación S.A.; además, se recordó que la información sobre la situación legal, financiera y de negocios de un emisor autorizado, así como de los valores que ofrecen, pueden accederse en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. Revelan que nunca antes un presidente se había ocupado personalmente de la suerte corrida por inversiones de una institución pública que ninguna autoridad financiera ha cuestionado. Tampoco ningún mandatario había dedicado buena parte de una conferencia de prensa presidencial a informar que se le formularon preguntas al emisor mediante SUGEVAL, en lugar de hacerlo directamente. Describen que el cierre de Parque Viva, dos días después de la conferencia, se dispuso para ver “si a La Nación se le ahorca el flujo de caja”. Exponen que en el caso Ríos y otros vs. Venezuela, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ocupó de expresiones semejantes, pronunciadas desde la palestra del poder, para limitar de forma directa o indirecta la expresión y difusión del pensamiento, en los siguientes términos: “(...)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. (...)". Alegan que en su caso, como es público y notorio, además del constante uso de la palabra "canalla", que constituye una injuria para deslegitimar, amedrentar y estimular repudio a la prensa entre los seguidores del gobierno, las irresponsables referencias a la salud financiera de Grupo Nación envuelve manifestaciones que han resultado ser contrarias al criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo señalado anteriormente. Afirman que el Presidente, según lo dicho por la Corte, debe hacer esta referencias "(...) 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 (...)". Sostienen que la prueba de la arbitrariedad está en las manifestaciones mismas: anuncian inusualmente el planteamiento de una serie de preguntas y, sin esperar respuesta, lanzan al aire afirmaciones, especulaciones e insinuaciones infundadas, falsas y temerarias. De otra parte, acusan que en este caso hay una clara desviación de poder y deviene en arbitraria la suspensión del permiso sanitario otorgado a Parque Viva. Exponen que con las medidas adoptadas no se persigue la satisfacción de intereses públicos, sino la de intereses espurios consistentes en intimidar a un medio de comunicación para que no ejerza libremente su derecho a informar. Apuntan que esos actos no solo afectan económicamente a la empresa dueña de Parque Viva, sino también al medio de información en el que laboran, por ende, se les lesiona su derecho a informar. Afirman que este es el verdadero fin que tienen los actos adoptados. Indican que las actuaciones resultan arbitrarias, precipitadas, discriminatorias y absurdas y son distantes de la tutela a los fines públicos. Anotan que el cierre del Parque Viva se ejecutó a partir de una "denuncia anónima" contra instalaciones abiertas hace más de cuatro décadas para albergar el autódromo La Guácima. Aclaran que Parque Viva ya tiene más de siete años de operar en el sitio, sin ningún incidente, al amparo de permisos y patentes oportunamente concedidos por las autoridades competentes sobre la base de estudios exigidos en su momento. Incluso, confirman que la inspección más reciente concluyó que las instalaciones son idóneas para las actividades celebradas en el lugar; no obstante, la Ministra de Salud solicitó un criterio "urgente" sobre la capacidad de la vía pública que conduce al parque y "preventivamente" canceló en tiempo récord el permiso de funcionamiento del sitio. Mencionan que la premura de las actuaciones con

intervención directa e insistente de la Ministra ante una denuncia anónima con petición de criterios urgentes, inspecciones instantáneas y reuniones de emergencia, llama la atención por inusual. En lo que atañe a las vías públicas, señalan que las calles aledañas son las mismas de los estudios iniciales exigidos hace años para tramitar los permisos del Parque Viva, lo que denota que el establecimiento ya estaba en el sitio cuando comenzó la explosión inmobiliaria de la zona. Puntualizan que, desde el 2014, se ha aprobado la construcción de 44 condominios y otras edificaciones. Refieren que el Estado creó el problema con su anuencia a la vertiginosa expansión urbanística de la zona sin proveer la infraestructura pública necesaria. Narran que hace pocos días, la Contraloría General de la República publicó una “auditoría operativa sobre la eficacia y la eficiencia en el uso de los recursos de la red vial cantonal en la Municipalidad de Alajuela”, en cuyo informe se concluyó, entre muchas cosas lo siguiente: “(...) *En relación con la ejecución de recursos para la atención de la RVC, se identificó que en el periodo 2019-2021 la Municipalidad ejecutó en promedio el 36,48% de los recursos asignados por año, en otras palabras, quedaron ociosos un total de ¢4.870,61 millones, ¢4.874,56 millones y ¢7.947,83 millones por año, respectivamente. Lo expuesto muestra la ineficiencia en el uso de los recursos pese a las necesidades existentes en cuanto a la mejora de superficie de ruedo, atención de puentes y aceras. (...)*”. Asimismo, el informe señaló: “(...) *En complemento a lo anterior, el porcentaje de ejecución promedio del periodo 2019-2021 reflejado por la Municipalidad (36,48%), alcanza niveles muy inferiores al promedio de ejecución de las ocho municipalidades consultadas por la Contraloría General, el cual es de 85,47% (...)*”. Ante tal panorama cuestionan: ¿A cuánto más asciende la sub ejecución desde el 2014, cuando se estableció Parque Viva y el Alcalde marca el inicio del desarrollo acelerado? Comentan que en los tiempos en que operaba en el lugar el autódromo La Guácima, se llevaron a cabo múltiples eventos masivos y únicamente existía una salida, sin que se diera ningún inconveniente. Acotan que en la actualidad el Parque Viva tiene cuatro salidas. Afirman que, en septiembre de 2014, cuando el Alcalde sitúa el inicio del desarrollo habitacional de la zona, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) aprobó el estudio de planificación vial de Parque Viva. El parque obtuvo todos los demás permisos, sin faltar uno, y sobre esa base la empresa invirtió más de \$40 millones, amparada al principio de confianza legítima y a la seguridad jurídica garantizada por el orden constitucional. Discuten que, a pesar de lo anterior, de pronto, el Estado procede a cancelar el permiso de funcionamiento, anular los legítimos réditos de la inversión, después de dos años de cierre por la pandemia, y exige a un particular un plan remedial para los defectos de la vía pública so pena de clausura o grave daño a sus ingresos. Aseveran que es obvio que lo pretendido por las autoridades recurridas es destruir “(...) *sin razón ni derecho, las*

“estructuras” que no permiten ejercer a decenas de periodistas, una función indispensable para la sociedad y un derecho humano inviolable (...)”. Mencionan que el 16 de diciembre de 2021, el mismo funcionario del Ministerio de Salud que recientemente suspendió el permiso sanitario de funcionamiento de Parque Viva, fue quien dio su visto bueno a los aforos de los diversos sectores del establecimiento. Entre ese momento y la actualidad, el único cambio en el Ministerio ha sido la conducción política que ahora tramita con urgencia denuncias anónimas, ejecuta suspensiones de permisos sin proceso ni derecho a la defensa y exige planes remediales a los particulares y no a todos, solo a uno, para los embotellamientos en la vía pública. Explican que son contadas las ocasiones en las que se dan presas en el sector a causa del Parque Viva, toda vez que la mayor parte de las actividades no atraen tanto tráfico y se llevan a cabo de noche o en fines de semana. Puntualizan que en el 2022 solo ha habido nueve conciertos y de ellos únicamente dos atrajeron más de 7000 personas. Por otra parte, aluden que en el Parque Viva hay un proyecto avanzado para contribuir a remediar el problema por cuenta de Grupo Nación, para beneficio propio y de toda la comunidad. Exponen que la idea es construir un acceso de cuatro carriles para el cual ya se adquirieron los terrenos y se tramitaron la mayoría de los permisos; sin embargo, esa propuesta está paralizada en una comisión de permisos del MOPT, mientras el gobierno alega la necesidad de un plan remedial preparado por quien precisamente le ha planteado una solución que no le cuesta un centavo al gobierno. Empero, ilustran que en conferencia de prensa del 13 de julio de 2022, el Presidente de la República planteó un argumento lleno de falsedades, para anunciar oposición al proyecto, al expresar: *“(...) ¿Oyeron la mentira descarada que publicó La Nación que tiene desde hace dos años de pedir un acceso a la ruta 27 para arreglar el Parque Viva? Ah no, diay, si metemos un gol metamos cuatro goles más porque es cuatro veces el volumen de área lo que querían conseguir el permiso., ¿No les da vergüenza colapsar la Ruta 27 arriesgando todo el Occidente, Grecia, Naranjo, Atenas, San Carlos, todo Guanacaste y todo Puntarenas? (...)”.* Estiman absurdas las advertencias del colapso de todo Occidente, Guanacaste y Puntarenas por la construcción de un acceso que mejoraría dramáticamente y de inmediato el tráfico en toda La Guácima hacia Parque Viva y sí, hacia un futuro desarrollo urbanístico que Grupo Nación ha anunciado desde hace años. Precisamente, aclaran que el mejoramiento de la circulación es necesario para que ese proyecto sea viable. Elucidan que el desarrollo proyectado se ejecutaría en quince o veinte años, pero el impacto benéfico del acceso se hará sentir de inmediato en toda la comunidad y sin duda facilitará el acceso a Parque Viva. Al pronosticar el colapso de la mitad del país por la construcción de un eventual proyecto urbanístico, el mandatario parece haber olvidado la promesa de su propio gobierno de ampliar la Ruta 27. Además, la Dirección General

de Ingeniería de Tránsito, el Consejo Nacional de Vialidad, el Consejo Nacional de Concesiones y la Comisión de Carreteras de Acceso Restringido, manifestaron su no objeción. Sin embargo, el mandatario, en un arranque frente a micrófonos, anuló esos criterios y borró los años de trámite y planificación invertidos en el proyecto. Expresan que el intempestivo rechazo a considerar siquiera la posibilidad de permitir el acceso y las razones alegadas por el mandatario, demuestran su ánimo persecutorio y su intención de cumplir la amenaza de destruir las “estructuras” de su periodismo. Afirman que solo un plan remedial le complace: un aforo suficientemente bajo para hacer inviable a Parque Viva y así golpear las “estructuras” del periodismo que tanto le molesta y prometió destruir. Exponen que Grupo Nación no está obligado a proveer ese remedio ni se le puede exigir un plan remedial como lo ordenó el gobierno. El parque fue construido con todos los permisos necesarios antes de la explosión inmobiliaria de la zona permitida por el Estado sin proveer la infraestructura necesaria y, más bien, sub ejecutando los recursos para ese fin. Señalan que el Estado supo de la cuantiosa inversión requerida para levantar el proyecto y dio, en varias ocasiones, su consentimiento. El Ministerio envió a hacer una inspección en el parque con intención de encontrar un problema, pero hallaron todo conforme. Entonces, decidieron que el defecto estaba en la vía pública, donde no corresponde a los particulares, sino al Estado, proveer el remedio. Argumentan que el propósito del “plan remedial” exigido por el gobierno es “remediar” el periodismo crítico mediante una desviación de poder para ejercer presión sobre la empresa, consecuente con la amenaza de campaña, y no enfrentar el problema de los embotellamientos. Por eso el Presidente ya expresó en su conferencia de prensa de 13 de julio, su negativa a la construcción del acceso que, de buena fe, Grupo Nación está dispuesto a financiar. Todo está listo para ejecutar la obra a cuatro carriles, pero ya la administración dejó claro su intención de no permitirlo. Narran que los estudios técnicos elaborados *a posteriori* por instituciones dependientes del gobierno nada dicen del verdadero origen del problema. Tampoco dice a qué hora hay presas, qué días ni cómo se forman. Enuncian que tan arbitraria fue la medida adoptada inicialmente y tan débiles los criterios técnicos, que el gobierno se vio obligado a emitir otra, basada en nuevos criterios, que de igual forma devienen cuestionables, para disimular sus intenciones e intentar rectificar los obvios defectos del acto inicial. Describen que en un oficio emitido por la Cruz Roja Costarricense se consignó que los tiempos de respuesta para la atención de emergencias se han visto afectados por la congestión vial en diversos puntos del territorio nacional, situación que también ocurre en La Guácima. Además, sostienen que la benemérita institución admitió no proveer servicios en los eventos de Parque Viva, pues los organizadores contratan empresas privadas. Adicionan que el Cuerpo de Bomberos también enfatizó

el problema de estrechez de las calles, sin hacer referencia a ningún problema propio de Parque Viva; mientras que el informe del 9-1-1 no pasó de enumerar reportes de los más diversos incidentes en la zona, sin establecer relaciones de causalidad con Parque Viva. Alegan que el informe del MOPT realizó una extraña comparación con algún sitio del Reino Unido, con “tres eventos similares” que no describió; sin embargo, pidió limitar el aforo a 2400 personas, no por las condiciones del parque sino por supuestos relacionados con la vía pública. Reseñan que, para justificar su actuación, el gobierno procuró obtener, *a posteriori*, quejas de la comunidad, distribuyendo a la asociación de desarrollo un machote de carta, según el testimonio de Hellen Espinoza, dirigente comunal de La Guácima, quien dijo “quieren que desembarremos lo que ellos embarraron”. Indican que en una reunión comunal realizada el 13 de julio de 2022, el regidor y residente de La Guácima, Alonso Castillo, pronunció ante sus vecinos un discurso esclarecedor, al señalar: “(...) *Hay una realidad ineludible, del 2010 a la fecha, en La Guácima se han formado 48 proyectos urbanísticos en el Concejo Municipal de Alajuela, sin contar Parque Viva, sin contar desarrollos comerciales, sin contar Automercado, sin contar centros comerciales (...) cada proyecto de esos, implica (...) muchos carros. Eso nos da una realidad vehicular que no era para las carreteras que nosotros teníamos (...) Aquí hay presas todos 1os días, a las siete de la mañana y a las cinco de la tarde, con concierto, o sin concierto. Si aquí pasa un accidente hoy, colapsa La Guácima porque no hay para dónde coger. (...)*”. Se cuestionan de porqué se escogió selectivamente a Parque Viva si hay congestionamientos todos los días, en varias franjas horarias y, por su parte, las actividades más concurridas de este sitio suelen celebrarse de noche y los fines de semana. Afirman que el gobierno atendió una denuncia anónima sobre el parque con la urgencia de una catástrofe nacional. Además, celebró reuniones de emergencia, pidió “criterios técnicos” inmediatos, ordenó inspecciones y emitió resoluciones. Todo esto, supuestamente, para evitar presas dos o tres veces por mes, de noche y en fin de semana. Cuestionan si esto mismo se exigirá a comercios y condominios instalados en la zona luego de Parque Viva y si también los cerrará. Indican que el ánimo de singularizar y discriminar a Grupo Nación, como represalia por su periodismo, no puede ser más obvio, además involucra la desviación de poder contra el derecho a la libre expresión de los periodistas del Grupo Nación. Sostienen que el problema no es Parque Viva, sino la infraestructura pública que poco ha avanzado para adaptarse a la densidad habitacional desarrollada después de su existencia. Señalan que no sería difícil producir similares “estudios técnicos” sobre los embotellamientos cotidianos cerca del complejo de oficinas Forum, atribuirlos a las edificaciones y cancelar los permisos de operación. Lo mismo se podría decir de la gran cantidad de centros comerciales y oficinas que atraen tráfico a Lindora por donde es

imposible transitar en determinadas horas del día o de la entrada a Multiplaza Escazú en diciembre. Argumentan que los ejemplos son infinitos, pero el Ejecutivo se fija, exclusivamente, en Parque Viva. Disertan que, en síntesis, los problemas de acceso a La Guácima existen “con Parque Viva o sin él”, por omisiones y excesos del Estado. Apuntan que ningún estudio acredita que la situación cambiará con el cierre de Parque Viva o la disminución de su actividad por debajo de los niveles autorizados; por el contrario, hay evidencia de la continuidad del problema cuando no hay actividad alguna en Parque Viva. Asientan que si algo celebra la comunidad es que la desviación de poder del gobierno vertió luz sobre un problema de larga data que no se resuelve con las actuaciones administrativas arbitrarias señaladas. Reiteran que la ineficacia de esos actos desvirtúa su pretendido fin público y evidencia que el único propósito es afectar las finanzas de Grupo Nación, en represalia por el libre ejercicio del periodismo. Arguyen que con el ánimo de continuar persiguiendo e intimidando con la afectación de intereses económicos, el 20 de julio de 2022, en conferencia de prensa, el presidente citó, entre los motivos para cancelar el plan del tren eléctrico, la existencia de un ramal que pasa por Parque Viva, lo cual le “preocupa” y al parecer está entre los fundamentos de tan trascendental decisión. Al respecto, señalan que el parque tiene la suerte o tal vez la desdicha de estar situado próximo al derecho de vía del tren existente desde hace bastante tiempo, por ende, si se pretende construir un tren con aprovechamiento de ese derecho de vía, deberá pasar por ahí y sería útil que lo hiciera, porque más adelante está la zona franca del El Coyol donde laboran 16.000 personas, además de otros 16.000 ciudadanos en el área circundante. Manifiestan que, por esa razón, el ramal está en los planes del tren eléctrico desde el 2016 y, según explicó INCOFER, no cuesta ¢150.000.000,00 como lo pretende hacer creer el mandatario. Discuten que el presidente es quien menos debería albergar “preocupación” porque fue él, como Ministro de Hacienda, quien firmó el proyecto de crédito para el tren eléctrico que, según dijo ahora, será reemplazado por un proyecto anterior, mucho más caro, que solo se construirá entre San José y Paraíso de Cartago, el cual constituye el segmento de menos tránsito, de conformidad con los estudios. Consideran que las arbitrariedades apuntadas no dejan duda sobre el propósito persecutorio contra el periódico en que el que laboran, así como el carácter de represalia, con desviación de poder, contra la línea informativa y editorial, con grave lesión del derecho a la libre expresión. Refieren que la presión ejercida sobre las finanzas de la empresa pone en riesgo el ejercicio periodístico futuro e invita a entendimientos que lo comprometen. Aseveran que las acciones descritas conculcan el artículo 29 de la Constitución Política, en tanto procuran coartar la libertad de expresión. Asimismo, lo apuntado deviene contrario a lo dispuesto en el artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrado al

bloque de constitucionalidad, en el que se contempla la prohibición de emplear mecanismos indirectos para coartar la libertad de expresión y el derecho del público a conocer informaciones de interés de la sociedad. Sustentan que esos mecanismos indirectos se disfrazan para parecer acciones legítimas, pero sus efectos sobre un derecho humano tan fundamental pueden ser devastadores. Añaden que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una extensa línea jurisprudencial sobre los mecanismos indirectos de represión y tiene establecido, de larga data, que es contrario a la Convención “(...) *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 (...)*”. (Opinión Consultiva No. OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 55). También sostuvo 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. (...)*”. (Caso Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 154). En sentido similar, caso Perozo y otros vs. Venezuela, sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195. Agregan que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció 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 (...)*” (La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva No. OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 48. Cfr.). Asimismo, Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 340. Amplían que el alto tribunal ha manifestado que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social. Sobre ese aspecto describen que se exige, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho individual, y, por otro lado, implica un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer el pensamiento ajeno (casos La colegiación obligatoria de periodistas, La última tentación de Cristo, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C no. 107, párr. 108). Impugnan que las actuaciones objeto de este recurso también resultan discriminatorias contra La Nación y sus periodistas. Concluyen que en juego no están solamente los intereses económicos de La Nación o siquiera los de otros medios más frágiles y pequeños, sino el derecho de todos a informar y opinar libremente, así como el derecho de la ciudadanía a recibir esas informaciones y opiniones desde una pluralidad de fuentes, de conformidad con la garantía establecida en los artículos 28 y 29 de la Carta Magna. En virtud de todo lo expuesto, solicitan que

se declare con lugar el recurso y se anule la suspensión temporal del permiso sanitario de funcionamiento del Parque Viva, así como los actos administrativos que la sustentan. Además, solicitan que se le ordene al Presidente de la República, abstenerse de ejecutar actos tendentes a lesionar directa o indirectamente la libertad de expresión.

2.- Por resolución de las 16:06 hrs. de 29 de julio de 2022, se le da curso al proceso y se requieren los informes a las autoridades recurridas.

3.- Mediante memorial aportado a la Sala el 8 de agosto de 2022, Joselyn María Chacón Madrigal, en su condición de Ministra de Salud, rinde informe y señala expresamente lo siguiente: *"(...) De conformidad con lo expuesto, atendiendo el presente informe de ley con sustento en el Oficio N°MS-DM-5756-2022, Expediente Administrativo relacionado con Parque Viva (adjunto como prueba), mediante el cual se afirma, en síntesis, lo siguiente: Para poner en contexto existencia de denuncia con fecha 05 de julio del 2022, misma trasladada para su atención por este Despacho Ministerial mediante Oficio N°MS-DM5756-2022 2, a la Dra. Karina Garita Montoya, Directora de la Dirección Regional de Rectoría de la Salud Central Norte, denuncia presentada contra el "Parque Viva", ubicado en La Guácima de Alajuela, denuncia referida propiamente a condiciones estructurales y de acceso y salida de dicho lugar. Cito: "...Este recinto es comúnmente utilizado para llevar a cabo conciertos masivos, donde se reúne una gran cantidad de personas. el problema con este lugar son sus puntos de acceso y la poca capacidad que tiene las carreteras, que son de una comunidad rural para recibir una enorme cantidad de vehículos al mismo tiempo. Todas las calles que dan al Parque Viva, son calzadas de un carril por sentido, muy angostas, sin bahías para autobuses, ni condiciones para alto tránsito. Cada vez que hay un concierto, las calles de la comunidad colapsan absolutamente, al punto que las personas tardan horas en desplazarse en distancias cortas o salir del parqueo del lugar. La situación es sumamente grave, pues durante una eventual emergencia, podría verse comprometida la respuesta de los cuerpos de socorro. Y es que estamos hablando de situaciones tan riesgosas como incendios, terremotos, caídas de estructuras, entre otros eventos trágicos que podrían ocurrir en eventos masivos. Las calles de la Guácima de Alajuela no pueden soportar la afluencia masiva de vehículos, pues sus vecinos también podrían ver menoscabados sus derechos por este tipo de eventos, ya que, ante emergencias en sus hogares o comunidades, la respuesta de las autoridades de auxilio tardaría muchísimo más que lo normal, por las enormes presas que genera este lugar. En vista de lo anterior, y ante la gravedad de los hechos denunciados se solicita la clausura definitiva del lugar, hasta tanto no encuentren una solución a la problemática. La solicitud se realiza en aras de proteger la salud pública y el interés*

común. PARQUE VIVA NO REUNE LAS CONDICIONES PARA ALBERGAR EVENTOS DE CONVOCATORIA MASIVA. Cierro indicando que es responsabilidad del Estado, de conformidad con el artículo 50 de la Constitución Política, velar porque se tutelen los derechos de los habitantes de la República y otorgarles el mayor grado de bienestar. Como prueba adjuntó (sic) ocho fotografías de los únicos 2 accesos de lugar, que demuestran las condiciones de las calles circundantes. Además, se adjunta 2 notas de medidas de comunicación donde se expone la problemática con las presas provocadas por los eventos masivos". En atención a lo denunciado, las autoridades del Área Rectora de Salud de Alajuela 2, al ser las 13:50 horas del 05 de julio de 2022, llevaron a cabo una inspección físcosanitaria al inmueble de cita, incluyendo la valoración correspondiente a sus vías de acceso, concluyendo, según el informe N°MS-DRRSCN-DARSA2-1641-2022, lo siguiente: "...que las Instalaciones de Parque Viva cumplen con condiciones físico-sanitarias y estructurales adecuadas a lo interno de estas, se procederá a trasladar los planes de emergencia al Encargado Regional de Salud Ocupacional para su valoración y revisión a profundidad, además se recomienda realizar el traslado de la denuncia al Ministerio de Obras Públicas y Transporte para que estos valoren las condiciones denunciadas que son competencia de esta dependencia (calles en mal estado, un solo carril por sentido vial, dificultad de acceso de cuerpos de emergencias por vía pública, entre otros..." Así las cosas, mediante el oficio N°MS-DM-5754-2022, este Despacho Ministerial, con carácter de urgencia, solicitó al señor Luis Esteban Amador Jiménez, en su condición de Ministro de Obras Públicas y Transportes, y a la señora Laura Ulloa Albertazzi, Viceministra de Transportes y Seguridad Vial, criterio técnico en relación con las calles de acceso al recinto comercial privado, denominado "Parque Viva", ubicado en La Guácima de Alajuela, con el fin de dilucidar aspectos estructurales y de seguridad humana, específicamente en cuanto a los aspectos de capacidad que tienen sus vías de acceso, en el escenario de la enorme cantidad de vehículos y personas que asisten a los eventos masivos programados en dicho lugar, en relación con aspectos de eventuales emergencias, respuesta y acceso de cuerpos de socorro y riesgo, entre otros. Bajo esa perspectiva, mediante oficio N°DVTSV-2022-0341 de fecha 06 de julio del 2022, la Licda. Laura Ulloa Albertazzi, Viceministra de Obras Públicas y Transportes, remite el oficio N°DVT-DGIT-2022-339, suscrito por el Ing. Junior Araya Villalobos, funcionario de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito, el cual emite criterio señalando que: "...el establecimiento denominado "Parque Viva" empezó a funcionar en el año 2015, para la realización de varios eventos (deportivos de motores, congresos, ferias, así como eventos de concentración masiva de personas, como conciertos y festivales) el cual se localiza frente a ruta cantonal denominada "Calle Rincón Chiquito", siendo que corresponde a la Municipalidad de Alajuela el otorgamiento de los permisos de acceso, indica que la calle

Rincón Chiquito es una calle urbana de dos carriles -un carril por sentido de circulación-, donde ese tipo de vía podría alcanzar una capacidad máxima alrededor de los 1.200 vehículos por hora por sentido y, de acuerdo con las condiciones de la vía, un estudio detallado podría arrojar una capacidad menor a la mencionada, siendo que se puede asegurar que en el momento en que se realizan los eventos de concentración masiva, la vía de acceso al Parque Viva no tiene la capacidad suficiente para el manejo del tránsito generado. Refiere que, bajo un escenario conservador, sin considerar los estacionamientos periféricos al parque, ni la utilización de la pista de carreras, se tendría una generación de 4.900 vehículos por hora, lo cual representa más del doble de lo que la vía podría soportar...” Por su parte, el Comité Asesor Técnico de Concentraciones Masivas, según Acta N°28643-S-MOPT-SP del 07 de Julio de 2022, indicó: “...Vistos los oficios mencionados, y la recomendación del Ministro de Obras Públicas y Transportes sobre tomar un curso de acción a raíz de la situación presentada con relación a la capacidad de la vía de acceso del recinto denominado Parque Viva, se acuerda proponer a las autoridades correspondientes una Orden Sanitaria de Cierre para eventos masivos, del establecimiento denominado Parque Viva, y las medidas que correspondan con otras autoridades pertinentes. Debe solicitarse un plan remedial para las condiciones denunciadas, el cual debe ser puesto en conocimiento de este Comité Asesor técnico de Concentraciones Masivas...”, lo cual fue debidamente comunicado a través del oficio N°MS-DM-5838-2022 del 08 de julio de 2022- a la Dra. Karina Garita Montoya, Directora de la Dirección Regional de la Rectoría de la Salud Central Norte, procediendo, el día 08 de julio de 2022, autoridades del Área Rectora de Salud de Alajuela 2, girar la orden sanitaria N°MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022, al señor Maykol Gómez Trejos, representante legal de “Parque Viva”, con la figura jurídica “Grupo Nación GN Sociedad Anónima”, ordenando en lo que interesa: “... en concordancia con el principio precautorio y en atención a los oficios: MS-DM5814-2022, mediante el que se remite el Informe Técnico DVT-DGIT-2022-339 emitido por la Dirección General de Ingeniería de Transito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, el oficio MS-DM-5838-2022 mediante el que se remite el Acta N°28643-SMOPT-SP del Comité Asesor Técnico en Concentraciones Masivas, se ordena mediante el siguiente acto administrativo la suspensión temporal del Permiso Sanitario de Funcionamiento MS-DRRSCN-DARSA2-RPSF-0177-2019 (parque temático, autódromo, anfiteatro, eventos deportivos, culturales, ferias y exposiciones varias) hasta tanto se cuente para su análisis y toma de las respectivas acciones, con los Criterios técnicos emitidos por el Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica y de la Benemérita Cruz Roja Costarricense, con relación a la capacidad de la vía de acceso a dicho establecimiento por las unidades de primera respuesta de esas instituciones, mismos que están siendo gestionados por el Ministerio de Salud... Así mismo, su representada

deberá presentar un plan remedial que abarque la solución a la problemática de los accesos y el consecuente riesgo a la Seguridad y Salud Pública ante la realización de Actividades de Concentración Masiva, y la generación de una eventual emergencia en dichas actividades...”. Posteriormente, en respuesta a la solicitud planteada por este Despacho Ministerial según el oficio N°MS-DM-5870-2022 para cuerpos de socorro, en relación con la situación del “Parque Viva”, instituciones como el Benemérito Cuerpo de Bomberos, la Cruz Roja Costarricense y el Sistema de Emergencias 911, remiten a este Despacho Ministerial el informe N°CRC-GG-SO-OF-074-2022 del 11 de julio de 2022, suscrito por el señor Jim Batres Rodríguez, Sub-Gerente operativo de la Cruz Roja Costarricense; informe N°CRC-GG-OF-012-2022 del 12 de Julio de 2022, suscrito por el señor José David Ruiz Piedra, Gerente General de la Asociación Cruz Roja Costarricense; Informe técnico N°CBCR-027150-2022-OPOB-00741 del 10 de Julio de 2022, suscrito por el señor Alexander Araya Mico, de Operaciones de Bomberos; Informe N°911-DI-2022-2202 del 11 de julio 2022, suscrito por la Señora María Elena Amuy Jiménez del sistema de Emergencia 9-1-1, donde la Cruz Roja Costarricense, en resumen, indican: “...que sí debe existir medidas preventivas que permita reducir riesgos, como planes de emergencia que definan rutas de acceso suficiente, con la amplitud necesaria que permita una respuesta eficaz en caso de emergencias, que dependiendo del tipo de incidente que se produzca así se requerirá de la participación interinstitucional, incluida la Cruz Roja Costarricense, el Benemérito Cuerpo de Bomberos, Policía, empresas privadas prestatarias de Servicios de Ambulancia, entre otros actores, donde las vías públicas de la comunidad de La Guácima y zonas aledañas resultan insuficientes para el rápido acceso de unidades de emergencia, situación que se puede agravar ante eventos de concentración masiva, los cuales pueden verse afectados por el alto congestionamiento vial y que es ocasionado por la gran cantidad de vehículos que se ubican en los costados de la vía, generando atrasos de hasta 30 minutos para su llegada, donde atienden accidentes de tránsito, incendios estructurales y casos médicos, donde en todos los casos está en riesgo la vida de las personas, por lo que se requiere de un acceso rápido y oportuno de las unidades de rescate especializadas; por su parte, indican los personeros de bomberos, que las unidades extintoras tienen una longitud aproximada de 11 metros y un ancho de 3 metros, lo que genera precisamente que se requiera suficiente espacio para su ingreso a los lugares donde se presentan los incidentes (emergencias como incendios, accidentes de tránsito, otros) siendo que específicamente el ingreso al “Parque Viva” se dificulta cuando deben pasar dos vehículos, en sentido contrario, al mismo tiempo, lo cual hace imposible el ingreso, o cuando existen vehículos estacionados en la vía, siendo el tiempo de respuesta mucho mayor al que se puede atender en condiciones aptas de accesibilidad...”. Por su parte es de observar, de lo informado por el sistema 911, que efectivamente existen un sin

número de denuncias que son ingresadas al sistema, en mayor número cuando se están llevando a cabo en el lugar eventos de concentración masiva, así como por vehículos mal estacionados, aglomeración de personas, embotellamiento de vehículos, riñas por no poder salir, colisiones, quejas por escándalos ocasionados por actividades propias del Parque Viva”, como por ejemplo carreras en el autódromo La Guácima, problemas de tránsito vehicular, entre otros, siendo de notar que sí existe una situación de riesgo potencial en el lugar, por falta de acceso seguro y fluido al sitio, que afecta las comunidades aledañas al inmueble y que debe el Ministerio de Salud atender de manera diligente, donde el acto administrativo lo que busca precisamente es evitar ante futuras actividades de concentración masiva- poner en riesgo la salud, seguridad y la vida de las personas que asisten a los eventos, así como la de las que viven en los alrededores del Parque Viva, y que requieren de un acceso fluido a sus comunidades (casas) y de ser necesario un adecuado acceso de los medios de socorro, por lo que resulta indispensable presentar el Plan Remedial solicitado, el cual debe abarcar en su contenido la solución a la problemática de acceso en las comunidades de La Guácima de Alajuela, ante la realización de actividades de concentración masiva. Es de mencionar que los actos administrativos realizados por esta instancia Ministerial fueron recurridos y resueltos en apego de tiempo y forma, respetando así el debido procedimiento y derecho en defensa de los administrados que sintieran afectados sus derechos, recursos declarados sin lugar al considerar que se deben mantener los actos administrativos impugnados, ya que se desprende de la valoración realizada por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y de las instituciones de primera respuesta (Cruz Roja, Bomberos, Fuerza Pública y otros). Asimismo se resolvió que dicha medida de suspensión temporal de las actividades de concentración de personas se mantendrá hasta que se garantice con la presentación, aprobación e implementación de un plan remedial, que la realización de las actividades de concentración masiva de personas en Parque Viva no conlleve al colapso de las vías de acceso, no genere molestias a las comunidades vecinas y permita el ingreso de los vehículos y personal de las instituciones de primera respuesta de manera pronta y segura. Ahora bien, sobre lo señalado en el sentido de que existen otras actividades autorizadas al establecimiento que no causan el colapso de las vías, deberán los representantes legales del establecimiento, indicar en el plan remedial solicitado a la autoridad sanitaria del Área Rectora de Salud Alajuela 2, cuáles son esas actividades, así como la cantidad de personas por actividad a fin de que no superen lo señalado en el criterio técnico emitido por las autoridades del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, para valorar, autorizar y vigilar su realización (...) FUNDAMENTO DERECHO Constitución Política, en sus artículos 21 y 50, el derecho a la vida y a la salud de las personas es un derecho fundamental, así como el bienestar de la población, los cuales se tornan en bienes jurídicos

de interés público y ante ello, el Estado tiene la obligación inexorable de velar por su tutela. Derivado de ese deber de protección, se encuentra la necesidad de adoptar y generar medidas de salvaguarda inmediatas cuando tales bienes jurídicos están en amenaza o peligro, siguiendo el mandato constitucional estipulado en el numeral 140 incisos 6) y 8) del Texto Fundamental. Ley 6227 denominada -Ley General de la Administración Pública-, en su artículo N°214, cito: "...-1 El procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración; con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico...(o)...-2 Su objeto más importante es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final...". Ley General de Salud N°5395 en sus artículos 1, 2 y 341 cito: "... La salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado, siendo del Ministerio de Salud función esencial velar por la salud de la población... Podrán, asimismo, dentro de las atribuciones y jurisdicciones mencionadas, ordenar y tomar las medidas especiales que habilita esta ley para evitar riesgos o daños a la salud de las personas o que éstos se difundan o se agraven y para inhibir la continuación o reincidencia en la infracción de los particulares ..." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la protección y preservación de la integridad del medio ambiente natural, la salud y vida de las personas, es un derecho fundamental, de modo que frente a los intereses particulares prevalece, sin duda alguna, el derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, lo que evidencia que no existe duda de que estando de por medio el ambiente, la salud y vida de las personas y por tratarse de normativa de orden público, se hace imposible alegar la existencia de derechos adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas, cuando estos se encuentran en contraposición del derecho fundamental al ambiente sano y ecológicamente equilibrado. CONCLUSIÓN Partiendo que la Ley N.º 5395, Ley General de Salud, establece que la salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado y que es función del mismo Estado -a través del Ministerio de Salud- velar por su protección efectiva y que toda persona -natural o jurídica- está sujeta a lo que ella establece, a sus reglamentos y a las órdenes que emita la Autoridad de Salud dentro de su competencia (Artículos 1 y 4). Este bien jurídico "salud", derivado directo del derecho a la vida, consagrado en el Artículo 21 de la Constitución Política, ha sido protegido desde "tempranas sentencias" de Nuestra Sala Constitucional, y el Ministerio de Salud en su condición de Rector de la Salud de la nación debe garantizar que su producción social, se realice de manera eficiente y contribuya a mantener y mejorar la calidad de vida de la población, en forma equitativa, solidaria y universal. Ahora bien, no podría el Ministerio cumplir con esta función de organización y coordinación suprema si no se preocupara por atender, vigilar, regular y corregir, aquellas situaciones o circunstancias que afectan o

ponen en riesgo esa salud de la población. Por eso en su función rectora dicta medidas y normas sanitarias, y por medio de sus programas operativos y de sus órganos y agentes, aplica y vigila su acatamiento, denunciando o sancionando si fuera el caso, a quienes incumplen los requerimientos o ignoran las órdenes sanitarias emanadas de una Autoridad de Salud (Artículos 1 y 2, Ley Orgánica del Ministerio de Salud). Como se desprende del análisis fáctico en el abordaje del Área Rectora de Salud Alajuela 2, a la Denuncia Confidencial N°243-2022, en cumplimiento apego al principio Constitucional, en que se obtenga Justicia Pronta y Cumplida a los tramites presentados ante la administración, me permito hacer mención en lo que interesa, a la resolución N°2008-013962, dictada por la Sala Constitucional a la 9:31 horas del 19 de setiembre del 2008 sobre derecho a justicia pronta y cumplida: "...justicia pronta y cumplida. El artículo 41 de la Constitución Política estipula: "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". En igual sentido, el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969 indica: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". De lo anterior se colige que la Administración de Justicia está obligada a resolver en un plazo razonable los asuntos que le son planteados. El artículo 41 de la Constitución Política -antes transcrito-, no ha constitucionalizado un derecho a los plazos, sino el derecho fundamental de toda persona a que su causa sea resuelta dentro de un plazo razonable, lo que ha de ser establecido en cada caso concreto, atendiendo a la complejidad del asunto, la conducta de los litigantes y de las autoridades, así como las particularidades de cada tipo de proceso..." Por ende, el Ministerio de Salud no está exento en cumplir con el deber de concluir con los trámites presentados, en este caso, de la denuncia que nos ocupa, siendo necesario reforzar la seguridad jurídica tanto para el denunciante, denunciado y la misma administración, en saber que los hechos descritos tienen su seguimiento pertinente y un abordaje ajustado en tiempo y derecho, mismo dentro de una línea de tiempo determinado. Partiendo de la existencia de un orden público ambiental y de salud, propio de un Estado Social de Derecho como lo es el nuestro, donde el interés público ambiental y de salud, por regla general, prevalece por sobre los intereses particulares, los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, estas no encuentran cabida cuando entran en conflicto y puedan afectar los derechos ambientales y de salud de incidencia colectiva, Siendo ayunos los recurrentes en demostrar sus

aseveraciones demás temerarias, por cuanto a la luz de los hechos expuestos, se demuestra que el actuar del Ministerio de Salud esta (sic) ajustado a derecho y que están tratando de utilizar su relación patronal con los medios de comunicación conocidos, como un medio coercitivo de “ataque a la prensa”, siendo que la carga a las obligaciones y situaciones comerciales deben ser soportadas independientemente que los recurrentes ostenten algún cargo de interés público como lo es ser propietarios de un medio de comunicación, pretendiendo tener un trato diferenciado o privilegiado en relación con otro comercio que enfrente tales Ordenes (sic) Sanitarias ya que concatenan esto, con un ataque o coerción al interés de información por ver menoscabadas sus actividades comerciales e ingresos económicos, siendo contradictorio en su totalidad con el principio constitucional emanado del artículo 33; - Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana-. Estando las Autoridades Públicas en cumplimiento de ley en aplicar el Principio Precautorio en materia Sanitaria, en el sentido de que deben tomar las medidas preventivas que fueren necesarias para evitar daños graves o irreparables a la salud de los habitantes. Siendo un derecho antes mencionado la culminación de las denuncias o cualquier trámite llevado ante este Ministerio ya que los mismos no pueden quedar sin resolución final por tiempo indefinido, y es en aplicación del artículo 41 de la Constitución Política, artículo 264 de la Ley General de la Administración Pública y Decreto Ejecutivo N°37045 del 22/02/2012 denominado Reglamento a la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, que esta representación Ministerial actuó ajustada al principio de legalidad que está llamado a cumplir. Aprovecho para hacer mención al comunicado de prensa del martes 12 de julio del 2022, por parte del Colegio de Periodistas y Profesionales en Ciencias de la Comunicación Colectiva de Costa Rica en sus siglas -COLPER-, donde menciona en síntesis; “...La Junta Directiva del Colper se reunió con el Presidente de la República y el Presidente del Grupo Nación, de ambas conversaciones concluimos que: 1.- La Libertad de prensa es pilar fundamental de la democracia y así lo reconocieron ambas partes. 2.- Por encima de cualquier interés individual debe imperar el interés de las mayorías. 3.- La situación del Parque Viva debe ser abordada desde el principio de legalidad en que opera la administración pública, para lo cual existe la vía recursiva de impugnación del acto administrativo que ordena la suspensión del Permiso Sanitario de Funcionamiento y se resuelve con la presentación de un plan remedial por lo que no guarda relación ni afecta la libertad de prensa toda vez que corresponde a una actividad que se ajusta al derecho comercial y al derecho público que nos rige en relación de los administrados con la administración pública máxime que la Constitución Política en su artículo 50 ordena al estado garantizar el mayor bienestar a todos los habitantes del país. 4.- La presidencia de la República reiteró su compromiso de respetar a los medios de

comunicación colectiva, indistintamente de su línea y de editorial o de los intereses del grupo empresarial que represente, y reafirmó el compromiso de construir un protocolo que rija las relaciones prensa gobierno para garantizar el acceso a las fuentes a la información y al respeto mutuo con los periodistas y medios de comunicación...La Junta directiva del COLPER estará vigilante del respeto a la libertad de prensa y libertad de expresión para el resguardo de nuestra institucionalidad (...)”.

4.- Por escrito aportado a la Sala el 9 de agosto de 2022, Rodrigo Chaves Robles, en su condición de Presidente de la República, rinde informe y señala expresamente lo siguiente: *“(...) La Constitución Política de Costa Rica es absolutamente clara en que constituye una obligación ineludible del Estado garantizar, defender y preservar el mayor bienestar de todos los habitantes del país. Además, que toda persona tiene derecho a reclamar un ambiente sano. Asimismo, nuestra Carta Magna protege la libertad de decir lo que se piensa, cuando esto no constituya un exceso que violente o perjudique de manera ilegítima a un tercero, o cuando lo que se dice no encuentra respaldo en la realidad. Esta garantía abarca no solamente la libertad de los medios de comunicación de informar con la verdad, sino también la de los individuos de ejercer su pleno derecho de manifestarse. Ustedes, magistradas y magistrados de la honorable Sala Constitucional, más que nadie, conocen del deber que me fue conferido cuando juré ante el pueblo de Costa Rica como presidente de la República, en donde la protección y resguardo de la ciudadanía representan un pilar fundamental dentro del Estado Social de Derecho. Sin asombro, pero con mucha preocupación recibo el recurso de amparo interpuesto por personas afines al Grupo Nación, en donde exponen situaciones que poca o ninguna relación tienen con coartar la libertad de prensa de este medio de comunicación, y más bien pareciera que, escudados en ese equivocado discurso, exigen -sin ningún reparo- que el Estado les debe permitir operar de la manera que ellos quieran, aun cuando esto sea contrario a la ley y en detrimento del bienestar público. Señalan los recurrentes que ha puesto entredicho la capacidad financiera de Grupo Nación, por el correcto proceder de una grupo de funcionarios de la CCSS de plantear una consulta ante la SUGEVAL (Oficio GP-1193-2022/GF-575-06-2022), dada la preocupación que les generó los estados financieros reportados por Grupo Nación, y por movimientos de bienes inmuebles a un fideicomiso constituido por esta compañía, que posiblemente repercutirán negativamente en la capacidad de Grupo Nación, frente al pago de bonos comprados por la CCSS, y que esto, eventualmente, puede afectar groseramente el Fondo de Seguro de Invalidez Vejez y Muerte y el Fondo de Retiro de Empleados de la CCSS. El pago que deben realizar es de 5.950 millones de colones. La preocupación de los funcionarios de la CCSS es absolutamente válida y justificada: al cierre del primer trimestre del 2022, Grupo Nación*

visualiza una pérdida neta de 350 millones de colones, casi un 35% superior a la pérdida reflejada en marzo de 2021. Por otra parte, es muy preocupante que el mayor activo que posee Grupo Nación, es decir, la propiedad en Llorente de Tibás esté siendo traspasada a un fideicomiso, junto con otras propiedades que este grupo ha estado adquiriendo, aun cuando vienen reportando pérdidas desde hace varios años atrás. Magistradas y magistrados, ¿Es una amenaza a la libertad de prensa preocuparse y plantear consultas por el destino de los fondos de miles de costarricense invertidos en estos bonos? Grupo Nación, como cualquier otro emisor de deuda que participa en el mercado nacional de valores, está en la obligación de aportar información veraz que respalde su salud financiera, y no escudarse en su supuesta actividad central como "medio de comunicación", para alegar ataques a la libertad de prensa cuando se le exija ajustarse a la legalidad. Hoy, pese a que la CCSS dirigió una misiva al Grupo Nación desde el 20 de julio de 2022, con las mismas consultas que se plantearon ante la SUGEVAI,, no hay respuesta alguna (ver prueba documental). El alegato de los recurrentes respecto al levantamiento temporal del permiso sanitario de funcionamiento de Parque Viva, encuentra el mismo discurso, es decir, a Grupo Nación no se le puede exigir, como a cualquier otro comercio costarricense, ajustarse a los parámetros de la ley, porque inmediatamente, a su parecer, se convierte en un ataque a la libertad de prensa. De forma extraña, alega Grupo Nación que la denuncia de Parque Viva fue atendida con rapidez y celeridad por parte de las autoridades sanitarias, situación que es plausible y correcta. Estamos hablando de la vida de miles de personas, esto no puede demorarse, no puede esperar más tiempo, debe resolverse con la mayor rapidez y disposición posible; no tiene ningún tipo de fundamento venir a criticar que el gobierno actuó con la debida diligencia para proteger a la ciudadanía, se ejecutaron las acciones de la forma correcta, y es precisamente lo que la población espera, un gobierno que responda ágilmente, no con dilaciones, ni trabas. ¿Como es posible, magistradas y magistrados, que Grupo Nación venga a decir que cifran todas sus esperanzas económicas en lo que pueda generar la actividad económica de Parque Viva para poder pagarle a sus empleados, y que clausurar temporalmente ese lugar para la celebración de eventos masivos por incumplir con las condiciones mínimas de salubridad, es un ataque directo a la libertad de prensa? Eso solo demuestra que la salud financiera de la Nación no es como la quieren hacer ver, y que dependen de este lugar para subsistir financieramente. Respecto al caso en concreto de Parque Viva, vecinos de la Guácima de Alajuela plantearon ante el Ministerio de Salud una denuncia anónima, donde explican lo que han sufrido por años con este lugar, y las consecuencias que podrían ocurrir en caso de que no se tomen las medidas necesarias de manera urgente. Claro ejemplo de lo denunciado se evidenció en la nota publicada por el medio de comunicación CRhoy.com el 22 de junio de 2017 donde una vecina de La

Guácima de Alajuela denunció que "Hay que estar peleando para que no nos parqueen al frente. A veces, mandan a alguien para que acomode carros, pero cuando el desorden es demasiado, desaparecen (...) Todo mundo se encierra. La gente (vecinos) no sale cuando hay concierto. Las calles tienen que hacerlas más anchas, el martes (Concierto de Ed Sheran, 6 de junio) fue tremendo". Ante esa situación, el principal temor es que una de esas noches de concierto se presente una emergencia que amerite la salida rápida de algún vecino. "¡Se muere la persona! Si se cortó, se escurrió (...) Esto se bloquea por todo lado. No solo aquí, también en Ciruelas y en el sector conocido como El Bajo (...) Es que hay semanas hasta con 3 conciertos. (Ver legajo de prueba anexo como prueba documental) Otro ejemplo de la situación que viven los vecinos de Parque Viva ocurrió el 9 de julio de 2017, de acuerdo con una nota publicada por el medio de comunicación Am Prensa el 09 de julio de 2017, donde se denunció que, durante un concierto llevado a cabo la tarde de ese día en el Parque Viva, se reportaba un fuerte congestionamiento vial en los alrededores del recinto, pero lo más grave ocurrió cuando se recibió una alerta de una amenaza de un atentado terrorista que propició la detención de una persona. (Ver legajo de prueba anexo como prueba documental) Una vez recibida la denuncia anónima, el Ministerio de Salud convocó a sesión al Comité Asesor Técnico en Concentraciones Masivas para analizar el caso. En dicha sesión, participaron funcionarios además del Ministerio de Salud, del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, de la Cruz Roja Costarricense, de la Dirección de la Policía de Tránsito, de la Comisión Nacional de Emergencia y del Benemérito Cuerpo de Bomberos. Este comité, actuando dentro de los parámetros permitidos, y analizando el informe DVT-DGIT-2022-339 (ver prueba documental) de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito (previamente solicitado por el Ministerio de Salud), donde se concluye que al momento que se realizan concentraciones masivas en el Parque Viva, la vía que da acceso no tiene la capacidad suficiente para el manejo del tránsito generado, por tanto, esta comisión acordó proponerle a las autoridades sanitarias una orden de cierre para eventos masivos y solicitar un plan remedial para las condiciones denunciadas. Recibida la recomendación del comité especializado, la Dirección de Área Rectora de salud de Alajuela 2, emitió la orden sanitaria MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 (ver prueba documental), donde suspendió de manera temporal el permiso sanitario de funcionamiento para eventos de carácter masivo hasta tanto el ente recurrido no presentara un plan remedial que abarcara la solución a la problemática con los accesos. Hoy, Grupo Nación no ha presentado el plan remedial. Cabe recordar que, las autoridades han exigido a otros grupos comerciales, la construcción de accesos de ingreso a centros comerciales de gran envergadura, cuando se proyecta que la entrada en operación de estos recintos representará un aumento en el flujo vehicular de la zona en que fueron construidos; ejemplos de esto son los casos de EPA en Desamparados y City

Mall en Alajuela, quienes realizaron cuantiosas inversiones para ajustarse a los requerimientos de entrada y salida de vehículos. Además, se cuenta con el criterio de la Dirección Regional de la Fuerza Pública de Alajuela, mediante oficio MSP-DM-DVURFP-DGFP-DRSA-SBDRA-DPCAS-D26-08272022 (ver prueba documental), donde, señalan que la zona de la Guácima de Alajuela está catalogada como sensible ya que convergen diferentes acciones delictivas y que la afectación que genera aglomeraciones de vehículos y personas en las afueras de Parque Viva, reduce la movilidad policial y produce un incremento en las llamadas de vecinos al 911, debido a incidentes de alteración al orden público. Fuerza Pública hace referencia a un caso en concreto ocurrido durante un concierto en Parque Viva el 07 de mayo de 2022, donde en una emergencia médica, los cuerpos de socorro requirieron del auxilio policial para poder trasladar a la paciente ya que la cantidad de vehículos y personas en la zona impedían el movimiento de la ambulancia con la rapidez que se precisaba, por tal razón fue necesaria la intervención de doce efectivos policiales abriendo camino a pie entre los vehículos durante 40 minutos. Concluyen que la afectación al servicio policial durante los eventos masivos en Parque Viva es evidente, notoria, frecuente y repetitiva, en virtud del impacto de la incidencia delictiva y la afectación en los tiempos de respuesta de las autoridades de emergencia. El Benemérito Cuerpo de Bomberos emitió su criterio mediante oficio CBCR-0271502022-0PB-00741 (ver prueba documental), donde concluyen que las comunidades de Rincón Chiquito, Rincón Herrera, Guácima centro, al igual que las instalaciones de Parque Viva, se ven afectadas debido a que el tiempo de respuesta de las unidades de Bomberos aumenta de forma considerable debido a las condiciones de las vías circundantes al recinto (sic), aunado a los bloqueos que se generarían en las carreteras durante los eventos masivos, y esto imposibilitaría el acceso a las comunidades durante emergencias, situación que pone en peligro las vidas y las propiedades. Ante la incredulidad que generó el hecho que el gobierno local le otorgara permisos de funcionarios a Parque Viva, aún con toda la evidencia de que sus condiciones de operación son perjudiciales para las comunidades circunvecinas, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo le solicitó a la Municipalidad de Alajuela el expediente del proyecto, donde se hallaron situaciones muy preocupantes que fueron expuestas en el oficio PE-243-07-2022 (ver prueba documental), a saber: 1) Los permisos municipales de uso de suelo para el campo ferial, anfiteatro, hotel y servicio de comidas, no respetan el plan regulador vigente. 2) La finca donde encuentra el Parque Viva, se ubica en una zona verde, y no es una subzona residencia de mediana densidad, tal y como se indicó en la constancia de uso de suelo, que fue emitida por la Municipalidad de Alajuela y base para la emisión de los permisos de construcción. 3) La viabilidad ambiental otorgada, fue dada para mejoras en lo que fue el Autódromo La Guácima; en ningún momento se desprende del trámite ante Setena, que la actividad a

desarrollar fuera para un campo ferial, lo que evidencia que los permisos fueron gestionados de forma separada, con la intención de obviar requerimientos mínimos que debieron ser pedidos. 4) No hay registro de presentación ante el MOPT ni la Municipalidad de Alajuela, de ningún estudio de impacto vial, que mida el impacto de flujo vehicular asociado a las actividades que se desarrolla en Parque Viva. 5) El proyecto no contó con autorización del Benemérito Cuerpo de Bomberos al momento de ser aprobado. 6) NO se solicitó ninguna mejora a la vialidad cantonar (sic) que da acceso al Parque Viva, en ninguna etapa. Obviado con ello el gobierno local, lo estipulado en el artículo 70 de la ley de planificación urbana, que le permite solicitar contribuciones dado el impacto del proyecto Parque Viva, sobre la vialidad pública del cantón (casos Epa Desamparados, City Mall Alajuela). Como se ha afirmado, las actuaciones cuentan con el criterio de varias instituciones públicas especializadas, algunas de ellas beneméritas de la patria, que gozan de total credibilidad en sus actuaciones. No se trata de gestiones antojadizas, como lo quieren hacer ver los recurrentes, se trata de funcionarios y funcionarias responsables que cumplen su deber, con la debida competencia legal para hacerlo y que buscar proteger la vida de los costarricenses. Por lo expuesto, el hecho de proteger la vida de cientos de familias vecinas del Parque Viva, no tiene ninguna relación con atacar, limitar o censurar la libertad de prensa de Grupo Nación. Yo no voy a dormir con la consciencia tranquila si durante el próximo concierto hay una emergencia y muere una niña, un anciano, se pierden casas de gente humilde durante un incendio, simplemente por el beneficio económico de un grupo, que se escuda en la libertad de expresión cada vez que se les solicita ajustarse a la ley. Como aspecto relevante en apoyo de la actuación de las autoridades sanitarias, está el pronunciamiento del propio Colegio de Periodistas de Costa Rica, quienes indicaron que, una vez analizado el tema, arriban a la conclusión que la libertad de prensa en Costa Rica goza de buena salud, y que en ningún momento se está atentando contra este derecho. Al respecto indicó el Colegio de Periodistas en su comunicado oficial: "(...) La situación del Parque Viva debe ser abordada desde el principio de legalidad en que opera la administración pública, para lo cual existe la vía recursiva de impugnación del acto administrativo, que ordena la suspensión del permiso sanitario de funcionamiento y se resuelve con la presentación de un plan remedial, por lo que no guarda relación ni afecta a la libertad de prensa, toda vez que corresponde a una actividad que se ajusta al derecho comercial y al derecho público que nos rige en la relación de los administrados con la Administración Pública, máxime que la Constitución Política en su artículo 50 ordena al Estado garantizar el mayor bienestar a todos los habitantes del país (...)" (ver legajo de prueba documental anexo). El propio Grupo Nación, en una nota publicada el 27 de abril de 2021, acepta que las condiciones de acceso de las instalaciones de Parque Viva no son las mejores. Expresamente indican que "Si bien

Parque Viva cuenta con distintas rutas públicas de acceso, las mismas presentan limitaciones para asimilar el fluido movimiento de una gran cantidad de vehículos, como las que se producen cuando han presentado espectáculos a lleno completo en el Anfiteatro Coca-Cola (ver legajo de prueba documental anexo). A esto debemos sumar la nota del medio de comunicación El Guardián titulada "Parque Viva reconoció problemas de caos vial desde el 2017 y esperó hasta el 2021 para buscar solución", donde una funcionaria del Parque Viva acepta que los eventos masivos repercuten de manera negativa en el flujo vehicular propio de la zona, y que en un evento del 6 de junio de 2017, donde se convocaron 18 mil personas, un choque colapsó todo el sector de la Guácima de Alajuela, lo que agravó la salidas de los asistentes al evento. (Ver legajo de prueba documental anexo). La necesidad de sentir persecución por parte de los recurrentes defendiendo los intereses de Grupo Nación llega al punto de asegurar, de acuerdo con el recurso de amparo, que la cancelación del proyecto del tren eléctrico impulsado por el anterior gobierno pasa por el hecho que una ramificación de la ruta pasaba por el sector de Parque Viva, de ahí la decisión que se tomó y que fuera anunciada. Este argumento es absolutamente falso. La decisión de no continuar con el proyecto fue pensada en el beneficio común de la ciudadanía, donde un proyecto mejor pensado y elaborado representaría mayores beneficios para todos. Grupo Nación, como un medio de comunicación serio, debería saber que las decisiones de alta trascendencia de nivel país, no pasan -únicamente- por los colones y beneficios que pueda recibir su empresa, sino que abarca mucho más, al pueblo costarricense, por ejemplo. Donde no ahondan en el alegato los recurrentes es que, de acuerdo con la nota publicada el 20 de agosto de 2020 por el medio de comunicación CRhoy.com, en el ejercicio de su libertad de prensa, el gobierno de turno y el grupo Nación firmaron un convenio que incrementaría el costo del tren eléctrico en casi 150 mil millones de colones, para que la línea férrea pasara por las inmediaciones del Parque Viva. (Ver legajo de prueba documental anexo). Al Grupo Nación siempre se le ha respetado el debido proceso. En primera instancia, se les otorgó la posibilidad de presentar un plan remedial (que no lo han hecho) y, por otra parte, han tenido la posibilidad de recurrir la resolución administrativamente, estando pendiente por resolver el recurso de apelación. No es cierto que la Administración haya clausurado definitivamente el recinto. El diario La Nación sigue operando y seguirá haciéndolo sin ningún tipo de injerencia por parte del Estado, eso no quiere decir que no se les va a exigir ajustarse a derecho cuando sea evidente y manifiesto que están operando de manera ilegítima y en detrimento de los derechos de los costarricense. No existe, en ninguna circunstancia, un ataque indirecto a la libertad de prensa; en ningún momento he ordenado a las autoridades sanitarias actuar de determinada manera, todas las decisiones se han tomado de acuerdo con parámetros técnicos actuando sobre la base de una denuncia presentada por la misma

ciudadanía. Como costarricense y funcionario público, tengo la obligación y el derecho de pronunciarme enérgicamente ante situaciones que pongan en peligro la salud pública del pueblo; paradójicamente, es un derecho constitucional que me asiste de manifestar de manera libre mis pensamientos, y lo haré de la forma más vehemente cuando se trate de proteger los derechos de las familias costarricenses, y aún más cuando se trate de las población (sic) más vulnerables; recientemente, la Sala Constitucional se pronunció sobre el derecho de los servidores públicos de expresar sus opiniones, esto mediante el voto 09855-22, indica el citado documento: "(...) no hay que perder de vista que la libertad de expresión, así como la libertad de prensa, son elementos esenciales del sistema democrático, al extremo, que es uno de sus elementos nucleares. Así lo ha reconocido este Tribunal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su amplia jurisprudencia. A partir de lo anterior, y siguiendo los precedentes de esta Sala es necesario concluir que se debe declarar con lugar el recurso de amparo. (...) Así las cosas, tomando en consideración las particularidades del cuadro fáctico de este caso, la apertura del procedimiento administrativo en sí mismo no constituye un medio razonable ni proporcional para exigir una responsabilidad ulterior, tal y como lo prescribe el numeral 29 de la Carta Fundamental y el artículo 73 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino, por el contrario, se constituye en un instrumento intimidante para la amparada y, de esa forma, se impide que exprese lo que piensa sobre el desempeño de una alta funcionaria del Poder Judicial, siendo mayores las restricciones a la libertad de expresión que los beneficios de la medida. Aunado a lo anterior, no se logró demostrar fehacientemente el interés público imperioso de abrir dicha investigación, y se constató que las críticas realizadas en el artículo de opinión se enmarcaron en lo que se espera de los habitantes de la República cuando ejercen la libertad de expresión, sea para criticar o exaltar la gestión de un funcionario público. Es importante indicar que los límites entre la potestad disciplinaria y la libertad de expresión de los funcionarios judiciales debe analizarse caso por caso (...)". Asimismo, en el propio caso de Ríos y otros vs Venezuela, ante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al que hace referencia los recurrentes y que contradice su propia posición, se menciona que el caso encuentra relación con el informe de alcances y conclusiones No. 119/06 de 26 de octubre de 2006, al indicar que: "(...) la mayoría de los pronunciamientos anexados "(...) aunque pueden tener un contenido fuerte y crítico que incluso puede ser valorado como ofensivo, constituyen expresiones legítimas de pensamientos y opiniones sobre las formas particulares que puede tener un medio de comunicación de ejercer el periodismo que se encuentran protegidas y garantizadas bajo el artículo 13 de la Convención Americana y la Comisión no encuentra que constituyan violación alguna de ese instrumento. " En este punto, resulta fundamental traer a colación

la Declaratoria de Chapultepec, propiamente el principio noveno, donde bien se señala "que la credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad, a la búsqueda de precisión, imparcialidad y equidad, y a la clara diferenciación entre los mensajes periodísticos y los comerciales. El logro de estos fines la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos. Son responsabilidad exclusiva de periodistas y medios. En una sociedad libre la opinión pública premia o castiga." Del párrafo anterior resulta inevitable cuestionarse si Grupo Nación está actuando ajustada a este precepto, y si una vez analizados todos los criterios de las entidades especializadas, la credibilidad y compromiso con la verdad no está entredicho. En conclusión, puedo afirmar que no se está ejerciendo ninguna clase de censura, ni directa, ni indirecta contra Grupo Nación; el medio de comunicación continúa operando de manera normal, informando al pueblo costarricense de acuerdo con su línea editorial, y esta garantía nunca será trasgredida. El derecho que los recurrentes alegan como violentado no encuentra sustento en la realidad como se ha demostrado, por lo que el recurso de amparo debe ser declarado sin lugar en todos sus extremos (...)". Solicita que se declare sin lugar el recurso planteado.

5.- Por escrito aportado a la Sala el 17 de agosto de 2022, el recurrente González Rodicio se refirió al informe rendido por las autoridades recurridas. Alude a la premura con la que se tramitó, el 5 de julio de 2022, la presunta denuncia formulada en contra de Parque Viva, ante diversas instancias y en menos de seis horas (sea, desde presuntamente las 8:00 hrs. y las 13:50 hrs.). Sobre este punto en particular aduce expresamente lo siguiente: "(...) 1-En la copia del expediente aportado por los recurrentes, folio 2, figura el formulario de denuncia anónima recibido a las 12:41 del 5 de julio en Alajuela. No obstante, si nos dejamos guiar por el Oficio en que la Ministra la traslada a la Dra. Karina Garita Montoya, Directora Regional, la denuncia fue recibida en San José, el mismo 5 de julio. NO podemos saber la hora, porque el documento no tiene sello de recibido en las oficinas centrales del Ministerio, contrario a las normas usuales de recepción y manejo de documentos en la administración pública, pero no pudo ser presentada antes de las 8 am., porque a esa hora abren las oficinas. 2- Entre las 8 am, suponiendo que el denunciante estaba ahí cuando se abrieron las puertas, y las 12:24:14 cuando la señora Ministra solicita criterios técnicos urgentes a los jefes del Ministerio de Obras Públicas según el oficio MS-DM-5754-2022 visible a folio 26 de la copia del expediente aportado por los recurridos, hubo tiempo para formular y recibir la denuncia, decidir que era de atención urgente por la señora Ministra en persona, elevarla a su despacho y redactar el oficio enviado al MOPT. No parece haber habido tiempo para estampar un recibido que nos permita saber la hora de presentación de la denuncia para aquilatar la verdadera celeridad de los trámites, que quizá sea mucho mayor. 3- En la

copia del expediente aportado por los recurridos, folio 1, figura el oficio MS-DM-5756-2022 firmado electrónicamente el 5 de julio a las 12:38:24 mediante el cual la Ministra traslada el formulario de denuncia a la Dra. Karina Garita Montoya, Directora Regional. Eso ocurre 2 minutos y 36 segundos antes del recibido estampado en el formulario en Alajuela. Lo más extraordinario es que la Dirección Regional Central Norte, que comprende Alajuela y Heredia, está en esta última Ciudad, desde donde sería imposible el traslado físico del documento en un par de minutos. Si el traslado fue electrónico, también se hizo en tiempo récord. En 2 minutos y 36 segundos se recibió el correo electrónico, se leyó el contenido, se despachó a Alajuela donde se imprimió la denuncia y se le puso un recibido físico que habría sido innecesario si la ruta electrónica hubiera quedado documentada. Si la celeridad con que al parecer ahora se tramitan las denuncias anónimas hubiera aconsejado enviar copia del documento a Alajuela mientras se notificaba a la jerarca en Heredia, irrespetando las cadenas de mando, cabe preguntarse por qué en el expediente figura como única copia —por lo que debemos entenderla como Original la que tiene el recibido de Alajuela. 4- En la copia del expediente aportado por los recurridos figura el ya citado Oficio MS-DM-5754-2022 firmado el 5 de julio a las 12:24:14 mediante el cual la Ministra solicita criterios técnicos urgentes a los jefes del MOPT, más de 14 minutos antes del traslado de la denuncia anónima a la Dirección Regional, en Heredia, y casi 17 minutos antes de recibida la denuncia en Alajuela. 5- En la copia del expediente aportado por los recurridos, folio 19, figura el acta de inspección firmada a las 13:50 del 5 de julio en Parque Viva. Es decir, entre la recepción de la denuncia en Alajuela y el fin de la inspección en el sitio habrían transcurrido 69 minutos. Aparentemente, los inspectores estaban listos, a la hora de almuerzo, para salir como un relámpago hacia La Guácima instantes después de recibida la denuncia anónima en el centro de Alajuela y ejecutar su tarea a una velocidad extraordinaria, desplazándose por todos los rincones del parque (...). Menciona que, en su informe, la Ministra de Salud da a entender que, en virtud de la inspección realizada por autoridades del Área Rectora de Salud de Alajuela 2 el 5 de julio de 2022, se procedió posteriormente a solicitar criterio al MOPT. Sin embargo, señala que ese criterio había sido solicitado casi una hora y media antes de concluida dicha inspección. Agrega que el informe oficial de los inspectores de Alajuela 2 (donde se recomienda trasladar la denuncia al MOPT para que valoren las condiciones denunciadas de su competencia), fue firmado fuera de horas de oficina, el propio 5 de julio de 2022, a las 17:26:59 hrs. (cuando habían pasado más de cinco horas desde que la Ministra de Salud había pedido criterios técnicos urgentes al MOPT). Sobre este último aspecto, señala expresamente lo siguiente: “(...) No sabemos a qué hora fue recibida la denuncia ni cómo llegó al despacho de la Ministra sin pasar el proceso habitual de recepción de documentos Es una hoja que cualquiera pudo haber

llenado en cualquier momento, pero desató una actividad extraordinaria. Unas horas de la mañana del 5 de julio bastaron para desplegar todas las actuaciones registradas en los Oficios. ¿Qué trasladó la Ministra al despacho de la Dra. Ramos, en Heredia, si 2 minutos y 36 segundos después se le estaba estampando el recibido a la denuncia en Alajuela? ¿Por qué es esa la única constancia de recibido en el formulario de la denuncia y por qué figura únicamente ese formulario en el expediente? ¿Para qué hizo la Ministra el traslado a Heredia y para qué se envió la denuncia a Alajuela si ya se había consultado al MOPT sobre las vías aledañas a Parque Viva y se sabe que el Ministerio de Salud no tiene jurisdicción sobre esa materia? ¿Cómo llegaron con tanta celeridad los inspectores de Alajuela a Parque Viva? Esta crónica de lo sucedido en menos de seis horas (quizá mucho menos, dependiendo de la hora de presentación de la denuncia) en tres sedes del Ministerio de Salud y las instalaciones de Parque Viva, precede al resto de la frenética actividad que culminó con la suspensión de los permisos sanitarios. No es así como se tramitan las denuncias, especialmente anónimas, en ningún sector de la administración pública. La arbitrariedad, el ensañamiento y la desviación de poder no admiten duda (...)”. De otra parte, indica que, como parte de la costumbre de pedir a las instituciones públicas documentos para justificar *a posteriori* las arbitrarias actuaciones en este caso, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, semanas después del cierre, emitió un informe de irregularidades presuntamente cometidas hace ocho o nueve años. Menciona que la Municipalidad de Alajuela lo desmintió ese mismo día, pero eso no importó para que el Presidente lo presentara como parte de su informe rendido a la Sala. Sostiene que cada uno de los argumentos señalados en el informe por el INVU carecen de veracidad y, en ese particular, afirma lo siguiente: “(...) 1-Según el INVU, los permisos municipales de uso de suelos irrespetan el plan regulador. Como bien dijo Municipalidad de Alajuela en comunicado oficial del 3 de agosto de 2022, el artículo 60 del Plan Regulador Urbano dispone que si pasados cinco años desde la publicación de dicho plan la Municipalidad no adquiere los terrenos destinados a zonas verdes, éstos adquieren la zonificación cercana que menos afecte al usuario y eso fue lo que sucedió. Los usos de suelo, autorizados Oportunamente, cumplen a cabalidad con el Plan Regulador vigente, Se aportan como Prueba # 1. Como consta en los usos de suelo autorizados por la Municipalidad de Alajuela en junio del año 2013, la zonificación de la propiedad donde se ubica Parque Viva (folio real matrícula 198873-000, partido de Alajuela) era una zona clasificada como residencial de media densidad. 2- Según el INVU, la finca donde está Parque Viva se ubica en una zona verde y no en una sub zona residencial de mediana densidad, como se indicó en la constancia de uso de suelo emitida por la Municipalidad de Alajuela para emitir los permisos de construcción. Falso, según lo acabamos de explicar y probar. La verdad no solo la acreditan los usos de suelo

debidamente emitidos, sino también la normativa del Plan Regulador. No existe ningún argumento para poner en duda la validez de los usos de suelo otorgados a Parque Viva. (Se aportan como prueba los usos de suelo aprobados) 3- Según el INVU, la viabilidad ambiental fue otorgada para mejoras en el Autódromo La Guácima. En ningún momento se desprende del trámite ante Setena que la actividad a desarrollar fuera un campo ferial, lo que evidencia la tramitación separada de los permisos para obviar requerimientos mínimos. La afirmación es absolutamente falsa, para comprobarlo, basta la lectura de la resolución que otorga la viabilidad al proyecto. Esa resolución, aportada como Prueba #2, fue emitida por la Secretaria Técnica Nacional Ambiental SETENA, # 3088-2013 de fecha 19 de diciembre del 2013, en el Proyecto entonces conocido como "Mejoras al Autódromo La Guácima". La cláusula 5 del por tanto enumera las obras a realizarse en lo que era el Autódromo La Guácima La minuciosa descripción general del proyecto aprobado es la recogida en la resolución número 3088-2013 de Setena, adjunta como prueba. Esas fueron las obras autorizadas y esas fueron las Obras construidas, Como debería ser obvio, SETENA otorga viabilidad ambiental a las obras, no al nombre comercial presente o futuro. En aquel momento, Grupo Nación no se había decidido por la denominación Parque Viva y para identificar el proyecto utilizó el nombre de la actividad anterior. Mañana, podría decidir llamarlo de cualquier otra forma sin violentar la viabilidad ambiental concedida por Setena hace casi nueve años. El comunicado de la municipalidad dice al respecto "SOBRE LA VIABILIDAD AMBIENTAL, la resolución de aprobación de la viabilidad ambiental revisada por la Municipalidad de Alajuela para la tramitación del permiso de construcción del Proyecto Parque Viva, es correcta y describe las obras de manera general, mismas que coinciden con los planos presentados y debidamente aprobados por las otras instituciones de manera previa y por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, según consta en la plataforma APC, El título del proyecto, es decir, el nombre con el que se conoce el mismo en el expediente, fue el que varió con el tiempo, lo que no afectó la naturaleza de lo analizado, y mucho menos la naturaleza de las obras (nombre de fantasía). No porque la empresa cambiara el nombre del proyecto, cambia la naturaleza de las Obras 4- Según el INVU, no hay registro de presentación ante el MOPT ni la Municipalidad de Alajuela de ningún estudio de impacto vial que mida el impacto del flujo vehicular asociado a las actividades de Parque Viva. Grupo Nación presentó oportunamente un estudio vial, entregado al Ministerio de Obras Públicas y Transportes para su revisión y análisis, Prueba de ello es el Oficio DGIT-ED-5935-2014 del 01 de diciembre del 2014 donde la Dirección General de Ingeniería de Tránsito emite formal aprobación del estudio (Ver prueba). 5- Según el INVU, el proyecto no contó con autorización del Cuerpo de Bomberos al ser aprobado. Falso. Los planos cuentan con la aprobación de las instituciones competentes, a saber el Cuerpo de Bomberos, el Ministerio

de Salud y la Municipalidad de Alajuela. La aprobación de marras es visible en la plataforma digital de APV, donde se almacenan todos los documentos relacionados con desarrollos Inmobiliarios cuyos trámites son revisados por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos (sic) (Ver prueba). Al respecto, la municipalidad declaró: "La Municipalidad de Alajuela no sustituye en sus labores a otras instituciones las cuales pueden revisar el expediente y realizar las inspecciones respectivas en campo para el cumplimiento de estas. Es importante indicar en todo caso que, según se observa en el expediente cada anotación fue subsanada por la institución respectiva lo que generó la aprobación por parte del CFIA. Según el expediente el contrato OC626867, con fecha del 13-11-2013, se determina que "el proyecto se aprueba con las observaciones institucionales subsanadas por el profesional". El involucramiento del Cuerpo de Bomberos en el desarrollo del proyecto queda demostrado con el oficio fechado 16 de junio del 2014 donde se acepta la eliminación de hidrantes y se pide subsanar defectos menores.

6- Según el INVU, no se solicitó ninguna mejora a la vialidad cantonal que da acceso a Parque Viva en ninguna etapa. Obvió con ello el gobierno local lo estipulado en el artículo 70 de la ley de planificación urbana que le permite solicitar contribuciones dado el impacto del proyecto sobre la vialidad del cantón. NO es cierto. Parque Viva desarrolló mejoras en media vía cantonal que corresponden a inversiones para la ampliación de asfalto, construcción de cordón de caño, aceras, parada de autobuses y bahía para buses, entre Otras (...). El MOPT, mediante oficio DVT-DGIT-ED-2015-4056 acepta la finalización del proyecto de construcción y deja constancia de la recepción de la obras. (...)". De otra parte, afirma que lo informado por el Presidente respecto al tren no es cierto. Sostiene que dicha autoridad sabe que no hay ningún ramal valorado en 150.000 millones para favorecer a Parque Viva, porque él mismo participó activamente de la estructuración financiera y presentación legislativa del proyecto. Indica que el convenio suscrito entre Grupo Nación e Incofer, se traduce en una carta de intenciones en virtud de la cual Grupo Nación se compromete a promover entre las empresas privadas la rehabilitación de la vía existente, para extender el servicio actual hasta el Coyol, donde laboran más de 32.000 personas en las zonas francas y empresas conexas de los alrededores. Narra que el beneficio para esas empresas y la atracción de inversiones, como lo ha dicho CINDE, es mejorar el acceso a la zona, especialmente para los trabajadores. Igualmente afirma que el beneficio para Parque Viva es también obvio, tanto como para la comunidad de La Guácima y sus alrededores. Aclara, entonces que "(...) Grupo Nación manifiesta su intención de buscar colaboración de las empresas que se podrían beneficiar de la rehabilitación de la línea de tren trazada por don Rafael Yglesias a fines del siglo XIX. Incofer, por su lado, podría extender su servicio sin invertir en la vía y recabaría valiosa información de la demanda del servicio. El convenio no hace

referencia alguna a la fantasía incorporada al informe del señor Presidente y la única mención del tren eléctrico es para describirlo como una de las prioridades del gobierno y aclarar, acto seguido, que "en el tanto esos procesos avanzan, el Incofer manifiesta su interés en reaperturar servicios ferroviarios en los trayectos de la vía férrea que paulatinamente puedan irse rehabilitando, y que permitan promover la utilización de los servicios ferroviarios y arrojen importantes datos acerca de la demanda de los servicios ferroviarios (...)" y agrega que "(...) el señor Presidente ni siquiera necesita (sic) ver el convenio para reconocer la falsedad incorporada a su informe. En el Alcance No. 112 a La Gaceta No. 110, 14 de mayo del 2020, página 83, aparece Su firma, como Ministro de Hacienda, en el proyecto de ley de aprobación del crédito del Banco Centroamericano de Integración Económica para financiar parte del tren eléctrico, En la página 9 del Alcance, adjunta a este escrito como prueba, se afirma: "En definitiva, el proyecto de Tren Eléctrico de Pasajeros consiste en una mejora sustancial del servicio de transporte ferroviario que discurre entre San José y la poblaciones de Alajuela, Belén y Paraíso en tres líneas respectivas, junto con la extensión desde Belén a Ciruelas y dos nuevos tramos desde Alajuela a Ciruelas y desde Ciruelas a El Coyol, respectivamente. En la misma página se lee, entre los Objetivos específicos del proyecto: "Diseñar y construir una nueva infraestructura ferroviaria en el GAM en los derechos de vía que actualmente posee el INCOFER..." "Más abajo, dice: "La inversión aproximada del proyecto es de US\$1 550.000.000 (...) Como queda demostrado, el señor Presidente siempre ha sabido que el ramal de C150.000 millones nunca existió, que no hay un convenio entre Incofer y Grupo Nación que lo contemple, que el costo total era de US\$1.550.000.000 (sin los supuestos C150.000 millones adicionales) y que la obra se desarrollaría sobre los derechos de vía existentes. Todo eso lo apoyó, además, con su firma y solemnes manifestaciones ante los diputados. (...)" Afirma que el ánimo persecutorio y el propósito de cumplir la amenaza de campaña de destruir las estructuras que sustentan nuestro periodismo, apartándose de la verdad si es necesario, queda confirmado por las manifestaciones del informe relacionadas con el caso del tren que, inicialmente se citó como uno de los elementos de la presión destinada a limitar su libertad de expresión en los términos prohibidos por el artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En cuanto a lo manifestado por el Presidente respecto a los bonos comprados por el Estado, señala expresamente lo siguiente: "(...) En otra parte del informe, el señor Presidente expresa: "Señalan los recurrentes que ha puesto entredicho la capacidad financiera de Grupo Nación por el correcto proceder de un grupo de funcionarios de la CCSS de plantear una consulta ante la Sugeval... dada la preocupación que les generó los estados financieros reportados por Grupo Nación, y por movimientos de bienes inmuebles a un fideicomiso constituido por esta compañía..." Nunca dijimos semejante cosa, pero ni el

proceder de los funcionarios de la Caja fue correcto ni actuaron, sin más, por decisión propia La incorrección del procedimiento queda en evidencia con la respuesta de Sugeval que los manda a contactar directamente al emisor. La participación del Presidente en la gestión está demostrada por la grabación de la conferencia de prensa donde confesó haber sido él, personalmente, quien pidió al presidente ejecutivo de la Caja formular las preguntas a Grupo Nación mediante la Sugeval. El Presidente parece haberse dado cuenta del carácter inusitado de esa llamada y añadió que el funcionario respondió que ya lo estaban haciendo. Lo que sí dijimos los recurrentes es que esas actuaciones solo sirvieron para montar una conferencia de prensa donde, sin esperar la respuesta a las preguntas, el Presidente dio a conocer la gestión y cuestionó la solvencia de Grupo Nación con el evidente propósito de cumplir sus amenazas de campaña de castigar nuestro periodismo destruyendo las estructuras que lo posibilitan, Según dijo, con evidente intención de tocar la emotividad, las preguntas fueron formuladas en defensa de la pensión de "la abuelita". (Ver video en soporte de prueba electrónica). También dijimos que ninguna autoridad financiera ha expresado las mismas dudas, Grupo Nación mantiene la clasificación "A", otorgada por la calificadora Fitch, y los activos de la empresa duplican sus pasivos. Los estados financieros son públicos, porque Grupo Nación está inscrito en bolsa, y en ellos consta la reserva de los recursos necesarios para cancelar el próximo vencimiento, luego de haber pagado puntualmente los dos anteriores y sus intereses. Como queda claro, dijimos, "el espectáculo no tuvo otro fin que perjudicar al Grupo Nación, poniendo en duda sus finanzas, para coartar nuestra libertad de expresión porque "la práctica habitual de inversionistas institucionales" es consultar directamente al emisor y valerse de la información publicada por mandato de ley". "Magistradas y magistrados, ¿Es una amenaza a la libertad de prensa preocuparse y plantear consultas por el destino de los fondos de miles de costarricenses invertidos en estos bonos?", pregunta el señor Presidente. Evidentemente no, pero cuando el mandatario que juró destruir las estructuras de nuestro periodismo monta una conferencia de prensa para publicitar, desde su alta tribuna, una consulta planteada a su solicitud mediante el procedimiento errado, que además no había tenido respuesta, lo cual no le impidió sembrar duda sobre las finanzas de la empresa y decir que todo es para defender la pensión de la abuelita, luego de calificar de "diplomático" al presidente de la Caja por afirmar que el emisor siempre ha pagado puntualmente, la respuesta es otra. Y cuando todas esas circunstancias se suman al cierre del Parque Viva dos días después, además de lo dicho sobre el tren y la posterior denegatoria sumarísima del remedio que Grupo Nación tiene planteado para el tránsito en la zona (...) no puede caber duda del cumplimiento de la amenaza anunciada desde la campaña. Vale señalar que al día siguiente de la conferencia sobre los bonos, el director ejecutivo de Grupo Nación, Pedro Abreu, dio

amplias explicaciones públicas y mencionó el papel de Parque Viva en el flujo de la empresa. un día después, el gobierno cerró precipitadamente Parque Viva (...)". Agrega que es una falacia el supuesto objetivo de La Nación de pretender estar por encima de la ley, según los términos señalados por el Presidente. Afirma que esto nunca fue alegado y, tanto Grupo Nación como ellos como individuos, se encuentran sometidos a las leyes. Indica que no pretenden que se realice una excepción odiosa o antidemocrática. Señala que, en este caso, se dio una desviación de poder para limitar indirectamente la libertad de expresión, cumpliéndose así con la amenaza girada en campaña, a la cual, aclara, el informe presidencial no hizo referencia en ningún momento. Agrega, respecto a la falacia de los alegatos sobre el cumplimiento del deber de proteger intereses sociales con el cierre de Parque Viva que *"(...) NO es que los recurrentes pretextamos la libertad de expresión para eximir a Grupo Nación de cumplir la ley, es que el señor Presidente y la señora Ministra de Salud pretextan el cumplimiento del deber para materializar el propósito de silenciarnos expresado en la campaña electoral y debidamente documentado. Esa es, precisamente, la definición de desviación de poder. Como es evidente a partir de su arbitrariedad, precipitación, ensañamiento, carácter discriminatorio y empleo propagandístico, las medidas adoptadas no persiguen la satisfacción de intereses públicos, sino la de intereses espurios consistentes en represaliar a un medio de información, amenazarlo e intimidarlo para que no ejerza libremente su derecho a informar. Este el verdadero fin que tienen los actos administrativos adoptados. Nada tienen que ver con defender la pensión de la abuelita, impedir el ramal de 150.000 millones de colones del 'trecito", o mejorar el acceso de cuerpos de socorro a una zona donde el colapso vial se produce todos los días, como en tantos otros lugares, al menos dos veces al día, con concierto o sin él, según testimonio de los residentes y experiencia de cualquiera que haya transitado por el sitio (...)*". Igualmente, se refiere a la falacia del plan remedial. Indica al respecto que, tanto el señor Presidente como la señora Ministra de Salud, insisten en sus informes en el carácter temporal de la suspensión de permiso sanitario de funcionamiento de Parque Viva y la exigencia de un plan remedial "que abarcara la solución a la problemática con los accesos" y añaden que Grupo Nación no lo ha presentado. Sostiene que la temeridad del argumento resulta obvia cuando se constata que los informes de inspección no encuentran problema con los accesos al parque (que son cuatro, no dos como dice el informe de la señora Ministra), ni con las instalaciones. El problema son las calles fuera del parque y ya se hizo referencia sobre la permisividad del Estado frente al desarrollo urbanístico de la zona, sin proveer la infraestructura necesaria. Argumenta que buena parte de ese desarrollo se produjo después de la instalación de Parque Viva y décadas después del Autódromo La Guácima donde se celebraban, con todos los permisos,

actividades masivas, incluso mayores. Afirma que no le corresponde a Grupo Nación construir la infraestructura necesaria para adecuar las vías al desarrollo actual y futuro, pero tiene planteado un plan para hacerlo por su cuenta. La iniciativa tiene las cartas de no objeción necesarias y está pendiente de aprobación por las instancias que el mandatario ha criticado en otros casos por lentitud. Reitera que, pese a lo anterior, el mandatario, en conferencia de prensa del 13 de julio, sin ningún estudio y contra los criterios ya externados por los expertos, anunció su oposición a la idea con la absurda noción de que colapsaría la Ruta 27 "arriesgando todo el Occidente, Grecia, Naranjo, Atenas, San Carlos, todo Guanacaste y todo Puntarenas." Señala expresamente que *"(...) Así las cosas, el problema es externo a Parque Viva, pero la solución que plantea Grupo Nación es, de pronto, inaceptable y el único plan remedial es adentro de las instalaciones, donde el Ministerio de Salud no encontró ningún problema, pero solo así puede exigir un plan remedial que haga inviable la operación del parque mediante un drástica (sic) reducción del aforo. Ese es el verdadero objetivo. La posición es tan irracional, que el señor Presidente sostiene una distinta en su informe, "Cabe recordar que, las autoridades han exigido a otros grupos comerciales, la construcción de accesos de ingreso a centros comerciales de gran envergadura, cuando se proyecta que la entrada en operación de estos recintos representará un aumento en el flujo vehicular de la zona en que fueron construidos, ejemplos de esto son los casos de EPA en Desamparados y City Mall en Alajuela, quienes realizaron cuantiosas inversiones para ajustarse a los requerimientos de entrada y salida de vehículos", dice el informe. ¡Estupendo! Obviemos señalar que los ejemplos son de establecimientos a los que se les exigieron las obras de acceso para permitir la construcción. Ese no es el caso de Parque Viva, construido hace más de ocho años con todos los permisos necesarios. Obviemos, también, que la misma exigencia no se le hizo a los establecimientos y proyectos habitacionales que llegaron a La Guácima después. Grupo Nación, lejos de situarse por encima de la ley, pretende el mismo trato, si bien extemporáneo y discriminatorio en relación con otros establecimientos de la zona. Quiere la oportunidad de realizar "cuantiosas inversiones para ajustarse a los requerimientos de entrada y salida de vehículos", pero el Presidente lo considera, al mismo tiempo, necesario en el informe a la Sala e imposible en el podio de sus conferencias de prensa. Las contradicciones son tan evidentes que el señor Presidente presenta como prueba una noticia de un medio afín a su administración con el título "Parque Viva reconoció problemas de caos vial desde el 2017 y esperó hasta el 2021 para buscar solución". La solución a la cual se refiere la publicación es la construcción del moderno acceso a cuatro carriles que el señor Presidente declara imposible en conferencia de prensa y, al mismo tiempo, exige, según él, para aplicar la ley igual que se hizo con EPA en Desamparados y City Mall en Alajuela. No obstante su declarada oposición al acceso, cita*

una noticia que reprocha a Grupo Nación haber esperado cuatro años para resolver el problema de infraestructura pública. La noticia es imprecisa en lo relativo a fechas. Como se constata en el texto, La Nación informó sobre el acceso el 27 de Abril del 2021. Eso no significa que esperara hasta el 2021 para procurar una solución. Para esa fecha, los diseños ya estaban listos y la compra de terrenos se había iniciado a inicios del 2020. El "master plan" diseñado con ayuda de asesores estadounidenses, se hizo en el 2019, pero no hay motivo para detenerse en la falsedad de la espera hasta el 2021 "para buscar solución". Si lo damos por cierto, tenemos que Grupo Nación planteó un "plan remedial" no solo para Parque Viva sino para la comunidad entera, un año antes de la suspensión de los permisos de funcionamiento. ¿Qué espera el gobierno para la supuesta aplicación de la ley como se hizo "con EPA en Desamparados y City Mall en Alajuela"? "¿Qué espera para actuar con la misma urgencia aplicada a "Evolution Free Zone"? En ese caso, el presidente afirmó, en conferencia de prensa: "Voy a contar una anécdota. una de las empresas más importantes del mundo, literalmente: quiere construir en Costa Rica 80,000 metros cuadrados de planta para contratar a 5.000 costarricenses en la zona occidental, en puestos de altísimo valor agregado y salarios. ¡24 meses pegados para ver si les dejaban hacer una salida de la ruta 1 hacia esa planta enorme!" (Ver noticia titulada "Los mandos medios a cada rato se atraviesan", La Nación, 4 de junio 2022. Ya para el 18 de junio, La Nación titulaba: "Zona franca en Grecia iniciará obras después de 24 meses varada por rechazo de acceso a ruta 1". Luego de severas críticas públicas a la Comisión de Carreteras de Acceso Restringido y de su intervención por el Ministro de Obras Públicas y Transportes, el problema se resolvió. La zona franca atraerá 5,000 personas diarias en su primera etapa, pero el plan es crear 18.000 empleos. Ese es, por día, el número de personas que excepcionalmente asiste, un par de veces al año, a un concierto en Parque Viva. La noticia citada por el señor Presidente como prueba solo demuestra que Grupo Nación está dispuesto a resolver por su cuenta un problema de la comunidad que el Estado no ha querido solucionar, que la empresa ha sido transparente en su valoración de la vía pública circundante y que el "plan remedial" está planteado desde el 2021. Pero el verdadero propósito del "plan remedial" exigido por el gobierno, como dijimos en el recurso, es "remediar" el periodismo crítico mediante una desviación de poder para ejercer presión sobre la empresa, consecuente con la amenaza de campaña, y no enfrentar el problema de los embotellamientos (...)". Reitera que son un grupo de profesionales a quienes se les pretenden limitar la libertad de expresión mediante acciones arbitrarias contra las "estructuras" que sustentan su libre ejercicio del periodismo, tal y como lo prometió el mandatario. Señala que se trata de un ataque indirecto, el cual prohíbe el artículo 13.3 de la Convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Afirma que nunca se ha dicho que el pago de sus salarios depende de Parque Viva, como se afirmó en el

comunicado de prensa de la Presidencia. Menciona que, para constatar todo lo dicho, basta leer el recurso, pero conviene señalar la insistencia en la supuesta demostración de que "dependen de este lugar para subsistir financieramente". Aduce que la infundada obsesión con las finanzas de la empresa se extiende hasta la interpretación de lo que no han dicho. Indica que *"(...) si los deseos transparentados por el pasaje resultaran ciertos, el cierre de Parque Viva pondría fin al molesto periodismo que hacemos los recurrentes y que motivó la amenaza proferida en campaña (...)".* Agrega que, como si se tratara de una autoridad incontestable, el Presidente citó al presidente del Colegio de Periodistas para rebatir que estemos ante un abuso contra la libertad de expresión. Señala que lo único que demuestra este apartado del informe es que el presidente del referido colegio, al cual no están afiliados gran cantidad de periodistas y nunca ha condenado los conocidos ataques del señor Presidente a la prensa "canalla", tampoco quiere contradecirlo en esta materia o ignora las disposiciones de la Convención Americana y la jurisprudencia de la corte hemisférica. Afirma que se debe tomar en cuenta que seis expresidentes del citado colegio se han manifestado con posiciones contrarias a lo dicho por el actual presidente de esa corporación. En resumen, señala expresamente que *"(...) El informe rendido a la sala por el señor Presidente carece de fundamentos fácticos; se basa en una serie de informes que, lejos de haber servido como base legítima para el cierre del Parque Viva, se utilizaron con posterioridad para justificarlo; distorsiona con frivolidad incompatible con los estrados judiciales una serie de hechos, y, por tanto, en ningún momento justifica la acción ante la que nos hemos amparado los recurrentes. Lo anterior demuestra sin asomo de duda razonable que estamos, simple y llanamente, ante un uso ilegítimo de las potestades administrativas del Estado para vulnerar el ejercicio de un derecho fundamental, como es la libertad de expresión. Esto, a la vez, constituye una vulneración de normas elementales de la convivencia democrática (...)".*

6.- Por resolución de las 12:55 hrs. de 1° de septiembre de 2022, el Magistrado Instructor de este asunto le solicitó a la Ministra de Salud aportar ante la Sala una copia física y legible de la documentación enviada junto con el informe, a saber, 164 folios relacionados con la denuncia formulada en contra de Parque Viva y la orden sanitaria finalmente girada.

7.- El 5 de septiembre de 2022, la Ministra recurrida cumplió lo requerido mediante resolución de 1° de septiembre de 2022.

8.- Por escrito aportado a la Sala el 13 de octubre de 2022, Joselyn María Chacón Madrigal, en su condición de Ministra de Salud, señala expresamente lo siguiente: “(...) *ADICIÓN A LAS CONCLUSIONES: Solicito se tenga por demostrado que las autoridades del Área Rectora de Salud de Alajuela 2, en atención a denuncia realizada en fecha 05 de julio del 2022, al ser las 13:50 horas del 05 de julio de 2022, llevaron a cabo una inspección físico-sanitaria al inmueble de cita “Parque Viva”, ubicado en La Guácima de Alajuela, incluyendo la valoración correspondiente a sus vías de acceso, desprendiéndose del informe N°MS-DRRSCN-DARSA2-1641-2022 en lo que interesa, que se hicieran traslado de la denuncia al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, para que estos valoraran las condiciones denunciadas, por ser competencia de esa dependencia (calles en mal estado, un solo carril por sentido vial, dificultad de acceso de cuerpos de emergencias por vía pública, entre otros). Teniendo como efecto lógico la elaboración del oficio N°MS-DM-5754-2022, por parte de este Despacho Ministerial y con carácter de urgencia, se solicitó al Sr. Luis Esteban Amador Jiménez, en su condición de Ministro de Obras Públicas y Transportes, y a la señora Laura Ulloa Albertazzi, Viceministra de Transportes y Seguridad Vial, criterio técnico en relación con las vías de acceso y colindantes al recinto comercial privado, denominado “Parque Viva”, con el fin de dilucidar aspectos estructurales y de seguridad humana, específicamente en cuanto a los aspectos de capacidad que tienen sus vías de acceso, entre otras. Como resultado de lo anterior mediante memorial N°DVTSV-2022-0341 de fecha 06 de julio del 2022, la Licda. Laura Ulloa Albertazzi, Viceministra de Obras Públicas y Transportes, remite el oficio N°DVT-DGIT-2022-339, suscrito por el Ing. Junior Araya Villalobos, funcionario de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito, el cual emite criterio indicando en lo que interesa, para la atención de este asunto, lo siguiente: “...la calle Rincón Chiquito es una calle urbana de dos carriles -un carril por sentido de circulación-, donde ese tipo de vía podría alcanzar una capacidad máxima alrededor de los 1.200 vehículos por hora por sentido y, de acuerdo con las condiciones de la vía, un estudio detallado podría arrojar una capacidad menor a la mencionada, siendo que se puede asegurar que en el momento en que se realizan los eventos de concentración masiva, la vía de acceso al Parque Viva no tiene la capacidad suficiente para el manejo del tránsito generado. Refiere que, bajo un escenario conservador, sin considerar los estacionamientos periféricos al parque, ni la utilización de la pista de carreras, se tendría una generación de 4.900 vehículos por hora, lo cual representa más del doble de lo que la vía podría soportar...” No está de más señalar que el Comité Asesor Técnico de Concentraciones Masivas, mediante Acta N°28643-S-MOPT-SP del 07 de Julio de 2022, indica a esta representación Ministerial, lo que sigue: “...se acuerda proponer a las autoridades correspondientes una Orden Sanitaria de Cierre para eventos masivos, del establecimiento denominado Parque Viva, y las medidas que*

correspondan con otras autoridades pertinentes. Debe solicitarse un plan remedial para las condiciones denunciadas, el cual debe ser puesto en conocimiento de este Comité Asesor técnico de Concentraciones Masivas...” Siendo así, ante observaciones y recomendaciones de especialistas en la materia, en fecha 08 de julio de 2022, según se mencionó ampliamente en Informe N°MS-DM-AU-3985-2022, las autoridades del Área Rectora de Salud de Alajuela 2, giraron la orden sanitaria N°MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022, todo bajo el principio precautorio y en atención a los oficios: MS-DM-55814-2022, mediante el que se remite el Informe Técnico DVT-DGIT-2022-339, emitido por la Dirección General de Ingeniería de Transito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, el oficio MS-DM-5838-2022 mediante el que se remite el Acta N°28643-SMOPT-SP del Comité Asesor Técnico en Concentraciones Masivas, donde se ordenó, en lo pertinente, lo que sigue: “...la suspensión temporal del Permiso Sanitario de Funcionamiento MS-DRRSCN-DARSA2-RPSF-0177-2019 (parque temático, autódromo, anfiteatro, eventos deportivos, culturales, ferias y exposiciones varias) hasta tanto se cuente para su análisis y toma de las respectivas acciones, con los Criterios técnicos emitidos por el Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica y de la Benemérita Cruz Roja Costarricense, con relación a la capacidad de la vía de acceso a dicho establecimiento por las unidades de primera respuesta de esas instituciones, mismos que están siendo gestionados por el Ministerio de Salud... Así mismo, su representada deberá presentar un plan remedial que abarque la solución a la problemática de los accesos y el consecuente riesgo a la Seguridad y Salud Pública ante la realización de Actividades de Concentración Masiva, y la generación de una eventual emergencia en dichas actividades...” Adicional a esto es preciso recordar que existió informe N°CRC-GG-SO-OF-074-2022 del 11 de julio de 2022, suscrito por el señor Jim Batres Rodríguez, Sub-Gerente operativo de la Cruz Roja Costarricense; informe N°CRC-GG-OF-012-2022 del 12 de Julio de 2022, suscrito por el señor José David Ruiz Piedra, Gerente General de la Asociación Cruz Roja Costarricense; Informe técnico N°CBCR-027150-2022-OPOB-00741 del 10 de Julio de 2022, suscrito por el señor Alexander Araya Mico, de Operaciones de Bomberos; Informe N°911-DI-2022-2202 del 11 de julio 2022, suscrito por la Señora María Elena Amuy Jiménez del sistema de Emergencia 9-1-1, donde la Cruz Roja Costarricense, donde en síntesis se afirma que: “...las vías públicas de la comunidad de La Guácima y zonas aledañas resultan insuficientes para el rápido acceso de unidades de emergencia, situación que se puede agravar ante eventos de concentración masiva, los cuales pueden verse afectados por el alto congestionamiento vial y que es ocasionado por la gran cantidad de vehículos que se ubican en los costados de la vía, generando atrasos de hasta 30 minutos para su llegada, donde atienden accidentes de tránsito, incendios estructurales y casos médicos, donde en todos los casos está en riesgo la vida de las personas, por lo que se requiere de un acceso

rápido y oportuno de las unidades de rescate especializadas...” explicado con detalle mediante informe MS-DM-AU-3985-2022. Detalles importantes como los informes también suministrados por parte del 9-1-1 donde efectivamente existen un sin número de denuncias que son ingresadas al sistema, en mayor número cuando se están llevando a cabo en el lugar eventos de concentración masiva, así como por vehículos mal estacionados, aglomeración de personas, embotellamiento de vehículos, riñas por no poder salir, colisiones, quejas por escándalos ocasionados por actividades propias del “Parque Viva”. Por parte de esta representación Ministerial se dio atención a todos y cada uno de los recursos presentados contra la Orden Sanitaria aquí denunciada, siempre atendiendo en tiempo y dentro del principio de legalidad exigido, no dejando duda que ante el mandato Constitucional y los miramientos y recomendaciones de las Instituciones involucradas, debiendo actuar de manera inmediata esta representación Ministerial en aplicación al marco normativo que la regula, todo en apego a la Misión y Visión de mejorar la calidad de vida y el desarrollo social de la población. ADICIÓN A LA PETITORIA: A la luz de los hechos manifestados y la prueba existente y presentada mediante el Informe N°MS-DM-AU-3985-2022 y el presente, respetuosamente solicito a la honorable Sala Constitucional, DECLARAR SIN LUGAR el presente recurso de amparo, pues resulta evidente de lo informado, que la suscrita en acatamiento con el mandato Constitucional y la aplicación del principio precautorio, no puede ni debe obviar las recomendaciones técnicas existentes y las denuncias presentadas ante este Ministerio, es por ello que al no violar ninguno de los derechos constitucionales que tienen los actores, y se actúa acorde a nuestra legislación, solicito de manera respetuosa se EXIMA DE TODA RESPONSABILIDAD A LA SUSCRITA MINISTRA DE SALUD, COMO AL MINISTERIO DE SALUD Y SE DECLARE SIN LUGAR EL PRESENTE RECURSO DE AMPARO (...).”

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

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

CONSIDERANDO:

I.- OBJETO DEL RECURSO. El recurrente, en su condición de Director del Diario La Nación y otros periodistas de ese medio, acusan que el pasado 8 de julio de 2022 –a modo de materializar las amenazas giradas por el Presidente de la República públicamente semanas atrás en contra de dicho diario–, el Ministerio de Salud ordenó el cierre de Parque Viva (adquirido por el Grupo Nación S.A. para diversificar las fuentes de ingreso de la empresa y compensar así la pérdida de ganancias sufrida debido a la migración de la publicidad hacia sitios de internet), a través de un acto arbitrario y

carente de todo sustento, lo cual, a su vez, representa una violación indirecta a la libertad de expresión y, por ende, contraviene lo dispuesto en el ordinal 29 constitucional y en el artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

II.- HECHOS PROBADOS. De relevancia para dirimir el presente recurso de amparo, se tienen por acreditados los siguientes:

A. HECHOS RELACIONADOS CON LA ORDEN SANITARIA GIRADA A PARQUE VIVA:

- 1) El Parque Viva se ubica en La Guácima de Alajuela. En dicho sitio funcionaba anteriormente –específicamente desde los años setenta–, el denominado Autódromo La Guácima (ver prueba).
- 2) El referido sitio fue adquirido en el **año 2013** por el Grupo Nación S.A. (corporación de la cual forma parte también el Periódico La Nación), como medio para diversificar las fuentes de ingreso de la empresa y compensar así la pérdida de ganancias sufrida debido a la migración de la publicidad hacia sitios de internet (ver prueba).
- 3) Por oficio No. DGIT-ED-5935-2014 de **1° de septiembre de 2014**, la ingeniera de la Unidad de Permisos y el Jefe del Departamento de Estudios y Diseños, ambos de la Dirección General de Ingeniería de Transito del MOPT, señalaron lo siguiente respecto al entonces proyecto Parque Viva: *“(…) SOBRE EL ESTUDIO DE IMPACTO VIAL Una vez realizada la revisión del estudio de impacto vial presentado (para las condiciones de funcionamiento típico del Centro de Eventos La Guácima), esta Unidad indica que desde el punto de vista funcional no tiene objeción alguna con el proyecto. Lo anterior se debe a que esta Unidad comprobó que con la implementación de las medidas de mitigación planteadas a partir del análisis de capacidad realizado, los niveles de servicio (NDS) y longitudes de cola logran mantenerse en niveles adecuados. La aprobación del presente EIV tiene vigencia durante un año si las condiciones del tránsito y la vialidad aledaña no cambian significativamente y el proyecto es construido antes de finalizado este periodo, en caso contrario esta Dirección General se reserva el derecho de solicitar la actualización del estudio. Además, se le recuerda que la autorización corresponde exclusivamente para el proyecto presentado, por lo que cualquier modificación en tamaño, uso o de cualquier otra índole debe ser analizada por*

la Dirección General de Ingeniería de Tránsito para evaluar las nuevas condiciones, de lo contrario esta autorización pierde su validez (...)" (ver prueba).

- 4) Por oficio No DVT-DGIT-ED-2015-4056 de **8 de octubre de 2015**, ingenieros de la Unidad de Permisos de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito del MOPT, señalaron lo siguiente respecto al proyecto bajo estudio: *"(...) Se les comunica que, se les recibe las ampliaciones y la señalización en la intersección # 3 con la Ruta Nacional N° 124 para el Proyecto: Centro de Eventos La Guácima, ubicada en el Distrito N° 05: la Guácima, Cantón NB 01: Alajuela, Provincia N° 02: Alajuela, en la propiedad inscrita ante el Catastro Nacional con el número SJ-1244439- 2007, cuyo permiso fue tramitado por este Departamento bajo el expediente ED-AC-13-0081, según el diseño que consta en las láminas 01/10, 02/10, 03/10, 04/10, 05/10, 06/10, 07/10, 08/10, 09/10, 10/10 firmadas por el profesional responsable, la ingeniera Natalia Marín Villalobos, IC-16371. Lo anterior debido a que en inspección se constató la realización por parte del interesado de la respectiva señalización vertical y horizontal a satisfacción, acorde con las directrices del Departamento de Señalización Vial de esta Dirección General, y de conformidad con el Manual Centroamericano de Dispositivos Uniformes para el Control del Tránsito, (SIECA). Con base en lo anterior, esta Unidad Técnica no tiene objeción alguna, desde el punto de vista funcional y de señalización (no incluye calidad de la demarcación horizontal y vertical), en el uso del acceso en referencia (...)" (ver prueba).*
- 5) El Parque Viva obtuvo los permisos requeridos, por lo que en el **año 2015** le fue otorgado el respectivo permiso sanitario de funcionamiento. En ese mismo **año 2015**, se llevó a cabo la reinauguración del mencionado sitio (ver prueba).
- 6) Las autoridades del Ministerio de Salud renovaron al Parque Viva el permiso sanitario de funcionamiento No. MS-DRRSCN-DARSA2-RPSF-0177-2019 con vigencia hasta febrero de 2024 (ver prueba).
- 7) Desde aproximadamente el **año 2019**, Grupo Nación S.A. dio inicio a un proyecto para construir, en los próximos años, un acceso de cuatro carriles que comunica la Ruta No. 27 con el Parque Viva (o el proyecto a futuro denominado Ciudad Viva) (ver prueba).
- 8) El **27 de abril de 2021**, en la sección de entretenimiento del medio periodístico La Nación, se publicó la siguiente nota: *"Parque Viva por la pista: así será el acceso*

directo previsto desde la Ruta 27". Adicionalmente, dicha noticia consignó expresamente lo siguiente: "(...) Desde su inauguración, en el 2015, Parque Viva se ha consolidado como uno de los espacios predilectos para la producción de actividades masivas en Costa Rica, sean conciertos, competencias de motores, ferias y exposiciones y más. Si bien Parque Viva cuenta con distintas rutas públicas de acceso, las mismas presentan limitaciones para asimilar el fluido movimiento de una gran cantidad de vehículos, como las que se producen cuando han presentado espectáculos a lleno completo en el Anfiteatro Coca-Cola (...) Por esto Grupo Nación, propietario de Parque Viva, se dio a la tarea de diseñar una vía directa desde la cercana ruta 27 que comunica a San José con Caldera, así como de adquirir los terrenos necesarios para poder concretar dicho acceso. Esa etapa del proceso ya se completó y la empresa ahora se abocará a tramitar los permisos correspondientes para echar a andar la obra (...) El diseño de la nueva ruta, que será de uso público plantea una mejora sustancial en los accesos que unen a la Ruta 27 con La Guácima. En dicha intersección se propone construir dos rotondas, así como una moderna y amplía vía pública de cuatro carriles (dos en cada sentido) que conducirá hasta Parque Viva, con una extensión de más de 1.2 kilómetros (...)" (ver prueba).

- 9) El citado proyecto vial, en el año 2021 y a inicios de 2022, contó preliminarmente con el visto bueno de una serie de instancias gubernamentales. Así, mediante oficio No. DVT-DGIT-ED-2021-1845 de 21 de septiembre de 2021, un ingeniero y el sub jefe del Departamento de Estudios y Diseños de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, consignaron lo siguiente: *"(...) Esta Dirección mantiene su criterio de no objeción con la propuesta realizada desde el punto de vista funcional y de seguridad vial, emitida el 13 de julio del año en curso mediante oficio DVT-DGIT-ED-2021-1347; por lo que razona pertinente la aprobación del anteproyecto en mención (...)"*. Por oficio No. GCTT 34-2021-0340 de 28 de septiembre de 2021, el Gerente a.i. de Contratación de Vías y Puentes del Consejo Nacional de Vialidad, señaló lo siguiente *"(...) En relación al proyecto indicado en la referencia, una vez revisado por los ingenieros de las diferentes áreas técnicas de la Dirección de Diseño de Vías y Puentes, se determina que: Se cumplió con la información solicitada; sin embargo, se aclara que, en la etapa de diseño se deben respetar los radios mínimos de rotondas, radios de giro y ejes geométricos para el vehículo de diseño del proyecto. En virtud de lo anterior indicado, se recomienda aprobar este Anteproyecto (...)"*. Por oficio No. CNC-APM-SJC-0608-2021 de 12 de octubre de

2021, la Gerente de Proyecto del Concejo Nacional de Concesiones, entre otros aspectos, dispuso otorgar la “No objeción” al anteproyecto de acceso desde la ruta nacional No. 27 a Ciudad Viva. Mediante oficio No. CCAR-2021-373 de 28 de octubre de 2021, el Secretario de la Comisión de Carreteras de Acceso Restringido del Consejo Nacional de Viabilidad indicó que dicha comisión había acordado “(...) aprobar el anteproyecto de conformidad con los informes de las unidades técnicas (...)”. Por oficio No. DVT-DGIT-ED-2022-0088 de 18 de enero de 2022, un ingeniero y el sub jefe del Departamento de Estudios y Diseños de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes señalaron lo siguiente: “(...) Esta Dirección no tiene objeción con la propuesta realizada desde el punto de vista funcional y de seguridad vial, por lo que razona pertinente la aprobación del proyecto en mención (...)” (ver prueba).

- 10)** Por oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-4070-2021 de **16 de diciembre de 2021**, el Director del Área Rectora de Salud Alajuela 2 del Ministerio de Salud otorgó a Parque Viva visto bueno a los aforos declarados para las instalaciones de anfiteatro, salones y graderías del autódromo. En ese particular, se permitieron 18203 ocupantes en el anfiteatro, 12450 ocupantes en salones y 2901 ocupantes en graderías (ver prueba).
- 11)** Mediante oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-0163-2022 de **20 de enero de 2022**, autoridades del Área Rectora de Salud Alajuela 2 dispusieron la ampliación del aforo de graderías de Parque Viva a 8841 ocupantes (ver prueba).
- 12)** A una hora no precisa del **5 de julio de 2022**, se presentó ante el Despacho de la Ministra de Salud una denuncia anónima en contra del funcionamiento del Parque Viva, a la cual se le asignó el número 243-2022. En tal oportunidad, el denunciante marcó o completó, en el machote o formulario establecido para presentar dicha gestión, los siguientes aspectos relacionados con el motivo de su denuncia “2.1. Denuncias por asuntos relacionados con condiciones estructurales de edificios: a) Problemas estructurales (estado de paredes, techos, pisos, entre otros) (...) c) Incumplimiento de plan de emergencias para prevención y protección contra incendios (...) f) Condiciones de seguridad e higiene”. Adicionalmente, el denunciante expuso expresamente lo siguiente: “(...) Este recinto es comúnmente utilizado para llevar a cabo conciertos masivos, donde se reúne una gran cantidad de personas. El problema con este lugar son sus puntos de acceso y la poca capacidad que tiene las carreteras, que son de una comunidad rural para recibir

una enorme cantidad de vehículos al mismo tiempo. Todas las calles que dan al Parque Viva, son calzadas de un carril por sentido, muy angostas, sin bahías para autobuses, ni condiciones para alto tránsito. Cada vez que hay un concierto, las calles de la comunidad colapsan absolutamente, al punto que las personas tardan horas en desplazarse en distancias cortas o salir del parqueo del lugar. La situación es sumamente grave, pues durante una eventual emergencia, podría verse comprometida la respuesta de los cuerpos de socorro. Y es que estamos hablando de situaciones tan riesgosas como incendios, terremotos, caídas de estructuras, tiroteos, entre otros eventos trágicos que podrían ocurrir en eventos masivos. Las calles de la Guácima de Alajuela no pueden soportar la afluencia masiva de vehículos, pues sus vecinos también podrían ver menoscabados sus derechos por este tipo de eventos, ya que, ante emergencias en sus hogares o comunidades, la respuesta de las autoridades de auxilio tardaría muchísimo más que lo normal, por las enormes presas que genera este lugar. En vista de lo anterior, y ante la gravedad de los hechos denunciados se solicita la clausura definitiva del lugar, hasta tanto no encuentren una solución a la problemática. La solicitud se realiza en aras de proteger la salud pública y el interés común. PARQUE VIVA NO REUNE LAS CONDICIONES PARA ALBERGAR EVENTOS DE CONVOCATORIA MASIVA. Cierro indicando que es responsabilidad del Estado, de conformidad con el artículo 50 de la Constitución Política, velar porque se tutelen los derechos de los habitantes de la República y otorgarles el mayor grado de bienestar. Como prueba adjunto 8 fotografías de los únicos 2 accesos de lugar, que demuestran las condiciones de las calles circundantes. Además, adjunto 2 notas de medios de comunicación donde se expone la problemática con las presas provocadas por los eventos masivos (...)" (ver informe y prueba).

- 13)** Por oficio No. MS-DM-5754-2022, rubricado digitalmente a las **12:24:14 hrs. de 5 de julio de 2022**, la Ministra de Salud, con carácter de urgencia, solicitó al Ministro de Obras Públicas y Transportes y a la Viceministra de Transportes y Seguridad Vial, criterio técnico en relación con las calles de acceso al recinto comercial privado, denominado Parque Viva. En tal ocasión, se indicó expresamente lo siguiente: *"(...) El criterio técnico se requiere para dilucidar aspectos estructurales y de seguridad humana. Por ello, deben considerarse los aspectos de capacidad que tienen las carreteras en el escenario de la enorme cantidad de vehículos y personas que al mismo tiempo asisten a los eventos masivos de dicho lugar, en relación con aspectos de eventuales emergencias, respuestas de*

acceso de cuerpos de socorro, riesgos por situaciones de conflictos, etc. (...)" (ver informe y prueba).

- 14)** Por oficio No. MS-DM-5756-2022, rubricado digitalmente el **5 de julio de 2022 a las 12:38:24 hrs**, la Ministra de Salud trasladó dicha denuncia para su atención a la Directora de la Dirección Regional de Rectoría de la Salud Central Norte de ese mismo Ministerio (oficina ubicada en Heredia) (ver informe y prueba).
- 15)** La mencionada denuncia fue recibida en el Área Rectora de Salud de Alajuela 2 a las **12:41 hrs. de 5 de julio de 2022**, según consta en el respectivo sello físico consignado en el documento (ver prueba).
- 16)** Las autoridades del Área Rectora de Salud de Alajuela 2, al ser las 13:50 hrs. de **5 de julio de 2022**, llevaron a cabo una inspección físico sanitaria en el Parque Viva (acta de inspección No. MS-DRRSCN-DARSA2-1639-2022). Producto de dicha inspección se elaboró el informe No. MS-DRRSCN-DARSA2-1641-2022 de fecha **5 de julio de 2022**, donde se consignó lo siguiente *"(...) Según consta en el acta de inspección ocular MS-DRRSCN-DARSA2-IT-1639-2022 el día 05 de julio del 2022 al ser las 13:50 horas se realizó la visita específica en sitio para valorar lo expuesto por la parte denunciante. Respecto a la problemática denunciada, en cuanto al apartado de problemas estructurales, a lo interno de las instalaciones del recinto durante el recorrido realizado no se constataron problemas estructurales visuales relacionados con aspectos físico-sanitario, el estado de las paredes, pisos, servicios sanitarios y demás espacios de convivencia humana no presentaba problemas observables. En el apartado de incumplimiento del plan de emergencia, en sitio se evidenció la presencia de cuatro planes de emergencias, correspondientes a la propia sectorización que la empresa implementa para sus instalaciones, teniendo un plan específico para el Centro de Eventos, El anfiteatro Coca Cola, el Circuito de Competencias y las Áreas Comunes, en sitio se corroboró que las señalizaciones respectivas se encontraban instaladas, se evidenció la presencia del equipo de combate contra incendios y de los respectivos implementos (comida, botiquín, férulas, entre otros). Con respecto a las condiciones de seguridad e higiene, durante el recorrido no se evidencia presencia de riesgos o condiciones inseguras que puedan afectar la integridad de los colaboradores de la empresa. En cuanto a lo señalado por el denunciante sobre el problema vial, cabe resaltar que éste no es competencia del Ministerio de Salud, sin*

embargo, se realizó el análisis de los puntos de acceso y salida de las instalaciones, como se muestra en el anexo 1, las instalaciones cuentan con cuatro puntos de acceso para ingreso y salida de vehículos y se cuenta con una capacidad de 940 automóviles en el parqueo cercano al acceso 2, además de contar con espacio para 3000 vehículos en el sector del circuito de competición que se encuentra cerca del acceso 3 y 4 del Parque Viva, además de esto se muestra que los cuatro accesos se encuentran interconectados a lo largo de las instalaciones (se realizó un recorrido para comprobar esto), lo cual favorece la salida de los vehículos. 3. CONCLUSIÓN. Por lo expuesto, se puede concluir que las instalaciones de Parque Viva cumplen con condiciones físico-sanitarias y estructurales adecuadas a lo interno de estas, se procederá a trasladar los planes de emergencia al Encargado Regional de Salud Ocupacional para su valoración y revisión a profundidad, además se recomienda realizar el traslado de la denuncia al Ministerio de Obras Públicas y Transporte para que estos valoren las condiciones denunciadas que son competencia de esta dependencia (calles en mal estado, un solo carril por sentido vial, dificultad de acceso de cuerpos de emergencias por vía pública, entre otros) (...)" (ver informe y prueba).

17) Por oficio No. DVT-DGIT-2022-DVT-DGIT-2022-334 (enviado el **5 de julio de 2022**) las autoridades del Ministerio de Obras Públicas y Transportes se refirieron a la solicitud formulada por la Ministra de Salud mediante oficio No. MS-DM-5754-2022 (ver informe y prueba).

18) Mediante oficio No. DVTSV-2022-0341 de fecha **6 de julio del 2022**, la Viceministra de Obras Públicas y Transportes remitió a la Ministra de Salud el oficio No. DVT-DGIT-2022-339, suscrito ese mismo día por el Director General de Ingeniería de Tránsito dando respuesta a lo solicitado por oficio No. MS-DM-5754-2022. Asimismo, en este primer oficio se solicitó dejar sin efecto el oficio No. DVT-DGIT-2022-DVT-DGIT-2022-334 enviado por correo electrónico el día anterior en la tarde (sea, el 5 de julio de 2022), con el objetivo de incluir más información al análisis del acceso al Parque Viva. En el oficio No. DVT-DGIT-2022-339 se indicó expresamente lo siguiente: "(...) 1. El Parque Viva es un recinto que abrió sus puertas en el 2015 y se utiliza para realizar diversos tipos de eventos, como por ejemplo: eventos deportivos de motores, congresos, ferias, así como eventos de concentración masiva como conciertos y festivales. 2. De acuerdo a la información brindada en la página Web del Parque Viva, la capacidad del recinto es de hasta 20.000 mil personas. Además, cuenta con 4.900 espacios para

estacionamiento privado, que se puede ampliar hasta en 6.000 espacios utilizando la pista de carreras. 3. En la actualidad, la Dirección General de Ingeniería de Tránsito no tiene ninguna solicitud relacionada con el acceso existente del Parque Viva. Tampoco ha realizado ningún estudio funcional en las vías con el escenario de un evento masivo como los que se realizan en el lugar. 4. El Parque Viva de (sic) localiza frente a una ruta cantonal denominada Calle Rincón Chiquito. Al ser una ruta cantonal, le corresponde a la Municipalidad de Alajuela el otorgamiento de los permisos de acceso (...) 5. La Calle Rincón Chiquito es una calle urbana de dos carriles, un carril por sentido de circulación. Este tipo de vías podría alcanzar una capacidad máxima alrededor de los 1.200 vehículos por hora por sentido. De acuerdo a las condiciones de la vía, un estudio detallado podría arrojar una capacidad menor a la mencionada. De acuerdo a los datos antes indicados, se puede asegurar que en el momento en que se realizan eventos de concentración masiva, la vía que da acceso al Parque Viva no tiene la capacidad suficiente para el manejo del tránsito generado. Bajo un escenario conservador, sin considerar estacionamientos periféricos al parque ni la utilización de la pista de carreras, tendríamos una generación de 4.900 vehículos por hora, lo cual representa más del doble de lo que la vía podría soportar (...)" (ver informe y prueba).

- 19)** Los anteriores oficios Nos. DVTSV-2022-0341 y DVT-DGIT-2022-339 fueron remitidos por parte de la Directora de la Dirección Regional de Rectoría de la Salud Central Norte del Ministerio de Salud al Director del Área Rectora de Salud Alajuela 2, mediante oficio No. MS-DRRSCN-1831-2022 de fecha **6 de julio de 2022** (ver prueba).
- 20)** Por oficio No. MS-DM-5814-2022 de **7 de julio de 2022**, la Ministra de Salud remitió a la Directora de la Dirección Regional de Rectoría de la Salud Central Norte, lo consignado en el citado oficio No. DVT-DGIT-2022-339 (ver prueba).
- 21)** El Comité Asesor Técnico de Concentraciones Masivas celebró una sesión extraordinaria el **7 de julio de 2022** a las 14:30 hrs. con la presencia de la Ministra de Salud en calidad de coordinadora, del Ministro de Obras Públicas y Transportes, de funcionarios de la Cruz Roja Costarricense, de la Dirección de la Policía de Tránsito, de la Comisión Nacional de Emergencias, del Cuerpo de Bomberos, del Sistema de Emergencias 9-1-1 y de Gestión de Riesgo del Ministerio de Salud. En el acta de dicha sesión No. 28643-S-MOPT-SP, se consignó lo siguiente: "(...) Con base en las competencias que establece el artículo

4° del decreto ejecutivo 28643 se procede a conocer el caso. El señor Keylor Castro Chacón del Ministerio de Salud, a petición de la señora Ministra, lee el documento del Área Rectora de Salud Alajuela número MS-DRRSCN-DARSA2-1641-2022 y que se relaciona con el oficio MS-DM-5756-2022 de la Ministra de Salud. El señor Luis Amador interviene. Pone en perspectiva la situación de las calles de acceso. El señor Keylor Castro lee el informe DVT-DGIT-2022-339 (dirigido a la Ministra de Salud con la nota DVTS-2022-0341). La señora Ministra interviene. Don Alexander Araya del Cuerpo de Bomberos interviene y apunta las dificultades que tiene el cuerpo de bomberos para ingresar, por el tipo de unidades de emergencias que se tienen, las cuales miden 11 metros de largo y 3 metros de ancho, por lo que se nos dificulta el paso en las condiciones de tener vehículos a ambos lados. Tiene que ampliarse las vías de acceso o que exista otro acceso donde haya espacio para el tránsito y acceso de unidades de emergencia. El señor Luis Amador interviene. Señala lo inadecuado del uso del suelo. Debe ser ampliada la ruta para garantizar un flujo adecuado en los eventos y en las emergencias durante los eventos. Debe mejorarse esa ruta cantonal terciaria. Hay riesgo para la vida humana. Interviene don Jorge Rovira de la Comisión Nacional de Emergencias. Hay un permiso de funcionamiento vigente. Hay que tener cautela y ver la realidad del País. Interviene don Keylor Castro Chacón. Hay otros lugares con situaciones similares. Interviene la señora Ministra de Salud, haciendo una réplica de lo manifestado por don Keylor. Interviene don Felipe Venegas. El recinto ha presentado problemas desde que era el autódromo la Guácima. Solo tiene una calle de acceso y eso presenta un problema porque hay que pasar por zonas residenciales. Aún no hay un reglamento de eventos masivos. En este caso Parque Viva no es adecuado para eventos masivos. Johnny Hidalgo González, Interviene he (sic) indica que desde el 01 de enero del 2022, hay 18 reportes en lo que va del año de problemas de tránsito, más de 30 colisiones, 4 reportes de vehículos mal estacionados, 5 riñas, 3 incidentes de eventos contra el orden, entre otros reportes. Interviene don Jim Batres. Manifiesta preocupación por la cantidad de ambulancias que atienden cada evento, donde a veces no supera una sola unidad. ACUERDO: Vistos los oficios mencionados, y la recomendación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes sobre tomar un curso de acción a raíz de la situación presentada con relación a la capacidad de la vía de acceso del recinto denominado Parque Viva, se acuerda proponer a las autoridades correspondientes una orden sanitaria de cierre para eventos masivos del establecimiento denominado Parque Viva, y las medidas que correspondan con otras autoridades pertinentes. Debe solicitarse un plan remedial para las condiciones denunciadas, el cual de ser puesto en conocimiento de este Comité

Asesor Técnico de Concentraciones Masivas (...)". Las autoridades del Ministerio de Salud, del MOPT, del Cuerpo de Bomberos, de la Comisión Nacional de Emergencias y de la Cruz Roja Costarricense, votaron a favor de dicha propuesta (ver informe y prueba).

22) Lo dispuesto en el referido acuerdo fue comunicado por la Ministra de Salud a la Directora Regional Rectoría de Salud Central Norte a través del oficio No. MS-DM-5838-2022 de **8 de julio de 2022**. En tal oficio se indicó lo siguiente: "(...) *Se remite tal insumo para su valoración y atención, y para que se proceda conforme a la normativa interna institucional, dentro del marco de la legalidad (...)*" (ver informe y prueba).

23) El **8 de julio de 2022**, las autoridades del Área Rectora de Salud Alajuela 2 del Ministerio de Salud, emitieron la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 (rubricada electrónicamente a las 12:37:21 hrs. del mismo 8 de julio de 2022). En tal orden se consignó expresamente lo siguiente: "(...) *En atención a denuncia anónima N° 243-2022, traslada (sic) mediante oficio MS-DM-5756-2022 desde el Despacho de la Ministra de Salud, por aparentes problemas estructurales, incumplimientos del plan de emergencia y condiciones de seguridad e higiene en el Parque Viva, y según consta en el acta de inspección ocular MS-DRRSCN-DARSA2-1639-2022 del día 05 de julio del 2022 al ser las 13:50 horas se realizó la respectiva visita en el sitio para valorar lo señalado en la denuncia. Así mismo, en concordancia con el principio precautorio y en atención a los oficios: MS-DM5814-2022, mediante el que se remite el Informe Técnico DVT-DGIT-2022-339 emitido por la Dirección General de Ingeniería de Transito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, el oficio MS-DM-5838-2022 mediante el que se remite el Acta N°28643-SMOPT-SP del Comité Asesor Técnico en Concentraciones Masivas, se ordena mediante el siguiente acto administrativo la suspensión temporal del Permiso Sanitario de Funcionamiento MS-DRRSCN-DARSA2-RPSF-0177-2019 (parque temático, autódromo, anfiteatro, eventos deportivos, culturales, ferias y exposiciones varias) hasta tanto se cuente para su análisis y toma de las respectivas acciones, con los Criterios técnicos emitidos por el Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica y de la Benemérita Cruz Roja Costarricense, con relación a la capacidad de la vía de acceso a dicho establecimiento por las unidades de primera respuesta de esas instituciones, mismos que están siendo gestionados por el Ministerio de Salud. Así mismo, su representada deberá presentar un plan remedial que abarque la solución a la*

problemática de los accesos y el consecuente riesgo a la Seguridad y Salud Pública ante la realización de Actividades de Concentración Masiva, y la generación de una eventual emergencia en dichas actividades (...). Adicionalmente, se hizo referencia a las consecuencias de no cumplir lo señalado y se indicó que contra dicha orden procedía la interposición de los recursos de revocatoria con apelación en subsidio dentro de los cinco días hábiles posteriores a su notificación. Esta orden sanitaria fue notificada, vía correo electrónico, al representante de Parque Viva el **8 de julio de 2022** a las 12:40 hrs., indicándose que se adjuntaban *“anexos de importancia”*. Igualmente, esa comunicación se realizó de forma personal ese mismo día a las 14:15 hrs. (ver informe y prueba).

24) Por oficio No. MS-DM-5870-2022 de **8 de julio de 2022**, rubricado digitalmente a las 17:05:24 hrs., la Ministra de Salud solicitó al Director del Cuerpo de Bomberos y a la Presidenta de la Cruz Roja Costarricense lo siguiente: *“(...) informes detallados y amplios, desde sus respectivos campos de competencias, con relación a la situación de Parque Viva en La Guácima de Alajuela, en el marco de la realización de eventos masivos y las situaciones de riesgo para la salud y la vida humana. Lo anterior como complemento al tema tratado en la reunión del Comité Asesor Técnico en Concentraciones Masivas del pasado jueves 7 de julio de 2022. Lo anterior a la mayor brevedad posible (...)”* Lo dispuesto en este oficio le fue informado al Director del Área de Rectoría de Salud Alajuela 2 por oficio No. MS-DRRSCN-1858-2022 de 11 de julio de 2022, suscrito por parte de la Dirección Regional de la Rectoría en la Salud Central Norte (ver prueba).

25) El **10 de julio de 2022**, en la sección de política del medio periodístico La Nación, se consignó la noticia titulada *“Quieren que desembarremos lo que ellos embarraron, dice dirigente comunal de la Guácima”*. Un extracto de dicha noticia se cita a continuación: *“(...) Mediante una llamada telefónica completamente inusual, el sábado 9 de julio, la dirigente comunal de la Guácima, Hellen Espinoza, recibió la petición del Gobierno para que se pronunciara a favor del cierre de Parque Viva, negocio propiedad de Grupo Nación. El hombre que la llamó, a quien no pudo identificar, le indicó que se encontraban en una reunión valorando el tema e, incluso, le facilitó el machote de una carta dirigida a la ministra de salud, Josselyn Chacón, con el único propósito de que le estampara la firma. La idea, le comentaron, es que la carta estuviera en manos de la ministra este mismo sábado, Espinoza, presidenta de la Asociación de Desarrollo Integral de la Guácima, negó esa solicitud (...) Por el contrario, convocó a una sesión extraordinaria de la junta*

de vecinos para ver si se pronuncian o no. En todo caso, advirtió, no replicarán el contenido del machote de la carta que les pasó el funcionario de la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad (Dinadeco). La dirigente comunal reconoció que deben haber mejoras en las cercanías del Parque Viva, debido a las presas que se generan. No obstante, advirtió que, a su opinión, el Gobierno quiere “desembarrar” lo que ellos “embarraron”, con el cierre del centro de eventos (...)” (ver prueba).

- 26)** Por oficio No. MSP-DM-DVURFP-DGFP-DRSA-SBDRA-DPCAS-D26-0827-2022 de **10 de julio de 2022**, el Subdirector Regional de la Dirección de la Fuerza Pública de Alajuela le informó el Viceministro de Seguridad Pública lo siguiente: *“(...) La Dirección de la Fuerza Pública de Alajuela, ha venido enfrentando una situación de entorpecimiento en la atención de incidentes de carácter policial, en el perímetro externo inmediato del Parque Viva, situado en Rincón Chiquito en el distrito de La Guácima de Alajuela, en momentos en que se realizan actividades en ese lugar. Esta zona está catalogada por la Fuerza Pública como un área sensible; ya que convergen diferentes acciones delictivas, entre las que destacan delitos contra la vida (homicidios y heridos), asaltos, riñas, accionamiento de armas, robo y tacha de vehículos. Con relación al frecuente desarrollo de eventos masivos en el local comercial Parque Viva, durante este año; le refiero lo siguiente: Estas actividades tienen una capacidad dinámica de hasta un máximo de 27.000 personas, siendo el promedio por evento, de aproximadamente 18.500 personas (capacidad máxima del anfiteatro destinado a esos fines). Siendo que dichos eventos se realizan con una frecuencia Semanal; tal cantidad de personas desplazándose al sitio, y permaneciendo en él durante el desarrollo de las actividades, generan enormes embotellamientos en el entorno inmediato y en la zona circundante; lo que repercute en un aumento sustancial de los tiempos de respuesta policial, a las emergencias reportadas al 911 y que son resorte de la Fuerza Pública; resultando con el menoscabo del servicio policial. Como ejemplo concreto; en el concierto denominado Karol G Tour, realizado el sábado 07 de mayo del año en curso; ante una emergencia médica, la Cruz Roja Costarricense requirió el auxilio policial para poder trasladar un paciente, dado que la cantidad de vehículos y personas en Vía pública impedían el movimiento de la ambulancia, siendo necesaria la intervención del Grupo de Apoyo Operativo, con aproximadamente doce oficiales para lograr la extracción del paciente, abriendo camino a pie durante largos 40 minutos. Además de la tardanza en la atención de la emergencia ese recurso policial debió haber estado abocado*

al servicio de seguridad Ciudadana. Asimismo, es importante agregar que estos eventos masivos de alta frecuencia, provocan en las horas de su realización, un incremento ostensible en los delitos contra la propiedad. La afectación que generan las aglomeraciones de vehículos y personas, en las afueras del parque, durante el desarrollo de los eventos como se indicó anteriormente, reduce la movilidad policial, y produce un incremento de llamadas de vecinos al 911, por incidentes de alteración al orden público, riñas, violencia contra las mujeres, menores de edad expuestos al peligro, conducción temeraria, consumo de alcohol y drogas en vía pública. Es criterio de esta Dirección Regional, que la afectación al servicio policial durante los eventos masivos en la zona referida, es evidente, notoria, frecuente y repetitiva; dado que el impacto de incidencia delictiva diversa, que se genera por el conglomerado enorme de visitantes; afecta el normal desenvolvimiento de las actividades de la población de la zona, y las acciones policiales de carácter diaria. Debido a la cantidad de participantes en los eventos, debe destinarse recurso policial ordinario y extraordinario en diferentes puntos del distrito, y normalmente cualquier incidente en un día normal se responde en un término de 10 a 15 minutos, sin embargo; cuando se llevan a cabo actividades en el Parque Viva el tiempo de respuesta ante una emergencia es superior a los 40 minutos, aunque se activen dispositivos de emergencia como luces y sirenas, ya que las calles de este sector son sumamente estrechas, son de un carril por sentido, sin islas para buses o espaldones. La Situación se complica aún más, cuando hay accidentes de tránsito o bien, los vehículos de las personas que asisten a las actividades, son estacionados de manera irresponsable a la orilla de la calle, en entradas a cocheras, e incluso en cruces o esquinas, tornándose materialmente imposible transitar por las calles principales o las secundarias que llevan a cualquier lugar no solo de Rincón Chiquito sino al resto del distrito de la Guácima, ya que pese que los conductores de vehículos que transitan en estas calles quieran ceder el espacio para que pasen las radio patrullas los vehículos no tienen para donde maniobrar y hacer espacio. Durante una actividad a principio de año, un autobús que iba a recoger personas al lugar se fue en un hueco a la orilla de la intersección de la calle principal y calle Rincón Chiquito. Precisamente ese día habían ingresado alertas de pelea dual, con armas blancas, siendo que se tardó más de dos horas en llegar al lugar y cuando se llegó ya se habla concretado la riña. En este hecho, los vecinos fueron parte de los hechos por la situación imperante de obstrucción de las vías y entorpecimiento de la circulación de vehículos, lo que produce además una mala interpretación a la hora de analizar la respuesta policial. Por todo lo antes expuesto, se emite este criterio técnico

concluyendo que efectivamente existe afectación y menoscabo del servicio policial, en el perímetro externo inmediato del Parque Viva cuando se realizan actividades de carácter masivo. Asimismo, existe un impacto negativo en la incidencia delictiva aumentando algunos fenómenos delictivos en ese lugar. Por último, la afectación que sufren los vecinos de la zona son evidentes y los tiempos de respuesta de las autoridades de emergencia, aumentan además significativamente (...)” (ver prueba).

27) El **10 de julio de 2022**, con ocasión de lo requerido en el oficio No. MS-DM-5870-2022, se emitió el informe técnico No. CBCR-027150-2022-OPB-00741, suscrito por un funcionario de Operaciones de Bomberos y dirigido a la Ministra de Salud, mediante el cual se consignó lo siguiente: *“(...) Con relación a la situación del Parque Viva, ubicado en La Guácima de Alajuela, en el marco de la realización de eventos masivos y situaciones de riesgo para la salud y la vida Humana, indicó (sic): Las unidades extintoras del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica, tienen una longitud aproximada de 11 metros y un ancho de 3 metros; esto hace que se requiera de suficiente espacio para poder maniobrar, ya sea cerca de la escena de incendio o durante la trayectoria hacia el lugar de la emergencia. La medida de ancho de la calle que se utiliza de forma normal para llegar a Parque Viva en la mayoría de su trayectoria mide aproximadamente seis metros, como se puede observar en esta fotografía, un autobús y un vehículo liviano, no pueden transitar de forma normal, para transitar, uno de ellos dos debe detenerse y dar paso (...) Igualmente existen tramos donde las medidas se reducen casi a cuatro metros, es decir una unidad de Bomberos requiere de todo el espacio para poder transitar, tomando como referencia las siguientes fotografías (...) Debido al ancho de la calle, existen tramos donde no se puede realizar las maniobras de adelantamiento (...) Debido a las situaciones planteadas anteriormente, como consecuencia, existen varias comunidades como Rincón Chiquito, Rincón Herrera, Guácima centro, al igual que las propias instalaciones del Parque Viva, se podrían ver afectadas debido a que el tiempo de respuesta de las unidades de Bomberos aumenta de forma considerable, además, cuando se dan bloqueos en las carreteras, se imposibilita el acceso a las comunidades, situación que pone en riesgo las vidas y las propiedades (...)*” (ver informe y prueba).

28) En el informe técnico No. CRC-GG-SO-OF-074-2022 de **11 de julio de 2022**, suscrito por el Sub Gerente Operativo de la Cruz Roja Costarricense y dirigido a la Ministra de Salud con motivo de lo requerido a través del oficio MS-

DM-5870-2022, se señaló lo siguiente: “(...) Como institución de primera respuesta se cuenta con amplia experiencia en la atención de eventos masivos en diferentes eventos y lugares, la Cruz Roja Costarricense ha tenido que atender pacientes en función de las actividades realizadas en el mismo, esto obedece a la cantidad de personas que asisten a las diferentes actividades que dependiendo del mismo, pueden ser varios miles de personas. (...) En el caso de los eventos que se desarrollan en el Parque Viva, es necesario aclarar que la Cruz Roja Costarricense no cubre tales actividades, sino que las empresas organizadoras del evento, contratan empresas privadas de ambulancias que brindan este tipo de servicios, siendo necesario indicar que en el país existen cerca de 70 empresas privadas que brindan servicio prehospitalario de traslado de pacientes, en consecuencia se aclara los videos de varias ambulancias que circulan en redes sociales, ligadas a la atención de casos de emergencia en Parque Viva no son de Cruz Roja. Así las cosas, nuestra recomendación en este Comité Asesor Técnico ha sido históricamente manifestar la importancia de que se genere una regulación para el tema de eventos masivos, sabemos que el Ministerio de Salud tiene el Reglamento General para Autorizaciones y Permisos Sanitarios de Funcionamiento Otorgados por el Ministerio de Salud y que el Ministerio de Seguridad Pública cuenta con el Manual de Tramitación para la Aprobación de los Planes de Seguridad los Eventos Temporales con Asistencia Masiva de Personas. Sin embargo, hace unos 6 años se sugirió trabajar con el Algoritmo de Maurer que lo trabajan en Alemania. En términos generales, según la experiencia de la Cruz Roja Costarricense, cualquier lugar en el que se realizan eventos masivos debe tener una entrada y una salida para todos los vehículos que asisten a los eventos, y que permitan una adecuada circulación para los vehículos de emergencia, tanto para atender incidentes en el lugar del evento, como en zonas circundantes, así como vías que permitan la evacuación masiva de los participantes en caso de activarse alguna amenaza y contar con un Plan de Emergencias actualizado, que contemple una adecuada proporción de ambulancias en función de la cantidad de asistencias al evento (...)” (ver informe y prueba).

29) Mediante el oficio No. 911-DI-2022-2202 de **11 de julio de 2022**, la Directora del Sistema de Emergencias 9-1-1 remitió a la Ministra de Salud un informe sobre eventos acaecidos en zonas circundantes al Parque Viva durante unas fechas específicas, sea, 7, 14 y 21 de mayo y 17 y 18 de junio de 2022 (v. gr. situaciones relacionadas con problemas de tránsito, vehículos mal estacionados,

riñas de personas, una persona inconsciente y otra extraviada, etc.) (ver informe y prueba).

30) Por oficio No. DM-2022-3121 de **11 de julio de 2022**, el Ministro de Obras Públicas y Transportes le indicó a la Ministra de Salud lo siguiente: *“(...) En relación con la situación que se ha presentado con el cierre temporal sujeto a acciones remediales del Parque Viva, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes emite el siguiente criterio considerando que: El Parque Viva contiene múltiples usos de suelo que pueden producir concentración masiva, entendida como eventos temporales que reúnen extraordinariamente a una cantidad de personas bajo condiciones de aglomeración en espacios físicos abiertos y/o cerrados, que por sus características de sitio suponen un escenario de riesgo o de amenaza que obligan a medidas preventivas de control de uso del espacio. El Parque Viva tiene 9000 m2 de nave industrial, lo cual tiene una atracción estimada de 6593 vehículos basado en referencia de 3 eventos similares en Reino Unido (...) El Parque Viva tiene una capacidad de 20.000 personas y usando una tasa de ocupación de 3 personas por vehículo (...) nos da 6667 vehículos por hora. Se estima que la calle adyacente tiene capacidad máxima de 800 vehículos por hora para un nivel de servicio E, pues es una vía de 4 m a 6 m de ancho en doble sentido de circulación. SE RECOMIENDA: Una concentración máxima de 2400 personas en evento (sic) masivos de acuerdo a situación actual de accesos y vías aledañas para poder garantizar un flujo adecuado de vehículos de acceso y salida al sitio (...)”* (ver prueba).

31) El **12 de julio de 2022** se emitió el informe técnico No. CRC-GG-OF-012-2022, suscrito por el Gerente General de la Asociación Cruz Roja Costarricense –en seguimiento a lo señalado en el anterior informe No. CRC-GG-SO-OF-074-2022–, mediante el cual se le informó a la Ministra de Salud lo siguiente: *“(...) En el caso específico objeto de la presente consulta, se conoce que las vías públicas de la comunidad de La Guácima de Alajuela y zonas aledañas son insuficientes para el rápido acceso de nuestras unidades de emergencia en la atención ordinaria de incidentes, que se puede agravar cuando se realizan eventos masivos, puesto que hemos conocido de situaciones en las cuales el simple desperfecto mecánico de un vehículo particular atrasa sustancialmente el ingreso de nuestras ambulancias. Históricamente los tiempos de respuesta para atender emergencias por parte de las diferentes instituciones se han visto afectados por la congestión vial en diversos puntos del territorio nacional, situación que sucede también en La Guácima de Alajuela, experimentando un incremento en el tiempo de traslado de los vehículos*

de emergencia de forma variable, generándose atrasos que van desde 10 minutos hasta los 30 minutos. En algunos casos específicos, el tiempo de llegada o salida de nuestros vehículos se ha extendido hasta más tiempo, ocasionado por la cantidad de vehículos que se ubican en los costados de las vías públicas aledañas al sitio del evento, e incluso por personas que transitan en las vías públicas, lo cual hace que se tenga que circular con mayor cautela. Para el caso concreto la estructura operativa de la Benemérita Cruz Roja Costarricense ha trabajado en tres escenarios que se atienden para un análisis de la situación que le permite a las autoridades tomar las decisiones según sus competencias. 1. Accidentes de tránsito: en la atención de un accidente de tránsito dependiendo de la gravedad del mismo, se hace necesario la llegada de diferentes recursos, ambulancias, camiones de rescate, e incluso la presencia del Cuerpo de Bomberos de Costa Rica. Cabe destacar que se pueden presentar casos en lo que los pacientes se encuentran prensados consecuencia del incidente, requiriéndose que a la escena se sume el equipo de rescate especializado según las necesidades. En cualquiera de los casos los pacientes requieren ser atendidos de forma inmediata, ya que en algunos casos la vida puede estar en riesgo inminente. 2. Incendios estructurales: en la atención de incendios estructurales generalmente responde el Cuerpo de Bomberos para extinguir el fuego y la Cruz Roja Costarricense acude a la escena para la atención de pacientes, por lo que dependiendo del tamaño del incidente, la cantidad de recurso que se hace presente se podría ver afectado por la dificultad de acceso a las instalaciones en riesgo y la evacuación de pacientes. Casos médicos: Dependiendo de la gravedad del caso, se requiere que el paciente reciba atención de forma expedita dado que el retraso en los tiempos de respuesta genera un impacto negativo en el pronóstico de la persona, afectando potencialmente la vida. Por ejemplo, en el caso de un paro cardiorespiratorio se requiere acceso al paciente idealmente en menos de 10 minutos. Por otro lado, dependiendo de las circunstancias, existe la posibilidad de que la Unidad de Soporte Avanzado de Vida (USAV), en sitio, requiera del apoyo de una Unidad de Soporte Avanzado de Vida (USAV), dado que esta segunda ambulancia cuenta con personal de mayor nivel de capacitación, más equipamiento y por ende, mayor nivel resolutivo, ofreciéndole así una mejor oportunidad a la salud del paciente. Cabe destacar que al haber dos unidades o más en el lugar del siniestro se requerirá un espacio amplio y seguro para que los socorristas puedan brindar su atención (...)" (ver informe y prueba).

32) Por oficio No. MS-DM-5902-2022 de **12 de julio de 2022**, la Ministra de Salud dio acuse de recibido a los informes técnicos No. CBCR-027150-2022-OPB-

00741 del Cuerpo de Bomberos, No. CRC-GG-SO-OF-074-2022 de la Cruz Roja Costarricense, No. 911-DI-2022-2202 del Sistema de Emergencias 9-1-1 y el No. DM-2022-3121 del Ministerio de Obras Públicas y Transportes y los remitió a la Dirección Regional Rectoría de Salud Central Norte, como complemento a lo dispuesto en el oficio No. MS-DM-5838-2022 de 8 de julio de 2022 (ver prueba).

- 33)** Por oficio No. MS-DM-5945-2022 de **13 de julio de 2022**, la Ministra de Salud remitió a la Dirección Regional Rectoría de Salud Central Norte el informe técnico No. CRC-GG-OF-012-2022 de la Cruz Roja Costarricense (ver prueba).
- 34)** En conferencia de prensa de **13 de julio de 2022**, el Presidente de la República, respecto al proyecto vial propuesto por Grupo Nación, señaló lo siguiente: *“(...) ¿Oyeron la mentira descarada que publicó La Nación que tiene desde hace dos años de pedir un acceso a la ruta 27 para arreglar el Parque Viva? Ah no, diay si metemos un gol metamos cuatro goles más porque es cuatro veces el volumen de área lo que querían conseguir el permiso., ¿No les da vergüenza colapsar la Ruta 27 arriesgando todo el Occidente, Grecia, Naranjo, Atenas, San Carlos, todo Guanacaste y todo Puntarenas? (...)”* (ver prueba).
- 35)** El **13 de julio de 2022**, en la sección de política del medio periodístico La Nación, se consignó la noticia titulada *“Alcalde de Alajuela: Parque Viva recibió permiso antes de expansión urbanística en la Guácima”*. El contenido de esta noticia es el siguiente: *“(...) Humberto Soto, alcalde de Alajuela, aseguró que el congestionamiento vial que se genera en la Guácima, Alajuela, no es causado únicamente por el Parque Viva, sino que se debe también al gran crecimiento habitacional del distrito y a los nuevos condominios que se levantaron en la zona. “Ha habido un crecimiento muy importante en el distrito de la Guácima que, sumado a las actividades a la gran cantidad de personas que ingresan al distrito, pues sí, es evidente que genera un congestionamiento vial. “Estoy abierto a negociar y poner el tema sobre la mesa; que hay que generar soluciones viables para el distrito, no hay que achacarlos a X o Y, ni generalizarlo”, explicó Soto. “Hay que ver la realidad. El parque tiene casi diez años de construido y, en estos diez años, ha habido un cambio sustancial en el desarrollo urbanístico del distrito de La Guácima, es decir, hay más población y más condominios”, agregó. Desde el 2014, se han aprobado 44 condominios en el distrito, por ejemplo. Asimismo, el jerarca municipal dijo que, aunque el ayuntamiento ha invertido en ese distrito casi 1000 millones y pronto se iniciará la construcción de un puente que conduce a la*

comunidad de San Antonio de Alajuela, eso no es suficiente y necesitan más recursos para todo el cantón. “El municipio ha hecho unas inversiones, pero tal vez no las suficientes. ¿Por qué? Porque como gobierno local tenemos recursos limitados y 14 distritos, con una red de más de 421 kilómetros a nivel cantonal que atender. Para esa red, en un municipio como el de Alajuela, no hay recursos suficientes y hay que atender los 14 distritos del cantón, no sólo uno. Hay que hacer mejoras; de eso como alcalde estoy consciente”, informó Soto. En setiembre del 2014, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) aprobó el estudio de planificación vial del Parque Viva y solicitó que se construyeran accesos al sitio desde las distintas rutas que llevan al lugar y se instalara señalización vertical y horizontal, las cuales debían estar listas un año después. En una inspección realizada por el Ministerio en el 2015, se constató que el inmueble había cumplido lo solicitado. Este miércoles, el presidente Rodrigo Chaves, aseguró en conferencia de prensa en Casa Presidencial, que el permiso nunca debió darse y que solicitará el expediente a la Municipalidad de Alajuela, al tiempo que solicitará la intervención de la defensora de los Habitantes, Catalina Crespo. En aquella época, el hoy alcalde era regidor y dijo al respecto: “El permiso se dio por competencia de la administración municipal que era el órgano competente de la aprobación del mismo; en el expediente hay permiso de Salud y de muchas instituciones (...)” (ver prueba).

- 36)** En sesión de concejo de distrito ampliada celebrada el **13 de julio de 2022**, el regidor y residente de La Guácima de Alajuela, Alonso Castillo, se refirió al problema relacionado con el crecimiento urbanístico en dicha zona. Apuntó que, de 2010 a fecha, en la Guácima se han aprobado 48 proyectos urbanísticos “(...) sin contar Parque Viva, sin contar desarrollos comerciales, sin contar Automercado, sin contar centros comerciales (...)”, lo cual refleja una realidad vehicular que no es acorde con las carreteras diseñadas hace treinta años. Expresamente, dicho regidor, en tal oportunidad, señaló: “(...) Aquí hay presas todos los días, a las siete de la mañana y a las cinco de la tarde, con concierto, o sin concierto. Si aquí pasa un accidente en Guácima centro hoy, colapsa La Guácima porque no hay para dónde coger. Si hoy pasa un accidente o se cae un poste como pasó hace unos meses (...) tenemos que ir a dar la vuelta por San Miguel, con el riesgo de que el carro que tengamos no tenga las condiciones para poder ir a dar esa vuelta (...) Esa es la realidad del distrito, que tiene serias limitaciones viales. Cuando yo llegué al Concejo Municipal de Alajuela, prometí que no iba a votar un solo proyecto urbanísticos más en el Concejo Municipal hasta que se aprobaran las

rutas alternas (...) Al día de hoy (...) La municipalidad me dice que no tiene presupuesto para rutas alternas, entonces ¿qué quiere decir esto? La realidad continúa en las mismas condiciones que estamos hoy, con Parque Viva o sin Parque Viva, porque no hay presupuesto, no hay dinero para estas rutas alternas (...) Yo sinceramente me siento muy contento de que haya pasado lo de Parque Viva (...) porque hoy toda la prensa nacional está hablando de un problema que La Guácima tiene todos los días. Porque fue Parque Viva, porque si (...) se hubiera volcado un bus o hubiera pasado lo que sea, a nadie le interesa, el problema sigue. Y por dicha fue Parque Viva, porque Parque Viva tiene la voz para poder decir aquí hay un problema, pero hay problema real, que cuando hay un evento también colapsamos (...)" (ver prueba).

37) Mediante oficio No. MS- DRRSCN-1897-2022 de fecha **14 de julio de 2022**, la Directora Regional de la Rectoría de Salud Central Norte remitió los informes técnicos señalados por la Ministra recurrida en el oficio No. MS-DM-5902-2022, al Director del Área Rectora de Salud Alajuela 2 (ver prueba).

38) El **14 de julio de 2022**, representantes del Grupo Nación S.A. formularon ante el Área Rectora de Salud Alajuela 2, un recurso de revocatoria y de apelación en subsidio en contra de lo dispuesto en la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 de fecha 8 de julio de 2022 (ver prueba).

39) El **14 de julio de 2022**, la Contraloría General de la República emitió el denominado Informe de Auditoría Operativa Sobre la Eficacia y la Eficiencia en el Uso de los Recursos de la Red Vial Cantonal en la Municipalidad de Alajuela (informe No. DFOE-LOC-IF-00014-2022). En el apartado de conclusiones, se consignó lo siguiente: "(...) 3.1. *Se determinó a partir de los indicadores y criterios establecidos, que no es posible garantizar que la gestión del servicio de red vial cantonal a cargo de la Municipalidad de Alajuela sea eficaz en el cumplimiento de sus fines y objetivos relacionados con la movilidad, la seguridad vial y la resiliencia de esta red, y que el uso de los recursos asignados se realice en apego al principio de eficiencia. 3.2. En este sentido, si bien se han realizado intervenciones de conservación vial principalmente en la superficie de ruedo y actividades de seguridad vial, aún persisten importantes limitaciones en la cobertura y mejora de la superficie de ruedo, en la atención de otras estructuras esenciales en la infraestructura vial (puentes y aceras) y en el abordaje de la seguridad vial y la resiliencia de la red vial cantonal, sustentado en elementos técnicos que garanticen*

razonablemente la eficacia de las acciones municipales en estas materias. 3.3. En cuanto a la eficiencia, se evidenció que la Municipalidad de Alajuela carece de elementos mínimos fundamentales y de sanas prácticas necesarias para implementar una gestión orientada al cumplimiento de este principio; situación que refleja la necesidad de generar una cultura organizacional que considere el uso de datos e indicadores de gestión como un mecanismo indispensable para la mejora de la gestión en aras de satisfacer el interés público. 3.4. Finalmente, para cumplir con los retos que enfrenta nuestro país como el Objetivo del Desarrollo Sostenible n.º 11 (Ciudades y Comunidades Sostenibles) y avanzar en el propósito de no dejar a nadie atrás, se hace necesario ampliar la visión con la que se gestiona la red vial cantonal, de manera que esta gestión tenga una perspectiva integral de las problemáticas y una visión inclusiva y participativa de todas las poblaciones que habitan en el territorio, con especial énfasis en aquellas poblaciones con mayores rezagos y más vulnerables (...)" (ver prueba).

- 40)** Para este año 2022 se estaban organizando al menos cuatro eventos en el Parque Viva (conciertos con Jesús Adrián Romero, Danny Ocean y Ana Gabriel en el mes de septiembre y concierto con Sebastián Yatra el 2 de diciembre). Por oficios No. MS-DRRSCN-DARSA2-1713-2022 de 14 de julio de 2022 y MS-DRRSCN-DARSA2-1728-2022 de 15 de julio de 2022, el Director del Área Rectora de Salud Alajuela 2 informó a los representantes legales de las productoras organizadoras de tales eventos, la medida sanitaria de cierre girada al Parque Viva y, por ende, la imposibilidad de otorgar las certificaciones de aforos solicitados (ver prueba).
- 41)** Por oficio No. MS-DRRSCN-1904-2022 de **15 de julio de 2022**, la Directora Regional de la Rectoría de Salud Central Norte remitió al Director del Área Rectora de Salud Alajuela 2, el informe técnico No. CRC-GG-OF-012-2022 de la Cruz Roja Costarricense (ver prueba).
- 42)** Por oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022 de **15 de julio de 2022**, el Director del Área Rectora de Salud Alajuela 2, le indicó al representante legal del Parque Viva que, como seguimiento a lo dispuesto en la *supra* citada orden sanitaria, se remitían los informes técnicos No. CBCR-027150-2022-OPB-00741 del Cuerpo de Bomberos, No. CRC-GG-SO-OF-074-2022 y No. CRC-GG-OF-012-2022 de la Cruz Roja Costarricense, No. 911-DI-2022-2202 del Sistema de Emergencias 9-1-1 y el No. DM-2022-3121 del Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Adicionalmente, en este oficio se indicó expresamente lo

siguiente: “(...) Una vez conocidos y analizados dichos documentos de acuerdo con lo indicado en la orden de cita, queda demostrado que los mismos señalan que existe un evidente problema para la atención de emergencias (accidentes de tránsito, incendios estructurales, casos médicos, entre otros), por parte de las Instancias de Primera Respuesta tanto en las comunidades aledañas, como para los mismos asistentes a los eventos de concentración masiva que se realizan en el Parque Viva, debido a problemas de tránsito y acceso al lugar, por lo tanto, en concordancia con el principio precautorio y en aras de garantizar el cumplimiento de los artículos 21 y 50 de la Constitución Política, el artículo 11, 152, 153 y 154 de la Ley General de la Administración Pública y los artículos 1, 2, 3, 37, 38, 39, 322, 325, 348, 355, 356, 357 y 364 de la Ley General de Salud, se confirma en todos sus extremos y alcances la Orden Sanitaria MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0386-2022 (sic (...))” (ver prueba).

- 43)** El citado oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022 y varios anexos fueron notificados al representante de Parque Viva el **15 de julio de 2022**, a las 11:48 hrs., vía correo electrónico (ver prueba).
- 44)** Por oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-1755-2022 de **20 de julio de 2022**, el Director del Área Rectora de Salud Alajuela 2 corrigió el número de la orden sanitaria señalada en el oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022. Este oficio le fue notificado al representante legal del Parque Viva el 20 de julio de 2022 (ver prueba).
- 45)** En fecha no precisa, las autoridades del Ministerio de Salud resolvieron los citados recursos de revocatoria y apelación, desestimándolos (ver informe).
- 46)** El **29 de julio de 2022**, los recurrentes formularon el presente amparo (ver escrito de interposición).
- 47)** Por oficio No. PE-243-07-2022 de **29 de julio de 2022**, la Presidenta Ejecutiva del INVU le informó al Presidente Rodrigo Chaves, los siguientes hallazgos, luego de haberse realizado una revisión al expediente del llamado “Proyecto Viva” (Parque Viva), que se encontraba en poder de la Municipalidad de Alajuela: “(...) 1. Los usos de suelo otorgados para el campo ferial, anfiteatro, hotel, servicios de comidas, no son conformes según el Plan Regulador aprobado en la Gaceta No. 182 del 19 de setiembre de 2004. 2. La finca plano de catastro A-2995065-2005, se ubica en una zona denominada “Zona Verde” y no en una “Subzona Residencial de

Mediana Densidad", tal y como se indicó en la constancia del uso de suelo, emitida por la Municipalidad y base para la emisión de los permisos de Construcción. Lo anterior, de acuerdo con el Mapa de Zonificación vigente en el momento en el cual se solicitaron los usos de suelo, misma que no presenta modificaciones a la fecha, dado que el Plan Regulador no ha sido actualizado desde su publicación en el año 2004. 3. La viabilidad ambiental otorgada mediante resolución 3083-2013, fue dada para mejoras en el AUTÓDROMO LA GUÁCIMA En ningún momento se desprende del trámite realizado ante la SETENA, que la actividad a desarrollar se enmarca dentro de la dinámica de un campo ferial, dado precisamente que la gestión de los diferentes permisos fue realizada de manera separada, lo que en alguna medida permitió obviar los requerimientos mínimos que debieron ser solicitados para mitigar las externalidades y efectos derivados de la operación de una actividad de las características conocidas. 4. NO hay registro de presentación de ningún Estudio de Impacto Vial al MOPT o a la Municipalidad que mida el impacto del flujo vehicular asociado a las actividades que se desarrollan en el sitio (construcción de la sala de eventos y anfiteatro según trámite APC 626867). Dicho estudio debió haber sido solicitado de acuerdo con lo indicado en el artículo 12.7 del Plan Regulador del Cantón de Alajuela, que indica textualmente: Artículo 12.7. Los edificios mayores o iguales a cinco pisos de altura o su equivalente en metros, así como los centros comerciales, industrias, terminales de autobuses u otros que generen concentración masiva deberán presentar adicionalmente para su aprobación final lo siguiente: 1. Estudio de impacto vial. Estudio de acceso, congestión vehicular, soporte de las vías adyacentes a la propiedad, flujos promedios diario y mensual. 2. Infraestructura: estudio de la demanda oferta de la infraestructura existente y la propuesta y la conexión con la existente. Mediante Oficio PE-221-07-2022 se consultó a la Dirección General de Ingeniería de Tránsito (DGIT) y a la Secretaria de Planificación Sectorial (SPS) del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), respectivamente, dependencias que indican que no se ha recibido ningún estudio para valoración sobre este proyecto. 5. No se solicitó ninguna mejora a la vialidad cantonal que da acceso al complejo tramitado en los diferentes permisos de construcción, ni siguiera mejoras a media vía. En este sentido, se extraña la aplicación por parte de la Municipalidad de Alajuela del artículo 70 de la Ley de Planificación Urbana. en referencia a la posibilidad que tenía de solicitar contribuciones especiales dado el impacto evidente en la vialidad pública cantonal del proyecto. El fundamento técnico de esta solicitud debió estar basada en un estudio técnico de impacto vial que considerara las características específicas del proyecto. 6. En lo que respecta a los permisos de

construcción, el registro del APC indica que se aprobaron 3 permisos: A. Obras de infraestructura del complejo del Campo Ferial (área de construcción 12608 ma.) APC655432, oficio MA-ACC-3B33-2014 con fecha 07 de mayo de 2014 B. Construcción de planta de tratamiento (área de construcción 144m2) APC 634113, oficio MA-ACC-3835-2014 con fecha 07 de mayo de 2014. C. Construcción de estructura, envolventes, cerramiento del Complejo Ferial (área de construcción 22.164m2) APC626867, oficio MA-ACC-5032-2014 con fecha 12 de Junio de 2014. Las obras de infraestructura del complejo del Campo Ferial (área de construcción 12608 m2) tramitado mediante el APC 655432. aprobado con el oficio MA-ACC-3833-2014 el 07 de mayo de 2014, fueron aprobadas sin contar con la disponibilidad de agua, como se evidencia en el Oficio CCP-2013-304 del AYA. Si bien es cierto, se cuenta con un pozo, su concesión fue otorgada hasta el 18 de diciembre de 2014. Otro aspecto importante, de acuerdo con la documentación aportada, es que el proyecto tramitado bajo el código APC-625432, no contaba con la autorización de Bomberos al momento de ser aprobado. De acuerdo con el informe de cumplimiento correspondiente a la primera revisión, habían observaciones de varias instituciones, sin embargo, no se ubica la segunda revisión con las respectivas correcciones. Esta afirmación se respalda con el informe de Bomberos oficio CBCR-0018379-2014-INB-00736 de fecha 16 de junio de 2014 y el reporte de cumplimiento del proyecto descargado el 7 de Julio de 2022 como consta en el expediente digital aportado. Aún con esta inconsistencia, la Municipalidad de Alajuela, aprobó la solicitud de permiso. Bomberos exonera al proyecto APC-655432, de la colocación de hidrantes. Lo anterior mediante oficio CBCR-0018379-2014-INB-00736 de fecha 16 de junio de 2014, indicando en los intereses: "se acepta la propuesta de presentada (sic) en planos de eliminar la colocación de hidrantes dado que la capacidad de los 5.251,6 no es suficiente para cubrir el cauda/ de los hidrantes". Según se desprende del oficio referido hubo correcciones indicadas por Bomberos, de las cuales no se tiene registro dado que no se incluyeron en el expediente. Adicionalmente, se hace de su conocimiento algunas observaciones generales de forma identificadas en este proceso: El expediente aportado no está foliado ni cuenta con consecutivos de ningún tipo que permitan llevar un orden cronológico, secuencial y una trazabilidad en los trámites realizados. El expediente se aportó fraccionado, lo que dificultó su revisión, dada la falta de trazabilidad sobre el desarrollo de los distintos permisos y/o etapas del Proyecto. A pesar de que la certificación emitida por la Secretaria de Actas del Concejo Municipal, indica por una parte 70 folios y por otra 178, la realidad es que el total de documentos aportados asciende a un total de 2172. Por otra parte, los planos correspondientes

a los 3 trámites realizados mediante la plataforma APC, presentan fecha de descarga: 13/17/2022, lo que hace pensar que dicha documentación no formaba parte del expediente que debe custodiar la Municipalidad, pues de lo contrario. la fecha de descarga, debió coincidir con el momento en que dichos permisos fueron tramitados, es decir, 21 de Diciembre de 2013. Finalmente, al momento de recibir la información digital, se encontraron carpetas vacías e información incompleta, lo cual fue consignado en el oficio de recibido devuelto a la Municipalidad (...)" (ver prueba).

48) El 3 de agosto de 2022, en la página oficial de Facebook de la Municipalidad de Alajuela, se publicó lo siguiente: *"(...) CON RELACIÓN A LAS PUBLICACIONES DEL CRITERIO EMITIDO POR EL INVU SOBRE PARQUE VIVA, QUE HAN CIRCULADO EN DIVERSOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EL DÍA DE HOY. Sobre la información que ha circulado en diversos medios de comunicación sobre el proyecto PARQUE VIVA basado en un informe emitido por Instituto de Vivienda y Urbanismo, INVU, como primero de los aspectos, debe indicarse que la Municipalidad de Alajuela no ha sido notificada de dicho informe, de manera que nuestro conocimiento se limita a las publicaciones realizadas por esos medios de comunicación, asimismo, se trata de apreciaciones de dicha institución sin consultas a este municipio. Es de importancia aclarar algunos puntos. 1. USO DE SUELO. La zonificación de la finca 2-198873, no fue modificada, pues según el Plan Regulador Urbano vigente que aplica a la especie, la mencionada finca se encuentra en una zona denominada zona verde, Regulada en el Art 56, Plan Regulador Urbano. Pasa por alto en el análisis el INVU, lo establecido en el artículo 60 del Plan Regulador Urbano, que señala que, si pasados 5 años desde la publicación del Plan Regulador la Municipalidad no adquiere estos terrenos destinados a zonas verdes, estos adquieren la zonificación cercana que menos afecte al usuario, lo que fue aplicado en este caso, tal como y se indicó en los usos de suelo, se trata de zona residencial de media densidad. Por lo tanto, los usos de suelo del proyecto son correctos. 2. SOBRE LA VIABILIDAD AMBIENTAL, la resolución de aprobación de la viabilidad ambiental revisada por la Municipalidad de Alajuela para la tramitación del permiso de construcción del Proyecto Parque Viva, es correcta, y describe las obras de manera general, mismas que coinciden con los planos presentados y debidamente aprobados por las otras instituciones de manera previa y por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, según consta en la plataforma APC. El título del proyecto, es decir, el nombre con el que se conoce el mismo en el expediente, fue el que varió con el tiempo, lo que no efecto la naturaleza de lo*

analizado, y mucho menos la naturaleza de las obras (nombre de fantasía). No porque la empresa cambiara el nombre del proyecto, cambia la naturaleza de las obras. 3. SOBRE “LA FALTA DE UNIFORMIDAD EN LOS USOS DE SUELO” El análisis se realizó de forma coincidente y consistente en todos los casos, bajo el principio de legalidad y de inderogabilidad singular de las leyes. Lo único que varió desde el año 2014 y en los sucesivos usos de suelo fue la forma en que se presentó la información. Al expediente se adjuntó una minuta de los usos de suelo que puede corroborarse para confirmar lo indicado. 4. IMPACTO VIAL, El Plan regulador urbano de Alajuela en su artículo (sic) 12.7 solicita la presentación de un estudio de impacto vial para LA APROBACION (sic) FINAL del proyecto, no para el otorgamiento de usos de suelo, es decir, aplica para el permiso de construcción. Sobre el tema puede observarse los requisitos que solicita la Municipalidad para este proyecto o cualquiera otro, y con base en la normativa que regula la materia. Para la aprobación del final del permiso (sic) de construcción este gobierno local revisa la Viabilidad ambiental otorgada por SETENA, siendo que dicha entidad en su análisis, siempre verifica el impacto vial de los nuevos proyectos. Según la revisión del expediente de SETENA, esta entidad consideró que con lo presentado en planos fue suficiente, y con ello dieron la respectiva aprobación, por lo que se respeta lo indicado en la Ley 8220 y sus reformas, y su Reglamento, de manera que, en apego al principio de respeto de competencias, se respetó el criterio de SETENA. Además, es importante recordar que el proyecto contó con la debida aprobación del Estudio de Impacto Vial por parte de la Dirección de Ingeniería de Tránsito del MOPT, mediante resolución N° DGIT-ED-5935-2014. 5. ACTAS SOBRE PROCESO CONSTRUCTIVO, Si se otorgó el permiso final, implica la corrección de cualquiera situación que pudo haberse notificado. 6. SOBRE LAS ANOTACIONES DE OTRAS INSTITUCIONES, La Municipalidad de Alajuela no sustituye en sus labores a otras instituciones las cuales pueden revisar el expediente y realizar las inspecciones respectivas en campo para el cumplimiento de estas. Es importante indicar en todo caso que, según se observa en el expediente cada anotación fue subsanada por la institución respectiva lo que generó (sic) la aprobación por parte del CFIA. Según el expediente el contrato OC626867, con fecha del 13-11-2013, se determina que “el proyecto se aprueba con las observaciones institucionales subsanadas por el profesional”. En definitiva, este gobierno local a través de la Actividad Control Constructivo está en la mejor disposición de aclarar cualquier duda que se genere al respecto de este proyecto, ratificamos que todas nuestras actuaciones han sido consecuentes y ajustadas a la normativa que regula la materia (...)” (ver prueba).

49) El proyecto vial propuesto por Parque Viva (construcción de cuatro carriles que comunican dicho recinto con la Ruta 27), no ha sido aprobado a la fecha (los autos).

B. OTROS HECHOS DE INTERÉS:

- 1) El Diario La Nación realizó varias publicaciones respecto al entonces candidato a la Presidencia de la República Rodrigo Chaves Robles, relacionadas, entre otras, con las sanciones que le fueron impuestas en el Banco Mundial por acoso sexual, la crítica a la práctica de gobernar mediante referendos por esta propuesta y las estructuras paralelas de financiamiento de la campaña política de su partido. La noticia respecto al tema de acoso sexual se publicó el 30 de agosto de 2021 y, posteriormente, se emitieron algunas otras relacionadas con esta los días 31 de agosto de 2021, 4 y 7 de septiembre de 2021, 18 y 19 de octubre de 2021, 4 de febrero de 2022, 8 y 28 de marzo de 2022, 1° y 25 de abril de 2022. Una noticia referente a la improcedencia de gobernar mediante referendos fue publicada el día 13 de febrero de 2022. Las noticias tocantes al financiamiento de la campaña política del hoy Presidente fueron publicadas por dicho medio, entre otros, los días 5 de marzo y 29 de marzo de 2022 (consulta realizada al medio digital La Nación www.nacion.com).
- 2) El **29 de enero de 2022**, el entonces candidato a la Presidencia Rodrigo Chaves Robles, manifestó ante un grupo de seguidores lo siguiente: *“(...) Somos un tsunami y sí, vamos a causar destrucción. Vamos a causar la destrucción de las estructuras corruptas de La Nación y de Canal 7. Óigame Ignacio Santos, óigame el otro (...) René Picado, óigame Armando González. Aquí estamos. Síganos invisibilizando en lo nuevo, en lo bueno y acusando injuriosamente en lo malo, porque ustedes ya no ponen presidentes en Costa Rica (...)”* (ver prueba).
- 3) El **30 de enero de 2022**, en cierre de campaña (correspondiente a la primera ronda electoral), el candidato presidencial Rodrigo Chaves, manifestó públicamente lo siguiente: *“(...) pasamos de la sociedad más igualitaria de América Latina a una de las más desiguales del mundo (...) para ser más millonarios a (...) quienes controlan a esos medios de desinformación de difamación y de mentira (...) lo dijimos, dijimos que había que limpiar la casa y se asustaron porque al principio ¿a quién le importaba Rodrigo Chaves? a nadie (...) el mismo día que Pilar Cisneros anunció su candidatura empezaron a soltar el veneno, el odio, la mentira y la calumnia, ahí fue donde (...) empezaron a*

temblar, por eso lo hacen (...) por este tsunami que los va a barrer como la basura de la casa (...) tinta y no sangre, pero que no va a tener menos relevancia histórica (...) porque aquí le estamos diciendo a los mismos de siempre: se les acabó la fiesta se les acabó la fiesta (...)" (consulta realizada al medio digital La Nación www.nación.com).

- 4) El **6 de febrero de 2022**, el entonces candidato Chaves Robles, al momento de emitir su voto, manifestó expresamente al medio AM Prensa lo siguiente: "*(...) Yo no dije que la prensa fuera canalla. En Costa Rica hay prensa canalla (...) porque hay prensa que miente (...) que está al servicio de los grupos poderosos, que han estado dedicados a quitar y poner presidentes y eso se les acabó (...)*". Además, ante una consulta planteada al efecto por el periodista, aclaró concretamente que se refería a "*(...) La Nación, Canal 7, CRhoy (...)*" y sostuvo que esto lo decía "*(...) transparente y claramente (...)*" (ver prueba).
- 5) El **7 de febrero de 2022**, el medio de comunicación Columbia publicó en su plataforma digital la noticia titulada "*Rodrigo Chaves: Hay tres medios importantes que están al servicio de intereses afectados con mi Gobierno*". En esta noticia, se consignaron las siguientes manifestaciones realizadas por Rodrigo Chaves: "*(...) En Costa Rica, óigame claro y duro, hay prensa canalla comprada y vendida, no toda la prensa es así, aquí hay gente honesta en este país, la enorme mayoría, pero hay gente que no es honesta, lo mismo con la prensa (...) en Costa Rica (...) existen dos o tres medios muy importantes que están al servicio de intereses que se van a ver muy afectados en un gobierno de Rodrigo Chaves y que nos han hecho lo imposible por un fusilamiento y un linchamiento político (...)*" (consulta realizada al medio digital Columbia www.columbia.co.cr).
- 6) El **6 de julio de 2022**, en conferencia de prensa, un periodista del medio El Guardián CR, consultó al Presidente de la República su criterio respecto al tema de la Caja Costarricense de Seguro Social y la solicitud que se hizo a la SUGEVAL respecto a los bonos emitidos por Grupo Nación. Al respecto, el mandatario manifestó que efectivamente existe un tema muy serio con bonos que gobiernos anteriores compraron emitidos por La Nación. También indicó que se encuentra preocupado respecto a la capacidad de pago que tendría ese medio (la cual, en su criterio, "*parece muy muy leve*"), en virtud de algunas acciones contables y de desviación de activos que debilitan la probabilidad que el pueblo de Costa Rica pueda recuperar esos recursos que son sustanciosos. Luego de emitir criterio al

respecto Álvaro Ramos, Presidente Ejecutivo de la CCSS, el Presidente de la República señaló expresamente lo siguiente: *“(...) La rentabilidad de la Nación va en caída libre y eso significa que está incurriendo en pérdidas constantes, constantes, constantes. Y entonces uno se pregunta si esa tendencia de pérdidas continúa, yo no sé, tal vez tengan una varita mágica y logren levantar el flujo de caja (...) ¿qué pasa si a la Nación se le ahorca el flujo de caja y no está la propiedad porque está en otra parte? Esa es la pregunta y yo creo que don Álvaro lo expresó en términos técnicos muy bien pero diay, él tiene la obligación de hacer eso. Y yo le pedí, además, de que ya lo estaba haciendo cuando yo lo llamé para preguntarle, me dice no, ya lo estamos haciendo y está la consulta (...)”* (ver prueba).

- 7) El 7 de julio de 2022**, en la sección de política del Diario La Nación, se publicó la siguiente nota: *“Chaves ataca a La Nación con datos distorsionados”,* en la cual, a su vez, se consignó lo siguiente: *“(...) Presidente confirma que ordenó al jerarca de la CCSS solicitar información a la Sugeval sobre bonos de la empresa (...) El presidente Rodrigo Chaves atacó el miércoles al diario La Nación utilizando datos distorsionados sobre los bonos emitidos por La Nación S. A. en el mercado bursátil entre el 2013 y el 2014. La Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) y su operadora de pensiones adquirieron parte de la colocación. Esas entidades invirtieron por decisión propia con el fin de ganar intereses. Los rendimientos siempre los han recibido puntualmente, admitió el mismo Álvaro Ramos, presidente ejecutivo de la CCSS. La tasa actualmente es de un 8%. La CCSS invirtió \$2.950 millones del régimen de pensiones de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), mientras que la operadora de pensiones complementarias adquirió otros \$750 millones. En el momento de la colocación, La Nación S. A. desconocía quiénes adquirieron los valores, pues la operación se realiza mediante un puesto de bolsa, porque así lo establecen las reglas bursátiles. Sin embargo, Chaves usó la conferencia de prensa del miércoles, posterior a la sesión del Consejo de Gobierno, para poner en duda, públicamente, si la empresa podría devolver el capital de los bonos que no han expirado, lo cual está previsto, desde un principio, para los años 2024 y 2025. Horas antes de la conferencia de prensa, fuentes confiables informaron a La Nación de que el mandatario llevaba en agenda el ataque a este medio. Lo abordaría ante una consulta que formularía uno de los periodistas. Finalmente, la pregunta la realizó Richard Molina, del sitio El Guardián. Entonces, Chaves asintió: “Sí, tenemos un tema muy serio con los bonos que gobiernos anteriores compraron, emitidos por La Nación, y que financiaron con dos fuentes: la pensión de su mamá, de su abuelita, de su tío, del IVM; y las*

pensiones de los empleados de la Caja, en el Fondo de Retiro de Empleados (FRE)”, comenzó el mandatario. Al respecto, Pedro Abreu, director ejecutivo de Grupo Nación, dijo no entender la preocupación, pues los intereses se han pagado puntualmente: ya se pagaron dos emisiones de bonos en su totalidad, se tienen los recursos para saldar una tercera y se trabaja en los de la última, que vence en tres años. Además, declaró que el patrimonio de la empresa supera por mucho el valor de los bonos. Abreu explicó que, en este momento, la relación de deuda patrimonio de la empresa es de 1 (deuda) a 2 (patrimonio) y que, para el 2024, será de 1 a 4 luego de cancelarse el vencimiento de bonos de ese año. Chaves dio la orden a Álvaro Ramos. Chaves confirmó que él mismo fue quien pidió al presidente de la CCSS plantear preguntas a la Sugeval para revisar las condiciones financieras de la compañía de medios de comunicación. “Yo le pedí la obligación de hacer eso (...) y bueno, él me dijo que ya lo estaba haciendo”, expresó el mandatario. Durante lapsos de su discurso, el presidente miraba fijamente al periodista de este medio que se encarga de la cobertura de Casa Presidencial. Los bonos de ‘La Nación’. Entre el 2013 y el 2014, La Nación S.A. hizo cuatro emisiones de bonos, mediante operaciones reguladas por la Superintendencia General de Valores (Sugeval), por un total de ¢39.000 millones, principalmente, para financiar el proyecto Parque Viva, en La Guácima de Alajuela. Diversos inversionistas decidieron aceptar la oferta. Dos emisiones, la del 2013 y una del 2014, ya fueron canceladas del todo por un total de ¢18.000 millones. En cuanto a las otras dos emisiones, la compañía ya dispone de los ¢10.000 millones para pagar la que vence en el 2024. La verificación puede hacerla con facilidad la CCSS o cualquiera capaz de leer unos estados financieros porque la información es pública dada la participación de la empresa en la Bolsa Nacional de Valores. Para encontrarla, basta entrar al sitio de La Nación, luego a “información de accionistas”, después a “información financiera” y, por último, escoger el estado de situación financiera. Para pagar la última emisión, que vence en el 2025, faltan ¢9.015 millones. Según Abreu, la compañía ya tiene, entonces, recursos líquidos para cubrir un 72% de la obligación pendiente, a falta de tres años. No obstante, Rodrigo Chaves prosiguió con su respuesta: “Tenemos mucha preocupación de la capacidad de pago que tendría ese medio, que parece muy, muy leve, y, segundo, de algunas acciones contables y desviación de activos o contribución de activos a otros, que debilitan la probabilidad de que el pueblo de Costa Rica, desde nuestro punto de vista, pueda recuperar los recursos que son sustanciosos”. Las infundadas insinuaciones de Chaves, que durante la campaña electoral prometió hacer daño a la empresa por sus informaciones, se refieren a

la decisión del grupo empresarial de impulsar un proyecto inmobiliario en una propiedad ubicada en Llorente de Tibás, tal como lo había hecho público la empresa en el 2020 mediante un hecho relevante comunicado a la Sugeval. Abreu relató que el negocio se prepara mediante un codesarrollo utilizando el modelo de fideicomiso junto a la empresa Portafolio Inmobiliario, que ha ejecutado enormes y exitosos proyectos como Avenida Escazú o Escazú Village. En ese modelo de negocio, La Nación S. A. aporta la tierra y la desarrolladora su experiencia en desarrollo inmobiliario. “Venimos valorando el proyecto desde hace muchísimos años y ya, en el 2020, logramos firmar el fideicomiso, que es como marcar la cancha o poner las reglas del juego. En realidad, nosotros no hemos traspasado nuestras propiedades al fideicomiso. El acuerdo que tenemos con Portafolio Inmobiliario es que eso se va a hacer hasta que tengamos todos los permisos y estemos listos para desarrollar”, afirmó Abreu. “Ahora, si la preocupación está por ahí, tenemos muchísimas propiedades. Estamos hablando de cinco hectáreas en Tibás, pero tenemos 35 hectáreas en La Guácima y, en esas 35 hectáreas, tenemos edificios por \$30 millones. Estamos hablando de que la deuda restante, ese 28%, podría andar ahorita entre \$8 millones y \$9 millones, depende del tipo de cambio; entonces, en garantías, tenemos más que suficientes”, acotó el director ejecutivo. Pagos están al día. En la conferencia de prensa, luego de dar su primera respuesta sobre este tema, el presidente Chaves cedió el podio a Álvaro Ramos, presidente ejecutivo de la CCSS, para que ampliara sobre el tema. El funcionario afirmó que plantearon una consulta a la Sugeval para conocer la realidad financiera de Grupo Nación para afrontar los pagos de las inversiones, programados para 2024 y 2025. A diferencia del mandatario, Ramos afirmó: “De ninguna manera estamos indicando que, a priori, no van a poder repagar; simplemente queremos saber cómo lo van a hacer”. Además, insistió en que los pagos de los intereses están al día. Años atrás, en el 2008, La Nación S. A. colocó otras dos emisiones por ₡5.700 millones que fueron canceladas en su totalidad en el 2015 y el 2017. Solo por intereses, la empresa pagó a los inversionistas ₡13.130 millones por las colocaciones ya canceladas, y ha pagado ₡14.050 millones por las que vencen en 2024 y 2025. Chaves a presidente de la Caja: Usted es muy diplomático Apenas Ramos finalizó su intervención, Chaves retomó el podio e indicó: “Vamos a ver, don Álvaro es muy diplomático”. Enseguida, continuó haciendo su exposición sobre cómo, según él, los repagos de las inversiones están en peligro. Cada vez que el mandatario daba un dato, consultaba al jerarca de la CCSS si este era de acceso público. Durante su intervención, Ramos indicó que “nosotros en la Caja no estamos trabajando con

información privada, estamos trabajando con información pública y, a partir de la información pública, no podemos determinar el efecto de este fideicomiso". Chaves prosiguió: "¿La rentabilidad de La Nación es pública, verdad? Sí, la rentabilidad de La Nación es pública, va en caída libre y eso significa que está incurriendo en pérdidas constantes, constantes, constantes. "Y entonces uno se pregunta, yo no sé, tal vez tengan una varita mágica y logren levantar el flujo de caja. ¿Qué pasa? Es el deber de cuidar la pensión de su abuelita, qué pasa si a La Nación se le ahorca el flujo de caja, y no está la propiedad, porque está en otra parte... esa es la pregunta". Las propiedades que eventualmente pasarán al fideicomiso para desarrollar el proyecto no se desvanecerán en el aire. La participación de la empresa el fideicomiso estará incorporada a su patrimonio y contribuirá a responder por sus obligaciones. Por otra parte, 1.5 valiosas hectáreas no pasarán al fideicomiso porque en ellas seguirán operando la redacción y el área de producción industrial. Todo eso sin mencionar las 35 hectáreas en La Guácima con sus edificios valorados en \$30 millones que, por sí solos, representan varias veces el vencimiento total del 2025 y no solo de la fracción de ese vencimiento que corresponde a los bonos comprados por la Caja. En cuanto a los resultados, Abreu manifestó: "Se habla de que La Nación solo arrastra pérdidas. Es muy importante hacer la distinción entre pérdida contable y generación de flujo de caja. Nosotros estamos arrastrando pérdidas contables, cierto, pero estamos generando flujo de caja. Esto quiere decir que, entre la operación y las inversiones financieras, estamos generando flujo de caja suficiente para pagar la deuda, para pagar todos los intereses, para pagar todas las inversiones y, además, estamos ahorrando para hacerle frente a vencimientos del futuro. Eso se puede ver en nuestros estados financieros que son públicos" El director ejecutivo de Grupo Nación recordó que Parque Viva volvió a tener actividad, a partir de marzo de 2022, después de estar dos años sin eventos producto de la pandemia de coronavirus. Asimismo, recordó que la crisis sanitaria provocó una afectación generalizada en el mundo. Pese a ello, enfatizó, la compañía logró generar flujo de caja. "Los números de este año van a ser mucho mejores que los del año pasado y esa va a ser la tendencia de aquí al 2025", afirmó. Abreu concluyó invitando a la CCSS a revisar directamente todos los datos y hacer cuantas preguntas estime convenientes a los personeros de la empresa. La Nación recibe regularmente a otros inversionistas y estaría encantada de conversar con los funcionarios de la Caja (...)" (consulta realizada al medio digital La Nación www.nación.com).

8) El 20 de julio de 2022, en conferencia de prensa, el mandatario señaló, entre los motivos para cancelar el plan del tren eléctrico, la existencia de un ramal que pasa por Parque Viva. Expresamente, en dicha ocasión, indicó lo siguiente: “(...) *Entendemos que el gran área metropolitana necesita una solución al transporte. Cuando uno ve que a este trencito le tenían un ramal de 150.000 millones de colones al Parque Viva, uno todavía se preocupa más. Entonces todo junto nos dice “esto no va” (...)*” (ver prueba).

9) El 3 de agosto de 2022, en conferencia de prensa, el Presidente de la República comparó a los medios de la prensa con ratas y “*otras especies de la fauna*”. Expresamente, en tal ocasión, dicha autoridad, dirigiéndose a la Ministra de Salud, señaló lo siguiente: “(...) *La veo afectada con los medios y la entiendo, pero le voy a ser muy franco, yo a esos medios y a los de su especie, porque son una especie (...) la gente habla de la prensa, eso es como hablar de la fauna, hay rinocerontes, hay mapaches, hay ratas, hay aves (...)* A la especie de prensa que usted está hablando yo no les creo (...) no se moleste con ellos, déjelos que sigan hundiéndose (...)” (consulta realizada al medio de prensa digital CRhoy www.crhoy.com).

III.- HECHOS NO PROBADOS. De relevancia para dirimir el presente recurso de amparo, se tienen por indemostrados los siguientes:

- 1)** Que de previo a entrar en funcionamiento Parque Viva se les haya exigido a sus representantes presentar e implementar un plan que solventara los problemas de índole vial hoy imputados (v.gr. construir –fuera del recinto–, accesos de ingreso o alguno otro de mayor importancia) (los autos).
- 2)** Que se les haya notificado a los representantes de Parque Viva lo dispuesto en los oficios No. MSP-DM-DVURFP-DGFP-DRSA-SBDRA-DPCAS-D26-0827-2022 de la Dirección de la Fuerza Pública de Alajuela y No. PE- 243-07-2022 de la Presidencia Ejecutiva del INVU (los autos).

IV.- SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. La libertad de expresión es uno de los pilares sobre los cuales está fundado el Estado de Derecho y comprende, tanto la garantía fundamental y universal de manifestar los pensamientos o las opiniones propias, como conocer los de otros. En otros términos, refiere a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, ya sea oralmente o por escrito. Por esto se dice que la libertad de expresión se caracteriza por ser un derecho con una doble

dimensión: una dimensión individual, consistente en el derecho de cada persona a buscar información y expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una dimensión colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada. Sobre esta doble dimensión de la libertad bajo estudio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en el caso Herrera Ulloa vs. el Estado de Costa Rica (sentencia de 2 de julio de 2004), sostuvo lo siguiente:

“(...) 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 (...).”

Por su parte, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, diciembre 2009), se refirió a este derecho conforme los siguientes términos:

“(…) se trata de uno de los derechos individuales que de manera más clara refleja la virtud que acompaña –y caracteriza– a los seres humanos: la virtud única y preciosa de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir a través de un proceso deliberativo, no solo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir. Todo el potencial creativo en el arte, en la ciencia, en la tecnología, en la política, en fin, toda nuestra capacidad creadora individual y colectiva, depende, fundamentalmente, de que se respete y promueva el derecho a la libertad de expresión en todas sus dimensiones. Se trata entonces de un derecho individual sin el cual se estaría negando la primera y más importante de nuestras libertades: el derecho a pensar por cuenta propia y a compartir con otros nuestro pensamiento (…).”

Nuestra Constitución Política garantiza la libertad de expresión y pensamiento en los artículos 28 y 29, los cuales señalan lo siguiente:

“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”.

En el ámbito internacional, la libertad de expresión ha sido consagrada en diversos instrumentos. En lo que respecta al sistema interamericano, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 19 lo siguiente:

“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 los derechos o a la reputación de los demás;

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

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su ordinal 19 señala también:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de 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”.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13, consigna lo siguiente:

“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”.

En el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se señala lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio”.

Asimismo, instrumentos internacionales de *soft law* han resguardado esta libertad. Así, la Declaración de Chapultepec (adoptada por la conferencia hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México, D.F. el 11 de marzo de 1994), en su primer principio refiere que:

“1. No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo”.

Por su parte, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, en el 108 período ordinario), dispone lo siguiente:

“1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es,

además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”.

En otro contexto, dentro del ordenamiento jurídico europeo, se destaca la Convención Europea sobre Derechos Humanos, que en su ordinal 10 precisa la titularidad universal de este derecho, conforme los siguientes términos:

“Libertad de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su ordinal 11, cita lo siguiente:

“Artículo 11 Libertad de expresión y de información

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo”.

El derecho a la libertad de expresión ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia constitucional costarricense. Así, en la Sentencia No. 8196-2000 de las 15:08 hrs. de 13 de septiembre de 2000, el Tribunal Constitucional hizo referencia a las distintas formas en que se puede manifestar la libertad de expresión, conforme los siguientes términos:

“(...) 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 (...). (El destacado no forma parte del original).

Asimismo, en ese mismo voto, la Sala Constitucional se pronunció sobre la prohibición de la censura previa, así como a los límites a los que está sometida la libertad bajo estudio:

"(...) 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." (...)

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 (...)”. El destacado no forma parte del original).

Asimismo, más recientemente, en el Voto No. 9512-2020 de las 13:02 hrs. de 22 de mayo de 2022, este Tribunal dispuso lo siguiente:

“(...) V.- SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS LÍMITES IMPONIBLES.- Este Tribunal ha entendido la libertad de expresión e información tal y como se dispuso en la sentencia No. 8109-98 de las 14:21 horas del 13 de noviembre de 1998, en la que se indicó lo siguiente: “...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.” Aunado a ello, en la misma sentencia se señaló que: “... 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 este 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 desordenes 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. (...)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Mauricio Herrera Ulloa contra el Estado de Costa Rica, en su sentencia del 2 de julio de 2004, sobre la libertad de expresión, indicó 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. (...)

Ahora bien, la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática, es un tema que como ya se ha mencionado supra, ha sido desarrollado en la Convención Americana, específicamente, en su artículo 13.2, que prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo del derecho de libertad de pensamiento y de expresión, no se debe de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de dichos derechos.

Se ha mencionado que la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, por lo que se debe escoger aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.

Además, para que deban justificarse, es necesaria su ponderación sobre la necesidad social del pleno goce del derecho y no limitar el derecho tutelado más allá, de lo estrictamente necesario. Es decir, que la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información (ver en este sentido la Opinión Consultiva OC-5/85). (...)” (El destacado no forma parte del original).

Por su parte, la Corte IDH en el caso Moya Chacón y otros vs. Costa Rica (sentencia de 23 de mayo de 2022), indicó lo siguiente:

“(...) b.3 Restricciones permitidas a la libertad de expresión y la aplicación de responsabilidades ulteriores en casos que haya afectación de la honra y de la dignidad en asuntos de interés público

71. El Tribunal recuerda que, con carácter general, el derecho a la libertad de expresión no puede estar sujeto a censura previa sino, en todo caso, a responsabilidades ulteriores en casos muy excepcionales y bajo el cumplimiento de una serie de estrictos requisitos. Así, el artículo 13.2 de la Convención Americana establece que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana y (iii) ser necesarias en una sociedad democrática

(para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad).

72. Respecto a la estricta legalidad, la Corte ha establecido que las restricciones deben estar previamente fijadas en la ley como medio para asegurar que las mismas no queden al arbitrio del poder público. Para esto, la tipificación de la conducta debe ser clara y precisa, más aún si se trata de condenas del orden penal y no del orden civil. Sobre los fines permitidos o legítimos, los mismos están indicados en el referido artículo 13.2 y son (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. Asimismo, las restricciones a la libertad de expresión deben ser idóneas, esto es, efectivamente conducentes para alcanzar la finalidad legítimamente permitida. En lo que respecta al análisis de necesidad, el Tribunal ha sostenido que, para que una restricción a la libre expresión sea compatible con la Convención Americana, aquella debe ser necesaria en una sociedad democrática, entendiendo por “necesaria” la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción. En este sentido, la Corte deberá examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas. Finalmente, en relación con la proporcionalidad de la medida, la Corte ha entendido que las restricciones impuestas sobre el derecho a la libertad de expresión deben ser proporcionales al interés que las justifican y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo goce del derecho. En ese sentido, no es suficiente que tenga una finalidad legítima, sino que la medida en cuestión debe respetar la proporcionalidad al momento de afectar la libertad de expresión. En otras palabras, “en este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”. El Tribunal recuerda que 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.

73. En este sentido, la Corte ha establecido que se pueden imponer tales responsabilidades ulteriores en tanto se pudiera haber afectado el derecho a

la honra y la reputación. Así, el artículo 11 de la Convención establece, en efecto, que toda persona tiene derecho a la protección de su honra y al reconocimiento de su dignidad. La Corte ha señalado que el derecho a la honra “reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de esta, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques”. En términos generales, este Tribunal ha indicado que “el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona”. En este sentido, este Tribunal ha sostenido que, “tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, derechos ambos protegidos por la Convención, revisten suma importancia, por lo cual es necesario garantizar ambos derechos, de forma que coexistan de manera armoniosa”. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. Por ende, la Corte ha señalado que “la solución del conflicto que se presenta entre ambos derechos requiere de una ponderación entre los mismos, para lo cual deberá examinarse cada caso, conforme a sus características y circunstancias, a fin de apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”.

74. El Tribunal recuerda a este respecto que, para determinar la convencionalidad de una restricción a la libertad de expresión cuando este colisione con el derecho a la honra, es de vital importancia analizar si las declaraciones efectuadas poseen interés público, toda vez que en estos casos el juzgador debe evaluar con especial cautela la necesidad de limitar la libertad de expresión. En su jurisprudencia, la Corte ha considerado de interés público aquellas opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes. Determinar lo anterior tiene consecuencias en el análisis de la convencionalidad de la restricción al derecho a la libertad de expresión, toda vez que las expresiones que versan sobre cuestiones de interés público -como, por ejemplo, las 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.

75. Así, la Corte ha señalado que, en una sociedad democrática, aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público están más expuestas al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público y, por tanto, se han expuesto voluntariamente a este escrutinio más exigente. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de las personas participantes en asuntos de interés público no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.

76. Por otro lado, en relación con el carácter necesario y el riguroso análisis de proporcionalidad que debe regir entre la limitación al derecho a la libertad de expresión y la protección del derecho a la honra, se deberá buscar aquella intervención que, siendo la más idónea para restablecer la reputación dañada, contenga, además, un grado mínimo de afectación en el ámbito de la libertad de expresión. A este respecto, en el marco de la libertad de información, el Tribunal considera que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos que divulga. Ahora bien, esto no significa una exigencia estricta de veracidad, por lo menos en lo que hace referencia a cuestiones de interés público, reconociendo como descargo el que la publicación se haga de buena fe o justificadamente y siempre de conformidad con unos estándares mínimos de ética y profesionalidad en la búsqueda de la verdad. Asimismo, el Tribunal advierte que, para que exista el periodismo de investigación en una sociedad democrática, es necesario dejar a los periodistas “espacio para el error”, toda vez que sin ese margen de error no puede existir un periodismo independiente ni la posibilidad, por tanto, del necesario escrutinio democrático que dimana de este.

77. Adicionalmente, la Corte también considera que nadie podrá ser sometido a responsabilidades ulteriores por la difusión de información relacionada con un asunto público y que tenga como base material que es accesible al público o que proviene de fuentes oficiales.

78. Por último, también se debe destacar la necesidad de que, en caso de estimarse adecuado otorgar una reparación a la persona agraviada en su honra, la finalidad de esta no debe ser la de castigar al emisor de la

información, sino la de restaurar a la persona afectada. A este respecto, los Estados deben ejercer la máxima cautela al imponer reparaciones, de tal manera que no disuadan a la prensa de participar en la discusión de asuntos de legítimo interés público (...)”.

Aunado a lo anterior cabe destacar que la libertad de expresión, conforme lo dispone el artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede ser restringida o coartada a través del uso de medidas o vías indirectas. Sin embargo, este aspecto en particular, será desarrollado más adelante.

V.- EN CUANTO A LA LIBERTAD DE PRENSA COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. La libertad de prensa se fundamenta en la libertad de expresión y, al mismo tiempo, es uno de sus vehículos naturales. Es una de las principales y más importantes manifestaciones de la libertad de expresión. La ya citada Declaración de Chapultepec ha sido contundente en el resguardo que merece particularmente la libertad de prensa, por lo que, en su primer principio dispone que *“1. No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo”*.

Se trata de un derecho fundamental que defiende que cualquier persona pueda, de una parte, acceder a información y, de otra, difundir esta a través de cualquier medio de expresión, sea medios impresos (publicaciones periodísticas, revistas, folletos, etc.), radio, televisión e, incluso, más modernamente, haciendo uso del internet y de las plataformas digitales, entre otros. Particularmente, esta Sala ha definido este derecho como aquel que tienen 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 (...)”* (Sentencias Nos. 5977-2006 de las 15:16 hrs. de 3 de mayo de 2006 y 8396-2018 de las 12:40 hrs. de 25 de mayo de 2018).

En virtud de lo anterior, esta libertad permite a las personas la posibilidad de organizarse y crear medios de comunicación independientes del poder gubernamental, en los cuales tienen el derecho de expresarse libremente, sin censura. Todo esto, además, sin temor a las represalias del Estado o de otras entidades o individuos. La finalidad de este derecho, es garantizar a la población recibir y difundir una información que no está manipulada ni, tampoco, al servicio de una persona, entidad o interés particular.

Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte IDH, al resolver la opinión consultiva No. OC-5/85 sobre la colegiatura obligatoria de periodistas mediante sentencia de 13 de noviembre de 1985, aludió a esta libertad desde el ejercicio periodístico e indicó que:

“(...) 72. (...) La profesión de periodista -lo que hacen los periodistas- implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención (...)

74. (...) El ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado (...)”.

Asimismo, en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (sentencia de 2 de julio de 2004), la Corte IDH sostuvo, sobre el rol de los medios de comunicación y el periodismo en relación con la libertad de expresión, lo siguiente:

“(...) 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.

119. En este sentido, la Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca. (...).(El destacado no forma parte del original).

Más recientemente, en el caso Moya Chacón y otros vs. Costa Rica (sentencia de 23 de mayo de 2022), la Corte IDH reiteró parte de lo anteriormente citado y sostuvo, sobre este mismo tema, lo siguiente:

“(...) b.2 Importancia del rol del periodista en una sociedad democrática

66. La Corte ha destacado que el ejercicio profesional del periodismo “no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado”. El Tribunal ha afirmado que 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. En efecto, la Corte ha caracterizado los medios de comunicación social como verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y, además, ha señalado que “[s]on los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas”.

67. El Tribunal recuerda que, para que la prensa pueda desarrollar su rol de control periodístico, debe no solo ser libre de impartir informaciones e ideas de interés público, sino que también debe ser libre para reunir, recolectar y evaluar esas informaciones e ideas. En su informe de 2012 al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de las Naciones Unidas se refirió a que las personas que desarrollan una actividad

periodística “observan, describen, documentan y analizan los acontecimientos y documentan y analizan declaraciones, políticas y cualquier propuesta que pueda afectar a la sociedad, con el propósito de sistematizar esa información y reunir hechos y análisis para informar a los sectores de la sociedad o a esta en su conjunto”. Lo anterior implica que cualquier medida que interfiera con las actividades periodísticas de personas que están cumpliendo con su función obstruirá inevitablemente con el derecho a la libertad de expresión en sus dimensiones individual y colectiva.

68. Adicionalmente, en el marco de la libertad de información, esta Corte considera que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos que divulga. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes. Por su lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la libertad de expresión no garantiza una protección ilimitada a los periodistas, inclusive en asuntos de interés público. En efecto, dicho Tribunal ha indicado que, aun cuando están amparados bajo la protección de la libertad de expresión, los periodistas deben ejercer sus labores obedeciendo a los principios de un “periodismo responsable” y ético, lo cual resulta de particular relevancia en una sociedad contemporánea donde los medios no sólo informan sino también pueden sugerir, a través de la manera cómo presentan la información, la forma en que dicha información debe ser entendida.

69. Además, dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. Por último, la Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito

indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca.

70. En el marco de esta protección que deben otorgar los Estados, resulta fundamental la protección de fuentes periodísticas, piedra angular de la libertad de prensa y, en general, de una sociedad democrática, toda vez que permiten a las sociedades beneficiarse del periodismo de investigación con el fin de reforzar la buena gobernanza y el Estado de Derecho. La confidencialidad de las fuentes periodísticas es, por lo tanto, esencial para el trabajo de los periodistas y para el rol que cumplen de informar a la sociedad sobre asuntos de interés público (...). (El destacado no forma parte del original).

Así las cosas, la libertad de prensa en relación con la libertad de expresión, hacen referencia al derecho de toda persona, y de los medios de comunicación en particular, a través de sus periodistas, de investigar e informar, sin limitaciones irrazonables o coacciones.

La Corte Constitucional Colombiana, ha hecho alusión también a esta libertad destacando tres de sus más importantes características. Particularmente, en la Sentencia No. C-135/21 de 13 de mayo de 2021, sostuvo que la prensa cumple un rol educador, es un mecanismo que contribuye a la construcción del diálogo social pacífico y, a su vez, es un guardián de la democracia. Además, explicó expresamente lo siguiente sobre estas características:

“(...) 57.1. Rol de educador. Los medios de comunicación y la prensa actúan como difusores del conocimiento. Esto permite que el público en general pueda acceder a información sobre hechos, conocimiento científico, las leyes que los regulan e información pública en sentido amplio, que de otro modo no podrían conocer. Es una fuente que centraliza y luego difunde el conocimiento, lo que permite que la ciudadanía se eduque y la democracia se fortalezca.

57.2. Mecanismo de contribución al diálogo social. El acceso al conocimiento que la prensa y los medios masivos de comunicación permiten, junto con el análisis investigativo adoptado por la misma, llevan a un mayor diálogo y debate pacífico de la ciudadanía en torno a los asuntos de interés público.

57.3. Guardián de la democracia. La prensa y los medios masivos de comunicación han sido denominados “el cuarto poder” o el “guardián de la democracia”, en alusión a la función que ejercen de control a la Administración Pública, y su designación como instrumento de rendición de cuentas a aquellos que detentan el poder (...).”

Este órgano constitucional igualmente se ha pronunciado sobre esta libertad. Así, en el Voto No. 5977-2006 de las 15:16 hrs. de 3 de mayo de 2006 señaló:

“(...) 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 (...).”

Asimismo, en el Voto No. 10961-2020 de las 10:05 hrs. de 16 de junio de 2020, esta jurisdicción hizo referencia a la libertad de prensa y a su relación intrínseca con la libertad de información, señalando lo siguiente:

“(...) IV.- Por su parte, en cuanto a la libertad de información y de prensa existe también un profuso desarrollo que refiere este derecho como un derecho preferente, que no sólo es un derecho fundamental, sino que funge como garantía esencial del funcionamiento del sistema democrático. Como referencia pueden citarse las sentencias 2004-08229 y 2007-017324 que lo definen como:

“(...) El Derecho a la Información, que guarda una estrecha relación con la Libertad de Expresión y el Derecho de Prensa, consiste en la facultad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, y puede ejercitarse mediante la palabra impresa, las emisiones de radio y de televisión. Sobre este particular, en sentencia número 2001-09250 de las 10:22 horas del 14 de setiembre de 2001, la Sala dijo lo siguiente:

“...la libertad de información es un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general. Este valor preferente alcanza su máximo nivel

cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. Esto, sin embargo, no significa que la misma libertad pueda ser entendida de manera absoluta, sino más bien debe de analizarse cada caso concreto para ponderar si la información se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o por el contrario si ha transgredido ese ámbito, afectando el derecho al honor, a la intimidación o a la imagen, entre otros derechos también constitucionalmente protegidos.”

En efecto, la doctrina sobre el tema señala que la Libertad de Prensa ampara la posibilidad de publicar noticias con veracidad, buenos motivos y fines justificables. No obstante, si bien la misión de la prensa en una sociedad abierta y democrática es informar a la opinión pública en forma objetiva y veraz, esto no debe entenderse como una exigencia de carácter absoluto, pues, en la práctica, claramente existen dificultades de todo tipo que harían totalmente irracional el exigirle semejante logro a los medios de comunicación. Por esta razón, se ha aceptado que éstos solamente están obligados a buscar leal y honradamente la verdad, en la forma más imparcial que les sea posible. En otras palabras, el deber de veracidad únicamente les impone la obligación de procurar razonablemente la verdad, y no la de realizar ese cometido en forma absoluta. Por consiguiente, el deber de veracidad entraña una obligación de medios, no de resultados (...)

El orden democrático exige, la defensa de la libertad de expresión, como instrumento básico e indispensable para la formación de la opinión pública. Y esa defensa, lleva a la posibilidad de expresar el pensamiento usando los medios que elija el emisor y también en la facultad de difundirlo a través de ellos. (...) el valor de esta defensa, alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa. En ese sentido, se entiende que si bien, el derecho a la expresión, contemplado en el artículo 13 de la Convención Americana, no tiene carácter absoluto, los límites para su ejercicio y controles de su adecuado desempeño no deben de modo alguno limitar su ejercicio, más allá de lo estrictamente necesario, al punto que puedan convertirse en un mecanismo directo o indirecto que afecten la

libertad de expresión, información y prensa y constituyan una violación al derecho (...)". (El destacado no forma parte del original).

Igualmente, en la Sentencia No. 9512-2020 de las 13:02 hrs. de 22 de mayo de 2022, este Tribunal Constitucional dispuso lo siguiente:

"(...) es claro que el ejercicio de las libertades de expresión e información adquiere características distintivas, cuando se realiza a través de un medio de comunicación, características que variarán dependiendo de cada tipo de medio. Estas variaciones repercuten, a su vez, sobre el alcance de los derechos que se ejercen, su contenido, y las posibles limitaciones de las que eventualmente son susceptibles. Es claro que, el objeto jurídico de la protección de la libertad de expresión, en el marco de la libertad de prensa, es la posibilidad de obtener información, como insumo necesario para informarse y poder informar a una colectividad. Es decir que, en stricto sensu, la libertad de expresión protege la transmisión de todo tipo de pensamientos, opiniones, ideas e informaciones personales de quien se expresa, mientras que la libertad de información permite a las personas recibir y poseer información sobre hechos, eventos, acontecimientos, personas, grupos y en general situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo. La libertad de información abarca actividades como la búsqueda de información e investigación, a través de fuentes, donde puede hallarse, procesarse y transmitirse a través de un medio determinado. Por eso, el derecho a informar ocupa un lugar especial dentro del ordenamiento constitucional costarricense, particularmente cuando su ejercicio se apareja con el de la libertad de prensa, es decir, cuando se ejerce a través de los medios de comunicación. Los diferentes tribunales internacionales de derechos humanos, han reconocido que los medios de comunicación ostentan una función social importante, en la construcción y sostenibilidad de los sistemas democráticos, por lo que en numerosas oportunidades se ha reconocido que los medios de comunicación colectiva, como personas jurídicas, pueden ser titulares de derechos fundamentales, según su naturaleza particular; en consecuencia, es claro que la libertad de expresión sí cobija a los medios de comunicación en tanto personas jurídicas, así como a quienes se expresan, a través de ellos. Es igualmente pertinente destacar, en este ámbito, la relación entre la libertad de expresión del medio de comunicación como "persona jurídica", y la libertad de expresión de las personas naturales que forman

parte de la estructura organizacional de tales personas jurídicas, por ejemplo, los editores, redactores, reporteros y otros periodistas o comunicadores sociales, que contribuyen a la transmisión de expresiones de terceros, a la vez que ejercen su propia libertad de expresión. La relación existente entre ambas libertades, y a su vez entre dichas libertades y la libertad de expresión de quien efectivamente está comunicando un mensaje a través de tales medios o personas, ha de dilucidarse en cada caso concreto con especial atención a los distintos intereses en juego, para llegar a una solución que logre el máximo nivel de armonización concreta entre todos ellos, y a su vez con los intereses del receptor y, en especial, del público en general. La difusión masiva que alcanzan las informaciones transmitidas a través de los medios y su poder de penetración, el impacto profundo que pueden tener sobre las personas en general, garantiza el desarrollo democrático de un estado constitucional y a su vez, propicia el fortalecimiento de la libertad de expresión.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca, pues 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 (Caso Ivcher Bronstein vs Panamá- Corte I.D.H.-).

A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "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" (21). Este concepto de "necesidad social imperiosa" fue hecho suyo por la Corte en su opinión consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). (...)

Ha destacarse que es a través de los medios de comunicación, que la libertad de expresión contribuye a la consolidación de la sociedad democrática. Por lo

tanto, las condiciones de su uso, deben conformarse con los requisitos de esta libertad, lo que significa que debe garantizarse la libertad e independencia de los periodistas y los medios de comunicaciones (opinión consultiva OC-5/85 Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la libertad de expresión no está completa en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino cuando también incluye, en forma inseparable, el derecho a usar todo medio adecuado para divulgar información y garantizar que llegue a la audiencia más amplia posible (...) (Caso Ivcher Bronstein vs Panamá-Corte I.D.H.-). No obstante, como cualquier otro derecho humano, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y puede estar sujeta a limitaciones por parte de cualquiera autoridad estatal o eventualmente de particulares, previamente adoptadas por el legislador bajo estrictas condiciones. (...). (El destacado no forma parte del original).

VI.- TOCANTE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (Y DE PRENSA) COMO GARANTES DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO. La libertad de expresión y, concomitantemente, el ejercicio de la libertad de prensa, devienen en pilares fundamentales sobre los que se erige una sociedad democrática. Resulta prácticamente incuestionable la intrínseca relación que existe entre tales libertades y la democracia; de ahí que, esta última se debilita y erosiona arbitrariamente cuando dichas libertades no se pueden ejercer plenamente ni, tampoco, se respetan y garantizan en los ordenamientos jurídicos.

La Carta Democrática Interamericana (aprobada por los Estados Miembros de la OEA durante una sesión extraordinaria de la Asamblea General que se llevó a cabo el 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú), sobre este particular, dispone en su artículo 4 que: *“Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”*. Además, hay que recordar que la ya dictada Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión establece en su primer principio que la libertad de expresión es *“(…) un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”*.

La libertad de prensa (o lo que algunos denominan una prensa libre), como manifestación de la libertad de expresión, constituye un elemento esencial para

fiscalizar –sin represiones–, las actuaciones de los terceros, sean de índole privada o funcionarios públicos, principalmente de los que ocupan altos cargos o aspiran a este, permitiendo así, consecuentemente, la rendición de cuentas, combatir la corrupción, la transparencia en el manejo de fondos públicos, entre otros muchos aspectos que resultan fundamentales para mantener vigente un sistema democrático. Parte de ese deber, reside en el investigar a las personas en el poder, principalmente al gobierno, formulando los cuestionamientos difíciles e intentar así revelar a la ciudadanía lo que realmente está sucediendo, como medio, a su vez, para que tomen las decisiones correctas, principalmente, a la hora de votar y, también posteriormente, cuando se está en ejercicio del poder. Tal y como lo ha manifestado la llamada Unión por las Libertades Civiles de Europa (organización no gubernamental que promueve las libertades civiles para todas las personas en la Unión Europea) “(...) *Una prensa libre ayuda en cada paso de este proceso. Proporciona información a los votantes antes de votar; fomenta el diálogo y el debate para enriquecer la comprensión de esta información; y luego informa a la ciudadanía sobre la labor del gobierno y si realmente están llevando a cabo sus promesas. En democracia, la ciudadanía delega el poder de decisión en sus cargos electos, y la prensa es una forma de controlarlos (...)*”. En esencia, es factible afirmar, entonces, que la libertad de prensa resulta fundamental en los sistemas democráticos, pues permite a los ciudadanos formarse opiniones y criterios en relación con la realidad en que viven. Por este motivo, lamentablemente los medios de comunicación independientes son precisamente uno de los objetivos principales de los sistemas políticos antidemocráticos o, al menos, de aquellos que quieren perfilarse y van encaminados hacia ello.

Esta Sala Constitucional se ha manifestado específicamente sobre la libertad de expresión y su función como garante de la democracia. Así, en el emblemático Voto No. 5977-2006 de las 15:16 hrs. de 3 de mayo de 2006, señaló lo siguiente:

“(...) 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) (...). (El destacado no forma parte del original).

Aunado a ello, respecto estrictamente a los medios de comunicación y su responsabilidad a la hora de informar y contribuir así con los procesos democráticos, en ese mismo voto se sostuvo lo siguiente:

“(...) 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)". (...)" (El destacado no forma parte del original).

Asimismo, en la Sentencia No. 15220-2016 de las 16:00 hrs de 18 de octubre de 2016, este órgano constitucional señaló muy atinadamente lo siguiente:

"(...) 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 (...) 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. (...). (El destacado no forma parte del original).

A mayor abundamiento, esta Sala, en la Sentencia No. 12926-2017 de las 09:30 hrs. de 18 de agosto de 2017, indicó, sobre tema en particular, que:

"(...) la libertad de prensa es un pilar fundamental 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 (...)”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho también alusión a la estrecha relación que existe entre democracia y libertad de expresión, y ha referido que se trata de un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. En ese particular, en la opinión consultiva No. OC-5/85 sobre la colegiatura obligatoria de periodistas (sentencia de 13 de noviembre de 1985), dispuso que es *conditio sine qua non* para que quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente, razón por la cual afirma que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre. Es decir, que dentro de los sistemas democráticos el ejercicio de la libertad de expresión permite el desarrollo y proyección del ser humano, contribuye al funcionamiento de la democracia y es un medio o instrumento para el ejercicio de los otros derechos humanos. Por su parte, en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, la Corte sostuvo lo siguiente:

“(...) 113. En iguales términos a los indicados por la Corte Interamericana, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha manifestado sobre la importancia que reviste en la sociedad democrática la libertad de expresión, al señalar que “(...) la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. (...) Esto significa que (...) toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue (...)”. (Es destacado no forma parte del original).

De igual manera, en esta última ocasión, la Corte IDH señaló que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Comité de Derechos Humanos también se han pronunciado en ese mismo sentido; de ahí que haya

concluido que existe una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Además, indicó expresamente que:

“(...) 116. (...) Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad (...)”.

En el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* (sentencia de 6 de febrero de 2001), la Corte IDH mencionó que, a su vez, la Corte Europea ha puesto énfasis en que el artículo 10.2 de la Convención Europea, referente a la libertad de expresión, deja un margen muy reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público y explicó que, según dicho Tribunal: *“(...) 155. (...) los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al gobierno que en relación a un ciudadano privado o inclusive a un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública (...)”.*

Asimismo, en la sentencia *Moya Chacón y otro vs. Costa Rica* (sentencia de 23 de mayo de 2022), la Corte IDH confirmó lo anteriormente citado, de la siguiente manera:

“(...) b.1 Importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática (...)

63. (...) la Corte ha establecido que la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”⁶³. La Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva OC-5/85, hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que este derecho es indispensable para la formación de la opinión pública, así como también es conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente, y para que, en suma, la comunidad esté suficientemente informada a la hora de ejercer sus opciones. Y es que 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.

64. El Tribunal recuerda que, en una sociedad democrática, los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. En ese sentido, el Tribunal advierte que los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana resaltan la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, al establecer que “[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”. Asimismo, indica que “[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

65. Así, sin una efectiva garantía de la libertad de expresión se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios. En consecuencia, una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre (...)”.

Por su parte, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, diciembre 2009), señaló lo siguiente:

“(...) la CIDH y la Corte Interamericana han subrayado en su jurisprudencia que la importancia de la libertad de expresión dentro del catálogo de los derechos humanos se deriva también de su relación estructural con la democracia. Esta relación, que ha sido calificada por los órganos del sistema

interamericano de derechos humanos como “estrecha”, “indisoluble”, “esencial” y “fundamental”, entre otras, explica gran parte de los desarrollos interpretativos que se han otorgado a la libertad de expresión por parte de la CIDH y la Corte Interamericana en sus distintas decisiones sobre el particular. Es tan importante el vínculo entre la libertad de expresión y la democracia que, según ha explicado la CIDH, el objetivo mismo del artículo 13 de la Convención Americana es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos mediante la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole (...) si el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no solo tiende a la realización personal de quien se expresa, sino a la consolidación de sociedades verdaderamente democráticas, el Estado tiene la obligación de generar las condiciones para que el debate público no solo satisfaga las legítimas necesidades de todos como consumidores de determinada información (de entretenimiento, por ejemplo), sino como ciudadanos. Es decir, tienen que existir condiciones suficientes para que pueda producirse una deliberación pública, plural y abierta, sobre los asuntos que nos conciernen a todos en tanto ciudadanos de un determinado Estado (...). (El destacado no forma parte del original).

También, dicha Relatoría expuso lo siguiente:

“(...) en una sociedad democrática, la prensa tiene derecho a informar libremente y criticar al gobierno, y el pueblo tiene derecho a ser informado sobre distintas visiones de lo que ocurre en la comunidad (...)”.

En la misma línea de pensamiento, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Lingens vs. Austria* (sentencia de 8 de julio de 1986), resaltó 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 (...)”.*

Asimismo, la Corte Constitucional Colombiana, ha hecho referencia al tema bajo estudio en varias oportunidades. Así, en la Sentencia No. T-256/13 30 de abril de 2013, sostuvo que: *“(...) el derecho a la libertad de expresión, es un principio del ejercicio de la democracia pues es en el marco de un estado democrático donde la participación de la ciudadanía adquiere especial relevancia, y en desarrollo de ella, se garantiza la libertad*

de expresar las distintas opiniones y de manifestar los pensamientos minoritarios sin miedo a ser reprimido por poderes estatales (...)” y explicó que:

“(...) Por ello, los pronunciamientos de la Comisión Interamericana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han resaltado que la libertad de expresión cumple una triple función en el sistema democrático: a) asegura el derecho individual de toda persona a pensar por cuenta propia y a compartir con otros el pensamiento y la opinión personal, b) tiene una relación estrecha, indisoluble, esencial, fundamental y estructural con la democracia, y en esa medida, el objetivo mismo del artículo 13 de la Convención Americana es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos, pluralistas y deliberativos, mediante la protección y fomento de la libre circulación de ideas y opiniones, y c) finalmente, es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, toda vez que “se trata de un mecanismo esencial para el ejercicio del derecho a la participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y, por supuesto, a la igualdad no sólo entendida como el derecho a la no discriminación, sino como el derecho al goce de ciertos derechos sociales básicos (...)”.

Igualmente, este órgano constitucional agregó que:

“(...) Esta Corporación desde muy temprano en su jurisprudencia reconoció el valor de este derecho en el marco de una democracia con las siguientes palabras: “Aunque la libertad de expresar y difundir el propio pensamiento y opiniones es un derecho de toda persona, no es sólo un derecho individual, sino también garantía de una institución política fundamental: “la opinión pública libre”. Una opinión pública libre está indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del estado democrático. Sin una comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidos a formas huecas las institucionales representativas y participativas y absolutamente falseado el principio de la legitimidad democrática (...)”. (El destacado no forma parte del original).

En la Sentencia No. T-543 de 2017 de 25 de agosto de 2017, la Corte Constitucional Colombiana señaló que la libertad de expresión cumple las siguientes funciones en una sociedad democrática: “(...) (i) permite buscar la verdad y desarrollar

el conocimiento; (ii) hace posible el principio de autogobierno; (iii) promueve la autonomía personal; (iv) previene abusos de poder; y (v) es una “válvula de escape” que estimula la confrontación pacífica de las decisiones estatales o sociales que no se compartan (...)”. Por su parte, en la Sentencia No. C-135/21 de 13 de mayo de 2021, dicha Corte mencionó que algunos de los aportes del derecho fundamental a la libertad de expresión al funcionamiento democrático, son los siguientes: “(...) i) permite buscar la verdad y desarrollar el conocimiento; ii) crea un espacio de sano diálogo y protesta para la ciudadanía, que consolida sociedades pluralistas y deliberativas; iii) permite establecer mecanismos de control y rendición de cuentas ante los gobernantes; iv) promueve el autogobierno ciudadano; y v) contribuye a mejores elecciones populares (...)”.

También, en la Sentencia No. T-145/19 de 2 de abril de 2019, la Corte Colombiana sostuvo que la libertad de expresión “(...) es un pilar del Estado Social de Derecho y un principio fundamental de los regímenes democráticos, donde se respeta la dignidad humana y se valora la participación de la ciudadanía y de todos los sectores, lo que permite consolidar sociedades pluralistas y deliberativas (...)”. Asimismo, en esta última ocasión, dicho órgano señaló que “(...) El fundamento principal del amparo jurídico de la libertad de expresión encuentra sustento en la dignidad humana, en la autonomía de la persona y en su carácter instrumental para el ejercicio de múltiples derechos, y en las distintas funciones que cumple en los sistemas democráticos (...)”.

VII.- SOBRE LA PROHIBICIÓN DE IMPONER RESTRICCIONES POR VÍAS INDIRECTAS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (Y A LA LIBERTAD DE PRENSA). La libertad de expresión y, por ende, la libertad de prensa, no son considerados derechos irrestrictos y absolutos, sino que –tal y como se analizó *supra*–, se encuentran sujetos a ciertos límites o controles ulteriores. Al respecto, el ordinal 29 de nuestra Carta Política estatuye que las personas serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y, por su parte, el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que el referido derecho está sujeto a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás o proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública.

Sin embargo, igualmente, estas limitaciones, ha dicho este Tribunal Constitucional, gozan de carácter excepcional y no pueden restringir tales derechos más allá de lo estrictamente necesario, vaciándolos de contenido y convirtiéndose así

en un mecanismo directo o indirecto de censura, el cual no tiene cabida en nuestro medio. Estas libertades, en consecuencia, no pueden ser objeto de restricciones ilegítimas directas (como sería, por ejemplo, la censura previa, el asesinato de periodistas en virtud del ejercicio de sus funciones, etc.) ni, tampoco, de restricciones de índole indirecto (también llamada *soft censorship*, censura sutil, velada). Estas últimas medidas –de índole indirecto–, se caracterizan por ser menos evidentes, pero que igualmente tienen como propósito reducir o coartar arbitrariamente la libertad de expresión. Se podrían considerar formas más sutiles en que las autoridades públicas o particulares buscan restringir final y efectivamente la libertad de expresión. Los autores García Ramírez y Gonza las definen muy acertadamente como aquellas “(...) acciones u omisiones que traen consigo la inhibición del sujeto, como consecuencia de la intimidación, la obstrucción de canales de expresión o la “siembra” de obstáculos que impiden o limitan severamente el ejercicio de aquella libertad (...)” (GARCÍA RAMÍREZ (Sergio) y GONZA (Alejandra). La libertad de expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, primera edición, 2007, p. 42). Por su parte, la Relatoría para la Libertad de Expresión explica que “(...) Estas medidas (...) no han sido diseñadas estrictamente para restringir la libertad de expresión. En efecto, éstas per se no configuran una violación de este derecho. No obstante ello, sus efectos generan un impacto adverso en la libre circulación de ideas que con frecuencia es poco investigado y, por ende, más difícil de descubrir (...)” (Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2004).

Como ejemplos de este tipo de restricciones indirectas o censura velada se puede citar, entre otros muchos, el uso de diversos medios para intimidar y, de este modo, evitar una publicación, los controles de papel para periódicos o de frecuencias radioeléctricas, la restricción a la libertad de circulación, la concesión o supresión de publicidad estatal, las limitaciones de ingresos económicos a medios de comunicación, la imposición de altas e injustificadas cargas tributarias. Sobre este tipo de restricciones indirectas, los citados autores García Ramírez y Gonza explican que estas puede ocurrir cuando “(...) se vulnera un derecho diferente de la libertad de expresión misma, en forma que ésta resulta afectada –por ejemplo, en un caso, la privación de la nacionalidad del sujeto–, se practican investigaciones indebidas o excesivas, se prohíbe el acceso a determinados medios de los que regularmente se ha valido el titular del derecho, se restringe la libertad de circulación, se desconocen los efectos de un contrato o se impide a los titulares de ciertos bienes la disposición de éstos (...)” (GARCÍA RAMÍREZ (Sergio) y GONZA (Alejandra). La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, primera edición, 2007, p. 42). Por su parte, el Magistrado Rueda Leal, en las razones adicionales consignadas en la Sentencia No. 15220-2016 de las 16:00 hrs. de 18 de octubre de 2016, hizo también referencia a algunas modalidades de este tipo de censura indirecta o velada, enumerando las siguientes: “(...) 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 (...)*”.

En cuanto a estas restricciones de índole propiamente indirecto, el artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala expresamente lo siguiente:

“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 forma parte del original).

La Declaración de Chapultepec (adoptada por la conferencia hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México, D.F. el 11 de marzo de 1994), estatuye que no debe existir ninguna ley o acto de poder que coarte la libertad de expresión o de prensa, cualquiera sea el medio de comunicación. Asimismo, en el elenco de principios menciona lo siguiente:

“4. El asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan severamente la libertad de expresión y de prensa. Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad”.

“5. La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa”.

“6. Los medios de comunicación y los periodistas no deben ser objeto de discriminaciones o favores en razón de lo que escriban o digan.”

“7. 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”.

“10. Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público”. (El destacado no forma parte del original).

Igualmente, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, en el 108 período ordinario), dispone, sobre este mismo tema, lo siguiente:

“5. 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”.

“9. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada”.

“13. 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”. (El destacado no forma parte del original).

Como se puede observar con meridiana claridad, existen múltiples formas en que se puede manipular a los medios de forma indirecta. Incluso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos es clara al indicar que los ejemplos citados en el ordinal 13.3 no son taxativos, al señalar que este tipo de restricciones indirectas se pueden configurar también *“por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”*.

Ahora, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en distintas ocasiones respecto a la censura velada o restricciones propiamente indirectas, condenándolas contundentemente. Así, en la Sentencia *Ivcher Bronstein vs. Perú* (sentencia de 6 de febrero de 2001), la Corte IDH conoció un caso planteado por Baruch Ivcher Bronstein, ciudadano naturalizado del Perú y accionista mayoritario de la empresa que operaba entonces el canal 2 de la televisión de ese país. Ivcher Bronstein, en esa condición, ejercía control editorial sobre los programas, particularmente, uno llamado *Contrapunto* (mediante el cual se difundieron varios informes periodísticos sobre torturas, un supuesto asesinato y casos de corrupción cometidos por los Servicios de Inteligencia del Gobierno Peruano) y se demostró que, en virtud de lo anterior, este fue sometido a varios actos intimidatorios que concluyeron con la emisión de un decreto que revocó su ciudadanía peruana. En tal oportunidad, la Corte IDH dispuso que la resolución que dejó sin efecto legal la nacionalidad otorgada a Ivcher Bronstein **constituyó precisamente un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban en dicho programa**. En tal ocasión, la Corte IDH vertió los siguientes argumentos de interés:

“(…) 158. De igual manera se ha demostrado que, como consecuencia de la línea editorial asumida por el Canal 2, el señor Ivcher fue objeto de acciones intimidatorias de diverso tipo. Por ejemplo, luego de la emisión de uno de los reportajes mencionados en el párrafo anterior, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas emitió un comunicado oficial en el que denunciaba al señor Ivcher por llevar a cabo una campaña difamatoria tendiente a desprestigiar a las Fuerzas Armadas (supra párr. 76.k). Además, el mismo día en que el Ejército emitió dicho comunicado, el Poder Ejecutivo del Perú expidió un decreto supremo que reglamentó la Ley de Nacionalidad, estableciendo la posibilidad de cancelar ésta a los peruanos naturalizados (supra párr. 76.l).

159. Ha sido probado también que días después de que el Canal 2 anunciara la presentación de un reportaje sobre grabaciones ilegales de conversaciones telefónicas sostenidas por candidatos de la oposición, el Director General de la Policía Nacional informó que no se había localizado el expediente en el que se tramitó el título de nacionalidad del señor Ivcher, y que no se había acreditado que éste hubiera renunciado a su nacionalidad israelí, razón por la cual, mediante una “resolución directoral”, se dispuso dejar sin efecto el mencionado título de nacionalidad.

160. Como consecuencia de lo anterior, el 1 de agosto de 1997 el Juez Percy Escobar ordenó que se suspendiera el ejercicio de los derechos del señor Ivcher como accionista mayoritario y Presidente de la Compañía y se revocara su nombramiento como Director de la misma, se convocara judicialmente a una Junta General Extraordinaria de Accionistas para elegir un nuevo Directorio y se prohibiera la transferencia de las acciones de aquél. Además, otorgó la administración provisional de la Empresa a los accionistas minoritarios, hasta que se nombrase un nuevo Directorio, retirando así al señor Ivcher Bronstein del control del Canal 2.

161. La Corte ha constatado que, después de que los accionistas minoritarios de la Compañía asumieron la administración de ésta, se prohibió el ingreso al Canal 2 de periodistas que laboraban en el programa Contrapunto y se modificó la línea informativa de dicho programa (supra párr. 76.v).

162. En el contexto de los hechos señalados, esta Corte observa que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así

como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa Contrapunto del Canal 2 de la televisión peruana.

163. Al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática.

164. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.3 de la Convención, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein (...). (El destacado no forma parte del original).

Otro claro ejemplo de este tipo de restricciones indirectas se consigna en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay (sentencia de 31 de agosto de 2004). El señor Ricardo Canese, quien era candidato presidencial durante la contienda electoral para las elecciones del Paraguay del año 1993, relacionó a Juan Carlos Wasmosy (también candidato), con acciones ilícitas presuntamente cometidas por este último cuando ejercía como presidente de un consorcio, las cuales, a su vez, fueron publicadas en dos diarios paraguayos. Esto originó que Canese (quien trabajaba en un medio de comunicación), fuera procesado penalmente por la comisión de los delitos de difamación e injuria, siendo condenado en primera instancia en 1994 y en segunda instancia en 1997; oportunidad en la cual, a su vez, se le impuso dos meses de prisión y una multa. Además, como consecuencia de este proceso, Canese fue sometido a una restricción permanente para salir del país (y, también, paralelamente, fue despedido del medio donde laboraba). Estas sentencias, posteriormente, fueron anuladas en diciembre de 2002 por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay. La Corte IDH, hizo referencia a la importancia de garantizar la libertad de expresión durante una campaña electoral y, luego de analizar el caso bajo estudio, sostuvo que la sanción penal a la cual fue sometida Canese era considerada como un método indirecto de restricción a dicho derecho. Expresamente, en dicha ocasión, se indicó lo siguiente:

“(...) 3) La importancia de la libertad de pensamiento y de expresión en el marco de una campaña electoral.

88. La Corte considera importante resaltar que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión. (...)

90. El Tribunal considera indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí. Al respecto, la Corte Europea ha establecido que:

Las elecciones libres y la libertad de expresión, particularmente la libertad de debate político, forman juntas el cimiento de cualquier sistema democrático (Cfr. Sentencia del caso Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Belgica, de 2 de marzo de 1987, Serie A no. 113, p.22, párr. 47, y sentencia del caso Lingens c. Austria de 8 de julio 1986, Serie A no. 103, p. 26, párrs. 41-42). Los dos derechos están interrelacionados y se refuerzan el uno al otro: por ejemplo, como ha indicado la Corte en el pasado, la libertad de expresión es una de las “condiciones” necesarias para “asegurar la libre expresión de opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo” (ver la sentencia mencionada más arriba del caso Mathieu-Mohin y Clerfayt, p. 24, párr.

54). Por esta razón[,] es particularmente importante que las opiniones y la información de toda clase puedan circular libremente en el período que antecede a las elecciones.

91. La Corte observa que, en sus declaraciones, la presunta víctima hizo referencia a que la empresa CONEMPA, cuyo presidente era el señor Juan Carlos Wasmosy, en ese entonces candidato presidencial, le “pasaba” “dividendos” al ex dictador Stroessner. Ha quedado demostrado, así como también es un hecho público, que dicho consorcio era una de las dos empresas encargadas de ejecutar las obras de construcción de la central hidroeléctrica de Itaipú, una de las mayores represas hidroeléctricas del mundo y la principal obra pública del Paraguay.

92. La Corte estima que no queda duda de que las declaraciones que hiciera el señor Canese en relación con la empresa CONEMPA atañen a asuntos de interés público, pues en el contexto de la época en que las rindió dicha empresa se encargaba de la construcción de la mencionada central hidroeléctrica. Conforme fluye del acervo probatorio del presente caso (supra párr. 69.4), el propio Congreso Nacional, a través de su Comisión Bicameral de Investigación de Ilícitos, se encargó de la investigación sobre corrupción en Itaipú, en la cual se involucraba al señor Juan Carlos Wasmosy y a la referida empresa.

93. La Corte observa que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, al emitir la decisión por la cual anuló las sentencias condenatorias dictadas en 1994 y 1997 (supra párr. 69.49), indicó que las declaraciones que el señor Canese rindió en el marco político de una campaña electoral a la Presidencia de la República, “necesariamente importan en una Sociedad Democrática, encaminada a una construcción participativa y pluralista del Poder, una cuestión de interés público”.

94. En el presente caso, al emitir las declaraciones por las que fue querellado y condenado, el señor Canese estaba ejercitando su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en el marco de una contienda electoral, en relación con una figura pública como es un candidato presidencial, sobre asuntos de interés público, al cuestionar la capacidad e idoneidad de un candidato para asumir la Presidencia de la República. Durante la

campaña electoral, el señor Canese fue entrevistado sobre la candidatura del señor Wasmosy por periodistas de dos diarios nacionales, en su carácter de candidato presidencial. Al publicar las declaraciones del señor Canese, los diarios “ABC Color” y “Noticias” jugaron un papel esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de pensamiento y de expresión, pues recogieron y transmitieron a los electores la opinión de uno de los candidatos presidenciales respecto de otro de ellos, lo cual contribuye a que el electorado cuente con mayor información y diferentes criterios previo a la toma de decisiones.

4) *Las restricciones permitidas a la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática (...)*

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. Este mismo criterio se aplica respecto de las opiniones o declaraciones de interés público que se viertan en relación con una persona que se postula como candidato a la Presidencia de la República, la cual se somete voluntariamente al escrutinio público, así como respecto de asuntos de interés público en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, afecta intereses o derechos generales, o le acarrea consecuencias importantes. Como ha quedado establecido, no hay duda de que las declaraciones que hiciera el señor Canese en relación con la empresa CONEMPA atañen a asuntos de interés público (supra párr. 92).*

99. *En este sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, al emitir el 11 de diciembre de 2002 (supra párr. 69.49) la decisión por la cual anuló las sentencias condenatorias dictadas en 1994 y 1997 y absolvió a la presunta víctima de culpa y pena, se refirió al carácter y relevancia de las declaraciones de ésta, al señalar, inter alia, que [l]as afirmaciones del Ing. Canese, -en el marco político de una campaña electoral a la primera magistratura-, necesariamente importan en una*

Sociedad Democrática, encaminada a una construcción participativa y pluralista del Poder, una cuestión de interés público. Nada más importante y público que la discusión y posterior elección popular del Primer Magistrado de la República.

100. Las anteriores consideraciones no significan, 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. Asimismo, la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático. (...)

103. Es así que tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. En este sentido, en el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios públicos, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares. En esta hipótesis se encuentran los directivos de la empresa CONEMPA, consorcio al cual le fue encargada la ejecución de gran parte de las obras de construcción de la central hidroeléctrica de Itaipú

104. Con base en las anteriores consideraciones, corresponde al Tribunal determinar si, en este caso, la aplicación de responsabilidades penales ulteriores respecto del supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión a través de declaraciones relativas a asuntos de interés público, puede considerarse que cumple con el requisito de necesidad en una sociedad democrática. Al respecto, es preciso recordar que el Derecho Penal

es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita.

105. El Tribunal estima que en el proceso seguido contra el señor Canese los órganos judiciales debieron tomar en consideración que aquel rindió sus declaraciones en el contexto de una campaña electoral a la Presidencia de la República y respecto de asuntos de interés público, circunstancia en la cual las opiniones y críticas se emiten de una manera más abierta, intensa y dinámica acorde con los principios del pluralismo democrático. En el presente caso, el juzgador debía ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública.

106. El proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y la restricción para salir del país aplicada durante ocho años y casi cuatro meses, hechos que sustentan el presente caso, constituyeron una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones que emitió la presunta víctima en el marco de la campaña electoral, respecto de otro candidato a la Presidencia de la República y sobre asuntos de interés público; así como también limitaron el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública y restringieron el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese de emitir sus opiniones durante el resto de la campaña electoral. De acuerdo con las circunstancias del presente caso, no existía un interés social imperativo que justificara la sanción penal, pues se limitó desproporcionadamente la libertad de pensamiento y de expresión de la presunta víctima sin tomar en consideración que sus declaraciones se referían a cuestiones de interés público. Lo anterior constituyó una restricción o limitación excesiva en una sociedad democrática al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Ricardo Canese, incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana.

107. Asimismo, el Tribunal considera que, en este caso, el proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y las restricciones para salir del país durante ocho años y casi cuatro meses constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese. Al respecto, después de ser

condenado penalmente, el señor Canese fue despedido del medio de comunicación en el cual trabajaba y durante un período no publicó sus artículos en ningún otro diario.

108. Por todo lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Ricardo Canese, dado que las restricciones al ejercicio de este derecho impuestas a éste durante aproximadamente ocho años excedieron el marco contenido en dicho artículo (...). (El destacado no forma parte del original).

Igualmente, de sumo y gran interés resulta el caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela (sentencia de 22 de junio de 2015). En este asunto, la Corte IDH tuvo por probada la existencia de un ambiente conflictivo y de tensión en Venezuela, producto del golpe de Estado sufrido, el cual, a su vez, originó una polarización política (radicalización de las posturas de los sectores involucrados) y coadyuvó a que el gobierno acusara a los medios de comunicación privados, entre ellos a RCTV (Radio Caracas Televisión), de ser enemigos del gobierno, golpistas y fascistas. La Corte tuvo por demostrado también que el Estado de Venezuela buscó la forma de silenciar a dicho medio de comunicación (habida cuenta que expresaba ideas diferentes a las políticas de gobierno manteniendo una línea crítica a la Presidencia de Hugo Chávez), a través de la no renovación, en el año 2007, de la concesión de uso del espectro radioeléctrico (la cual poseía desde su fundación en el año 1953), lo cual, evidentemente, coartó a este, de forma indirecta o velada, la posibilidad de continuar funcionando y continuar difundiendo información disidente, en clara violación a la libertad de expresión. En esta sentencia, de forma relevante, la Corte IDH sostuvo que dicha decisión fue precedida por diversas declaraciones públicas emitidas, tanto por el Presidente de la República como por otros funcionarios, quienes generaron un ambiente de intimidación. Particularmente, se indicó que el entonces Presidente Chávez, realizó, entre otras, las siguientes manifestaciones:

“(...) 75. (...) a) la declaración del Presidente Chávez de 9 de junio de 2002 en su Programa “Aló Presidente”, en la que afirmó: “las televisoras y las radios, las emisoras, aún cuando sean privadas sólo hacen uso de una concesión, el Estado es el dueño [...], y el Estado le da permiso a un grupo de empresarios que así lo piden para que operen, para que lancen la imagen

por esa tubería, pero el Estado se reserva el permiso. Es como si alguien quisiera utilizar una tubería de aguas para surtir agua a un pueblo que sea del Estado, y el Estado le da el permiso. [...] Suponte tú que [...] le demos el permiso para que use la tubería de agua [y] comience a envenenar el agua. [...] [Hay que] inmediatamente no sólo quitarle el permiso, meterlo preso. Está envenenando a la gente, eso pasa, igualito es el caso [y] la misma lógica, la misma explicación con un canal de televisión”;

b) la declaración del Presidente Chávez de 12 de enero de 2003 en su programa “Aló Presidente”, en la que expresó: “Igual pasa con estos dueños de canales de televisión y los dueños de las emisoras de radio; ellos también tienen una concesión del Estado, pero no les pertenece la señal. La señal le pertenece al Estado. Eso quiero dejarlo bien claro, quiero dejarlo bien claro porque si los dueños de estas televisoras y emisoras de radio continúan en su empeño irracional por desestabilizar nuestro país, por tratar de darle pie a la subversión, porque es subversión, sin duda, [...] es subversión en este caso fascista y es alentada por los medios de comunicación, por estos señores que he mencionado y otros más que no voy a mencionar. Así lo adelanto a Venezuela. He ordenado revisar todo el procedimiento jurídico a través de los cuales se les dio la concesión a estos señores. La estamos revisando y si ellos no recuperan la normalidad en la utilización de la concesión, si ellos siguen utilizando la concesión para tratar de quebrar el país, o derrocar el gobierno, pues yo estaría en la obligación de revocarles la concesión que se les ha dado para que operen los canales de televisión”;

c) la declaración del Presidente Chávez de 9 de noviembre de 2003 en su programa “Aló Presidente”, a través de la cual manifestó: “no voy a permitir que ustedes lo hagan de nuevo, [...] ustedes: Globovisión, Televén, Venevisión y RCTV mañana o pasado mañana [Ministro] Jesse Chacón, le di una orden, usted debe tener un equipo de analistas y de observadores 24 horas al día mirando todos los canales simultáneamente y debemos tener claro, yo lo tengo claro, cual es la raya de la cual ellos no deben pasarse, y ellos deben saber, es la raya de la ley pues. En el momento en que pasen la raya de la ley serán cerrados indefectiblemente para asegurarle la paz a Venezuela, para asegurarle a Venezuela la tranquilidad”, y

d) el 9 de mayo de 2004, el Presidente Chávez declaró en su programa “Aló Presidente”: [a]quí los que violan el derecho a la información, el derecho a la libertad de expresión, son los dueños de los medios de comunicación privados, son algunas excepciones, pero sobretodo los grandes canales de televisión Venevisión, Globovisión, RCTV [...] los dueños de estos medios de comunicación están comprometidos con el golpismo, el terrorismo y la desestabilización, y yo pudiera decir a estas alturas no me queda ninguna duda, que los dueños de esos medios de comunicación nosotros bien podemos declararlos enemigos del pueblo de Venezuela (...)

80. (...) a) la declaración del Presidente Chávez de 28 de diciembre de 2006, por ocasión de su saludo de fin de año a las Fuerzas Armadas, en la cual expresó: “Hay un señor por ahí de esos representantes de la oligarquía, que quería ser presidente de la oligarquía, y que luego esos Gobiernos adecoscopayanos le dieron concesiones para tener un canal de televisión y él ahora anda diciendo que esa concesión es eterna, se le acaba en marzo la concesión de televisión, se le acaba en marzo, así que mejor que vaya preparando sus maletas y vaya viendo a ver qué va a hacer a partir de marzo, no habrá nueva concesión para ese canal golpista de televisión que se llamó Radio Caracas Televisión, se acaba la concesión, ya está redactada la medida, así que vayan preparándose, apagando los equipos pues, no se va tolerar aquí ningún medio de comunicación que esté al servicio del golpismo, contra el pueblo, contra la nación, contra la independencia nacional, contra la dignidad de la República, Venezuela se respeta, lo anuncio antes que llegue la fecha para, para que no sigan ellos con su cuentito de que no que son 20 años más, 20 años más yo te aviso chirulí, 20 años más si es bueno, se te acabo, se te acabo (...)

d) el 8 de enero de 2007, en el acto de nombramiento de un nuevo gabinete ministerial, el Presidente Chávez se pronunció una vez más con respecto a la concesión de RCTV al indicar que: “Nada ni nadie impedirá que se cumpla la decisión de no renovar la concesión a ese canal de televisión, que todos saben cuál es. Nada ni nadie podrá evitarlo (...)”.

Asimismo, en esta oportunidad y, conforme los siguientes términos, la Corte explicó cómo, en este caso en particular, se dio una violación al artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“(...) 148. Al respecto, la Corte ha señalado anteriormente que los medios de comunicación son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión, que sirven para materializar este derecho y que juegan un papel esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de esta libertad en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. En efecto, este Tribunal coincide con la Comisión respecto a que los medios de comunicación son, generalmente, asociaciones de personas que se han reunido para ejercer de manera sostenida su libertad de expresión, por lo que es inusual en la actualidad que un medio de comunicación no esté a nombre de una persona jurídica, toda vez que la producción y distribución del bien informativo requieren de una estructura organizativa y financiera que responda a las exigencias de la demanda informativa. De manera semejante, así como los sindicatos constituyen instrumentos para el ejercicio del derecho de asociación de los trabajadores y los partidos políticos son vehículos para el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, los medios de comunicación son mecanismos que sirven al ejercicio del derecho a la libertad de expresión de quienes los utilizan como medio de difusión de sus ideas o informaciones. (...)”

151. En consecuencia, la Corte Interamericana considera que las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan, que realizan actos de comunicación a través de la misma y cuyos derechos también pueden verse vulnerados (...)

152. Al respecto, debe advertirse que hoy en día una parte importante del periodismo se ejerce a través de personas jurídicas y se reitera que es fundamental que los periodistas que laboran en estos medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad. En especial, teniendo en cuenta que su actividad es la manifestación primaria de la libertad de expresión del pensamiento y se encuentra garantizada específicamente por la Convención Americana (...)

1.3. Restricciones indirectas – alcances del artículo 13.3 de la Convención

161. En el presente caso se ha argumentado que se estaría frente a una posible restricción indirecta al derecho a la libertad de expresión, razón por la cual la Corte resalta que el artículo 13.3 de la Convención hace referencia expresa a tal situación al señalar que “[n]o 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”. Este Tribunal considera que el alcance del artículo 13.3 de la Convención debe ser el resultado de una lectura conjunta con el artículo 13.1 de la Convención, en el sentido que una interpretación amplia de esta norma permite considerar que protege en forma específica la comunicación, difusión y circulación de ideas y opiniones, de modo que queda prohibido el empleo de “vías o medios indirectos” para restringirlas.

162. Al respecto, la Corte señala que lo que busca este inciso es ejemplificar formas más sutiles de restricción al derecho a la libertad de expresión por parte de autoridades estatales o particulares. En efecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de declarar en casos anteriores la restricción indirecta producida, por ejemplo, mediante una decisión que dejó “sin efecto legal el título de nacionalidad” del accionista mayoritario de un canal de televisión o por “el proceso penal, la consecuente condena impuesta [...] durante más de ocho años y las restricciones para salir del país durante ocho años” en contra de un candidato presidencial.

163 Por otra parte, 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. En este sentido, el artículo 13 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión indica otros ejemplos de medios o vías indirectas (...)

Igualmente, el perito García Belaunde durante la audiencia pública hizo referencia a otras posibles formas de restricción indirecta relacionadas con: i) “la publicidad, [ya que] los Estados son importantes agentes de publicidad y [...] dar mucha publicidad o quitarla puede ser importante y, dado el caso, puede haber una especie de asfixia para los medios que básicamente viven de

la publicidad”, o ii) “la tributación [cuando se dan] casos [en] que [las] empresas [...] han sido cargadas tributariamente” con el fin de generar molestias o enviar mensajes al medio de comunicación.

164. Asimismo, la Corte recuerda que para que se configure una violación al artículo 13.3 de la Convención es necesario que la vía o el medio restrinjan efectivamente, en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Además, la Corte reitera que el artículo 13.3 de la Convención impone al Estado obligaciones de garantía, aún en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no sólo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también controles particulares que produzcan el mismo resultado. Al respecto, la Corte resalta que la restricción indirecta puede llegar a generar un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen el derecho a la libertad de expresión, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad (...)

170. (...) Este Tribunal estima que, dado que el espacio radioeléctrico es un bien escaso, con un número determinado de frecuencias, esto limita el número de medios que pueden acceder a ellas, por lo que es necesario asegurar que en ese número de medios se halle representada una diversidad de visiones o posturas informativas o de opinión. La Corte resalta que el pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura. Lo anterior debe tenerse en cuenta en los procesos de otorgamiento, renovación de concesiones o licencias de radiodifusión. En este sentido, el Tribunal considera que los límites o restricciones que se deriven de la normatividad relacionada con la radiodifusión deben tener en cuenta la garantía del pluralismo de medios dada su importancia para el funcionamiento de una sociedad democrática (...)

3. Alegada restricción indirecta a la libertad de expresión establecida en el artículo 13.3 de la Convención Americana (...)

193. Ahora bien, para efectuar un análisis del recuento de declaraciones reseñado anteriormente es imperioso realizar una lectura conjunta de las declaraciones y señalamientos, por cuanto de manera aislada no podrían

configurar autónomamente hechos constitutivos de una vulneración a la Convención Americana. Esto debido a que el hecho de que varios funcionarios hayan realizado declaraciones en el mismo sentido durante un mismo lapso, demuestra que no fueron declaraciones aisladas. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte procederá a efectuar una valoración de lo allí expuesto con el fin de determinar si existieron razones o motivos por los cuales se arribó a dicha decisión distintos a la finalidad declarada, por cuanto, como ya lo señaló, tener en cuenta el motivo o propósito es relevante para el análisis jurídico de un caso, en especial si se busca determinar si se configuró una actuación arbitraria o una desviación de poder (supra párr. 189). En primer lugar, la Corte resalta que desde el año 2002 se venía advirtiendo que a los canales de televisión que no modificaran su línea editorial no se les renovarían su concesión (supra párr. 75) y que este tipo de declaraciones se acrecentaron cuando se acercó la fecha del vencimiento de las concesiones (supra párrs. 76 a 78). A partir de 2006, en varias de dichas declaraciones que fueron anteriores a la Comunicación N° 0424 y la Resolución N° 002 se anunció que la decisión de no renovar la concesión a RCTV ya se encontraba tomada y no sería revaluada o modificada (supra párr. 79 a 86). Asimismo, vale la pena resaltar que no solamente fueron declaraciones de funcionarios estatales en diversos medios de comunicación, sino que además se hicieron publicaciones en diarios nacionales y hasta la divulgación de un libro con el fin de anunciar y justificar la decisión de no renovar la concesión de RCTV. Por lo anterior, el Tribunal puede concluir, en primer lugar, que la decisión fue tomada con bastante anterioridad a la finalización del término de la concesión y que la orden fue dada a CONATEL y al Ministerio para la Telecomunicación desde el ejecutivo.

194. Respecto a las verdaderas razones que habrían motivado la decisión, en las declaraciones y las publicaciones hechas por distintos miembros del gobierno venezolano estas son: i) la no modificación de la línea editorial por parte de RCTV después del golpe de estado de 2002 a pesar de las advertencias realizadas desde ese año, y ii) las alegadas actuaciones irregulares en las que habría incurrido RCTV y que le habrían acarreado sanciones. Sobre la primera razón esgrimida, la Corte considera imperioso manifestar que no es posible realizar una restricción al derecho a la libertad de expresión con base en la discrepancia política que pueda generar una determinada línea editorial a un gobierno. Como fue señalado anteriormente, el derecho a la

libertad de expresión no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino especialmente en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población (supra párr. 140). Con relación a las alegadas actuaciones irregulares en las que habría incurrido RCTV y que le habrían acarreado sanciones, el Tribunal resalta que resulta contradictorio que se hicieran señalamientos y acusaciones sobre las alegadas sanciones y que en la comunicación N° 0424 se indicara expresamente que estas no eran la justificación de la decisión. En especial, la Corte resalta que a pesar de la gravedad de los hechos relacionados con el golpe de Estado no se probó ante este Tribunal que a nivel interno se hubieran adoptado procedimientos tendientes a sancionar dichas actuaciones irregulares, de forma que no es posible que se utilizara como argumento para fundamentar la decisión lo sucedido durante el golpe, cuando dichas actuaciones no fueron sancionadas en su momento.

195. En este punto, el Tribunal considera necesario reiterar el precedente establecido en otro caso relacionado con este mismo medio de comunicación, según el cual 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.

196. Asimismo, el Tribunal denota que de las declaraciones aportadas en el presente caso contencioso sólo una habría hecho mención a la finalidad declarada en la Comunicación N° 0424 y la Resolución N° 002, es decir, la protección a la pluralidad de medios, mientras que en su mayoría las restantes declaraciones coinciden en invocar las otras declaraciones. Lo anterior, le permite concluir a la Corte, en segundo lugar, que la finalidad declarada no era la real y que sólo se dio con el objetivo de dar una apariencia de legalidad a las decisiones.

4. Conclusión sobre el derecho a la libertad de expresión.

197. La Corte concluye entonces, como lo ha hecho en otros casos, que los hechos del presente caso implicaron una desviación de poder, ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno. La anterior afirmación se deriva a partir de las dos conclusiones principales a las cuales puede arribar este Tribunal a partir de lo descrito anteriormente, a saber, que la decisión se encontraba tomada con anterioridad y que se fundaba en las molestias generadas por la línea editorial de RCTV, sumado al contexto sobre el “deterioro a la protección a la libertad de expresión” que fue probado en el presente caso (supra párr. 61).

198. Asimismo, este Tribunal considera necesario resaltar que la desviación de poder aquí declarada tuvo un impacto en el ejercicio de la libertad de expresión, no sólo en los trabajadores y directivos de RCTV, sino además en la dimensión social de dicho derecho (supra párr. 136), es decir, en la ciudadanía que se vio privada de tener acceso a la línea editorial que RCTV representaba. En efecto, la finalidad real buscaba acallar voces críticas al gobierno, las cuales se constituyen junto con el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, en las demandas propias de un debate democrático que, justamente, el derecho a la libertad de expresión busca proteger.

199. Se encuentra probado, en consecuencia, que en el presente caso se configuró una restricción indirecta al ejercicio del derecho a la libertad de expresión producida por la utilización de medios encaminados a impedir la

comunicación y circulación de la ideas y opiniones, al decidir el Estado que se reservaría la porción del espectro y, por tanto, impedir la participación en los procedimientos administrativos para la adjudicación de los títulos o la renovación de la concesión a un medio que expresaba voces críticas contra el gobierno, razón por la cual el Tribunal declara la vulneración del artículo 13.1 y 13.3 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio Marcel Granier, Peter Bottome, Jaime Nestares, Inés Bacalao, Eladio Lárez, Eduardo Sapene, Daniela Bergami, Miguel Ángel Rodríguez, Soraya Castellano, María Arriaga y Larissa Patiño. (...). (El destacado no forma parte del original).

Este Tribunal Constitucional, por su parte, también ha tenido la oportunidad de condenar este tipo de actuaciones. En la Sentencia No. 1782-2015 de las 11:36 hrs. de 6 de febrero de 2015, esta jurisdicción constitucional conoció un recurso de amparo formulado por un productor de un programa radial de crítica, opinión y denuncia, donde, a su vez, se estaba denunciando e investigando aparentes actos de corrupción llevados a cabo por un diputado. El recurrente acusó en tal ocasión que el referido diputado envió cartas membretadas y selladas con su firma de la Asamblea Legislativa a las instituciones que pautaban publicidad y que hacían posible la existencia del referido programa, amenazándolas de demandarlas si no retiraban dicha publicidad de manera inmediata, habida cuenta que lo consideraba una campaña de desprestigio en su contra. Luego de analizarse el citado caso, esta Sala, en dicha oportunidad, sostuvo que las notas enviadas por dicho diputado a diversas instituciones públicas con el fin que se retirara la publicidad del programa de radio del recurrente (la cual además, se constituía en el principal soporte financiero que permitía la transmisión de los programas radiales y, a su vez, el sustento económico de las personas que trabajan en dicho programa), constituía una censura indirecta o velada a la libertad de expresión. Lo anterior, conforme los siguientes términos:

“(...) 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 (...). (El destacado no forma parte del original).

El año siguiente, sea, durante el 2016, la Sala Constitucional conoció otro recurso de amparo donde se hizo alusión a una forma distinta e indirecta de atentar contra la libertad de expresión, el cual, a su vez, fue resuelto mediante el Voto No. 15220-2016 de las 16:00 hrs. de 18 de octubre de 2016. En esta ocasión, el recurrente, en su condición de director de un período de circulación nacional, alegó que, en virtud de una serie de noticias publicadas respecto a varias actuaciones irregulares llevadas a cabo por una entidad bancaria, los directivos de esta última decidieron manipular, presionar y tratar de callar al medio de comunicación a través de la reducción paulatina de la pauta publicitaria en las páginas del diario. Una vez analizadas y estudiadas las argumentaciones vertidas por ambas partes, así como la prueba aportada, este órgano constitucional tuvo por acreditado que el citado medio de comunicación fue efectivamente objeto de una censura velada o indirecta por parte de un funcionario público *“(...) 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 (...)*”. Además, esta jurisdicción, en aquella ocasión, enfatizó en el hecho que la publicidad se consideraba el soporte financiero fundamental en el esquema de funcionamiento de los medios de comunicación, de manera tal que esta era la que permitía la publicación o difusión de su contenido y, por ende, también el sustento de las personas que trabajan en este. De modo expreso, esta Sala, en la mencionada sentencia, expuso lo siguiente:

“(...) 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

copyright, 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. (...)

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 Expendiente 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 “[l]a 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 (sic) 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 constituiconalmente (sic). 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 (...). (El destacado no forma parte del original).

En la Sentencia No. 8396-2018 de las 12:40 hrs., de 25 de mayo de 2018, esta Sala expuso:

“(...) I.- Objeto del recurso. La parte recurrente relata que se realizó la entrevista denominada ‘1.a violencia doméstica contra el hombre’ en el programa ‘Café Nacional¹’ de la empresa pública Radio Nacional de Costa Rica. Acusa que, en reacción a este programa, el Director de Radio Nacional publicó un artículo titulado ‘Amarga vergüenza’, donde advirtió que censuraría de previo el tema de la agresión hacia los hombres e impediría que se volviere a hablar de eso en Radio Nacional. Asimismo, reclama que la entrevista fue borrada por completo del portal de Internet de SINART y de la página de Facebook, lo que vulnera el derecho a la libertad de expresión y pensamiento. Por último, alega que la autoridad recurrida ha realizado actos de represalia en contra del tutelado [Nombre 006], ya que lo separaron del programa ‘Café Nacional’ y su plaza se trasladó al Departamento de Prensa, a pesar de que él pertenece al Departamento de Producción de Radio Nacional. (...)

V.- Sobre el caso concreto. En el sub examine, la parte accionante reclama que se ha visto afectada por la censura practicada por la empresa pública SINART, toda vez que los recurridos manifestaron que se impedirían programas

radiales como el efectuado por ellos y, además, se borró dicho programa de la página de Internet y de Facebook. Como parte de la alegada censura, el tutelado Castro fue separado del programa "Café Nacional" y trasladado al Departamento de Prensa.

Al respecto, la Sala pudo tener por probado que el 13 de setiembre de 2016 se recibió en el programa radiofónico "Café Nacional" de Radio Nacional a la presidenta de la Fundación Instituto de Apoyo al Hombre y al director administrativo de la Fundación Instituto de Apoyo al Hombre. El programa, producido por los tutelados [Nombre 005] y [Nombre 006], fue transmitido en la frecuencia de radio 101.5 FM y por medio de la página oficial de Radio Nacional en la red social Facebook. Asimismo, se corroboró que el Director de Radio Nacional publicó el documento titulado "Amarga vergüenza" en su página personal de Facebook el 14 de setiembre de 2016. En él expresó:

"Ayer martes 13 de setiembre en Radio Nacional de Costa Rica se trató de manera muy lamentable el tema de la violencia intrafamiliar, enfocándolo en la violencia que sufren los hombres en sus hogares. La editorialización (sic) del espacio no dejó lugar a dudas sobre la posición personal de las personas invitadas y de quienes condujeron (sic) el espacio. En el mismo se justificó de manera increíble (sic) los femicidios, se puso a un mismo nivel la violencia que sufren las mujeres a la que sufren los hombres. se pidió el cierre del INAMU y se habló de hacer este tipo de programas una vez cada 15 días. cosa que por supuesto no va a suceder. Yo, como Director de Radio Nacional de Costa Rica, no fui consultado para que este tema fuera tratado, quienes me conocen saben que jamás hubiera permitido que esta entrevista saliera al aire. Pero eso no me exime de responsabilidad. Durante mi gestión me he dado cuenta que hay una gran falta de formación a lo interno de la institución en relación con los Derechos Humanos y su tratamiento en medios de comunicación, y lastimosamente los talleres que desde ayer estamos planeando con instituciones como el INAMU, la Defensorio de los Habitantes, el Frente por los Derechos Igualitarios y la asociación ACCEDER, se darán como reacción al daño causado a la sociedad, con la salida al aire de esa entrevista. Es mi culpa no haber actuado con anticipación, no haber dejado clara la visión sobre Derechos Humanos que tenemos en la actual gestión del SINART. y no me queda más que dar mi más sincera disculpa y prometerles, sobretodo (sic) a las mujeres que

sistemáticamente sufren violencia por el hecho de ser mujeres, que una situación como esta no volverá a pasar. En los medios de servicio público tenemos una gran responsabilidad. Cada vez que uno de nosotros, trabajadores y trabajadoras de la radio y la tv pública, abrimos micrófonos o nos paramos frente a una cámara, no respondemos a una opinión personal basada en nuestras creencias, principios y valores, sino que habíamos desde una institucionalidad que se rige por principios superiores, políticas públicas y tratados internacionales. No se trata si estoy de acuerdo o no, no se trata de qué pienso yo. Tenemos LA RESPONSABILIDAD, así con mayúsculas, de informarnos y formamos sobre los temas pilares de la construcción social de nuestra actualidad y que ni por acción ni omisión, discursos anti derechos humanos o fomentadores del odio tengan espacio en los medios públicos. Estamos gestionando lo pertinente para que el próximo lunes a las 9 de la mañana especialistas en derechos igualitarios y violencia de género nos acompañen en la emisora y puedan explicarle a nuestra audiencia por qué todo lo que se dijo el pasado martes está equivocado en el enfoque y podamos construir más bien espacios permanentes de promoción de derechos humanos."(E\subrayado es agregado).

Ese mismo día y en la página de Facebook de Radio Nacional, el SINART publicó su postura oficial respecto de lo acontecido:

"En relación con la entrevista realizada ayer martes 13 de septiembre en el programa Café Nacional. referida a diferentes formas de violencia intrafamiliar, la Dirección de Radio Nacional y Dirección General del SINART aclaran: Las expresiones de las personas invitadas y conductoras de dicho espacio que justificaron erróneamente la situación de violencia que sufren miles de mujeres en nuestro país y cuestionaron la pertinencia del Instituto Nacional de las Mujeres. INAMU. no responden de ninguna manera a la posición de estas Direcciones. Reconocemos que el tema de la violencia intrafamiliar debe abordarse desde diversos enfoques, pero nunca desconociendo que la raíz de ese problema se encuentra justamente en una estructura patriarcal machista. y que son por mucho las mujeres y las niñas las principales víctimas de las conductas violentas, sin que esto signifique que desconozcamos que algunos hombres también sufren de violencia y que existen vados en el sistema o mala gestión que les afecte. El SINART reconoce la necesidad de existencia del Instituto Nacional de las

Mujeres y respaldamos su pertinencia en la construcción de una sociedad igualitaria y justa, y en la búsqueda de erradicación de todas las formas de discriminación y violencia que sufren las mujeres. Ofrecemos nuestra más sincera disculpa a las audiencias de Radio Nacional, a las personas que con justa razón han reclamado por el enfoque de la entrevista, y nos comprometemos a rectificar aportando en el tratamiento adecuado del tema con información oportuna y veraz desde los micrófonos y pantallas del SINART en su misión de servicio público. Estamos gestionando lo pertinente para que el próximo lunes en el mismo espacio, especialistas en derechos igualitarios y violencia de género nos acompañen en la emisora para referirse al tema desde un enfoque de Derechos Humanos. Como Estado, y más aún como medio de servicio público, tenemos la obligación de hacer cumplir las Convenciones Internacionales en contra de toda forma de discriminación y violencia contra las mujeres, que nuestro país ha suscrito y se ha comprometido a cumplir, como la Convención de Belem do Rara y la CEDA W." (El subrayado es agregado).

Atinente al sub lite, la Sala tuvo por probado que la entrevista a los tutelados fue eliminada de la línea de tiempo del Facebook de la emisora y también del portal web del SINART.

Es claro que la censura a la libertad de expresión se puede dar de manera abierta, particularmente si se trata de una dictadura o una democracia debilitada. Sin embargo, máxime cuando se actúa en el marco de un régimen democrático, es frecuente que la censura se manifieste más bien de forma sutil y velada, verbigracia, afectando los insumos o recursos que permiten su ejercicio, por medio de la emisión de lineamientos restrictivos, efectuando presiones indirectas, etc. Esta característica de la censura velada -que es muy peligrosa, precisamente, por ser subrepticia o disimulada- obliga a los Tribunales a recurrir a la denominada prueba indiciaría a fin de determinar el acto de censura.

En aplicación de lo anterior al sub lite, la Sala advierte suficientes elementos para concluir que las declaraciones de los amparados fueron censurados y, con ello, se lesionaron sus derechos fundamentales. Tal conclusión se desprende de las manifestaciones expresas del Director de Radio Nacional al señalar, que la repetición de entrevistas como la de los tutelados por supuesto

no va a suceder", y que él jamás hubiera permitido que esta entrevista saliera al aire... ", pero "...una situación como esta no volverá a pasar...". La Sala observa que la parte recurrida advierte con absoluta claridad la censura que existirá ante futuras entrevistas como la cuestionada y el arrepentimiento por no haber censurado la efectuada. Para este Tribunal, no existe duda de que las expresiones transcritas constituyen una censura, especialmente por provenir del director del medio que sirvió para la transmisión de la entrevista de marras.

Más sutil es decir que se debe dejar "... clara la visión sobre Derechos Humanos que tenemos en la actual gestión del SINART... "y que "...todo lo que se dijo el pasado martes está equivocado en el enfoque... Igualmente subrepticio fue el comunicado oficial de SINART: "Ofrecemos nuestra más sincera disculpa a las audiencias de Radio Nacional, a las personas que con justa razón han reclamado por el enfoque de la entrevista. y nos comprometemos a rectificar aportando en el tratamiento adecuado del tema con información oportuna y veraz desde los micrófonos y pantallas del SINART en su misión de servicio público."

En estas citas se observa que el SINART pretende imponer su "visión" de Derechos Humanos o "rectificar" la actuación de los tutelados "con información oportuna y veraz asumiendo que las opiniones de los amparados son lo opuesto: inoportunas y falsas.

Finalmente, quedó acreditado que la grabación de la entrevista fue eliminada de la línea de tiempo del Facebook de la emisora y del portal web del SINART. La Sala considera que, con este hecho, la amenaza de censura se concretó en una censura plena, toda vez que se impidió tanto la libertad de expresión de los amparados como el derecho de terceros de informarse y tener acceso a la entrevista.

Es necesario reiterar que los límites a la libertad de expresión deben estar claramente establecidos en la ley, según establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

"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.*

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 (El subrayado es agregado).

Según se mencionó en las aclaraciones previas, el contenido del mensaje puede tener un vínculo con las limitaciones a la libertad de expresión. Así, este será de relevancia únicamente cuando esté prohibido por ley y constituya "...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." Empero, esta situación no se presenta en el sub examine. Además, si los accionados consideran que el accionar de los tutelados se enmarca en uno de estos supuestos o de aquellos contemplados en el inciso 2 de esa norma, lo procedente sería acudir a las instancias jurisdiccionales a Un de reclamar la responsabilidad ulterior de los sujetos (por aplicación de una ley, como establece la Convención), y no pretender remediar la situación por la vía de la censura previa.

Por otro lado, la Sala recuerda que la labor del SINART, en su condición de empresa pública creada por ley, tiene el deber legal de respetar el pluralismo político, religioso, social y cultural así como de permitir la libre expresión de las opiniones, como de modo explícito se encuentra estatuido en los incisos b) y c) del numeral 4 de la Ley Orgánica del SINART:

"Artículo 4°-Principios. La actividad del SINART, S. A., como sistema de comunicación, se inspirará en los siguientes principios: (...)

b. La separación entre las informaciones y las opiniones, así como la identificación de quienes sustentan estas últimas y su libre expresión.

c. El respeto al pluralismo político, religioso, social y cultural."

Por eso, salvo que se trate de una excepción legal o convencional expresa, el SINART debe respetar la discusión de todas las opiniones, incluidas aquellas que la dirección del medio que esté de tuno, considere impopulares, minoritarias, cuestionables, etc. Aparte del tema tratado en la entrevista objeto de este amparo, obsérvese que existen innumerables materias que generan opiniones y respuestas contrastantes, apasionadas y terreas, unas con indignación o repudio, otras más bien con apoyo y admiración, como por ejemplo respecto del uso de drogas para efectos medicinales, el aborto, los derechos de la comunidad LGTB, la secularización del Estado, la política salarial del sector público, los sistema de pensiones, el establecimiento de planes fiscales, etc. Reiterando la jurisprudencia transcrita, "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.

En abono a lo anterior, se aclara que la entrevista de los tutelados tampoco puede ser censurada por el abordaje periodístico o la conducción desarrollada, toda vez que ninguno de esos puntos constituye motivo legal para limitar la libertad de expresión.

La Sala no duda en reiterar que la responsabilidad por el ejercicio de la libertad de expresión es ulterior y debe estar prevista en una ley. De esta manera, si alguna persona se considerare afectada por las manifestaciones vertidas en la entrevista objeto de este recurso, ya sea por los moderadores o por los entrevistados, podría hacer valer sus derechos ante los tribunales ordinarios de justicia. Empero, es absolutamente improcedente que la Administración se aleje del principio de legalidad y pretenda limitar el ejercicio de la libertad de expresión por la vía de la censura, como acaeció en el sub examine.

VI.- Un segundo punto relacionado con la censura es el traslado del tutelado Castro al equipo de Contrapunto. En el expediente quedó acreditado que él fue trasladado a dicha instancia, tal como le fue comunicado mediante oficio PE-DG- 052-2017 del 24 de febrero de 2017 y que existe una notoria proximidad temporal con los demás hechos narrados en el punto anterior. Además, se puso en evidencia la abierta disputa entre la Administración y el tutelado Castro, quien comunicó su disconformidad con las actuaciones de los recurridos mediante un correo del 20 de setiembre de 2016, donde manifestó:

Saludos Pablo. Permítame discrepar con respecto a lo que dice ya que yo en lo particular considero que: CENSURA: es que nuestro director Randall Vega afirmen en su Facebook: "quienes me conocen saben que jamás hubiera permitido que esta entrevista saliera al aire" (...) CENSURA: es que el Director de Radio Nacional nos hubiera "sugerido" que espaciáramos las invitaciones a la abogada Alexandra Loria por su pensamiento con respecto a temas como el abono y las uniones de la población sexualmente diversa aunque dichos tópicos no eran abordados por ella en nuestro programa."

Así, existen suficientes indicios sobre la censura existente y el distanciamiento entre la Administración y el tutelado. Al respecto, si bien la parte accionada

afirmó que se trataba de una reorganización completa del recurso", lo cierto es que omitió adjuntar elementos probatorios que permitieran a la Sala llegar a la misma conclusión. La prueba que allegó se refería a las funciones reasignadas (que se encontraban dentro del perfil de un periodista) y a la constancia del salario del amparado.

La Sala reitera que, en materia de control de constitucionalidad, una vez que ab initio se establecen indicios claros de censura, recae en la contraparte una carga probatoria que debe llevar a concluir que las acciones no eran de tal naturaleza, máxime cuando la recurrida se encuentra en mejores posibilidades de aportar prueba a la causa (carga dinámica de la prueba), toda vez que la Administración dispone de caudales de información y recursos públicos para descartar alguna discriminación o violación a un derecho fundamental; pese a lo cual, en el sub examine, la recurrida no logra desacreditar con prueba fehaciente el agravio de los recurrentes. De esta manera, tomando en consideración lo dispuesto en los ya citados incisos b) y c) del numeral 4 de la Ley Orgánica del SINART, que de forma expresa obligan a esa empresa pública a respetar el pluralismo político, religioso, social y cultural así como a permitir la libre expresión de las opiniones, resulta claro que en la especie se ha dado una forma de censura velada a través de la reubicación de un periodista en un puesto que viene a limitar o eliminar su influencia en el contenido transmitido, todo ello luego o con motivo de las referidas manifestaciones en el ejercicio de su quehacer periodístico.

Lo anterior resulta aún más relevante, puesto que por la vía de la censura velada se ejerce una especie de intimidación o amedrentamiento subrepticio al resto del personal periodístico de la empresa pública SINART. De este modo, la libertad de prensa de aquel se ve amenazada ante la posibilidad de ser víctima de represalias derivadas del ejercicio del periodismo en libertad, cuando se formulan opiniones que no comparta la dirección del medio según el gobierno de turno; ambiente que propicia el flagelo de la autocensura en detrimento de los periodistas, merced a que su estabilidad laboral podría compelerles a evitar represalias. Ello viene a afectar igualmente al destinatario final de los servicios de periodismo, el público, quien por esa vía ve menguada su capacidad de formarse criterio propio de manera fundada a través del estar a la escucha de una diversidad de contenidos informativo y puntos de vista.

VII- En virtud de lo expuesto, se declara con lugar el recurso, con los efectos que se dirán. Visto que los actos lesivos son imputables solo al SINART, la condenatoria abarca únicamente a dicha instancia. (...)

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso únicamente contra el SINART. Se ordena a Mario Alberto Al taro Rodríguez, en su condición de Presidente Ejecutivo del Sistema Nacional de Radio y Televisión S.A., o a quien en su lugar ocupe ese cargo, abstenerse de incurrir nuevamente en los hechos que dieron fundamento a la estimatoria de este recurso de amparo. Además, a dicho recurrido se le ordena que dentro del plazo de VEINTICUATRO HORAS, contado a partir de la notificación de esta sentencia, coloque la entrevista del 13 de setiembre de 2016 del programa "Café Nacional" de Radio Nacional de Costa Rica, objeto de este recurso, así como la entrevista del 19 de setiembre de 2016 (la hecha al INAMU y a ACCEDER), en la página de Facebook del SINART, donde quedará fijada en el muro durante al menos un mes, y en la página principal del sitio de Internet del mismo, donde deberá estar visible en la portada o "landing page" por el mismo plazo. Por otro lado, se le ordena reinstalar de inmediato al tutelado Castro en el puesto que ocupaba al momento de los hechos, en caso de que dicho tutelado manifestare su voluntad en tal sentido; para lo anterior, se le ordena al recurrido comunicar de inmediato al amparado Castro lo resuelto por la Sala. Los Magistrados Cruz Castro y Castillo Víquez dan razones diferentes. El Magistrado Cruz Castro pone nota. Lo anterior se dicta con el 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 Sistema Nacional de Radio y Televisión S.A. 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 de forma personal a Mario Alberto Al taro Rodríguez, en su condición de Presidente Ejecutivo del Sistema Nacional de Radio y Televisión S.A., o a quien en su lugar ocupe ese cargo. El Magistrado

Hernández Gutiérrez salva el voto y declara parcialmente con lugar el recurso. (...). (El destacado no forma parte del original).

Por su parte, en el Voto No. 10961-2020 de las 10:05 hrs. de 16 de junio de 2020, este Tribunal señaló lo siguiente:

"(...) I.- Objeto del recurso.- La parte recurrente acude en tutela el derecho a la libertad de prensa, pues considera que la entidad recurrida dictó una resolución que restringe de manera ilícita la libertad de información y de prensa, del medio periodístico amparado, al ordenarle retirar de sus bases de datos, la imagen utilizada en una noticia de interés público. (...)

V.- Estima la Sala que cuando se produce una colisión entre estos derechos como en el presente caso (imagen y libertad de prensa), partiendo del carácter institucional del derecho a la información, y siempre que la utilización de la imagen que complementa la noticia sea veraz y no afecte la dignidad de la persona titular de ese derecho, debe decantarse por darle un valor preferencial al derecho a la libertad de prensa. En el mismo sentido podemos encontrar precedentes en la jurisprudencia española (STC 165/1988 y STC 59/1989) en los que el Tribunal Constitucional español, en diversos casos ha ponderado a favor la libertad de información ante el conflicto con otros derechos fundamentales, utilizando como argumento central, el carácter institucional del derecho a la información. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo Español, frente a la ponderación de éstos dos derechos ha señalado:

"La técnica de ponderación exige valorar el peso abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión, y desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan tanto el derecho a la libertad de expresión como el derecho a la libertad de información por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. Además, ese juicio de ponderación en abstracto debe atender a que el ejercicio de la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática". Sentencia Tribunal Supremo 16 de febrero 2016.

En la misma línea de pensamiento, la Corte Europea de Derechos Humanos resaltó la importancia 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).

En efecto, partiendo del contexto jurisprudencial expuesto y de los argumentos externados en los precedentes de cita, esta Sala analiza las consideraciones de del caso y concluye que, lleva razón la parte recurrente en su reclamo. El orden democrático exige, la defensa de la libertad de expresión, como instrumento básico e indispensable para la formación de la opinión pública. Y esa defensa, lleva a la posibilidad de expresar el pensamiento usando los medios que elija el emisor y también en la facultad de difundirlo a través de ellos. Tal y como se indicó en el precedente de cita, el valor de esta defensa, alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa. En ese sentido, se entiende que si bien, el derecho a la expresión, contemplado en el artículo 13 de la Convención Americana, no tiene carácter absoluto, los límites para su ejercicio y controles de su adecuado desempeño no deben de modo alguno limitar su ejercicio, más allá de lo estrictamente necesario, al punto que puedan convertirse en un mecanismo directo o indirecto que afecten la libertad de expresión, información y prensa y constituyan una violación al derecho. Ahora, en el caso bajo estudio, esta Sala considera que la publicación emitida por el periódico Diario Extra el 24 de junio del año 2015, donde se utilizó la imagen del señor Calderón, el medio informativo se limitó a difundir información relacionada con un hecho noticioso de interés para la colectividad, por tratarse de la posible comisión de un delito, por ello la posibilidad de usar la imagen de una persona para referirse a un acontecimiento, está sustentada en su relevancia para el público, sin que el consentimiento del uso de su imagen en ese contexto, sea necesario. La fotografía que se utiliza es parte de un documento público, no una imagen obtenida en un contexto íntimo, familiar o privado, y se utiliza como accesoria a la noticia, como parte de su complemento. En el caso de la noticia en análisis, la fotografía utilizada es parte de la contextualización de una noticia que,

además es veraz (hecho no disputado) y funge como su complemento accesorio, como se indicó, sin que se utilice la imagen en una forma que afecte la dignidad de su titular, de tal forma que en esos términos funciona como un límite válido a las excepciones que admite el derecho a la imagen. Hoy en día, no se concibe un medio de comunicación sin imágenes, de solo texto, sin ilustraciones, de tal forma que el análisis de la Prohab, a juicio de este Tribunal, parte de un escenario de descontextualización de la utilización de la imagen en cuestión, es decir, como si ésta no fuera parte de un hecho noticioso de interés público que en ese momento se comunica. Señala la recurrida que la noticia se pudo comunicar igual sin utilizar la imagen aludida, lo cual es una forma ilegítima de interferir con la libertad de prensa; es equivalente a decirle a un medio, qué y cómo comunicar o difundir, lo cual es una flagrante violación al contenido esencial de la libertad de prensa. Su efecto sería anulatorio del denominado Fotoperiodismo y generaría una forma de autocensura de los medios de comunicación, que tendrían que estarse autolimitando de ilustrar sus informaciones como parte del contenido de la noticia, mediante el uso de imágenes de personas, para evitar las demandas ante una oficina del Estado, -que en este contexto- pretende operar como un especie de censor o editor de qué y cómo se puede publicar, generando un efecto reflejo de autocensura permanente, como se indicó, a todas luces, lesiva del derecho a la libertad de prensa, que incluye desde luego, la libertad de escoger el contenido de lo que se publica. Siguiendo la línea ya establecida en la sentencia 2015-1782, de conformidad con el artículo 13 de la Convención Americana: "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 de la libertad de prensa 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."(2015-1782)

Considera la Sala que el ejercicio de las competencias de la Prohab para fines de la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus datos personales, no puede ser utilizada como un censor del ejercicio legítimo de la libertad de prensa, porque ello sería, una censura indirecta, en control del Estado, de un derecho toral, esencial, para el sostenimiento del régimen democrático.

En ese sentido, estima la Sala que si el uso de la imagen (fotografía de la página del pasaporte) como en este caso, se da dentro de un contexto de un hecho noticioso de interés público, insertada en un documento público, relacionado directamente con el contenido de la noticia, -puesto que se trata de un tema migratorio fronterizo-, cuya utilización, además, no denigra ni afecta la imagen de su titular, no es válido, separar o descontextualizar esa imagen de su noticia, ni mucho menos pretender eliminarla, porque forma parte integral de ésta. Lo anterior implicaría una censura de la noticia en sí, -lesiva del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-. En el **caso** Kimel vs Argentina (FJ 54 y ss) la Corte IDH declaró que las restricciones a la Libertad de Expresión "(...) tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de lo libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa (...); que "deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa; y que "el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano, límites que claramente se violaron en este caso, al pretender limitar el contenido de una información veraz de interés público.

Partiendo de ese razonamiento, es que se estima que en el caso concreto, la decisión del ente recurrido, de ordenar a la parte recurrente eliminar de su base de datos, la fotografía del pasaporte del denunciante, contenida en la noticia de repetida cita, resulta ser una acción que afecta el desempeño periodístico, informativo y noticioso y con ello el contenido esencial de la libertad de prensa del medio de comunicación amparado. En consecuencia, se concluye que la orden dictada por la Agencia Protectora de Datos al declarar CON LUGAR la denuncia presentada por Marco Tulio Calderón Quesada contra diario Extra, y donde le ordena al Diario Extra, que proceda a eliminar de su base de datos, la fotografía del pasaporte del denunciante, contenida en la noticia de repetida cita, resulta violatoria a la libertad de información del

medio recurrente, por lo que procede acoger el amparo en estudio, como así se dispone. (...) (El destacado no forma parte del original).

Esta jurisdicción, en el Voto No. 16167-2020 de las 09:20 hrs. de 28 de agosto de 2020, señaló:

“(...) I.- OBJETO DEL RECURSO. El recurrente estima vulnerados sus derechos fundamentales, toda vez que, ante la pandemia de la covid-19, el gobierno ha dictado medidas que limitan la libertad de tránsito y de comercio. Además, sostiene que las autoridades recurridas vulneran la libertad de prensa, debido a sus actuaciones respecto al Diario Extra, toda vez que el MTSS canceló la suscripción de tal medio y el ICAA ordenó a sus funcionarios no hablar con periodistas del periódico en mención. (...)

IV.- SOBRE EL CASO CONCRETO. En el sub examine, el amparado reclama que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social vulnera los derechos fundamentales, dado que se canceló la suscripción del Diario Extra. Al respecto, en el informe rendido bajo juramento por la Ministra de Trabajo y Seguridad Social se indicó, respecto a la cancelación por parte del MTSS de la suscripción mantenida con el Diario Extra, que: “(...) esa decisión obedeció a que producto del Estado de Emergencia Sanitaria que enfrenta el país, que nos ha causado afectación económica no solo a nivel nacional sino también mundial, el Poder Ejecutivo gestionó días atrás, recorte en el gasto público. Siendo que ese recorte presupuestario, nos obligó cómo Institución a liberar costos en algunas partidas específicas, cuidando desde luego, no afectar el servicio que como Cartera brindamos a la ciudadanía. Siendo entonces, que en virtud de ese recorte presupuestario que realizamos, fue que se adoptó la decisión de eliminar la suscripción que la Institución mantenía con algunos diarios de circulación nacional, tales como: Diario Extra, La Nación, El Financiero y La República. Pues el monto para el pago de las suscripciones invocadas, se acreditaba desde la misma partida con la que se compraban suministros de papel y cartón y ello representaba casi el 50% del presupuesto para esos efectos. Y siendo que a raíz de la pandemia producida por el virus COVID 19, debemos tener disponibles toallas de papel para los lavatorios que tenemos instalados para el lavado de manos de personas funcionarias y usuarias de este Ministerio; fue que se prioriza la compra de suministros

citados, con la consecuencia de eliminar las suscripciones mencionadas” (la negrita no es del original).

Así, el Tribunal verifica que, el 14 de julio de 2020, un funcionario del MTSS remitió el oficio DGAF-OF-383-2020 a la representante legal de la Sociedad Periodística Extra Limitada, en el que manifestó: “De la manera más atenta y en marco de la contratación 2019CD-000045-0007000001; bajo la modalidad según demanda para la adquisición ejemplares del periódico La Extra, se informa que en atención a instrucciones superiores y en cumplimiento de las nuevas directrices emitidas por el Gobierno de la República de Costa Rica, que insta hacer recortes presupuestarios mandatorios a efecto de orientarse a la atención de la pandemia COVID-19 nos vemos en la necesidad de solicitar formalmente, la cancelación indefinida de entrega de dicho periódico a partir del día 16 de julio de 2020”. En igual sentido, se observan los oficios DGAD-OF-376-2020 dirigido al representante legal de Properiodicos Limitada y DGAD-OF-382-2020 remitido al representante legal de Grupo Nación GN S.A., mediante los cuales se informó sobre la cancelación de la suscripción que mantenía el MTSS con los periódicos La República, así como La Nación y El Financiero, respectivamente.

De este modo, contrario a lo alegado por el tutelado, este Tribunal estima que la actuación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no conculca los derechos fundamentales. Nótese que, en el sub iudice, el MTSS canceló la suscripción no solo del Diario Extra, sino de otros medios de comunicación como La República, La Nación y El Financiero. Además, no se verifica que tal decisión haya sido arbitraria, sino que la misma obedece a un recorte presupuestario derivado de la pandemia de la covid-19. Al respecto, cabe reiterar que en el informe rendido bajo juramento por la ministra de Trabajo y Seguridad Social se consignó que “(...) el monto para el pago de las suscripciones invocadas, se acreditaba desde la misma partida con la que se compraban suministros de papel y cartón y ello representaba casi el 50% del presupuesto para esos efectos. Y siendo que a raíz de la pandemia producida por el virus COVID 19, debemos tener disponibles toallas de papel para los lavatorios que tenemos instalados para el lavado de manos de personas funcionarias y usuarias de este Ministerio; fue que se prioriza la compra de suministros citados, con la consecuencia de eliminar las suscripciones mencionadas”. Ergo, dadas las condiciones provocadas por la referida

pandemia, tal institución priorizó la compra de toallas de papel, lo que conllevó que se prescindiera de las suscripciones referidas. Por consiguiente, al no haberse verificado la vulneración a los derechos fundamentales, lo procedente es declarar sin lugar el recurso en cuanto a tal extremo.

V.- Por otra parte, en cuanto al reclamo formulado por el recurrente respecto al accionar del ICAA, el Tribunal observa que el 29 de junio de 2020 se emitió la “MINUTA GG-2020-02784”, relativa a una reunión efectuada entre funcionarios del ICAA y representantes del sindicato SITRAA, documento que carece de firmas y en el que se consigna: “Objetivo: Temas varios SITRAA Lugar: Virtual Fecha: 29-06-20 Hora de inicio: 11:00am Hora final: 12:40pm (...) 1. Campaña de refuerzo labor de AyA, acción, SITRAA- AyA. cuadrillas operativas, lema héroes de la higiene. Mario Rodríguez explica la propuesta, desde SITRAA se ha realizado una campaña de comunicación para levantar la imagen del AyA. No están de acuerdo con la campaña y gastos que tiene programado el AyA. Lema: “Héroes de la Higiene”, quieren iniciar con una campaña con este lema y realizarlo con apoyo de los trabajadores operativos en todo el país. Yamileth Astorga le consulta a Mario cuál es el objetivo de la Contratación de Publicidad del AyA, al parecer no lo tiene claro, por ende ella le realiza una explicación detallada, el objetivo es la conectividad de las viviendas a las redes de alcantarillado de AyA. Aclara que la campaña no es para levantar la imagen de AyA, sino para estimular a la población a que se conecte a las redes de alcantarillado. Hace un llamado a no alimentar a los Diarios Extra y CRHoy, ya que el objetivo de éstos es la privatización. Mario comenta que ellos no dan información a la prensa, más bien indica que la prensa les solicita a ellos aclaraciones de cosas que ellos no conocen. Aclara que SITRAA lleva a la prensa las cosas que no reciben respuesta por parte de la Administración. Maritza Alvarado realiza comentarios sobre la campaña, indica que la propuesta de SITRAA le parece bien se puede hacer con recursos propios, recomienda que exista unidad para levantar la imagen de AyA, señala algunas labores que se han desarrollado desde la Dirección de Comunicación Institucional. Se debe reforzar la base interna antes de proyectarnos a lo externo. Marianela de SITRAA comenta que sería bueno que doña Yamileth lea detenidamente los comunicados que salen en prensa, para que se de (sic) cuenta que el SITRAA no está perjudicando la imagen, sino mas (sic) bien defienden la institucionalidad del AyA, por su importancia en la gestión del recurso hídrico. Yamileth indica que los medios solo publican cosas que

debilitan la imagen de AyA, solicita hacer una alianza con los sindicatos para levantar la imagen de la Institución (...)" (el énfasis fue suplido).

Al respecto, la Presidenta Ejecutiva del ICAA indica en el informe rendido bajo juramento ante este Tribunal Constitucional que: "En atención a la formalidad establecida a nivel institucional, se levantó un borrador de minuta de la reunión, con número GG-2020-02784, el cual está asociado al número de oficio, dicho borrador no lleva ninguna firma o rúbrica de los participantes y se aclara en este acto, que a pesar de que estaban convocados los funcionarios de la lista contenida en el borrador de la minuta, los señores Annette Henchoz Castro y Alejandro Calderón Acuña, no se presentaron a la reunión que había sido convocada de manera virtual, sin embargo; se realizó de forma presencial. El borrador de minuta fue levantado por el funcionario Andrey Vila Abarca, quien consigna en el formato que se acostumbra a estas reuniones, la agenda y una sucinta referencia de los temas abordados. La minuta posteriormente fue comunicada y compartida vía correo electrónico por el SDI con el Memorando GG-2020-02784, suscrito por el funcionario Andrey Vila Abarca de la Gerencia General, quien tiene bajo su responsabilidad dar seguimiento a los temas y acuerdos de las reuniones con los diferentes sindicatos constituidos en el AYA. Del documento denominado "minuta" se desprende claramente que en ningún momento la suscrita manifestó el hecho que se recurre, por lo que es claro que el recurrente descontextualiza una frase de una minuta, de una reunión sostenida entre la Administración Superior y el Sindicato SITRAA, donde se analiza una campaña motivacional interna al personal del AyA, especialmente, dirigida a los trabajadores que están en primera línea de atención de la pandemia. En ese contexto y en el ánimo de unir esfuerzos hice un llamado a las agrupaciones sindicales para que si hay situaciones que les preocupen a lo interno de la institución presenten sus denuncias a la Administración Superior para que sean atendidas, antes de acudir a los medios de comunicación. A eso me referí puntualmente cuando indiqué "no alimentar los medios" como lo cita la minuta. Reitero, que ni de la minuta ni de ningún otro documento se desprende jamás que se haya "ordenado no hablar con Diario Extra", ignoro en qué se basa el recurrente para realizar esa temeraria interpretación a la libertad de expresión. De hecho, todas las consultas de prensa realizadas por Diario Extra han sido atendidas en tiempo y forma; de mayo a la fecha, se han recibido y dado respuesta a 9 solicitudes de información planteadas por

correo. Diario Extra y Extra TV 42, durante este año han publicado al menos 183 notas relacionadas a la institución” (la negrita fue suplida).

La Sala también observa que, el 21 de julio de 2020, la presidenta ejecutiva del ICAA dirigió el oficio PRE-2020-01101 a la gerente general de Diario Extra, en el que manifestó: “En ejercicio del derecho de respuesta consagrado en los artículos 29 de la Constitución Política y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como el 66 en adelante de la Ley de Jurisdicción Constitucional, en mi calidad de Presidenta Ejecutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, solicito el debido espacio para rectificar la nota publicada por Diario Extra el día 21 de julio del 2020 titulada “Presidenta AyA ordena no hablar con DIARIO EXTRA”. Agradezco la publicación del siguiente texto: AyA jamás ha ordenado no hablar con Diario Extra Con respecto a la nota publicada en Diario Extra el 21 de julio del 2020, titulada “Presidenta AyA ordena no hablar con Diario Extra”, como Presidenta Ejecutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA) califico de absolutamente falso que se haya “ordenado” a algún funcionario o funcionaria no hablar con el Diario Extra. El periodista descontextualiza una frase de una minuta, de una reunión sostenida entre la Administración Superior y el Sindicato SITRAA, donde se analiza una campaña motivacional interna al personal del AyA, especialmente, dirigida a los trabajadores que están en primera línea de atención de la pandemia. En ese contexto y en el ánimo de unir esfuerzos hago un llamado a las agrupaciones sindicales para que si hay situaciones que les preocupen a lo interno de la institución presenten sus denuncias a la Administración Superior para que sean atendidas, antes de acudir a los medios de comunicación. A eso se refiere puntualmente con “no alimentar los medios..” como lo cita la minuta. Ni de la minuta ni de ninguna parte se desprende jamás que se haya “ordenado no hablar con Diario Extra”, ignoro en qué se basa el periodista para realizar esa temeraria interpretación a la libertad de expresión. De hecho, todas las consultas de prensa realizadas por Diario Extra han sido atendidas en tiempo y forma; de mayo a la fecha, se han recibido y dado respuesta a 9 solicitudes de información planteadas por correo. Diario Extra y Extra TV 42, durante este año han publicado al menos 183 notas relacionadas a la institución. En el AyA somos respetuosos del derecho a la información y la libertad de expresión, nunca estaríamos de acuerdo en lesionar esos derechos. Durante este año a Diario Extra hemos enviado dos

derechos de respuesta, uno con respecto a una publicación del día 15 de enero que jamás se publicó, y otro que si fue publicado en la edición del 27 de junio. Somos conscientes del papel vital que juega la prensa para nuestra democracia. Estamos claros de lo importante que es para el país el fortalecimiento de los medios de comunicación, ya que como nación no nos podemos permitir la interrupción de las operaciones de un medio de comunicación, eso sería contrario al interés público de estar informados, máxime en medio de una pandemia, que exige información veraz y oportuna a diario. Hemos confiado y confiamos en el Grupo Extra para realizar nuestras campañas informativas y de rendición de cuentas a la población y seguiremos en la medida de nuestras posibilidades haciéndolo. Jamás podríamos permitir que se nos acuse de asestarle golpe alguno a la libertad de expresión” (el resaltado fue suplido).

Así las cosas, se estima procedente traer a colación lo preceptuado en la sentencia n.º 2014-011694 de las 9:05 horas del 18 de julio de 2014 dictada por este Tribunal Constitucional, en la que se dispuso:

“III.- SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RELACION ESTATUTARIA. Los funcionarios o servidores públicos, por la circunstancia de estar sometidos a una relación estatutaria, no pueden ver diezmada o limitada su libertad de expresión y opinión y, en general, ninguno de los derechos fundamentales de los que son titulares por intrínseca dignidad humana. Las organizaciones administrativas no son compartimentos estancos o separados del conglomerado social y la existencia de una carrera administrativa o de una relación estatutaria no justifican el despojo transitorio o las limitaciones de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos de los cuales gozan en todas las facetas de su vida. Ciertamente, la libertad de expresión en el ámbito de una relación funcional o estatutaria puede sufrir leves modulaciones por razón de la relación de jerarquía inherente a la organización administrativa, la confianza que debe mediar entre el superior y el inferior, los deberes de lealtad de ambos con los fines institucionales y de reserva respecto de las materias que han sido declaradas secreto de Estado por una ley. Sobre el particular, conviene agregar que tal matización ha de ser proporcionada y razonable, y que ni siquiera un interés público podría limitar o restringir los derechos fundamentales de un funcionario público por la vinculación más fuerte, la eficacia directa e inmediata y la superioridad

jerárquica de éstos. Los conceptos de buena fe y lealtad no pueden enervar la libertad de expresión de un funcionario público cuando a través de su ejercicio no se causa una lesión antijurídica al ente u órgano público al cual pertenece y representa o a terceros. Los jefes o superiores jerárquicos de un ente u órgano público, por sus especiales y acusadas responsabilidades y exposición al público, deben estar sujetos y tolerar la crítica no dañina o antijurídica tanto de los usuarios de los servicios públicos, administrados en general como de los propios funcionarios. Lo anterior es, también, predicable respecto de las formas e instrumentos de gestión o administración de un ente u órgano público. La crítica de los usuarios, administrados en general y de los funcionarios públicos sobre el desempeño individual de algún servidor e institucional del ente u órgano público constituye una poderosa herramienta para el control y fiscalización de la gestión pública y, desde luego, para obtener mayores niveles de rendimiento resultados-, rendición de cuentas y transparencia administrativa. Ningún funcionario público puede ser inquietado, perseguido, recriminado o sancionado por expresar sus opiniones, ideas, pensamientos o juicios de valor acerca de la gestión del ente público o las actuaciones de otro funcionario público.

IV.- SOBRE EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 13 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS El artículo 13 recoge lo siguiente:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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.

En el citado numeral se pretende maximizar las posibilidades de participar en el debate público especialmente cuando además de proteger la expresión de ideas, reconoce el derecho colectivo a ser debidamente informado y el derecho a réplica. No obstante, como todo derecho, no es absoluto, sino que admite restricciones para armonizar su ejercicio con los derechos de los demás, la seguridad de todos y las exigencias del bien común en una sociedad democrática (art.32 de la Convención). Pero estas limitaciones no pueden ser más que lo establecido en el mismo numeral o bien las Constituciones Políticas

(art.30 de la Convención). Este derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades posteriores. La Constitución Política en su artículo 29 recoge ese postulado al establecer que: "Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito y publicarlos sin previa censura; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca". La libertad de expresión en este sentido no puede ser sometido a un control a priori. El Estado a través (sic) de cualquiera de sus órganos está impedido constitucional y convencionalmente, con las excepciones de protección de otros derechos que dispone el mismo artículo 13 y 27. 1 de la Convención, a realizar censura previa. Ya la Comisión Interamericana Sobre Derechos Humanos ha señalado reiteradamente el doble aspecto de la libertad de expresión: el derecho de toda persona de difundir ideas e informaciones; y el aspecto colectivo, constituido por el derecho de toda la sociedad de recibir tales ideas e informaciones. Y al darse mediante la censura previa la violación del derecho de expresión, se lesiona una gama de derechos, como el que tiene toda la colectividad de recibir información veraz. Así la Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85 ha dicho, que: "...cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas.

V.- SOBRE EL CASO CONCRETO. En el caso bajo estudio, la institución recurrida dispuso mediante la circular número 211-2014, fechada 10 de marzo de 2014, del Director de Relaciones Públicas del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, dirigida a directores y jefes de Departamentos del Mopt, que se coordine con la Dirección de Relaciones Públicas cuando los medios de comunicación los contacten directamente, para una oportuna atención a los medios y se traduzca en oportunidades de divulgación institucional; asimismo, se defina conjuntamente el tema a consulta a tratar. El recurrente considera que dicha disposición es contraria al derecho de expresión de los trabajadores del Mopt, porque lo que pretende la Dirección de Relaciones Públicas es ejercer una censura previa sobre las manifestaciones o expresiones que hagan los funcionarios públicos. El Director recurrido dice que se trata de una puesta en conocimiento de los funcionarios cuando la prensa los enlaza sin haber coordinado con Relaciones Públicas; se trata de darles a los funcionarios un manejo idóneo del tema para responder a los medios de información y no ejercer una censura previa como

dice el accionante. Pero lo cierto, es que el hecho de que los funcionarios del Ministerio de Obras Públicas y Transportes tengan que adecuar sus manifestaciones, según las reglas de la Dirección de Relaciones Públicas de este ministerio, cada vez que estén de frente a los medios de comunicación colectiva, es una injerencia, a manera de censura previa, que amenaza o no les permite expresar libremente su opinión en temas propios de su quehacer institucional, lo que afecta directamente a la colectividad que recibe una información filtrada o con alguna censura. No puede admitirse que la Circular 211-2014 de la Dirección de Relaciones Públicas – se ubique en 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 legitimar una restricción a la libertad de expresión. Por estas razones el recurso debe estimarse con las consecuencias de ley.” (el énfasis fue suplido).

Además, a los efectos de resolver este amparo resulta oportuno citar lo dispuesto en la sentencia n.º 2015-01782 de las 11:36 horas del 6 de febrero de 2015: (...)

Este Tribunal considera que los precedentes transcritos resultan aplicables al sub lite, toda vez que no encuentra motivos para variar los criterios vertidos ni razones para valorar de manera distinta la situación planteada.

De este modo, en el sub iudice, la Sala estima que se ha producido una lesión de relevancia constitucional. Nótese que si bien la minuta aludida carece de firmas, no menos cierto es que la presidenta ejecutiva del ICAA no desmintió su contenido, sino que se limitó a alegar que se descontextualizó la frase “Hace un llamado a no alimentar a los Diarios Extra y CRHoy, ya que el objetivo de éstos es la privatización”, toda vez que lo que pretendió externar fue “un llamado a las agrupaciones sindicales para que si hay situaciones que les preocupen a lo interno de la institución presenten sus denuncias a la Administración Superior para que sean atendidas, antes de acudir a los medios de comunicación. A eso se refiere puntualmente con “no alimentar los medios”. En cuanto al punto, el Tribunal estima que en el sub examine existen indicios suficientes de que la presidenta ejecutiva del ICAA dijo la frase antes transcrita, lo cual, a todas luces, constituye una afectación a los derechos constitucionales a la libertad de pensamiento y expresión, de prensa y a la

igualdad, todo esto en relación con los principios constitucionales democrático, de rendición de cuentas y de transparencia en la gestión pública, en virtud de que se trata de una especie de censura velada, dado que el resultado práctico de tal llamado es evitar que los medios de comunicación perjudicados tuviesen acceso a información pública.

En efecto, contrario a lo sostenido por la autoridad recurrida, con la frase en cuestión se exhortó a funcionarios del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, a que se abstuvieron de remitir información de relevancia pública a ciertos medios de comunicación. En primer término, tal actuación implica una seria amenaza a la libertad de pensamiento y expresión de tales servidores, dado que la iniciativa proviene, ni más ni menos, de la propia presidenta ejecutiva de la institución en mención, a partir de lo cual el “llamado a no alimentar a medios” reviste una particular gravedad merced al rango jerárquico de quien lo externó. En segundo término, se vulnera la libertad de prensa y el derecho a la igualdad, toda vez que se incita a que dos medios de comunicación en particular, CR-Hoy y Diario Extra, no reciban información por parte de los funcionarios del ICAA, al tiempo que de manera absolutamente injustificada coloca a los afectados en una clara situación de desventaja frente al resto de medios. En adición, la situación expuesta lesiona a la población en general, dado que “el llamado a no alimentar a medios” le impide al público acceder a información concerniente a la prestación de servicios públicos esenciales, lo cual es inaceptable en una sociedad que se rige por los principios democrático, de rendición de cuentas, y de transparencia en la gestión pública.

En virtud de lo expuesto, lo procedente es declarar con lugar el recurso, en los términos consignados en la parte dispositiva de esta sentencia. (...)

Por tanto: Se declara parcialmente con lugar el recurso solo en cuanto al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados por violación a los derechos constitucionales a la libertad de pensamiento y expresión, de prensa y a la igualdad, todo esto en relación con los principios constitucionales de rendición de cuentas, democrático y de transparencia en la gestión pública. Se ordena a Yamileth Astorga Espeleta, en su condición de presidenta ejecutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, o a quien en su lugar ocupa ese cargo, abstenerse de incurrir nuevamente en los hechos que

dieron fundamento a la estimatoria de este recurso de amparo. Se advierte a la autoridad recurrida que de no acatar tal orden, incurrirá en el delito de desobediencia y, que de conformidad con el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se le impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quienes recibieren una orden que deban cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumplieren o no la hicieren cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados al pago de las costas, daños y perjuicios causados, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. En todo lo demás, se declara sin lugar el recurso. Notifíquese. (...)”.

De forma más reciente, este órgano constitucional, en la Sentencia No. 23107-2022 de las 09:30 hrs. de 4 de octubre de 2022, dispuso lo siguiente:

“(...) VI.- Caso concreto. En el sub lite, la recurrente alega como primer agravio, que en su condición de periodista, ejerce la dirección del programa de análisis, opinión y autocrítica llamado "Hablando Claro", que se transmite desde el 1° de febrero de 2007, por Radio Columbia y considera que en esa condición las autoridades recurridas lesionaron sus derechos fundamentales, específicamente, los derechos a la libre expresión y libertad de prensa, dado que entre el 8 y el 9 de julio pasado, recibió llamadas de cinco personas funcionarias públicas, que se desempeñan en puestos de jerarquía dentro del Gobierno de la República o en las oficinas de comunicación de ministerios e instituciones descentralizadas, quienes le manifestaron, en condición de fuentes periodísticas confidenciales, que se encontraban alarmadas por un comunicado que la entonces Ministra de Comunicación, Patricia Navarro Molina, les remitió por WhatsApp, a todos los Ministros y Presidentes Ejecutivos del Gobierno. Aduce que, según le relataron sus fuentes, en la referida comunicación, la Ministra instruía a todos los jerarcas a suspender, con carácter de urgencia, todo tipo de publicidad estatal a los medios "Amelia Rueda, La Nación, CRHoy y Canal 7". Asimismo, que en ese comunicado se les instaba "con carácter de urgencia a no participar en entrevistas en Hablando Claro y Amelia Rueda".

Al respecto, del informe rendido por las autoridades recurridas, -que se tiene por dado 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 asunto, esta Sala no pudo tener por demostrado que se haya girado la orden o directriz que cuestiona la recurrente. Si bien, puede considerarse que, sobre este punto en particular, los informes recibidos resultan escuetos o lacónicos, lo cierto es que sí expresan claramente que no se giró una orden o indicación en ese sentido. La Sala aprecia que tales informes se enfocan en las competencias y potestades del Ministerio de Comunicación y en aspectos procesales de la presentación de este recurso, pero al negar la existencia de la orden, directriz o indicación referida por la amparada, en este caso en particular se carece de toda posibilidad de tener por demostrada su existencia, siendo así que lo procedente es declarar sin lugar el recurso en cuanto a este extremo.

VII.- Sin embargo, por la trascendencia del tema y la gravedad que podría implicar girar desde el poder público alguna orden en los términos reclamados en este proceso, resulta menester recordar a las autoridades del Ministerio de Comunicación y del Ministerio de la Presidencia, que tal y como se expresó en el quinto considerando de esta sentencia, la libertad de expresión e información conlleva una doble dimensión, que se refleja no sólo en la posibilidad de los periodistas de informar sobre los temas de relevancia para la opinión pública, sino también el derecho que tienen los habitantes del país de enterarse de dicha información, por lo que los órganos y entes públicos se encuentran en el deber de adoptar las medidas correspondientes para que pueda informarse a los y las habitantes de la República sobre las acciones y acontecimientos que se producen o desarrollan en el territorio nacional y que son de interés para la colectividad. Máxime que los temas y decisiones que se toman y tratan desde el gobierno central y toda institución, órgano y ente administrativo, tienen una trascendencia y relevancia para el buen funcionamiento del país y el ejercicio de los derechos reconocidos a la población en general y a sus integrantes dentro de sus propios ámbitos de actuación, por lo que, todos estos temas deben ser tratados con absoluta publicidad y transparencia, sin posibilidad alguna de impedirle a la ciudadanía, a la opinión pública y a cualesquier medio de comunicación colectiva, tener conocimiento de estos. Ergo, las prácticas que obstaculizan el acceso a la información, como lo es el impedir informar sobre determinados eventos o decisiones, rehusarse a brindar entrevistas a diversos medios de comunicación, no invitarlos a formar parte de conferencias o ruedas de

prensa, limitarles la publicidad, impedir el acceso a insumos necesarios para la divulgación, entre otras variables relacionadas con la censura directa o indirecta, no pueden ni deben ser avaladas por un Tribunal Constitucional, por la elemental razón de que su acceso y entrega oportuna tiene que hacerse a través de un proceso fácil, expedito y sin complicaciones, que garantice a la población y, en general a la opinión pública, el derecho a la información y a la libertad de expresión.

Dicho lo anterior, se les reitera a las autoridades recurridas que “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” (Cfr. sentencia No. 2006-5977 de las 15:16 horas de 3 de mayo de 2006). En otras palabras, deben tener presente los recurridos que, en el ejercicio de cargos públicos como los que ostentan, y en la era actual, en donde por el avance tecnológico se tiene mayor facilidad de cobertura y acceso a hechos noticiosos, es normal que alguna de las discusiones que se generen al calor de la prensa, pueden resultarles infortunadas y desagradables; no obstante, en un país democrático como Costa Rica, ese ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de prensa es lo que nos caracteriza como un Estado Social de Derecho y un pueblo libre. Por tales razones, en aras de garantizar la libertad de prensa y de libre expresión que tienen tanto los periodistas o medios de comunicación colectiva, como la población de manera general, es que las autoridades recurridas deben velar porque cualquier directriz, orden, acto o instrucción que se gire desde el gobierno central se apegue siempre a la protección de estas libertades y de cualquier derecho fundamental de los que se goza en un país democrático como el nuestro, en los términos que han sido expuestos en esta sentencia (...).”

Como se ha podido observar, resulta claro que el uso o aplicación por parte de las autoridades estatales o de particulares de las restricciones indirectas aludidas en este considerando, atenta grave y flagrantemente contra la libertad de expresión y la libertad de prensa. De ahí, la importancia del resguardo y protección que les provee nuestra Constitución Política y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos; de ahí también la responsabilidad que recae en esta Sala Constitucional de velar porque esto así se cumpla.

VIII.- CONGLOMERADOS O ESTRUCTURAS FINANCIERAS CREADAS PARA FINANCIAR O DIVERSIFICAR LAS FUENTES DE INGRESOS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y, CONSECUENTEMENTE, PERMITIR EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE PRENSA. Los medios de comunicación tradicionales, principalmente los medios impresos, han sufrido en los últimos años un fuerte declive económico con la llegada del internet, la caída de la inversión publicitaria y su migración a las grandes plataformas digitales como lo son Google y Facebook y el consecuente cambio en los hábitos de consumo de la información. Todo esto, sumado, ha generado que el usuario prefiera mayormente acceder a la información vía digital (sea, a través del uso de los teléfonos inteligentes, tabletas electrónicas, computadoras, etc.) y no mediante la compra del periódico impreso o bien, accediendo a otras plataformas (radio o televisión), tal y como regular y tradicionalmente lo venía haciendo.

En virtud de lo anterior, los medios de comunicación se han visto en la necesidad de innovar y buscar nuevos formatos, propuestas o mecanismos para buscar nuevos ingresos (y audiencia) que permitan, a su vez, financiar el periodismo y al medio como tal, sobre todo al periodismo de investigación que resulta costoso. En otros términos, se han debido implementar nuevas estrategias comerciales o poner en funcionamiento modelos mixtos con el fin de “rentabilizar a los medios de comunicación”, tal y como así ha sido llamado por algunos. Tanto es así que muchos medios de comunicación, hoy en día, no generan el dinero con su actividad principal o tradicional, sino con otras que le permiten subsistir. A modo de ejemplo, los medios de comunicación modernamente han recurrido, entre otras, a las siguientes fórmulas o estrategias: a) algunos medios impresos han creado su propia plataforma digital y han instaurado los modelos por suscripción o lo que se ha llamado “pagar por ver”; fórmula a la que han recurrido con éxito grandes medios como *The New York Times* o *The Guardian*. b) Se ha recurrido a la creación de contenidos de mayor calidad y exclusividad (sobre temas específicos y de interés para ciertos sectores), que hacen atractiva la búsqueda y el acceso a estos. c) Se ha hecho uso de los *podcast* (serie de episodios sobre diversos temas grabados en audios y transmitidos online al que ha recurrido por ejemplo el medio *The New York Times* a través de su programa *The Daily*). d) Se ha promovido la organización de eventos, foros o congresos sobre determinados temas de la mano de expertos y personalidades, para lo cual, a su vez, se cobra por participar o por ingresar (los medios *Texas Tribune* o *The Economist* se han caracterizado por organizar eventos de este tipo). e) Se recurre también a la venta de piezas a terceros (los grandes medios, aprovechándose de la enorme experiencia y el soporte estructural con el que cuentan, cubren cierta información especializada, la procesan y la venden a otros, incluso a su

propia competencia). f) Se ha hecho uso del llamado *Brand licenser*, que permite a los medios de comunicación licenciar su marca para que terceras empresas la utilicen en sus productos o servicios (v.gr. *National Geographic* vende productos relacionados con viajes y aventura, libros y hasta ha instalado tiendas relacionadas con su línea de cobertura).

Igualmente, cabe destacar que, como parte de esas fórmulas a las que han tenido que apelar los medios de comunicación para diversificar sus fuentes de ingreso y sostenerse financieramente, se ha recurrido también a la adquisición o a la adhesión con otras empresas cuyas actividades principales se encuentran relacionadas o no directamente con el periodismo (conformándose así lo que se ha denominado *holdings* o grupos de interés económicos). Este tipo de fenómeno en particular se ha manifestado en otras latitudes y también a nivel nacional.

Así, a modo de ejemplo, se tiene el caso del diario *The Boston Globe* y otros medios (propiedad, a su vez, del periódico estadounidense *The New York Times*), los cuales fueron adquiridos en el 2013 por John Henry, dueño del equipo de beisbol *Red Sox* y del equipo de futbol Liverpool FC, con el propósito de afrontar las cuantiosas pérdidas económicas sufridas por el primero, originadas por la migración de lectores y de la publicidad hacia el internet. Igualmente, se tiene que Warren Buffet, a través de su *holding Berkshire Hathaway* (sociedad dueña total o parcial de las acciones de varios grupos empresariales de textiles, seguros, automóviles, bebidas, etc.) en el año 2012, compró sesenta y tres periódicos del Grupo Media General del sureste de Estados Unidos, los cuales sufrían también una baja rentabilidad. Entre los diarios adquiridos por Buffett figuran el *Richmond Times* de Virginia, el *Winston-Salem Journal* de Carolina del Norte y el *Morning News of Florence* de Carolina del Sur.

Asimismo, se cuenta con el caso de Jeff Bezos (fundador y dueño de Amazon, gigante compañía de comercio electrónico), quien en el año 2013 compró *The Washington Post*, con el fin de lograr su supervivencia, luego que este medio de comunicación sufriera igualmente los embates de la irrupción de nuevas tecnologías, el descenso de las audiencias y de los ingresos por publicidad. Nótese que, en este caso en particular, pese a que el medio de comunicación –según lo ha anunciado, entre otros, el medio español El País–, no se integrará o adherirá propiamente a Amazon, su adquisición forma parte de esa misma estrategia comercial tendente a ayudar a que el mismo pueda mantenerse

funcionando(https://elpais.com/sociedad/2013/08/05/actualidad/1375736883_735938.html).

En Costa Rica, el uso de este tipo de mecanismos o fórmulas se ejemplifican a través de Grupo Nación S.A. (corporación de la cual forma parte el Periódico La Nación), el que dispuso comprar las instalaciones de lo que solía ser el Autódromo La Guácima y las convirtió en el centro de eventos llamado Parque Viva, como medio para diversificar las fuentes de ingresos de la empresa y compensar así la pérdida de ganancias sufrida debido a la migración de la publicidad hacia sitios de internet.

Es entendible que dentro de la coyuntura actual donde los medios de comunicación escritos requieren apoyo financiero ante la pérdida de alguna de sus fuentes tradicionales de ingresos, se creen o establezcan –al amparo del ordenamiento jurídico–, otro tipo de empresas o sociedades que les brinden recursos y sostenibilidad económica o financiera para mantener a los primeros. El caso del Grupo Nación S.A., y la adquisición del hoy llamado Parque Viva arriba referido, representa un claro ejemplo de lo dicho.

Este tipo de estructuras financieras, al igual que el resto de ejemplos *supra* citados, se convierten en una fuente de ingresos o recursos que coadyuva o hacen posible que la labor periodística pueda ser ejercida, habida cuenta que los ingresos que las primeras generan permiten sufragar o sopesar muchos de los gastos que demanda un medio de comunicación. Por ende, es una realidad que, si este tipo de mecanismos o propuestas se ven afectadas de forma ilegítima o arbitraria, se perjudica, a su vez, el ejercicio del periodismo; en esencia, la libertad de prensa, como manifestación de la libertad de expresión.

Ahora bien, la afectación refleja (indirecta o velada) que pueda concretarse a la libertad de prensa, merced de las medidas adoptadas en contra de dichas estructuras de financiamiento, es un aspecto que ha de ser ponderado en cada caso concreto, siendo claro que no todo acto o conducta administrativa que imponga un gravamen o establezca un contenido de efecto negativo en torno a esas entidades, supone una lesión refleja como la que se ha indicado. En efecto, cabe advertir que como toda persona administrada, estas estructuras se encuentran afectas y sujetas a las normas jurídicas que regulan, precisan y delimitan el ejercicio de sus respectivas actividades económicas. En ese sentido, su funcionamiento debe satisfacer y cumplir con las regulaciones propias de su actividad, lo que incluye, contar con las respectivas habilitaciones administrativas para el despliegue de la materia comercial. De ahí que

deben contar con los respectivos títulos que permitan comprobar el cumplimiento de las normas urbanísticas, edilicias (dentro de estas, las atinentes a la Ley No. 7600), sanitarias, seguridad, así como las licencias y patentes comerciales que son debidos en cada caso. Adicionalmente, cumplir con la normativa fiscal atinente. De igual manera, en el curso de su actividad, como toda persona, se encuentran sujetas a la fiscalización y control del ejercicio de la actividad, a fin de verificar que mantienen el nivel de cumplimiento en virtud del cual, les fue habilitada la actividad comercial. En esa dinámica, la desatención de las condiciones de ejercicio que imponen esas regulaciones sectoriales, bien podrían llevar a la imposición de medidas administrativas de restricción o de sanción. Lo anterior, siempre que el ejercicio concreto de esa manifestación del poder de policía administrativa, pueda estimarse legítimo, a partir de la acreditación debida y oportuna de los presupuestos de incumplimiento que darían cabida a cada consecuencia jurídica, y que esa decisión se encuentre acorde al mérito de los antecedentes del caso y al Ordenamiento Jurídico aplicable (relación entre los elementos materiales objetivos motivo-contenido) y que sea congruente con el interés público tutelado. En esos supuestos, en que la función administrativa se establece como el ejercicio legítimo de potestades administrativas que procuran el resguardo del interés público, no podría postularse una suerte de infracción refleja a la libertad de prensa, sino, en la consecuencia lícita y previsible de la desatención de normas de orden público a las que se encuentra expuesta toda persona administrada. Por contraste, cuando esas medidas no encuentren respaldo en los diversos presupuestos de hecho o de derecho que, en cada supuesto, el plexo normativo define como antecedente necesario (presupuesto condicionante) para adoptar determinada decisión sancionatoria o de contenido negativo, o bien, cuando el contenido del acto adoptado a partir de la verificación de aquellas condiciones, sea desbordado, desproporcional, irrazonable en relación con esos antecedentes, antagónico con el interés público o en general, contrario a legalidad (en sentido amplio), se estaría frente a un comportamiento administrativo que puede implicar una desviación de poder (art. 113 LGAP) y supone, como se ha indicado, una lesión indirecta o refleja a la libertad de prensa. Se trata de un cuidadoso análisis de las particularidades de cada caso, como parámetro de una valoración neutral, equitativa y objetiva entre libertades y derechos fundamentales en un esquema de un Estado de Derecho y el ejercicio de las potestades administrativas que tienen, por principio y finalidad, la tutela y satisfacción del interés público. Ergo, no todo acto que incida de manera negativa en la esfera de una estructura financiera supone una alteración a la libertad bajo examen, como tampoco, puede entenderse como legítima, sin más, toda función administrativa de control respecto de aquellas. De esa manera, en casos como el presente, en que se aduce una violación

indirecta a la libertad de expresión y de prensa, producto de actividades de control de la Administración Sanitaria, corresponde a esta instancia jurisdiccional, ponderar los matices particulares, para definir si se trata de un ejercicio debido o indebido, como condición *sine qua non* de un juicio de valor en torno a la existencia o no del deber de tolerar válidamente esas imposiciones administrativas.

IX.- CASO CONCRETO. El estudio de este asunto se encuentra estructurado, para una mejor comprensión, en los siguientes cuatro apartados, a saber: a) aclaraciones previas; b) cierre de Parque Viva a través de una actuación arbitraria, infundada y desproporcionada; c) cierre de Parque Viva y vulneración indirecta a la libertad de expresión y d) aclaraciones finales de interés.

A. ACLARACIONES PREVIAS. En este proceso de amparo se discute medularmente lo tocante a la orden sanitaria de cierre girada en contra de Parque Viva el 8 de julio de 2022, así como los efectos que esta generó o trajo consigo en el medio de comunicación Diario La Nación, particularmente, en cuanto a la libertad de expresión.

Al respecto, es importante aclarar primeramente que este Tribunal Constitucional ha sido del criterio que no le corresponde, por tratarse de un tema de mera legalidad, pronunciarse en relación a los aspectos técnicos (requisitos) que se le exigen cumplir a un determinado local comercial, a la luz de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, a efecto que les sea otorgado un permiso sanitario y entrar así en funcionamiento. También, esta Sala ha dicho que escapa del ámbito de su competencia entrar a valorar y cuestionar los criterios técnicos emitidos para dejar sin efecto eventualmente ese permiso, a través, por ejemplo, del giro de una orden sanitaria.

No obstante, es importante señalar que la anterior postura no obsta para que este órgano constitucional pueda llevar a cabo un análisis de una orden sanitaria y de las circunstancias en que esta fue emitida, desde una perspectiva constitucional, a la luz de aspectos que esta jurisdicción tradicionalmente sí ha abordado, analizado y garantizado desde su creación, tal y como se verá en los apartados siguientes. En ese particular, cabe destacar que esta Sala ha sostenido también que las órdenes sanitarias dictadas por las autoridades del Ministerio de Salud pueden ser revisables ante esta jurisdicción, en casos excepcionales, determinados de forma concreta por su ineludible directa relación con las libertades o derechos fundamentales esenciales en el sostenimiento del sistema democrático. Así, en Sentencia No. 21103-2022 de las 09:20 hrs. de 9 de septiembre de 2022, esta jurisdicción indicó:

“(...) este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha señalado que, bajo tesis de principio y salvo determinadas excepciones particulares, determinadas de manera concreta por su ineludible directa relación con libertades o derechos fundamentales esenciales para el sostenimiento del sistema democrático, las órdenes sanitarias dictadas por las autoridades del Ministerio de Salud no son cuestionables en esta jurisdicción. (...)”. (El destacado no forma parte del original).

Cabe destacar que mediante el Voto No. 1515-2021 de las 10:00 hrs. de 26 de enero de 2021, este Tribunal dispuso anular una medida sanitaria girada por el Ministerio de Salud en contra de un recurrente en detrimento de su derecho a la libertad de expresión, al estimarse que dicho acto administrativo carecía de fundamentos técnicos. En esta ocasión, esta Sala dispuso expresamente lo siguiente:

“(...) III.- OBJETO DEL RECURSO. Los recurrentes alegan que el amparado, en ejercicio de su derecho constitucional a la libertad de expresión, ha creado un movimiento en las redes sociales sirviéndose de su perfil público <https://www.facebook.com/rolandoarayamonge> y su programa radial "Cubaces Tiernos", que se transmite por radio en la frecuencia 89.1 FM y, de forma simultánea, en la plataforma de Facebook Live denominada "streaming", haciendo referencia a la supuesta eficacia del dióxido de cloro (clorito de sodio), para combatir covid-19. Sin embargo, el Ministerio de Salud emitió una orden sanitaria en su contra, por considerar que incita a la población a consumir una sustancia que no ha sido autorizada y, por el contrario, está contraindicada. (...)”

V.- Sobre el caso concreto. En su jurisprudencia, este Tribunal no ha escatimado en posicionar la libertad de expresión como un elemento clave del sistema democrático:

“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). (...)

Al igual que los demás derechos fundamentales, la libertad de expresión también está sujeta a limitaciones, como serían aquellas derivadas de la protección de la salud pública, entre otras.

La pregunta que la partes buscan dilucidar en este proceso se refiere a la posibilidad de que el Ministerio de Salud limite la libertad de expresión del amparado Araya. Para contestar tal pregunta, sin embargo, es necesario analizar las manifestaciones de las partes y la orden sanitaria en sí, toda vez que ella fue el medio utilizado para limitar los derechos del tutelado.

Como primer punto, la Sala nota una discrepancia entre lo manifestado por la autoridad recurrida en este proceso y la prueba material. En efecto, el informe señala que la orden sanitaria indica:

“En videos publicado en sus páginas de Facebook: <https://www.facebook.com/arayamonge> y <https://www.facebook.com/rolandoarayamonge>, en diferentes fechas. se refiere a la eficacia del producto clorito de sodio e insta a sus seguidores a que

lo ingieran ya que elimina los virus y muchas otras cosas. Además, afirma que el producto es inocuo. Trasfiero parte de lo que manifiesta en su video: “...descubrimiento o hallazgo que hicieron algunas personas en torno a la eficacia de un producto llamado clorito de sodio, bueno particularmente el producto activo dióxido de cloro que según resultados que han obtenido, elimina toda clase de gérmenes, probado científicamente porque lo usan en superficies, se usa generalmente para limpieza y purificación de agua...” “ ... Resulta que si una persona se toma un poquito de eso, unas gotitas de eso, pues le quita los virus, las bacterias y muchas cosas de estas...” “...pero no estamos pidiendo que lo usen y lo acepten, lo que me parece decente, lógico, aceptable, razonable, para una crisis como la que está viviendo el mundo, es que lo prueben, si nada le pasa a las personas, hay una inocuidad total...”

Se le informa: (...)” (El subrayado es agregado).

Empero, la orden sanitaria que fue aportada carece de tales transcripciones, pues textualmente reza en lo conducente:

“En videos publicado en sus páginas de Facebook: <https://www.facebook.com/arayamonge> y <https://www.facebook.com/rolandoarayamonge>, en diferentes fechas. se refiere a la eficacia del producto clorito de sodio e insta a sus seguidores a que lo ingieran ya que elimina los virus y muchas otras cosas. Además, afirma que el producto es inocuo y en otras publicaciones compartidas se afirma que el clorito de sodio o dióxido de cloro en organismos, reacciona contra gérmenes patógenos, oxida inmediatamente a los virus a las bacterias, hongos, parásitos y sirve inclusive para cáncer, diabetes y otras enfermedades.

Se le informa: (...)”

Este Tribunal observa una clara incongruencia entre ambos textos con respecto a un punto medular para el proceso: cuáles son las expresiones achacadas al tutelado.

Como era debido, la Magistrada Instructora previno a las partes que aportaran los videos relacionados con el sub iudice (resolución de las 16:27 horas del 18 de setiembre de 2020). No obstante, tal prevención fue incumplida por la parte accionada. Al respecto, esta última indicó:

“...En atención a la solicitud de aportar las publicaciones eliminadas por parte del Equipo Legal de Facebook ante el caso del Sr. Rolando Araya Monge, se le indica que debido a que este contenido fue subido a únicamente a sus páginas personales y el Equipo Legal de Facebook procedió a analizarlas y posteriormente eliminarlas, no se cuenta con el detalle de las mismas. Lo que sí se aporta es el oficio MS-DRPIS-UNC-2056-2020 dirigido al Departamento Legal de Facebook, donde se indican los url's de los enlaces de las publicaciones que hacían mención al dióxido de cloro, en este se tomaba como referencia la alerta sanitaria denominada Productos que contienen Clorito de Sodio o Dióxido de Cloro, la Ley General de Salud en sus artículos 107, 111 y 112; y el reglamento para la autorización y control sanitario de la publicidad de productos de interés sanitario N° 36868-S. En este documento se observa lo publicado en dichas páginas de Facebook respaldado por el url de cada publicación, sin embargo, debido a la eliminación por parte del equipo legal de esta empresa no se cuenta con el detalle de las mismas más que lo que en el documento se indica...”

Ahora bien, las consecuencias de tal incumplimiento son distintas para la parte recurrente y la recurrida, debido al principio de carga dinámica de la prueba y a la posición procesal de cada una de ellas.

En sede constitucional, dado que la parte recurrente ha acreditado una limitación a los derechos del tutelado (por escrito del 10 de agosto de 2020 cumplió la prevención de la Sala y aportó copia de la orden sanitaria), la carga dinámica de la prueba obliga a la autoridad accionada a justificar tal restricción. En el sub lite, la justificación del accionar de la Administración y la orden administrativa dictada está en los supuestos videos del procedimiento administrativo, por lo que la recurrida debió resguardarlos y aportarlos.

Justamente, desde el punto de vista procesal, la obligación citada recae en la Administración, dado que ella tiene el deber de recabar y asegurar en el expediente administrativo la prueba que sirve de fundamento a sus decisiones en los procedimientos, de manera que el afectado pueda acudir al expediente administrativo seguido en su contra y conocer a cabalidad las circunstancias del caso, requisito sine qua non para el efectivo ejercicio de su derecho constitucional a la defensa.

Empero, los videos que sirvieron de base a la orden sanitaria dictada, objeto de este asunto, no se encuentran en el expediente administrativo, lo que solo le resulta imputable a la Administración. Tal situación impide que el amparado pueda cuestionar cuáles expresiones pudieron generar la reacción estatal y así defenderse. Ahora bien, como cualquier carga procesal, la parte que incumpla con ella en el sub examine, el Estado debe afrontar las consecuencias procesales de su omisión.

La Sala explica a la autoridad recurrida que, cuando se le reprocha a una persona el uso inadecuado de la libertad de expresión y se le imponen limitaciones a tal derecho, de modo inexorable debe existir certeza en cuanto a las razones de tales medidas excepcionales, que solo se pueden imponer en el marco de los casos permitidos por el orden constitucional y el convencional. Se reitera que la libertad de expresión resulta esencial para el sostenimiento de la democracia y, por ende, configura un aspecto cardinal de nuestro sistema político, por lo que toda restricción a ella no solo debe tener un adecuado fundamento jurídico-positivo, sea en la normativa interna o en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, sino que, además, la autoridad competente se encuentra obligada a acreditar plenamente el sustento fáctico sobre el cual se basa.

Por el carácter sumario del proceso de amparo, tampoco podría la Sala asumir una posición inquisitoria e investigar cuáles videos pudieron eventualmente servir de fundamento al accionar estatal, en especial porque tal actividad tendría la finalidad de suplir las omisiones de las autoridades estatales, lo que roza con la naturaleza de Tribunal que defiende al individuo frente al Estado.

Finalmente, la Sala advierte que lo anterior no habría obstado para una valoración distinta, si se hubiese comprobado que las manifestaciones del amparado ponían en riesgo la salud de las personas y la actuación de la Administración se hubiese basado en un razonamiento jurídico positivo preciso y bien fundado. La Sala reafirma que el Ministerio accionado puede y debe salvaguardar la salud pública. (...)

POR TANTO: Se declara con lugar el recurso y, en consecuencia, se anula la orden sanitaria No. MS-DRPIS-UNC-2001-2020 del 30 de julio de 2020,

dictada por el Ministerio de Salud. (...)". (El destacado no forma parte del original).

Así las cosas, se evidencia que la línea de esta Sala es brindar tutela cuando una orden sanitaria violenta otras libertades públicas que se encuentren directamente relacionadas con el sostenimiento del sistema democrático, como lo es, por ejemplo, la libertad de expresión.

A partir de lo anterior, es de suma relevancia tomar en consideración que en este amparo nos encontramos ante una situación absolutamente excepcional, ya que se encuentra de por medio uno de los derechos fundamentales de mayor importancia y trascendencia para el pueblo de Costa Rica y su preciado sistema democrático, como lo es la libertad de expresión. De ahí; la plena justificación para que este Tribunal Constitucional conozca por el fondo este asunto vía amparo, y se pronuncie respecto a los hechos acusados.

B. CIERRE DE PARQUE VIVA A TRAVÉS DE UNA ACTUACIÓN ARBITRARIA, INFUNDADA Y DESPROPORCIONADA. El Director del Diario La Nación, Armando González Rodicio, junto con otros periodistas de ese medio de comunicación, acudieron a este Tribunal y formularon el presente amparo en contra del Presidente de la República, así como de la Ministra de Salud, por habersele girado a Parque Viva (sitio propiedad de Grupo Nación S.A. al cual pertenece también el referido periódico), una orden sanitaria de cierre total de sus actividades en virtud de existir presuntos problemas relacionados con los accesos viales a dicho sitio. Concretamente, argumentan que dicha orden se ejecutó, de manera arbitraria, pese a que aún no se contaban con criterios técnicos de la Cruz Roja y del Cuerpo de Bomberos respecto a la capacidad de la vía de acceso al establecimiento, los cuales fueron aportados y comunicados días después y resultan cuestionables. Además, señalan que se les exigió presentar un plan remedial que abarque la solución a la problemática de los accesos al parque, pese a que los inspectores del Ministerio recurrido, durante la inspección realizada, no encontraron problema alguno con estos y pese a que las autoridades del MOPT emitieron un informe exclusivamente sobre las vías públicas ubicadas afuera de dicho sitio. Mencionan que, tanto el Alcalde de Alajuela como líderes comunales, han coincidido en que los congestionamientos viales no se pueden atribuir solamente a las actividades realizadas en Parque Viva, habida cuenta que se debe tomar en cuenta concomitantemente el rápido desarrollo habitacional y comercial que se ha producido en la misma zona, sea, La Guácima de Alajuela. Indican que fue el Estado el que creó el

problema con su anuencia a la expansión urbanística de la zona, sin proveer la infraestructura pública necesaria. Sostienen que Parque Viva, al momento del cierre, contaba con todos los permisos exigidos en su momento (entre estos, el estudio de planificación vial aprobado en el año 2014), y que, incluso, recientemente, se afirmó que las instalaciones son idóneas para llevar a cabo las actividades que se organizan. Agregan que existe un proyecto vial para remediar el problema (construcción de un acceso a la Ruta Nacional No. 27 de cuatro carriles), para el cual se tramitaron la mayoría de los permisos; empero, a la fecha, no ha sido finalmente aprobado por el MOPT e, incluso, el Presidente de la República lo ha descalificado públicamente, refiriéndose a su intención de no permitirlo, pese a que este sería financiado por Grupo Nación. Señalan que como no se logró hallar una deficiencia en el Parque Viva, se decidió que los defectos se encontraban en la vía pública, donde no corresponde a los particulares, sino al Estado, proveer el remedio. Cuestionan que el problema no es Parque Viva, sino la infraestructura pública que poco ha avanzado en estos años para adaptarse a la densidad habitacional desarrollada después de su puesta en funcionamiento. Afirman que todo lo anterior les imposibilita, además, ejercer un adecuado derecho a la defensa. En virtud de lo anterior, solicitan que se acoja este recurso de amparo, y se anule la suspensión temporal del permiso sanitario de funcionamiento del Parque Viva, así como los actos administrativos que la sustentan.

En su descargo, la Ministra de Salud hizo referencia en su informe a la denuncia planteada el 5 de julio de 2022 en contra del funcionamiento de Parque Viva y al trámite realizado con ocasión de esta. *Grosso modo*, señaló que, en virtud de esa denuncia se realizó una inspección por parte de las autoridades del Área Rectora de Salud de Alajuela 2, en la cual concluyeron que dicho establecimiento cumple con condiciones físico-sanitarias y estructurales a lo interno de estas, por lo que se recomendó trasladar la denuncia al MOPT para que este realizara una valoración de la situación (estado de calles, dificultad de acceso, etc.). Afirma la Ministra que, “así las cosas”, por oficio No. MS-DM-5754-2022, solicitó a las autoridades del MOPT criterio técnico respecto a las calles de acceso al recinto comercial. Menciona dicha autoridad que este último informe fue entregado por las autoridades del MOPT y que en este se indicó que correspondía a la Municipalidad de Alajuela otorgar los permisos de acceso y que la vía de ingreso al Parque Viva no tiene la capacidad suficiente para el manejo del tránsito generado. Asimismo, la Ministra señala que, posteriormente, el Comité Asesor Técnico de Concentraciones Masivas acordó proponer el giro de una orden sanitaria de cierre a Parque Viva para eventos masivos, así como solicitarse un plan remedial. Indica dicha autoridad que, efectivamente, el 8 de julio de 2022, se le notificó al representante de

Parque Viva la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022, en la cual se indicó que, en virtud de lo señalado por el MOPT y el citado Comité de Concentraciones Masivas, se ordenaba la suspensión temporal del permiso sanitario de funcionamiento hasta contarse con criterios técnicos requeridos al Cuerpo de Bomberos y a la Cruz Roja respecto a la capacidad de la vía de acceso al establecimiento por las unidades de primera respuesta, los cuales estaban siendo gestionados por el Ministerio de Salud. También, señala que se les solicitó presentar un plan remedial que solviente el problema de accesos al parque. Afirma la Ministra que, posteriormente, fueron emitidos informes técnicos por parte del Cuerpo de Bomberos, de la Cruz Roja y del Sistema de Emergencias 9-1-1, de los cuales se desprende lo siguiente: Que deben existir medidas preventivas para reducir los riesgos como planes de emergencia que definan rutas de acceso suficiente con la amplitud necesaria que permita una respuesta eficaz en caso de una emergencia. Que las vías públicas de la comunidad de La Guácima resultan insuficientes para el rápido acceso de unidades de emergencia, lo cual se puede agravar ante eventos de concentración masiva. Que se requiere un acceso rápido y oportuno de las unidades de rescate especializadas, lo cual se dificulta por la longitud de las unidades extintoras. Adicionalmente, la Ministra de Salud señala que, según lo informado por el Sistema de Emergencias 9-1-1, cuando hay eventos de concentración masiva ingresa un número mayor de denuncias (por vehículos mal estacionados, embotellamientos, riñas por no poder salir, colisiones, etc.. Afirma que, en consecuencia, sí existe una situación de riesgo potencial en el lugar, por falta de un acceso seguro y fluido al sitio y que el acto administrativo en cuestión lo que busca es evitar poner en riesgo la salud, la seguridad y la vida de los que asisten a los eventos, así como la de aquellos que viven en los alrededores de Parque Viva, quienes, a su vez, requieren un acceso fluido a sus comunidades y, de ser necesario, un adecuado acceso de los medios de socorro. Por esto, afirma que es indispensable presentar el plan remedial solicitado *“el cual debe abarcar en su contenido la solución a la problemática de acceso en las comunidades de La Guácima de Alajuela, ante la realización de actividades de concentración masiva”*. Agrega la Ministra que los actos administrativos fueron recurridos y desestimados en respeto al derecho a la defensa y que la medida de suspensión temporal de actividades se mantendrá hasta que se presente, se apruebe e implemente un plan remedial que garantice que las actividades de concentración masiva de personas en Parque Viva no conlleve el colapso de las vías de acceso, no genere molestias a las comunidades vecinas y permita el ingreso de vehículos y personal de primera respuesta de forma pronta y segura. Menciona también que si existen otras actividades que no colapsan las vías, los representantes legales del establecimiento deben indicar en el plan remedial solicitado cuáles son estas, así como la cantidad de personas por actividad, a efecto que no

superen lo señalado en el criterio técnico emitido por el MOPT. Sostiene la Ministra de Salud que lo actuado se ha llevado a cabo para proteger y preservar el medio ambiente, la salud y la vida de las personas, por lo que no es posible alegar la existencia de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. Además, afirma que su actuación se encuentra ajustada a derecho y no puede brindar un trato diferenciado o privilegiado al medio de comunicación, tal y como se pretende. Finalmente, indica que en este caso se ha aplicado el principio precautorio en materia sanitaria y que la denuncia se atendió y resolvió apegados a lo dispuesto en el ordinal 41 constitucional.

Por su parte, el Presidente de la República, sobre este tema particular, señaló en el informe rendido a esta jurisdicción constitucional que la denuncia planteada en contra de Parque Viva se atendió con la mayor rapidez y disposición posible en aras de proteger a la ciudadanía. Expone que vecinos de La Guácima de Alajuela plantearon ante el Ministerio de Salud una denuncia anónima donde explicaron lo que han sufrido por años con este lugar y las consecuencias que podrían ocurrir en caso que no se tomen las medidas necesarias de forma urgente. Refiere a algunas noticias publicadas sobre el particular, mediante las cuales se refleja el malestar de algunos vecinos con el funcionamiento de dicho establecimiento. Afirma que, una vez recibida la denuncia, el Ministerio de Salud convocó a sesión al Comité Asesor Técnico en Concentraciones Masivas para analizar el caso y este, luego de examinar, a su vez, el informe técnico rendido por la Dirección General de Ingeniería de Tránsito (donde se concluye que cuando se realizan las concentraciones masivas en el Parque Viva, la vía que da acceso no tiene capacidad suficiente para el manejo del tránsito generado), acordó proponerle a las autoridades sanitarias una orden de cierre para eventos masivos y solicitar concomitantemente un plan remedial para las condiciones denunciadas. Por ende, siguiendo dicha recomendación, menciona que el Área Rectora de Salud de Alajuela 2 emitió la orden sanitaria en cuestión, mediante la cual se suspendió de forma temporal el permiso sanitario de funcionamiento para eventos de carácter masivo hasta que se aporte el referido plan remedial, el cual no ha sido presentado. Apunta que las autoridades han exigido a otros grupos comerciales la construcción de accesos de ingreso a centros comerciales de gran envergadura cuando se proyecta que la entrada en operación de estos recintos representará un aumento en el flujo vehicular de la zona en que fueron construidos, tal es el ejemplo de EPA en Desamparados o de City Mall en Alajuela, los que realizaron cuantiosas inversiones para ajustarse a los requerimientos de entrada y salida de vehículos. Agrega el mandatario que se cuenta con el criterio de la Dirección Regional de la Fuerza Pública de Alajuela, donde se señala que La Guácima está catalogada como sensible ya que convergen diferentes acciones delictivas y que las

aglomeraciones de vehículos y de personas en las afueras de Parque Viva, reduce la movilidad policial y produce un incremento en las llamadas de vecinos al 911, debido a incidentes de alteración al orden público. Expone que la Fuerza Pública hizo alusión a un incidente ocurrido el 7 de mayo de 2022, donde se debió brindar asistencia a los cuerpos de socorro para trasladar a un paciente, ya que la cantidad de personas impedía el movimiento de la ambulancia con rapidez. Agrega que el Cuerpo de Bomberos, por su parte, sostuvo que las comunidades aledañas a Parque Viva, al igual que el mismo sitio, se ven afectadas, ya que el tiempo de respuesta de las unidades de bomberos aumenta de forma considerable debido a las condiciones de las vías circundantes al recinto. También, aduce que ante la incredulidad que generó el hecho que el gobierno local le otorgara permisos de funcionamiento a Parque Viva, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo solicitó a la Municipalidad de Alajuela el expediente del proyecto. Afirmo que producto del análisis realizado a dicho expediente se hallaron una serie de situaciones muy preocupantes relacionadas con el permiso de uso de suelo y la viabilidad ambiental otorgada. Igualmente, indica que se demostró la falta de presentación de un estudio de impacto vial (que midiera el impacto de flujo vehicular asociado a las actividades que se desarrollan en Parque Viva), la falta de autorización del Cuerpo de Bomberos, así como que no se exigió o solicitó alguna mejora a la vialidad cantonal que da acceso al parque. Sostiene que no se trata de gestiones antojadizas, sino de acciones tendentes a proteger la vida de los costarricenses. Menciona que el propio Colegio de Periodistas de Costa Rica sostuvo que la situación del Parque Viva debe ser abordada desde el principio de legalidad, para lo cual existe la vía recursiva de impugnación del acto administrativo que ordenó la suspensión del permiso sanitario de funcionamiento, lo cual, además, se resuelve con la presentación de un plan remedial. Refiere que en nota publicada el 27 de abril de 2021, el Grupo Nación aceptó que las condiciones de acceso a las instalaciones del Parque Viva no son las mejores. Sostiene que al Grupo Nación se le otorgó la posibilidad de presentar un plan remedial y, también, ha tenido la posibilidad de recurrir la resolución administrativa. Menciona que no es cierto que la Administración haya clausurado definitivamente el recinto. Afirmo que el diario La Nación sigue operando, pero esto no significa que no se les vaya a exigir ajustarse a derecho cuando sea evidente y manifiesto que lo hacen de forma ilegítima y en detrimento de los derechos de los costarricenses. Además, sostiene que todas las decisiones se han tomado de acuerdo con parámetros técnicos, conforme una denuncia presentada por la misma ciudadanía.

Ahora, una vez señalados los argumentos expuestos por ambas partes (recurrentes y autoridades recurridas del Ministerio de Salud y Presidencia de la

República), conviene hacer un repaso general por los hechos que se tienen por acreditados en este proceso de amparo, respecto a este reclamo en particular.

Así, conviene destacar primeramente que se tiene por acreditado que Grupo Nación (del cual forma parte el Diario La Nación y, que es precisamente el medio para el cual trabajan los recurrentes), adquirió las instalaciones donde operaba anteriormente el llamado Autódromo La Guácima y creó Parque Viva.

Consta también que el Parque Viva obtuvo los permisos requeridos, por lo que en el año 2015 le fue otorgado el respectivo permiso sanitario de funcionamiento. Ese mismo año, dicho establecimiento fue entonces reinaugurado por el Grupo Nación. Como parte del cumplimiento de estos requisitos, se tiene por demostrado que por oficio No. DGIT-ED-5935-2014 de 1° de septiembre de 2014, una ingeniera de la Unidad de Permisos y el Jefe del Departamento de Estudios y Diseños, ambos de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito del MOPT, señalaron lo siguiente:

“(...) SOBRE EL ESTUDIO DE IMPACTO VIAL Una vez realizada la revisión del estudio de impacto vial presentado (para las condiciones de funcionamiento típico del Centro de Eventos La Guácima), esta Unidad indica que desde el punto de vista funcional no tiene objeción alguna con el proyecto. Lo anterior se debe a que esta Unidad comprobó que con la implementación de las medidas de mitigación planteadas a partir del análisis de capacidad realizado, los niveles de servicio (NDS) y longitudes de cola logran mantenerse en niveles adecuados. La aprobación del presente EIV tiene vigencia durante un año si las condiciones del tránsito y la vialidad aledaña no cambian significativamente y el proyecto es construido antes de finalizado este periodo, en caso contrario esta Dirección General se reserva el derecho de solicitar la actualización del estudio. Además, se le recuerda que la autorización corresponde exclusivamente para el proyecto presentado, por lo que cualquier modificación en tamaño, uso o de cualquier otra índole debe ser analizada por la Dirección General de Ingeniería de Tránsito para evaluar las nuevas condiciones, de lo contrario esta autorización pierde su validez (...)”.

Asimismo, se tiene que, por oficio No DVT-DGIT-ED-2015-4056 de 8 de octubre de 2015, ingenieros de la Unidad de Permisos de la Dirección General de Ingeniería de Transito del MOPT, indicaron lo siguiente:

“(…) Se les comunica que, se les recibe las ampliaciones y la señalización en la intersección # 3 con la Ruta Nacional N° 124 para el Proyecto: Centro de Eventos La Guácima. ubicada en el Distrito N° 05: la Guácima, Cantón NB 01: Alajuela, Provincia N° 02: Alajuela, en la propiedad inscrita ante el Catastro Nacional con el número SJ-1244439- 2007, cuyo permiso fue tramitado por este Departamento bajo el expediente ED-AC-13-0081, según el diseño que consta en las láminas 01/10, 02/10, 03/10, 04/10, 05/10, 06/10, 07/10, 08/10, 09/10, 10/10 firmadas por el profesional responsable, la ingeniera Natalia Marín Villalobos, IC-16371. Lo anterior debido a que en inspección se constató la realización por parte del interesado de la respectiva señalización vertical y horizontal a satisfacción, acorde con las directrices del Departamento de Señalización Vial de esta Dirección General, y de conformidad con el Manual Centroamericano de Dispositivos Uniformes para el Control del Tránsito, (SIECA). Con base en lo anterior, esta Unidad Técnica no tiene objeción alguna, desde el punto de vista funcional y de señalización (no incluye calidad de la demarcación horizontal y vertical), en el uso del acceso en referencia (…).”

También, consta que las autoridades del Ministerio de Salud renovaron al Parque Viva el permiso sanitario de funcionamiento No. MS-DRRSCN-DARSA2-RPSF-0177-2019 con vigencia hasta febrero de 2024.

Esta Sala tiene igualmente por demostrado que el 16 de diciembre de 2021, por oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-4070-2021, el Director del Área Rectora de Salud Alajuela 2 del Ministerio de Salud otorgó al Parque Viva visto bueno a los aforos declarados para las instalaciones de anfiteatro, salones y graderías del autódromo. En ese particular, se permitieron 18203 ocupantes en el anfiteatro, 12450 ocupantes en salones y 2901 ocupantes en graderías. Aunado a ello, consta que por oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-0163-2022 de 20 de enero del año en curso, esas mismas autoridades dispusieron la ampliación del aforo de graderías de Parque Viva a 8841 ocupantes.

Se tiene también por acreditado que a una hora no precisa del día 5 de julio de 2022, se presentó ante el Despacho de la Ministra de Salud una denuncia anónima en contra del funcionamiento del Parque Viva, a la cual se le asignó el número 243-2022. En tal oportunidad, el denunciante completó, en el machote o formulario establecido para presentar dicha gestión, los siguientes aspectos relacionados con el motivo de su

denuncia “2.1. Denuncias por asuntos relacionados con condiciones estructurales de edificios: a) Problemas estructurales (estado de paredes, techos, pisos, entre otros) (...) c) Incumplimiento de plan de emergencias para prevención y protección contra incendios (...) f) Condiciones de seguridad e higiene”. Adicionalmente, el denunciante expuso expresamente su inconformidad respecto al acceso al Parque Viva y los problemas que se suscitan en las calles que conllevan a este sitio cuando se realizan conciertos masivos. Concretamente, manifestó:

“(...) Este recinto es comúnmente utilizado para llevar a cabo conciertos masivos, donde se reúne una gran cantidad de personas. El problema con este lugar son sus puntos de acceso y la poca capacidad que tiene las carreteras, que son de una comunidad rural para recibir una enorme cantidad de vehículos al mismo tiempo. Todas las calles que dan al Parque Viva, son calzadas de un carril por sentido, muy angostas, sin bahías para autobuses, ni condiciones para alto tránsito. Cada vez que hay un concierto, las calles de la comunidad colapsan absolutamente, al punto que las personas tardan horas en desplazarse en distancias cortas o salir del parqueo del lugar. La situación es sumamente grave, pues durante una eventual emergencia, podría verse comprometida la respuesta de los cuerpos de socorro. Y es que estamos hablando de situaciones tan riesgosas como incendios, terremotos, caídas de estructuras, tiroteos, entre otros eventos trágicos que podrían ocurrir en eventos masivos. Las calles de la Guácima de Alajuela no pueden soportar la afluencia masiva de vehículos, pues sus vecinos también podrían ver menoscabados sus derechos por este tipo de eventos, ya que, ante emergencias en sus hogares o comunidades, la respuesta de las autoridades de auxilio tardaría muchísimo más que lo normal, por las enormes presas que genera este lugar. En vista de lo anterior, y ante la gravedad de los hechos denunciados se solicita la clausura definitiva del lugar, hasta tanto no encuentren una solución a la problemática. La solicitud se realiza en aras de proteger la salud pública y el interés común. PARQUE VIVA NO REUNE (sic) LAS CONDICIONES PARA ALBERGAR EVENTOS DE CONVOCATORIA MASIVA. Cierro indicando que es responsabilidad del Estado, de conformidad con el artículo 50 de la Constitución Política, velar porque se tutelen los derechos de los habitantes de la República y otorgarles el mayor grado de bienestar. Como prueba adjunto 8 fotografías de los únicos 2 accesos de lugar, que demuestran las condiciones de las calles circundantes. Además, adjunto 2 notas de medios

de comunicación donde se expone la problemática con las presas provocadas por los eventos masivos (...)". (El destacado no forma parte del original).

Consta que por oficio No. MS-DM-5754-2022, rubricado digitalmente a las 12:24:14 hrs. de 5 de julio de 2022, la Ministra de Salud, con carácter de urgencia, solicitó al Ministro de Obras Públicas y Transportes y a la Viceministra de Transportes y Seguridad Vial, criterio técnico en relación con las calles de acceso al recinto comercial privado, denominado Parque Viva. En tal ocasión, se indicó expresamente lo siguiente: *"(...) El criterio técnico se requiere para dilucidar aspectos estructurales y de seguridad humana. Por ello, deben considerarse los aspectos de capacidad que tienen las carreteras en el escenario de la enorme cantidad de vehículos y personas que al mismo tiempo asisten a los eventos masivos de dicho lugar, en relación con aspectos de eventuales emergencias, respuestas de acceso de cuerpos de socorro, riesgos por situaciones de conflictos, etc. (...)"*. Se determinó también que, dicha Ministra, mediante oficio No. MS-DM-5756-2022, rubricado digitalmente el 5 de julio de 2022 a las 12:38:24 hrs, trasladó dicha denuncia para su atención a la Directora de la Dirección Regional de Rectoría de la Salud Central Norte de ese mismo Ministerio (oficina ubicada en Heredia). Además, –según el respectivo sello físico–, consta que la mencionada denuncia fue recibida en el Área Rectora de Salud de Alajuela 2 a las 12:41 hrs. de ese mismo día 5 de julio.

Se tiene por acreditado que al ser las 13:50 hrs. de 5 de julio de 2022, autoridades del Área Rectora de Salud de Alajuela 2 llevaron a cabo una inspección físico sanitaria en el Parque Viva, producto de la cual se elaboró el informe No. MS-DRRSCN-DARSA2-1641-2022 de fecha 5 de julio de 2022, donde se consignó lo siguiente:

"(...) Según consta en el acta de inspección ocular MS-DRRSCN-DARSA2-IT-1639-2022 el día 05 de julio del 2022 al ser las 13:50 horas se realizó la visita específica en sitio para valorar lo expuesto por la parte denunciante. Respecto a la problemática denunciada, en cuanto al apartado de problemas estructurales, a lo interno de las instalaciones del recinto durante el recorrido realizado no se constataron problemas estructurales visuales relacionados con aspectos físico-sanitario, el estado de las paredes, pisos, servicios sanitarios y demás espacios de convivencia humana no presentaba problemas observables. En el apartado de incumplimiento del plan de emergencia, en sitio se evidenció la presencia de cuatro planes de emergencias, correspondientes a la propia sectorización que la empresa implementa para

sus instalaciones, teniendo un plan específico para el Centro de Eventos, El anfiteatro Coca Cola, el Circuito de Competencias y las Áreas Comunes, en sitio se corroboró que las señalizaciones respectivas se encontraban instaladas, se evidenció la presencia del equipo de combate contra incendios y de los respectivos implementos (comida, botiquín, férulas, entre otros). Con respecto a las condiciones de seguridad e higiene, durante el recorrido no se evidencia presencia de riesgos o condiciones inseguras que puedan afectar la integridad de los colaboradores de la empresa.

En cuanto a lo señalado por el denunciante sobre el problema vial, cabe resaltar que éste no es competencia del Ministerio de Salud, sin embargo, se realizó el análisis de los puntos de acceso y salida de las instalaciones, como se muestra en el anexo 1, las instalaciones cuentan con cuatro puntos de acceso para ingreso y salida de vehículos y se cuenta con una capacidad de 940 automóviles en el parqueo cercano al acceso 2, además de contar con espacio para 3000 vehículos en el sector del circuito de competición que se encuentra cerca del acceso 3 y 4 del Parque Viva, además de esto se muestra que los cuatro accesos se encuentran interconectados a lo largo de las instalaciones (se realizó un recorrido para comprobar esto), lo cual favorece la salida de los vehículos. 3. CONCLUSIÓN. Por lo expuesto, se puede concluir que las instalaciones de Parque Viva cumplen con condiciones físico-sanitarias y estructurales adecuadas a lo interno de estas, se procederá a trasladar los planes de emergencia al Encargado Regional de Salud Ocupacional para su valoración y revisión a profundidad, además se recomienda realizar el traslado de la denuncia al Ministerio de Obras Públicas y Transporte para que estos valoren las condiciones denunciadas que son competencia de esta dependencia (calles en mal estado, un solo carril por sentido vial, dificultad de acceso de cuerpos de emergencias por vía pública, entre otros) (...)". (El destacado no forma parte del original).

Este Tribunal tiene por demostrado que, en virtud de la gestión planteada el 5 de julio de 2022 a 12:24:14 hrs. por la Ministra de Salud, la Viceministra de Obras Públicas y Transportes le remitió a esta última el oficio No. DVTSV-2022-0341 de fecha 6 de julio del 2022, mediante el cual se solicitó dejar sin efecto el oficio No. DVT-DGIT-2022-DVT-DGIT-2022-334 enviado por correo electrónico el día anterior en la tarde (sea, el 5 de julio de 2022), con el objetivo de incluir más información al análisis del acceso al Parque Viva. Asimismo, en dicha ocasión, se adjuntó el oficio No. DVT-DGIT-2022-339, suscrito

ese mismo 6 de julio de 2022 por el Director General de Ingeniería de Tránsito, donde se indicó expresamente lo siguiente:

“(...) 1. El Parque Viva es un recinto que abrió sus puertas en el 2015 y se utiliza para realizar diversos tipos de eventos, como por ejemplo: eventos deportivos de motores, congresos, ferias, así como eventos de concentración masiva como conciertos y festivales. 2. De acuerdo a la información brindada en la página Web del Parque Viva, la capacidad del recinto es de hasta 20.000 mil personas. Además, cuenta con 4.900 espacios para estacionamiento privado, que se puede ampliar hasta en 6.000 espacios utilizando la pista de carreras. 3. En la actualidad, la Dirección General de Ingeniería de Tránsito no tiene ninguna solicitud relacionada con el acceso existente del Parque Viva. Tampoco ha realizado ningún estudio funcional en las vías con el escenario de un evento masivo como los que se realizan en el lugar. 4. El Parque Viva de (sic) localiza frente a una ruta cantonal denominada Calle Rincón Chiquito. Al ser una ruta cantonal, le corresponde a la Municipalidad de Alajuela el otorgamiento de los permisos de acceso (...) 5. La Calle Rincón Chiquito es una calle urbana de dos carriles, un carril por sentido de circulación. Este tipo de vías podría alcanzar una capacidad máxima alrededor de los 1.200 vehículos por hora por sentido. De acuerdo a las condiciones de la vía, un estudio detallado podría arrojar una capacidad menor a la mencionada. De acuerdo a los datos antes indicados, se puede asegurar que en el momento en que se realizan eventos de concentración masiva, la vía que da acceso al Parque Viva no tiene la capacidad suficiente para el manejo del tránsito generado. Bajo un escenario conservador, sin considerar estacionamientos periféricos al parque ni la utilización de la pista de carreras, tendríamos una generación de 4.900 vehículos por hora, lo cual representa más del doble de lo que la vía podría soportar (...)”. (El destacado no forma parte del original).

Consta que en virtud de todo lo anterior, el Comité Asesor Técnico de Concentraciones Masivas celebró una sesión extraordinaria el 7 de julio de 2022 a las 14:30 hrs. con la presencia de la Ministra de Salud en calidad de coordinadora, del Ministro de Obras Públicas y Transportes, de funcionarios de la Cruz Roja Costarricense, de la Dirección de la Policía de Tránsito, de la Comisión Nacional de Emergencias, del Cuerpo de Bomberos, del Sistema de Emergencias 9-1-1 y de Gestión de Riesgo del Ministerio de Salud. En el acta de dicha sesión No. 28643-S-MOPT-SP, se consignó lo siguiente:

“(…) Con base en las competencias que establece el artículo 4° del decreto ejecutivo 28643 se procede a conocer el caso. El señor Keylor Castro Chacón del Ministerio de Salud, a petición de la señora Ministra, lee el documento del Área Rectora de Salud Alajuela número MS-DRRSCN-DARSA2-1641-2022 y que se relaciona con el oficio MS-DM-5756-2022 de la Ministra de Salud. El señor Luis Amador interviene. Pone en perspectiva la situación de las calles de acceso. El señor Keylor Castro lee el informe DVT-DGIT-2022-339 (dirigido a la Ministra de Salud con la nota DVTS-2022-0341). La señora Ministra interviene. Don Alexander Araya del Cuerpo de Bomberos interviene y apunta las dificultades que tiene el cuerpo de bomberos para ingresar, por el tipo de unidades de emergencias que se tienen, las cuales miden 11 metros de largo y 3 metros de ancho, por lo que se nos dificulta el paso en las condiciones de tener vehículos a ambos lados. Tiene que ampliarse las vías de acceso o que exista otro acceso donde haya espacio para el tránsito y acceso de unidades de emergencia. El señor Luis Amador interviene. Señala lo inadecuado del uso del suelo. Debe ser ampliada la ruta para garantizar un flujo adecuado en los eventos y en las emergencias durante los eventos. Debe mejorarse esa ruta cantonal terciaria. Hay riesgo para la vida humana. Interviene don Jorge Rovira de la Comisión Nacional de Emergencias. Hay un permiso de funcionamiento vigente. Hay que tener cautela y ver la realidad del País. Interviene don Keylor Castro Chacón. Hay otros lugares con situaciones similares. Interviene la señora Ministra de Salud, haciendo una réplica de lo manifestado por don Keylor. Interviene don Felipe Venegas. El recinto ha presentado problemas desde que era el autódromo la Guácima. Solo tiene una calle de acceso y eso presenta un problema porque hay que pasar por zonas residenciales. Aún no hay un reglamento de eventos masivos. En este caso Parque Viva no es adecuado para eventos masivos. Johnny Hidalgo González, Interviene he (sic) indica que desde el 01 de enero del 2022, hay 18 reportes en lo que va del año de problemas de tránsito, más de 30 colisiones, 4 reportes de vehículos mal estacionados, 5 riñas, 3 incidentes de eventos contra el orden, entre otros reportes. Interviene don Jim Batres. Manifiesta preocupación por la cantidad de ambulancias que atienden cada evento, donde a veces no supera una sola unidad.

ACUERDO: Vistos los oficios mencionados, y la recomendación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes sobre tomar un curso de acción a raíz de la situación presentada con relación a la capacidad de la vía de acceso del

recinto denominado Parque Viva, se acuerda proponer a las autoridades correspondientes una orden sanitaria de cierre para eventos masivos del establecimiento denominado Parque Viva, y las medidas que correspondan con otras autoridades pertinentes. Debe solicitarse un plan remedial para las condiciones denunciadas, el cual de ser puesto en conocimiento de este Comité Asesor Técnico de Concentraciones Masivas (...)". (El destacado no forma parte del original).

Las autoridades del Ministerio de Salud, del MOPT, del Cuerpo de Bomberos, de la Comisión Nacional de Emergencias y de la Cruz Roja Costarricense, a través de sus representantes ante dicho Comité, votaron a favor de dicha propuesta.

Consta también que, con fundamento en lo anterior, las autoridades del Área Rectora de Salud Alajuela 2 del Ministerio de Salud, el 8 de julio de 2022 emitieron la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 (rubricada electrónicamente a las 12:37:21 hrs.), mediante la cual se dispuso el cierre de Parque Viva, conforme los siguientes términos:

"(...) En atención a denuncia anónima N° 243-2022, traslada (sic) mediante oficio MS-DM-5756-2022 desde el Despacho de la Ministra de Salud, por aparentes problemas estructurales, incumplimientos del plan de emergencia y condiciones de seguridad e higiene en el Parque Viva, y según consta en el acta de inspección ocular MS-DRRSCN-DARSA2-1639-2022 del día 05 de julio del 2022 al ser las 13:50 horas se realizó la respectiva visita en el sitio para valorar lo señalado en la denuncia. Así mismo, en concordancia con el principio precautorio y en atención a los oficios: MS-DM5814-2022, mediante el que se remite el Informe Técnico DVT-DGIT-2022-339 emitido por la Dirección General de Ingeniería de Transito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, el oficio MS-DM-5838-2022 mediante el que se remite el Acta N°28643-SMOPT-SP del Comité Asesor Técnico en Concentraciones Masivas, se ordena mediante el siguiente acto administrativo la suspensión temporal del Permiso Sanitario de Funcionamiento MS-DRRSCN-DARSA2-RPSF-0177-2019 (parque temático, autódromo, anfiteatro, eventos deportivos, culturales, ferias y exposiciones varias) hasta tanto se cuente para su análisis y toma de las respectivas acciones, con los Criterios técnicos emitidos por el Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica y de la Benemérita Cruz Roja Costarricense, con relación a la capacidad de la vía de

acceso a dicho establecimiento por las unidades de primera respuesta de esas instituciones, mismos que están siendo gestionados por el Ministerio de Salud. Así mismo, su representada deberá presentar un plan remedial que abarque la solución a la problemática de los accesos y el consecuente riesgo a la Seguridad y Salud Pública ante la realización de Actividades de Concentración Masiva, y la generación de una eventual emergencia en dichas actividades (...)". (El destacado no forma parte del original).

Adicionalmente, se tiene por demostrado que en dicho acto administrativo se hizo referencia a las consecuencias de no cumplir lo ordenado y se indicó que contra este procedía la interposición de los recursos de revocatoria con apelación en subsidio dentro de los cinco días hábiles posteriores a su notificación. Esta orden sanitaria fue notificada al representante de Parque Viva el día 8 de julio de 2022 a las 12:40 hrs. (vía correo electrónico), indicándose que se adjuntaban "anexos de importancia". Además, la notificación personal se llevó a cabo ese mismo día a las 14:15 hrs..

Ahora, se tiene por acreditado en autos que el mismo 8 de julio de 2022, la Ministra de Salud, por oficio No. MS-DM-5870-2022 firmado digitalmente a las 17:05:24 hrs, solicitó al Director del Cuerpo de Bomberos y a la Presidenta de la Cruz Roja Costarricense "(...) informes detallados y amplios, desde sus respectivos campos de competencias, con relación a la situación de Parque Viva en La Guácima de Alajuela, en el marco de la realización de eventos masivos y las situaciones de riesgo para la salud y la vida humana. Lo anterior como complemento al tema tratado en la reunión del Comité Asesor Técnico en Concentraciones Masivas del pasado jueves 7 de julio de 2022. Lo anterior a la mayor brevedad posible (...)".

Consta que, en atención a la anterior solicitud, se presentaron ante el Ministerio recurrido los siguientes informes técnicos:

a) El informe técnico No. CBCR-027150-2022-OPB-00741 de fecha 10 de julio de 2022, suscrito por un funcionario de Operaciones de Bomberos, mediante el cual se consignó lo siguiente:

"(...) Con relación a la situación del Parque Viva, ubicado en La Guácima de Alajuela, en el marco de la realización de eventos masivos y situaciones de riesgo para la salud y la vida Humana, indicó (sic): Las unidades extintoras del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica, tienen una longitud

aproximada de 11 metros y un ancho de 3 metros; esto hace que se requiera de suficiente espacio para poder maniobrar, ya sea cerca de la escena de incendio o durante la trayectoria hacia el lugar de la emergencia. La medida de ancho de la calle que se utiliza de forma normal para llegar a Parque Viva en la mayoría de su trayectoria mide aproximadamente seis metros, como se puede observar en esta fotografía, un autobús y un vehículo liviano, no pueden transitar de forma normal, para transitar, uno de ellos dos debe detenerse y dar paso (...) Igualmente existen tramos donde las medidas se reducen casi a cuatro metros, es decir una unidad de Bomberos requiere de todo el espacio para poder transitar, tomando como referencia las siguientes fotografías (...) Debido al ancho de la calle, existen tramos donde no se puede realizar las maniobras de adelantamiento (...) Debido a las situaciones planteadas anteriormente, como consecuencia, existen varias comunidades como Rincón Chiquito, Rincón Herrera, Guácima centro, al igual que las propias instalaciones del Parque Viva, se podrían ver afectadas debido a que el tiempo de respuesta de las unidades de Bomberos aumenta de forma considerable, además, cuando se dan bloqueos en las carreteras, se imposibilita el acceso a las comunidades, situación que pone en riesgo las vidas y las propiedades (...)”.

b) El informe técnico No. CRC-GG-SO-OF-074-2022 de 11 de julio de 2022, suscrito por el Sub Gerente Operativo de la Cruz Roja Costarricense, donde se señaló lo siguiente:

“(...) Como institución de primera respuesta se cuenta con amplia experiencia en la atención de eventos masivos en diferentes eventos y lugares, la Cruz Roja Costarricense ha tenido que atender pacientes en función de las actividades realizadas en el mismo, esto obedece a la cantidad de personas que asisten a las diferentes actividades que dependiendo del mismo, pueden ser varios miles de personas. (...) En el caso de los eventos que se desarrollan en el Parque Viva, es necesario aclarar que la Cruz Roja Costarricense no cubre tales actividades, sino que las empresas organizadoras del evento, contratan empresas privadas de ambulancias que brindan este tipo de servicios, siendo necesario indicar que en el país existen cerca de 70 empresas privadas que brindan servicio prehospitalario de traslado de pacientes, en consecuencia se aclara los videos de varias ambulancias que circulan en redes sociales, ligadas a la atención de casos de emergencia en Parque Viva no son de Cruz Roja. Así las cosas, nuestra recomendación en este Comité Asesor Técnico ha sido históricamente

manifestar la importancia de que se genere una regulación para el tema de eventos masivos, sabemos que el Ministerio de Salud tiene el Reglamento General para Autorizaciones y Permisos Sanitarios de Funcionamiento Otorgados por el Ministerio de Salud y que el Ministerio de Seguridad Pública cuenta con el Manual de Tramitación para la Aprobación de los Planes de Seguridad los Eventos Temporales con Asistencia Masiva de Personas. Sin embargo, hace unos 6 años se sugirió trabajar con el Algoritmo de Maurer que lo trabajan en Alemania. En términos generales, según la experiencia de la Cruz Roja Costarricense, cualquier lugar en el que se realizan eventos masivos debe tener una entrada y una salida para todos los vehículos que asisten a los eventos, y que permitan una adecuada circulación para los vehículos de emergencia, tanto para atender incidentes en el lugar del evento, como en zonas circundantes, así como vías que permitan la evacuación masiva de los participantes en caso de activarse alguna amenaza y contar con un Plan de Emergencias actualizado, que contemple una adecuada proporción de ambulancias en función de la cantidad de asistencias al evento (...)”.

c) El informe técnico No. CRC-GG-OF-012-2022 de fecha 12 de julio de 2022, suscrito por el Gerente General de la Asociación Cruz Roja Costarricense –en seguimiento a lo señalado en el anterior informe No. CRC-GG-SO-OF-074-2022–, mediante el cual se informó lo siguiente:

“(...) En el caso específico objeto de la presente consulta, se conoce que las vías públicas de la comunidad de La Guácima de Alajuela y zonas aledañas son insuficientes para el rápido acceso de nuestras unidades de emergencia en la atención ordinaria de incidentes, que se puede agravar cuando se realizan eventos masivos, puesto que hemos conocido de situaciones en las cuales el simple desperfecto mecánico de un vehículo particular atrasa sustancialmente el ingreso de nuestras ambulancias. Históricamente los tiempos de respuesta para atender emergencias por parte de las diferentes instituciones se han visto afectados por la congestión vial en diversos puntos del territorio nacional, situación que sucede también en La Guácima de Alajuela, experimentando un incremento en el tiempo de traslado de los vehículos de emergencia de forma variable, generándose atrasos que van desde 10 minutos hasta los 30 minutos. En algunos casos específicos, el tiempo de llegada o salida de nuestros vehículos se ha extendido hasta más tiempo, ocasionado por la cantidad de vehículos que se ubican en los costados de las

vías públicas aledañas al sitio del evento, e incluso por personas que transitan en las vías públicas, lo cual hace que se tenga que circular con mayor cautela. Para el caso concreto la estructura operativa de la Benemérita Cruz Roja Costarricense ha trabajado en tres escenarios que se atienden para un análisis de la situación que le permite a las autoridades tomar las decisiones según sus competencias. 1. Accidentes de tránsito: en la atención de un accidente de tránsito dependiendo de la gravedad del mismo, se hace necesario la llegada de diferentes recursos, ambulancias, camiones de rescate, e incluso la presencia del Cuerpo de Bomberos de Costa Rica. Cabe destacar que se pueden presentar casos en lo que los pacientes se encuentran prensados consecuencia del incidente, requiriéndose que a la escena se sume el equipo de rescate especializado según las necesidades. En cualquiera de los casos los pacientes requieren ser atendidos de forma inmediata, ya que en algunos casos la vida puede estar en riesgo inminente. 2. Incendios estructurales: en la atención de incendios estructurales generalmente responde el Cuerpo de Bomberos para extinguir el fuego y la Cruz Roja Costarricense acude a la escena para la atención de pacientes, por lo que dependiendo del tamaño del incidente, la cantidad de recurso que se hace presente se podría ver afectado por la dificultad de acceso a las instalaciones en riesgo y la evacuación de pacientes. 3. Casos médicos: Dependiendo de la gravedad del caso, se requiere que el paciente reciba atención de forma expedita dado que el retraso en los tiempos de respuesta genera un impacto negativo en el pronóstico de la persona, afectando potencialmente la vida. Por ejemplo, en el caso de un paro cardiorrespiratorio se requiere acceso al paciente idealmente en menos de 10 minutos. Por otro lado, dependiendo de las circunstancias, existe la posibilidad de que la Unidad de Soporte Avanzado de Vida (USAV), en sitio, requiera del apoyo de una Unidad de Soporte Avanzado de Vida (USAV), dado que esta segunda ambulancia cuenta con personal de mayor nivel de capacitación, más equipamiento y por ende, mayor nivel resolutivo, ofreciéndole así una mejor oportunidad a la salud del paciente. Cabe destacar que al haber dos unidades o más en el lugar del siniestro se requerirá un espacio amplio y seguro para que los socorristas puedan brindar su atención (...).”

También, consta que se aportaron ante la Ministra de Salud otros informes relacionados con este mismo tema, sea, los siguientes:

El informe técnico No. 911-DI-2022-2202 de 11 de julio de 2022, a través del cual la Directora del Sistema de Emergencias 9-1-1 se refirió a eventos acaecidos en zonas circundantes al Parque Viva durante unas fechas específicas, sea, 7, 14 y 21 de mayo y 17 y 18 de junio de 2022 (v. gr. situaciones relacionadas con problemas de tránsito, vehículos mal estacionados, riñas de personas, una persona inconsciente y otra extraviada, etc.).

Y también, el oficio No. DM-2022-3121 de 11 de julio de 2022, a través del cual el Ministro de Obras Públicas y Transportes señaló lo siguiente:

“(...) En relación con la situación que se ha presentado con el cierre temporal sujeto a acciones remediales del Parque Viva, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes emite el siguiente criterio considerando que: El Parque Viva contiene múltiples usos de suelo que pueden producir concentración masiva, entendida como eventos temporales que reúnen extraordinariamente a una cantidad de personas bajo condiciones de aglomeración en espacios físicos abiertos y/o cerrados, que por sus características de sitio suponen un escenario de riesgo o de amenaza que obligan a medidas preventivas de control de uso del espacio. El Parque Viva tiene 9000 m² de nave industrial, lo cual tiene una atracción estimada de 6593 vehículos basado en referencia de 3 eventos similares en Reino Unido (...) El Parque Viva tiene una capacidad de 20.000 personas y usando una tasa de ocupación de 3 personas por vehículo (...) nos da 6667 vehículos por hora. Se estima que la calle adyacente tiene capacidad máxima de 800 vehículos por hora para un nivel de servicio E, pues es una vía de 4 m a 6 m de ancho en doble sentido de circulación. SE RECOMIENDA: Una concentración máxima de 2400 personas en evento (sic) masivos de acuerdo a situación actual de accesos y vías aledañas para poder garantizar un flujo adecuado de vehículos de acceso y salida al sitio (...)”.

Ahora, se demostró igualmente que los anteriores cinco informes técnicos (No. CBCR-027150-2022-OPB-00741 del Cuerpo de Bomberos, No. CRC-GG-SO-OF-074-2022 y No. CRC-GG-OF-012-2022 de la Cruz Roja Costarricense, No. 911-DI-2022-2202 del Sistema de Emergencias 9-1-1 y el No. DM-2022-3121 del Ministerio de Obras Públicas y Transportes), fueron puestos en conocimiento del representante legal de Parque Viva hasta el día 15 de julio de 2022, mediante oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-

1724-2022. En este último oficio se confirmó también lo dispuesto en la citada orden sanitaria y se consignó expresamente lo siguiente:

“(…) Una vez conocidos y analizados dichos documentos de acuerdo con lo indicado en la orden de cita, queda demostrado que los mismos señalan que existe un evidente problema para la atención de emergencias (accidentes de tránsito, incendios estructurales, casos médicos, entre otros), por parte de las Instancias de Primera Respuesta tanto en las comunidades aledañas, como para los mismos asistentes a los eventos de concentración masiva que se realizan en el Parque Viva, debido a problemas de tránsito y acceso al lugar, por lo tanto, en concordancia con el principio precautorio y en aras de garantizar el cumplimiento de los artículos 21 y 50 de la Constitución Política, el artículo 11, 152, 153 y 154 de la Ley General de la Administración Pública y los artículos 1, 2, 3, 37, 38, 39, 322, 325, 348, 355, 356, 357 y 364 de la Ley General de Salud, se confirma en todos sus extremos y alcances la Orden Sanitaria MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0386-2022 (sic) (...)”.

Asimismo, se ha tenido por demostrado que un día antes de notificarse este último oficio, sea, el 14 de julio de 2022, los representantes del Grupo Nación formularon un recurso de revocatoria y de apelación en subsidio en contra de lo dispuesto en la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 de fecha 8 de julio de 2022. Recursos que, según informó la Ministra de Salud, ya fueron resueltos y desestimados.

Adicionalmente, es importante tomar en cuenta otros hechos que se han tenido por demostrado en este amparo, los cuales guardan relación con los anteriormente expuestos.

Así, nótese que consta en autos que a manos del Presidente de la República llegó el oficio No. MSP-DM-DVURFP-DGFP-DRSA-SBDRA-DPCAS-D26-0827-2022 de 10 de julio de 2022, mediante el cual el Subdirector Regional de la Dirección de la Fuerza Pública de Alajuela le informó el Viceministro de Seguridad Pública sobre el entorpecimiento que se presenta en la atención de incidentes de carácter policial en el perímetro externo a Parque Viva cuando se realizan actividades en dicho establecimiento. En este oficio se afirmó que las actividades referidas generan enormes embotellamientos, lo cual representa un aumento sustancial en los tiempos de respuesta policial ante las emergencias reportadas vía 911 y que son resorte de la Fuerza Pública. Además, se indicó que las actividades masivas provocan un incremento de los delitos contra la propiedad y se recurre más a la Fuerza Pública por alteración al

orden público, riñas, violencia contra mujeres, conducción temeraria, consumo de alcohol y drogas en vía pública, etc.. Por ende, se sostuvo que “(...) *la afectación al servicio policial durante los eventos masivos en la zona referida, es evidente, notoria, frecuente y repetitiva; dado que el impacto de incidencia delictiva diversa, que se genera por el conglomerado enorme de visitantes; afecta el normal desenvolvimiento de las actividades de la población de la zona, y las acciones policiales de carácter diaria (...)*”. Asimismo, consta que por oficio No. PE-243-07-2022 de 29 de julio de 2022, la Presidenta Ejecutiva del INVU le informó al Presidente Rodrigo Chaves, una serie de aspectos relacionados con el llamado Parque Viva, luego de haberse realizado una revisión del expediente que consta en la Municipalidad de Alajuela. *Grosso modo*, en dicha ocasión, se indicó que los usos de suelo otorgados no son conformes con el plan regulador aprobado en el 2004; que la viabilidad ambiental fue otorgada solo para mejoras en el autódromo; que no existe registro de la presentación de un estudio de impacto vial al MOPT o al municipio que midiera el impacto del flujo vehicular, pues no fue solicitado y que, tampoco, fue requerida alguna mejora a la viabilidad cantonal que da acceso al complejo. Se demostró también que el Municipio de Alajuela, el 3 de agosto de 2022, a través de su página oficial de Facebook, se pronunció y refutó lo consignado por el INVU. Esto, conforme los siguientes términos:

“(...) CON RELACIÓN A LAS PUBLICACIONES DEL CRITERIO EMITIDO POR EL INVU SOBRE PARQUE VIVA, QUE HAN CIRCULADO EN DIVERSOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EL DÍA DE HOY. Sobre la información que ha circulado en diversos medios de comunicación sobre el proyecto PARQUE VIVA basado en un informe emitido por Instituto de Vivienda y Urbanismo, INVU, como primero de los aspectos, debe indicarse que la Municipalidad de Alajuela no ha sido notificada de dicho informe, de manera que nuestro conocimiento se limita a las publicaciones realizadas por esos medios de comunicación, asimismo, se trata de apreciaciones de dicha institución sin consultas a este municipio. Es de importancia aclarar algunos puntos. 1. USO DE SUELO. La zonificación de la finca 2-198873, no fue modificada, pues según el Plan Regulador Urbano vigente que aplica a la especie, la mencionada finca se encuentra en una zona denominada zona verde, Regulada en el Art 56, Plan Regulador Urbano. Pasa por alto en el análisis el INVU, lo establecido en el artículo 60 del Plan Regulador Urbano, que señala que, si pasados 5 años desde la publicación del Plan Regulador la Municipalidad no adquiere estos terrenos destinados a zonas verdes, estos adquieren la zonificación cercana que menos afecte al usuario, lo que fue aplicado en este caso, tal como y se

indicó en los usos de suelo, se trata de zona residencial de media densidad. Por lo tanto, los usos de suelo del proyecto son correctos. 2. SOBRE LA VIABILIDAD AMBIENTAL, la resolución de aprobación de la viabilidad ambiental revisada por la Municipalidad de Alajuela para la tramitación del permiso de construcción del Proyecto Parque Viva, es correcta, y describe las obras de manera general, mismas que coinciden con los planos presentados y debidamente aprobados por las otras instituciones de manera previa y por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, según consta en la plataforma APC. El título del proyecto, es decir, el nombre con el que se conoce el mismo en el expediente, fue el que varió con el tiempo, lo que no afectó la naturaleza de lo analizado, y mucho menos la naturaleza de las obras (nombre de fantasía). No porque la empresa cambiara el nombre del proyecto, cambia la naturaleza de las obras. 3. SOBRE “LA FALTA DE UNIFORMIDAD EN LOS USOS DE SUELO” El análisis se realizó de forma coincidente y consistente en todos los casos, bajo el principio de legalidad y de inderogabilidad singular de las leyes. Lo único que varió desde el año 2014 y en los sucesivos usos de suelo fue la forma en que se presentó la información. Al expediente se adjuntó una minuta de los usos de suelo que puede corroborarse para confirmar lo indicado. 4. IMPACTO VIAL, El Plan regulador urbano de Alajuela en su artículo (sic) 12.7 solicita la presentación de un estudio de impacto vial para LA APROBACION (sic) FINAL del proyecto, no para el otorgamiento de usos de suelo, es decir, aplica para el permiso de construcción. Sobre el tema puede observarse los requisitos que solicita la Municipalidad para este proyecto o cualquiera otro, y con base en la normativa que regula la materia. Para la aprobación del final del permiso (sic) de construcción este gobierno local revisa la Viabilidad ambiental otorgada por SETENA, siendo que dicha entidad en su análisis, siempre verifica el impacto vial de los nuevos proyectos. Según la revisión del expediente de SETENA, esta entidad consideró que con lo presentado en planos fue suficiente, y con ello dieron la respectiva aprobación, por lo que se respeta lo indicado en la Ley 8220 y sus reformas, y su Reglamento, de manera que, en apego al principio de respeto de competencias, se respetó el criterio de SETENA. Además, es importante recordar que el proyecto contó con la debida aprobación del Estudio de Impacto Vial por parte de la Dirección de Ingeniería de Tránsito del MOPT, mediante resolución N° DGIT-ED-5935-2014. 5. ACTAS SOBRE PROCESO CONSTRUCTIVO, Si se otorgó el permiso final, implica la corrección de cualquiera situación que pudo haberse notificado. 6. SOBRE LAS

ANOTACIONES DE OTRAS INSTITUCIONES, La Municipalidad de Alajuela no sustituye en sus labores a otras instituciones las cuales pueden revisar el expediente y realizar las inspecciones respectivas en campo para el cumplimiento de estas. Es importante indicar en todo caso que, según se observa en el expediente cada anotación fue subsanada por la institución respectiva lo que generó (sic) la aprobación por parte del CFIA. Según el expediente el contrato OC626867, con fecha del 13-11-2013, se determina que “el proyecto se aprueba con las observaciones institucionales subsanadas por el profesional”. En definitiva, este gobierno local a través de la Actividad Control Constructivo está en la mejor disposición de aclarar cualquier duda que se genere al respecto de este proyecto, ratificamos que todas nuestras actuaciones han sido consecuentes y ajustadas a la normativa que regula la materia (...).”

Asimismo, es importante tomar en consideración que en este asunto se ha demostrado que Grupo Nación (desde al menos el año 2019, muchos meses previos a que le fuera notificada la orden sanitaria bajo estudio), dio inicio a un proyecto para construir en los próximos años un acceso de cuatro carriles que comunica la Ruta No. 27 con el Parque Viva (o con el proyecto a futuro denominado Ciudad Viva). Este proyecto en el año 2021 y a inicios de 2022, contó preliminarmente con el visto bueno de una serie de instancias gubernamentales. Así, consta que mediante oficio No. DVT-DGIT-ED-2021-1845 de 21 de septiembre de 2021, un ingeniero y el sub jefe del Departamento de Estudios y Diseños de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, consignaron lo siguiente: “(...) Esta Dirección mantiene su criterio de no objeción con la propuesta realizada desde el punto de vista funcional y de seguridad vial, emitida el 13 de julio del año en curso mediante oficio DVT-DGIT-ED-2021-1347; por lo que razona pertinente la aprobación del anteproyecto en mención (...)”. Por oficio No. GCTT 34-2021-0340 de 28 de septiembre de 2021, el Gerente a.i. de Contratación de Vías y Puentes del Consejo Nacional de Vialidad señaló lo siguiente “(...) En relación al proyecto indicado en la referencia, una vez revisado por los ingenieros de las diferentes áreas técnicas de la Dirección de Diseño de Vías y Puentes, se determina que: Se cumplió con la información solicitada; sin embargo, se aclara que, en la etapa de diseño se deben respetar los radios mínimos de rotondas, radios de giro y ejes geométricos para el vehículo de diseño del proyecto. En virtud de lo anterior indicado, se recomienda aprobar este Anteproyecto (...)”. Por oficio No. CNC-APM-SJC-0608-2021 de 12 de octubre de 2021, la Gerente de Proyecto del Consejo Nacional de Concesiones, entre otros aspectos, dispuso otorgar la “No objeción”

al anteproyecto de acceso desde la ruta nacional No. 27 a Ciudad Viva. Mediante oficio No. CCAR-2021-373 de 28 de octubre de 2021 el Secretario de la Comisión de Carreteras de Acceso Restringido del Consejo Nacional de Vialidad indicó que dicha comisión había acordado “(...) *aprobar el anteproyecto de conformidad con los informes de las unidades técnicas (...)*”. Por oficio No. DVT-DGIT-ED-2022-0088 de 18 de enero de 2022, un ingeniero y el sub jefe del Departamento de Estudios y Diseños de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, señalaron lo siguiente “(...) *Esta Dirección no tiene objeción con la propuesta realizada desde el punto de vista funcional y de seguridad vial, por lo que razona pertinente la aprobación del proyecto en mención (...)*”. Este proyecto, según se desprende de los autos, a la fecha no se ha aprobado.

Consta también que, respecto a este proyecto vial, el Presidente, en conferencia de prensa celebrada el 13 de julio de 2022, manifestó lo siguiente:

“(...) ¿Oyeron la mentira descarada que publicó La Nación que tiene desde hace dos años de pedir un acceso a la ruta 27 para arreglar el Parque Viva? Ah no, idiay si metemos un gol metamos cuatro goles más porque es cuatro veces el volumen de área lo que querían conseguir el permiso., ¿No les da vergüenza colapsar la Ruta 27 arriesgando todo el Occidente, Grecia, Naranjo, Atenas, San Carlos, todo Guanacaste y todo Puntarenas? (...)”.

Para efectos de resolver este extremo del recurso, igualmente, es importante tomar en cuenta lo consignado en la noticia publicada el 13 de julio del presente año, titulada “*Alcalde de Alajuela: Parque Viva recibió permiso antes de expansión urbanística en la Guácima*”, cuyo contenido es el siguiente:

“(...) Humberto Soto, alcalde de Alajuela, aseguró que el congestionamiento vial que se genera en la Guácima, Alajuela, no es causado únicamente por el Parque Viva, sino que se debe también al gran crecimiento habitacional del distrito y a los nuevos condominios que se levantaron en la zona. “Ha habido un crecimiento muy importante en el distrito de la Guácima que, sumado a las actividades a la gran cantidad de personas que ingresan al distrito, pues sí, es evidente que genera un congestionamiento vial. “Estoy abierto a negociar y poner el tema sobre la mesa; que hay que generar soluciones viables para el distrito, no hay que achacarlos a X o Y, ni generalizarlo”, explicó Soto. “Hay que ver la realidad. El parque tiene casi diez años de construido y, en estos diez años, ha habido un cambio sustancial en el desarrollo urbanístico del

distrito de La Guácima, es decir, hay más población y más condominios”, agregó. Desde el 2014, se han aprobado 44 condominios en el distrito, por ejemplo. Asimismo, el jerarca municipal dijo que, aunque el ayuntamiento ha invertido en ese distrito casi 1000 millones y pronto se iniciará la construcción de un puente que conduce a la comunidad de San Antonio de Alajuela, eso no es suficiente y necesitan más recursos para todo el cantón. “El municipio ha hecho unas inversiones, pero tal vez no las suficientes. ¿Por qué? Porque como gobierno local tenemos recursos limitados y 14 distritos, con una red de más de 421 kilómetros a nivel cantonal que atender. Para esa red, en un municipio como el de Alajuela, no hay recursos suficientes y hay que atender los 14 distritos del cantón, no sólo uno. Hay que hacer mejoras; de eso como alcalde estoy consciente”, informó Soto. En setiembre del 2014, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) aprobó el estudio de planificación vial del Parque Viva y solicitó que se construyeran accesos al sitio desde las distintas rutas que llevan al lugar y se instalara señalización vertical y horizontal, las cuales debían estar listas un año después. En una inspección realizada por el Ministerio en el 2015, se constató que el inmueble había cumplido lo solicitado. Este miércoles, el presidente Rodrigo Chaves, aseguró en conferencia de prensa en Casa Presidencial, que el permiso nunca debió darse y que solicitará el expediente a la Municipalidad de Alajuela, al tiempo que solicitará la intervención de la defensora de los Habitantes, Catalina Crespo. En aquella época, el hoy alcalde era regidor y dijo al respecto: “El permiso se dio por competencia de la administración municipal que era el órgano competente de la aprobación del mismo; en el expediente hay permiso de Salud y de muchas instituciones (...)”. (El destacado no forma parte del original).

En ese mismo orden de consideraciones, consta que en sesión de concejo de distrito ampliada celebrada el 13 de julio de 2022, el regidor y residente de La Guácima de Alajuela, Alonso Castillo, se refirió al problema relacionado con el crecimiento urbanístico en dicha zona. Se demostró que, en tal ocasión, dicho regidor manifestó que, de 2010 a fecha, en la Guácima se han aprobado 48 proyectos urbanísticos “*(...) sin contar Parque Viva, sin contar desarrollos comerciales, sin contar Automercado, sin contar centros comerciales (...)*”, lo cual, según su criterio, refleja una realidad vehicular que no es acorde con las carreteras diseñadas hace treinta años. Expresamente, dicho regidor, en aquella oportunidad, señaló además lo siguiente:

“(…) Aquí hay presas todos los días, a las siete de la mañana y a las cinco de la tarde, con concierto, o sin concierto. Si aquí pasa un accidente en Guácima centro hoy, colapsa La Guácima porque no hay para dónde coger. Si hoy pasa un accidente o se cae un poste como pasó hace unos meses (…) tenemos que ir a dar la vuelta por San Miguel, con el riesgo de que el carro que tengamos no tenga las condiciones para poder ir a dar esa vuelta (…) Esa es la realidad del distrito, que tiene serias limitaciones viales. Cuando yo llegué al Concejo Municipal de Alajuela, prometí que no iba a votar un solo proyecto urbanísticos más en el Concejo Municipal hasta que se aprobaran las rutas alternas (…) Al día de hoy (…) La municipalidad me dice que no tiene presupuesto para rutas alternas, entonces ¿qué quiere decir esto? La realidad continúa en las mismas condiciones que estamos hoy, con Parque Viva o sin Parque Viva, porque no hay presupuesto, no hay dinero para estas rutas alternas (…) Yo sinceramente me siento muy contento de que haya pasado lo de Parque Viva (…) porque hoy toda la prensa nacional está hablando de un problema que La Guácima tiene todos los días. Porque fue Parque Viva, porque si (…) se hubiera volcado un bus o hubiera pasado lo que sea, a nadie le interesa, el problema sigue. Y por dicha fue Parque Viva, porque Parque Viva tiene la voz para poder decir aquí hay un problema, pero hay problema real, que cuando hay un evento también colapsamos (…)”. (El destacado no forma parte del original).

Finalmente, en lo que al elenco probatorio se refiere, es de relevancia observar lo señalado por la Contraloría General de la República en el denominado Informe de Auditoría Operativa Sobre la Eficacia y la Eficiencia en el Uso de los Recursos de la Red Vial Cantonal en la Municipalidad de Alajuela de fecha 14 de julio de 2022 (informe No. DFOE-LOC-IF-00014-2022). Concretamente, en el aparatado de conclusiones, se señaló lo siguiente:

“(…) 3.1. Se determinó a partir de los indicadores y criterios establecidos, que no es posible garantizar que la gestión del servicio de red vial cantonal a cargo de la Municipalidad de Alajuela sea eficaz en el cumplimiento de sus fines y objetivos relacionados con la movilidad, la seguridad vial y la resiliencia de esta red, y que el uso de los recursos asignados se realice en apego al principio de eficiencia. 3.2. En este sentido, si bien se han realizado intervenciones de conservación vial principalmente en la superficie de ruedo y actividades de seguridad vial, aún persisten importantes limitaciones en la cobertura y

mejora de la superficie de ruedo, en la atención de otras estructuras esenciales en la infraestructura vial (puentes y aceras) y en el abordaje de la seguridad vial y la resiliencia de la red vial cantonal, sustentado en elementos técnicos que garanticen razonablemente la eficacia de las acciones municipales en estas materias. 3.3. En cuanto a la eficiencia, se evidenció que la Municipalidad de Alajuela carece de elementos mínimos fundamentales y de sanas prácticas necesarias para implementar una gestión orientada al cumplimiento de este principio; situación que refleja la necesidad de generar una cultura organizacional que considere el uso de datos e indicadores de gestión como un mecanismo indispensable para la mejora de la gestión en aras de satisfacer el interés público. 3.4. Finalmente, para cumplir con los retos que enfrenta nuestro país como el Objetivo del Desarrollo Sostenible n.º 11 (Ciudades y Comunidades Sostenibles) y avanzar en el propósito de no dejar a nadie atrás, se hace necesario ampliar la visión con la que se gestiona la red vial cantonal, de manera que esta gestión tenga una perspectiva integral de las problemáticas y una visión inclusiva y participativa de todas las poblaciones que habitan en el territorio, con especial énfasis en aquellas poblaciones con mayores rezagos y más vulnerables (...)”.

Aunado a lo anterior, es importante señalar que en este asunto no se ha tenido por demostrado que, de previo a entrar en funcionamiento Parque Viva, se les haya exigido a sus representantes construir –fuera del recinto–, accesos de ingreso o bien, presentar un plan que solventara los problemas de índole vial. Tampoco, que le haya sido notificado a los representantes de Parque Viva lo dispuesto en los oficios No. MSP-DM-DVURFP-DGFP-DRSA-SBDRA-DPCAS-D26-0827-2022 de la Dirección de la Fuerza Pública de Alajuela y No. PE-243-07-2022 suscrito por la Presidencia Ejecutiva del INVU.

Ahora bien, analizados los argumentos expuestos por los promoventes, los informes rendidos bajo juramento por las autoridades recurridas y las pruebas aportadas por ambas partes, esta Sala Constitucional estima que, efectivamente, tal y como se alega, la emisión de la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 de fecha 8 de julio de 2022 (rubricada electrónicamente a las 12:37:21 hrs.), se traduce en un acto administrativo abiertamente arbitrario, carente de fundamento certero, atropellado y absolutamente desproporcionado. A esta conclusión, se arriba, a partir de las siguientes consideraciones de interés:

- 1) Advierte esta Sala que el cierre de Parque Viva se llevó a cabo a través de un acto administrativo (orden sanitaria), carente de motivación o fundamento certero, lo cual, a su vez, representa un quebranto al debido proceso y al derecho a la defensa, tal y como este Tribunal Constitucional así lo ha sostenido a través de copiosa jurisprudencia (ver, entre otras, lo dispuesto en las Sentencia Nos. 7924-1999 de las 17:48 hrs. de 13 de octubre de 1999, 6535-2006 de las 11:34 hrs. de 12 de mayo de 2006 y 14362-2022 de las 09:20 hrs. de 24 de junio de 2022). Esta aseveración se sustenta en lo siguiente: a) En la orden sanitaria no se hizo alusión a las razones de derecho que motivaron su dictado, es decir, a aquellas normas de nuestro ordenamiento jurídico que sirvieron de sustento para su emisión. b) Se indica que el acto de cierre temporal se emite preliminarmente en atención a lo dispuesto en el acta de inspección ocular No. MS-DRRSCN-DARSA2-1639-2022 confeccionada por funcionarios del Área Rectora de Salud de Alajuela 2, el informe técnico No. DVT-DGIT-2022-339 suscrito por el Director General de Ingeniería de Tránsito y lo consignado en el acta No. 28643-S-MOPT-SP por parte del Comité Asesor Técnico de Concentraciones Masivas. Sin embargo, por los motivos que *infra* se explicarán con mayor detalle, lo consignado en tales actos no resultan de recibo ni sirven de fundamento para este Tribunal para sustentar dicha medida, en el tanto, el aspecto imputado a Parque Viva guarda relación exclusivamente con el tema de las vías de acceso al recinto (ubicadas fuera de este), y no con alguna irregularidad hallada propiamente en el referido sitio. c) El acto en cuestión dispuso el cierre de las instalaciones de Parque Viva cuando, para entonces, no se contaba aún con los criterios técnicos que, según la orden, se requerían recopilar y se estaban apenas gestionando por el Ministerio de Salud ante el Cuerpo de Bomberos y la Cruz Roja Costarricense. Nótese que lo anterior pone de manifiesto que la gravosa orden de cierre –para cualquier tipo de actividad–, del Parque Viva, se emitió y ejecutó sin contarse con criterios técnicos válidos y contundentes que respaldaran dicho proceder. Eso, es lo que da a entender lo dispuesto en la orden sanitaria y esto, claramente, no deviene en otra cosa más que en una arbitrariedad cometida por la administración pública. Debe destacarse que fue hasta el mismo 8 de julio de 2022 (horas después de haber sido notificada la orden sanitaria bajo estudio al representante del recinto), que la Ministra de Salud –por oficio No. MS-DM-5870-2022 rubricado a las 17:05:24 hrs.–, dispuso solicitarles exclusivamente a las referidas autoridades del Cuerpo de Bomberos y de la Cruz Roja Costarricense, informes “detallados y amplios”, respecto al Parque Viva “en el marco de la realización de eventos masivos”, y que no fue sino hasta los días 10, 11 y 12 de julio de 2022, que estos fueron emitidos (informes Nos. CBCR-027150-2022-OPB-00741,

CRC-GG-SO-OF-074-2022 y CRC-GG-OF-012-2022). Incluso, consta que el 11 de julio del año en curso se confeccionaron otros informes por la Directora del Sistema de Emergencias 9-1-1 (informe No. 911-DI-2022-2202) y por el Ministro de Obras Públicas y Transportes (informe No. DM-2022-3121). Estos cinco informes, según se demostró, fueron puestos en conocimiento del representante legal de Parque Viva mediante oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022 hasta el 15 de julio de 2022, es decir, siete días luego de emitida la orden de cierre total del referido sitio; oportunidad en la cual, además, se dispuso confirmar lo ordenado en este último acto administrativo al estimarse la existencia de problemas de tránsito y de acceso al lugar que dificultan la atención de emergencias (en el parque y en comunidades aledañas) y en concordancia con lo dispuesto en los ordinales 21 y 50 de la Constitución Política, así como en otras normas de la Ley General de la Administración Pública y la Ley General de Salud. Asimismo, debe observarse que todo esto sucedió cuando los representantes de Grupo Nación ya habían formulado el recurso de revocatoria con apelación en subsidio en contra de la orden sanitaria (lo cual se llevó a cabo el día antes, sea, el 14 de julio de 2022). Nótese que si bien en el oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022 se hizo alusión a los mencionados criterios técnicos e, incluso, en esta oportunidad, se citaron varias normas de nuestro ordenamiento jurídico, esto, de modo alguno, subsana las graves omisiones y deficiencias con las que fue dictada la orden sanitaria originalmente, las cuales, como ya se dijo, se traducen en una violación a los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso. Además, por las razones que se indicarán de seguido, los criterios citados por los recurridos no pueden servir de instrumento para cerrar Parque Viva.

- 2) Tal y como se ha podido acreditar en este proceso de amparo, Parque Viva no fue cerrado por las autoridades del Ministerio de Salud, a través de la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 de fecha 8 de julio de 2022, en virtud de algún problema relacionado directamente con sus instalaciones. Según se puede acreditar de lo dispuesto en el informe No. MS-DRRSCN-DARSA2-1641-2022 (confeccionado por el Área Rectora de Salud de Alajuela 2 en virtud de la inspección realizada en el sitio el 5 de julio de 2022 con motivo de la denuncia anónima formulada), *“las instalaciones de Parque Viva cumplen con condiciones físico-sanitarias y estructurales adecuadas a lo interno de estas”* e, incluso, se aseveró que los cuatro puntos de accesos y salidas de vehículos con los que cuenta el propio sitio (a lo interno), resultan adecuados y favorecen el flujo de estos. Tanto es así que consta en autos que las autoridades del Ministerio de Salud renovaron al Parque

Viva el permiso sanitario de funcionamiento No. MS-DRRSCN-DARSA2-RPSF-0177-2019 con vigencia hasta febrero de 2024 y que, en diciembre de 2021 y enero de 2022, se otorgó el visto bueno a sus aforos. El único aspecto que se le imputa a Parque Viva y por el cual se dispuso el cierre de sus instalaciones para todo tipo de evento (siguiendo, a su vez, lo acusado en la denuncia de 5 de julio de 2022), guarda relación intrínseca, única y exclusivamente, con las condiciones de las calles de acceso al recinto ubicadas afuera de este y los problemas de tránsito vehicular que en estas se generan. Particularmente, se aduce que la gran cantidad de vehículos que transitan por estas calles, principalmente, cuando se realizan eventos masivos en Parque Viva, aunado a su poca longitud y deplorable estado, no permiten una circulación expedita de los cuerpos de socorro ante alguna situación de emergencia que se presente en este sitio o bien, en las comunidades aledañas, lo cual, a su vez, según se ha afirmado, representa un riesgo para la salud y la vida humana. En esto coinciden las autoridades a las cuales se les solicitó emitir un criterio técnico sobre el particular, lo cual es fácilmente constatable realizándose una lectura de lo allí dispuesto. Por esto, además precisamente, es que, a través del dictado de la orden sanitaria, se le haya requerido al representante de Parque Viva, la presentación de un plan remedial “que abarque la solución a la problemática de los accesos”. No obstante, en criterio de este Tribunal Constitucional, resulta improcedente haberse llevado a cabo el cierre de este sitio imputándosele esa exclusiva circunstancia y, además, exigiéndosele una solución al problema, por los siguientes puntuales motivos:

- a) En primer término, debe tomarse en cuenta que el meollo del asunto gira sobre un problema generado “afuera” del Parque Viva y, por ende, no es a este al que se le debe imputar la responsabilidad en cuanto a su atención. El tema atribuido a las calles que conducen a Parque Viva ubicado en La Guácima, sea aquello referente al soporte vehicular y su condición o estado (y la consecuente atención y solución que a este debe prestársele), no es competencia de los recintos comerciales aledaños. Si bien estos últimos podrían contribuir con algunas mejoras (v.gr. la construcción de aceras o el levantamiento de algunas obras menores que faciliten el ingreso fluido al sitio), lo cierto es que sobre estos no puede caer la absoluta y total responsabilidad de brindar a las calles el requerido mantenimiento, ampliarlas y, además, resolver el problema del congestionamiento vehicular, el cual, cabe añadir, persiste no sólo en dicha zona de Alajuela, sino en otras muchas partes del país. Incluso, las propias autoridades del Área Rectora de Salud de Alajuela 2, en el informe No. MS-DRRSCN-DARSA2-

1641-2022, reconocen que lo tocante al problema vial no es competencia, ni siquiera, del Ministerio de Salud. En este caso, al tratarse de calles cantonales – tal y como se ha comprobado–, es a la Municipalidad de Alajuela a la que le corresponde su atención e intervención; sin embargo, no se observa que las autoridades del Ministerio de Salud –durante la tramitación de la denuncia bajo estudio–, le hayan solicitado siquiera un pronunciamiento a esta corporación. Por el contrario, se denota de la prueba aportada que los criterios han sido requeridos a las autoridades del MOPT, quienes, en el informe No. DVT-DGIT-2022-339, sostuvieron que “(...) 4. El Parque Viva de (sic) localiza frente a una ruta cantonal denominada Calle Rincón Chiquito. Al ser una ruta cantonal, le corresponde a la Municipalidad de Alajuela el otorgamiento de los permisos de acceso (...)”. Además, es importante señalar, en este punto, que la Contraloría General de la República, en el denominado Informe de Auditoría Operativa Sobre la Eficacia y la Eficiencia en el Uso de los Recursos de la Red Vial Cantonal en la Municipalidad de Alajuela de reciente data, sea, de 14 de julio de 2022, hizo referencia a la inoperancia de esta corporación en solventar los problemas viales de la zona; lo cual explica la falta de atención que, a la fecha, se le han brindado a las calles aledañas a Parque Viva y que son, precisamente, objeto de discusión producto de la denuncia formulada el 5 de julio de 2022. Así las cosas, esta Sala observa que el cierre de Parque Viva se origina o sustenta en un problema cuya atención, en realidad, le corresponde a las autoridades municipales, pues son estas las responsables de brindarle atención a las vías cantonales, en concreto, a aquellas de La Guácima de Alajuela, lo que, a todas luces, no han hecho.

- b) Independientemente de lo dicho en el apartado anterior, no consta en este asunto que, de previo a otorgarse los permisos a Parque Viva para su puesta en funcionamiento en el año 2015, se le haya exigido presentar un proyecto para paliar los problemas viales que hoy en día se le imputan (v.gr. construcción de accesos de ingreso fuera del recinto o bien, algún otro proyecto de mayor envergadura). Al menos, esto no ha sido señalado así por las partes recurridas ante este Tribunal. De todas formas, es importante apuntar que, en caso de haberse requerido dicho proyecto en aquel momento, pero obviado su exigencia y, por ende, su presentación, lo que procede actualmente es interponer el proceso que corresponda ante las respectivas instancias jurisdiccionales. No, emitir una orden sanitaria y solicitar un plan remedial, en los términos acá expuestos, como medio para subsanar una eventual omisión. En todo caso, es importante observar que de la prueba aportada por los recurrentes se logra

colegir que el estudio de impacto vial requerido y presentado en su oportunidad por los representantes de Parque Viva, fue aprobado en septiembre de 2014 por las autoridades de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito del MOPT. Concretamente, consta que en el ya citado oficio No. DGIT-ED-5935-2014, tales autoridades indicaron que “(...) Una vez realizada la revisión del estudio de impacto vial presentado (para las condiciones de funcionamiento típico del Centro de Eventos La Guácima), esta Unidad indica que desde el punto de vista funcional no tiene objeción alguna con el proyecto. Lo anterior se debe a que esta Unidad comprobó que con la implementación de las medidas de mitigación planteadas a partir del análisis de capacidad realizado, los niveles de servicio (NDS) y longitudes de cola logran mantenerse en niveles adecuados (...)”. Aunado a esto, resulta menester señalar que un proyecto como el que se exige actualmente a Parque Viva, no tendría razón de haber sido requerido años atrás, al tramitarse el permiso de funcionamiento, ya que, tal y como se explicará en las líneas de seguido, para ese entonces la situación vehicular en La Guácima de Alajuela era otra.

- c) Hoy en día se le ha exigido a Parque Viva (como requisito para permitir su reapertura), la presentación, aprobación pero, también, la implementación o ejecución (según los términos utilizados por la Ministra de Salud en el informe rendido a este Tribunal), de un plan que solviente un problema vial existente en la zona de La Guácima que no puede serle imputado únicamente al primero. Nótese que del estudio de este asunto se ha logrado comprobar que los congestionamientos viales en dicha zona no guardan relación exclusivamente con las actividades que se organizan en Parque Viva (las cuales, además, generalmente se agendan los fines de semana y por las noches). Por el contrario, se ha demostrado que, desde el año 2010 aproximadamente, se dio un vertiginoso desarrollo urbanístico en la comunidad de La Guácima (pues se han construido más de 40 condominios), lo cual evidentemente, se traduce en una mayor afluencia de vehículos en las calles en cuestión. Esta situación ha sido confirmada por el Alcalde de Alajuela (a quien, como se dijo líneas arriba, no se le ha dado participación en la tramitación y resolución de la denuncia planteada en contra de Parque Viva) y también por un regidor y dirigente comunal. El referido Alcalde, recientemente, aseguró que el congestionamiento vial que se genera en La Guácima de Alajuela no es causado únicamente por Parque Viva, sino que se debe también al gran crecimiento habitacional del distrito, específicamente, a los nuevos condominios que se construyeron en la zona.

Concretamente, dicha autoridad sostuvo que “(...) *Hay que ver la realidad. El parque tiene casi diez años de construido y, en estos diez años, ha habido un cambio sustancial en el desarrollo urbanístico del distrito de La Guácima, es decir, hay más población y más condominios (...) Desde el 2014, se han aprobado 44 condominios en el distrito, por ejemplo (...)*” y, además, aclaró que, pese a los esfuerzos realizados, el municipio no cuenta con suficientes recursos para solventar todo el problema vial en la zona. Por su parte, Alonso Castillo, regidor y residente de La Guácima de Alajuela, en sesión de concejo de distrito ampliada celebrada el pasado 13 de julio del año en curso, sostuvo que, de 2010 a la fecha, en La Guácima se han aprobado 48 proyectos urbanísticos “(...) *sin contar Parque Viva, sin contar desarrollos comerciales, sin contar Automercado, sin contar centros comerciales (...)*”, lo cual, según su criterio, refleja una realidad vehicular que no es acorde con las carreteras diseñadas hace treinta años. Además, este regidor fue contundente al señalar que “(...) *Aquí hay presas todos los días, a las siete de la mañana y a las cinco de la tarde, con concierto, o sin concierto (...)*”. De este modo, se observa que las autoridades del Ministerio de Salud le han exigido a Parque Viva resolver un problema de enorme importancia, cuya causa no está relacionada o ligada únicamente a las actividades organizadas en dicho sitio (sino también con el vertiginoso desarrollo urbanístico y comercial experimentado en la zona durante los últimos años), cuya atención le compete a las autoridades públicas y que, además, es de muy difícil cumplimiento, según las circunstancias *supra* expuestas. Por ende, resulta evidente que, de forma infundada y arbitrariamente, se está atacando solamente a un establecimiento, cuando el problema es de mayores dimensiones, involucra a otros actores, tanto públicos y privados, y tiene múltiples causas, más allá de los eventos organizados en Parque Viva. Además, es importante hacer notar que el Ministerio de Salud, según se desprende del informe rendido por su jerarca, no solo pretende la presentación, por parte de Parque Viva, de un plan remedial, sino, además, su implementación o ejecución, lo cual, sin duda alguna, vuelve aún más complicado, lento y engorroso cumplir con dicha exigencia, como medio para autorizarse la reapertura del sitio de forma expedita. Bajo dicho panorama, estamos hablando de una medida que podría mantenerse así por años, de forma casi indefinida.

- d) Es de suma importancia tomar en cuenta que en este asunto se ha demostrado que, precisamente, con el fin de coadyuvar o contribuir en la solución a los problemas viales que se presentan en los alrededores de Parque Viva (los cuales, no son negados por los representantes de ese recinto e, incluso, así se

demuestra a partir de la noticia publicada al efecto el 27 de abril de 2021, en la sección de entretenimiento del medio periodístico La Nación y del propio escrito de interposición de este amparo), se gestionó (aproximadamente desde el 2019 y por parte de Grupo Nación), un proyecto vial dirigido a construir en los próximos años un acceso directo de cuatro carriles que comunica la Ruta No. 27 con dicho establecimiento (o con el proyecto a futuro denominado Ciudad Viva). Los costos de este proyecto, según explicaron los recurrentes, serían asumidos por Grupo Nación. Además, según se ha demostrado fehacientemente, durante el año 2021 y a inicios de este año 2022, este proyecto contó con el visto bueno de varias instancias gubernamentales, a saber, por parte del Departamento de Estudios y Diseños del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (oficio No. DVT-DGIT-ED-2021-1845), del Consejo Nacional de Vialidad (oficios No. GCTT 34-2021-0340 y No. CCAR-2021-373), del Concejo Nacional de Concesiones (oficio No. CNC-APM-SJC-0608-2021) y por parte del Departamento de Estudios y Diseños del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (oficio No. DVT-DGIT-ED-2022-0088). Sin embargo, tal y como se aduce, dicho proyecto, a la fecha, no ha avanzado en sede administrativa y, por ende, no se cuenta aún con su aprobación. Además, cabe señalar que el Presidente de la República, recientemente, en conferencia de prensa llevada a cabo el 13 de julio de 2022, se pronunció abierta y públicamente en su contra. De este modo, esta Sala observa que Parque Viva y sus representantes, sí tomaron las previsiones necesarias (incluso, muchos meses antes del giro de la orden sanitaria), a efecto de solventar la situación acaecida a nivel vehicular en sus alrededores, cuya causa, se reitera, no se le puede atribuir en su totalidad a este sitio y a las actividades que se llevan a cabo en el mismo y, además, es responsabilidad del municipio citado atenderla. Por ende, no resulta plausible para este Tribunal que, en este momento, se exija la presentación, aprobación e implementación (según los términos utilizados por la Ministra de Salud en este amparo), de un plan remedial tendente a solventar la referida problemática, cuando, como se dijo, un proyecto pensado y dirigido a cumplir ese fin había sido presentado desde mucho tiempo atrás por iniciativa propia del Grupo Nación ante las instancias gubernamentales correspondientes (el cual, incluso, tal y como se dijo, se encontraba encaminado y contaba con algunos vistos buenos otorgados por las instancias competentes). Cabe deparar acá en una singular situación –la cual, sin duda alguna, se traduce igualmente en una arbitrariedad–, y es el hecho que, de una parte, el Ministerio de Salud le ha exigido a Parque Viva (como condición para permitirle operar nuevamente), presentar y poner en marcha un plan remedial para solventar los problemas de

congestionamiento vial a los que hemos hecho referencia pero, por otro, curiosamente y, justo en la misma época, es desacreditado públicamente por parte del mandatario el proyecto que, años atrás, se ha venido gestionando precisamente para atender lo hoy requerido. Siendo así, es claro que el gobierno ha colocado a Parque Viva en una situación difícil, casi sin salida, cerrándole y desacreditándole uno de los más potables portillos con los que contaba para solventar lo hoy exigido. Llama la atención de esta jurisdicción que el señor mandatario, en el informe rendido, sostiene que no es cierto que se haya clausurado definitivamente el recinto; sin embargo, ante las circunstancias *supra* descritas, es claro que ese sería el efecto de la decisión que ahora se cuestiona. Ahora, cabe aclarar que este Tribunal Constitucional no está diciendo que el referido proyecto en específico es el que procede o el que debe ser aprobado indefectiblemente; pero, sí es importante destacar que se trata de una propuesta de interés, dirigida a atender la problemática en cuestión, la que, además, según se ha acreditado, ha superado recientemente varias etapas ante las instancias gubernamentales correspondientes y que al menos desde el plano formal, constituye la exigencia de un plan remedial que la Administración recurrida previno y que, se insiste, no ha sido analizada, bien para disponer su aprobación o denegatoria conforme a las consideraciones técnicas que son de rigor y de mérito en este tipo de acciones. Nótese que al margen de supeditar la reapertura a una condición que, en el fondo, pretende trasladar a los recurrentes toda la responsabilidad de solucionar un problema de infraestructura vial (cantonal), de génesis y agravamiento multicausal, la opción técnica ya fue ofertada por la empresa afectada, misma que fue "rechazada" sin el mayor fundamento técnico o jurídico, pese a contar con la venía y anuencia de varias instancias administrativas de competencia técnica.

- e) El Presidente de la República, en el informe rendido a este órgano constitucional, argumenta que las autoridades públicas han exigido a otros grupos comerciales la construcción de accesos de ingreso a centros comerciales de gran envergadura, cuando se proyecta que la entrada en operación de estos recintos representará un aumento en el flujo vehicular de la zona en que fueron construidos, tal y como es el caso de EPA en Desamparados y el City Mall en Alajuela, los que, según su dicho, realizaron cuantiosas inversiones para ajustarse a los requerimientos de entrada y salida de los automóviles. No obstante, es importante aclarar que este argumento no puede servir de sustento para exigirle a Parque Viva la ejecución del plan remedial bajo estudio, habida cuenta que este

último recinto se encuentra bajo circunstancias claramente distintas. Nótese que, tal y como se desprende de lo informado por el mandatario, la exigencia de construir dichos accesos viales se emitió cuando tales establecimientos (EPA y City Mall), no habían entrado en funcionamiento aún; sino que, se solicitaron o exigieron como requisito previo para permitir y autorizar su operación. Caso contrario a lo que ocurre actualmente con Parque Viva, lugar que tiene más de siete años de estar funcionando y no consta que, de previo a ello, se le haya exigido construir este tipo de accesos de ingreso –fuera del recinto– o bien, como ya se ha dicho, presentar un plan de mayor envergadura que solventara los problemas de índole vial hoy atribuidos. Además, cabe destacar que es distinto solicitar la construcción de accesos de ingreso (lo cual, si bien representa un costo, no deviene en una obra de gran magnitud), a requerirse solventar los problemas de congestión vial que se presentan en La Guácima de Alajuela. Lo que ahora se le impone realizar a Parque Viva no solo no tiene sustento y es de muy difícil cumplimiento (tal y como se ha explicado *supra*), sino que, además, se la ha exigido, de forma sobrevenida y arbitrariamente.

En ese mismo orden de consideraciones, es importante hacer notar que la clausura de Parque Viva tampoco podría compararse con cierres que se han llevado a cabo recientemente de otros establecimientos que albergan o reúnen grandes cantidades de asistentes (v.gr. el Gimnasio Nacional o el Estadio Ricardo Saprissa). Nótese que si bien esta Sala entiende muy bien la atención que el Ministerio de Salud y otras instituciones competentes en la materia deben mantener y mantienen sobre recintos dispuestos para la realización de actividades que aglutinan una buena cantidad de público, lo cierto es que en esos casos se tienen circunstancias particulares de abordaje y atención que lo distinguen plenamente del caso que ahora se conoce. Esto, en el tanto estos últimos cierres –de índole total o parcial–, se han sustentado en presuntas irregularidades o deficiencias halladas en tales instalaciones o inmuebles propiamente, sea, dentro de cada uno de estos sitios, por motivos relacionados, entre otros, con los sistemas eléctricos, las salidas de emergencia, los sistemas de iluminación, etc., los que, en ningún momento, se mencionan en el caso de Parque Viva.

- 3) El Presidente de la República, en el informe rendido a este Tribunal, hace referencia adicionalmente a dos informes para justificar el cierre de Parque Viva; informes de los cuales se desconoce cuándo, cómo, porqué y por quién fueron solicitados, y en

virtud de qué llegaron a manos del primero, quien los aporta a este proceso. En particular, alude al oficio No. MSP-DM-DVURFP-DGFP-DRSA-SBDRA-DPCAS-D26-0827-2022 de 10 de julio de 2022 (mediante el cual el Subdirector Regional de la Dirección de la Fuerza Pública de Alajuela menciona los problemas que se presentan para atender incidentes de carácter policial en el perímetro externo a Parque Viva cuando se realizan actividades en dicho establecimiento) y al Oficio No. PE-243-07-2022 de 29 de julio de 2022 (donde la Presidenta Ejecutiva del INVU expone una serie de presuntas irregularidades halladas en el expediente municipal del llamado Proyecto Viva respecto al otorgamiento de los permisos de funcionamiento, y relacionadas, por ejemplo, con los usos de suelo, la viabilidad ambiental, la falta de solicitud de un específico estudio de impacto vial, etc.). No obstante, es importante señalar que, en criterio de esta Sala, el contenido de tales oficios no puede ser presentado actualmente como medio para desviar la atención de lo realmente ocurrido en este caso y, por ende, tratar de justificar la gravosa medida tomada respecto a Parque Viva. Esto, en primer término, habida cuenta que tales oficios no sirvieron de fundamento para emitir la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 de fecha 8 de julio de 2022 (rubricada electrónicamente a las 12:37:21 hrs.). Incluso, consta que el informe del INVU fue emitido hasta el día 29 de julio de 2022, luego, de comunicado a la parte afectada el oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022, mediante el cual se confirmó la orden sanitaria. Tampoco, consta que estos documentos hayan sido notificados o puestos en conocimiento del representante de Parque Viva, como medio para permitírsele ejercer el derecho fundamental a la defensa, en resguardo, a su vez, del debido proceso. Desde esa perspectiva, resulta claro para esta Sala que el Presidente de la República lo que pretende es evidenciar, hoy en día, al menos a través del oficio suscrito por la Presidenta Ejecutiva del INVU, un presunto incumplimiento de requisitos de diversa índole por parte de Parque Viva al momento de otorgarse los respectivos permisos de funcionamiento, lo cual, cabe resaltar, ocurrió hace aproximadamente siete años. No obstante, tal y como se explicó *supra*, de ser esto así, lo que procede es acudir ante las vías de legalidad ordinarias e instaurar los procesos que resulten pertinentes; sobre todo, porque, tal y como también se demostró, la Municipalidad de Alajuela, de forma reciente, ha desmentido públicamente los aspectos señalados en dicho informe. Nótese que toda actuación debe ajustarse al principio de legalidad, lo cual es una exigencia del modelo de Estado Constitucional de Derecho que debe ser respetada por todo funcionario público, independientemente del cargo que se ostente.

- 4) Otro aspecto a destacar es que el cierre del Parque Viva se emitió para cualquier tipo de evento, sean estos masivos o no, lo cual, en criterio de este Tribunal, igualmente carece de fundamento y, por ende, resulta improcedente. Luego de una lectura realizada a la denuncia anónima planteada el 5 de julio de 2022 se logra desprender que el gestionante hizo alusión a problemas que se presentan en el recinto cuando se llevan a cabo actividades de índole masivo (o de gran cantidad, tal y como define a esa palabra el Diccionario de la Real Academia Española) e, incluso, fue enfático al señalar que este lugar “*no reúne las condiciones para albergar eventos masivos*”. Consta que, en esa misma línea, la Ministra de Salud, por oficio No. MS-DM-5754-2022, solicitó al MOPT brindar criterio técnico respecto a los eventos masivos que se llevan a cabo en Parque Viva y que este fue precisamente el vertido mediante el oficio No. DVT-DGIT-2022-339 (que, además, cabe destacar, sirvió de presunto sustento para emitir la orden sanitaria bajo estudio). Igualmente se ha demostrado que el Comité Asesor Técnico de Concentraciones Masivas, en la sesión llevada a cabo el día 7 de julio de 2022 (la cual, también, sirvió para supuestamente fundamentar la clausura del parque), recomendó, clara y expresamente, girar una orden sanitaria de cierre para eventos masivos. Posterior a esta actuación se emitió la referida orden, sin constar en el ínterin alguna otra donde se haya recomendado –respaldándose, a su vez, en criterios técnicos–, el cierre total del lugar para cualquier tipo de actividades, incluidas aquellas que no demandan una afluencia masiva de público. Además, cabe destacar que en los criterios técnicos vertidos con posterioridad al giro de la orden sanitaria por parte del Cuerpo de Bomberos, la Cruz Roja, el MOPT y el Sistema de Emergencias 9-1-1 (a los cuales se ha hecho referencia *supra* y fueron requeridos por la Ministra recurrida “*en el marco de la realización de eventos masivos*”), solamente se hizo alusión a ese tipo concreto de eventos (masivos), y no se recomendó expresamente el cierre de la totalidad del recinto, lo cual, a su vez, se constata de lo dispuesto en el oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022, mediante el cual el Área Rectora de Salud de Alajuela 2 confirmó la orden sanitaria girada anteriormente y se indicó que tales informes señalaron que existe un problema para la atención de emergencias “*(...) tanto en las comunidades aledañas, como para los mismos asistentes a los eventos de concentración masiva que se realizan en el Parque Viva (...)*”. Incluso, nótese que el propio Ministro de Transportes, en el oficio No. DM-2022-3121 emitido el 11 de julio del año en curso, recomendó la realización concentraciones masivas de 2400 personas por evento. De este modo, no hay ninguna prueba que justifique la suspensión temporal del permiso sanitario de funcionamiento para toda actividad. Mucho menos, estose trató de justificar o

explicar al emitirse la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 de 8 de julio de 2022 (rubricada electrónicamente a las 12:37:21 hrs.)o el citado oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022 de fecha 15 de julio de 2022. El problema que se ha ventilado respecto al Parque Viva –tal y como se ha demostrado en este proceso de amparo–, guarda relación estrecha con el ingreso de grandes cantidades de personas y de vehículos al sitio; en ningún momento, se ha hecho alusión a actividades de menor envergadura. Así las cosas, lo dispuesto coarta totalmente al Grupo Nación la posibilidad de percibir cualquier tipo de ingresos, a pesar que, como se ha dicho, no existió tampoco fundamento alguno que respaldara la decisión de no permitir eventos de índole masivo.

- 5) Adicionalmente, este Tribunal Constitucional desea llamar la atención sobre algunos aspectos de interés hallados en el estudio del presente asunto. Uno de ellos es la celeridad con la que las autoridades del Ministerio de Salud actuaron respecto a la denuncia “anónima” presentada el 5 de julio de 2022, la cual, según se ha acreditado, fue la que originó la emisión de la orden sanitaria y el cierre de Parque Viva. Nótese que del estudio de los autos se acredita que dicha denuncia, presentada en el Despacho de la Ministra de Salud en San José a una hora no precisa de 5 de julio de 2022, fue remitida por esta última autoridad, por razones de competencia, a la Directora de la Dirección Regional de Rectoría de la Salud Central Norte de ese mismo Ministerio (oficina ubicada en Heredia), por oficio No. MS-DM-5756-2022, rubricado digitalmente el 5 de julio de 2022 a las 12:38:24 hrs.. Además, consta que esa misma denuncia fue recibida físicamente ese mismo día, a las 12:41 hrs., por parte de las autoridades del Área Rectora de Salud de Alajuela 2, las que, tan sólo una hora y nueve minutos después, sea, a las 13:50 hrs., se encontraban realizando una inspección en Parque Viva. Inspección que, a su vez, originó la confección del informe No. MS-DRRSCN-DARSA2-1641-2022 de fecha 5 de julio de 2022, mediante el cual, conforme los hallazgos consignados, se recomendó trasladar la denuncia al Ministerio de Obras Públicas y Transportes; entidad a la que, sin embargo (antes de llevarse a cabo dicha inspección), ya se le había pedido externar su criterio por parte de la Ministra recurrida, mediante oficio No. MS-DM-5754-2022, rubricado digitalmente a las 12:24:14 hrs. de 5 de julio de 2022. Además, de la prueba allegada a los autos se demuestra que ese mismo 5 de julio del año en curso, las autoridades del MOPT ya habían emitido el *supra* criterio requerido (específicamente mediante oficio No. DVT-DGIT-2022-DVT-DGIT-2022-334), el cual, sin embargo, fue dejado sin efecto el día siguiente, sustituyéndose por el consignado en el oficio No. DVT-DGIT-2022-339 de fecha 6 de julio de 2022.

Adicionalmente, debe destacarse que el día 7 de julio de 2022, ya se encontraba sesionando el Comité Asesor Técnico de Concentraciones Masivas integrado por la Ministra de Salud en calidad de coordinadora, el Ministro de Obras Públicas y Transportes, funcionarios de la Cruz Roja Costarricense, de la Dirección de la Policía de Tránsito, de la Comisión Nacional de Emergencias, del Cuerpo de Bomberos, del Sistema de Emergencias 9-1-1 y de Gestión de Riesgo del Ministerio de Salud, quienes, ese mismo día –sin contar, como se ha dicho, con criterios mayormente contundentes–, propusieron emitir la orden sanitaria de cierre de Parque Viva para eventos masivos. Esta última medida, según se ha dicho, fue notificada al representante legal de ese establecimiento finalmente el día 8 de julio del año en curso. Visto lo anterior ha de decirse que la Administración Pública –tal y como lo ha indicado reiteradamente este Tribunal Constitucional a través de copiosa jurisprudencia–, se encuentra ciertamente obligada a actuar bajo los principios de eficacia y eficiencia y, además, tramitar y resolver las denuncias formuladas por los administrados de forma pronta y dentro de plazos razonables, en atención a lo estatuido en el ordinal 41 constitucional. No obstante, es importante hacer notar que, ni en situaciones apremiantes, se ha visto a la Administración Pública actuar con la celeridad con la que se actuó en este caso en particular. Esto, sin duda alguna, cita un importante precedente y, por ende, es de esperarse que, *a posteriori*, y ante cualquier denuncia formulada por los administrados, el Ministerio de Salud y el resto de instituciones públicas que resulten competentes, actúen con esa misma premura y diligencia, brindando así una pronta respuesta a los gestionantes e interesados.

De otra parte, no debe dejarse pasar por alto la noticia consignada el 10 de julio de 2022 en el Diario La Nación (días luego de cerrado Parque Viva), mediante la cual una vecina de La Guácima afirmó que un funcionario de una institución pública la contactó y le facilitó un machote de carta dirigido a la Ministra de Salud a efecto de pronunciarse a favor del cierre del citado establecimiento, la cual, además, solamente debía ser firmada por su persona. Llama la atención de esta Sala que dicha vecina haya exclamado, al momento de ser entrevistada por la periodista, que, desde su perspectiva, *“el Gobierno quiere “desembarrar” lo que ellos “embarraron”, con el cierre del centro de eventos”*.

Adicionalmente y, como dato de interés, cabe destacar que el Presidente de la República, en el informe rendido a este Tribunal, sostuvo con propiedad que la denuncia “anónima” formulada el 5 de julio de 2022 en contra de Parque Viva, fue

presentada por vecinos de La Guácima de Alajuela, cuando, precisamente, al ser anónima, no tendría por qué ser necesariamente personas de dicho lugar las que formularon la gestión. Nótese que dicha denuncia la pudo haber interpuesto, por ejemplo, algún asistente al centro de eventos que resida en otra parte del país y que se encontrara disconforme con la operación de este sitio o bien, cualquier otra persona.

Ahora, cabe destacar también que los aspectos *supra* señalados, en estricto sentido, no devienen en una violación a ningún derecho fundamental. Sin embargo, esta jurisdicción consideró importante mencionarlos, a efecto que sean valorados y analizados, de consuno con el resto de consideraciones expuestas en esta sentencia.

Ahora bien, a partir de lo anteriormente señalado, esta Sala considera pertinente analizar la cuestión objeto de este amparo conforme lo dispuesto, a su vez, por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En esencia, examinar si la actuación *supra* citada –sea, el dictado de la orden sanitaria de cierre de Parque Viva para cualquier tipo de actividad–, supera o no el llamado test de razonabilidad y proporcionalidad, el cual, a tenor de lo dispuesto, entre otros votos, en la Sentencia No. 1276-2013 de las 14:50 hrs. de 29 de enero de 2013, comprende realizar un análisis de los aspectos de legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En este último voto, se explicaron los alcances de tal examen de la siguiente manera: *“(...) La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser (sic) apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, la autoridad competente debe elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aunque una medida sea idónea y necesaria, será irrazonables (sic) si lesiona el contenido esencial de otro derecho fundamental, si lo vacía de contenido (...)”* (en similar sentido, se pueden consultar los Votos Nos. 3951-2012 de las 16:31 hrs. de 21 de marzo de 2012 y 27601-2021 de las 12:15 hrs. de 8 de diciembre de 2021). Por su parte, cabe indicar que en la Sentencia No. 3564-2015 de las 09:20 hrs. de 13 de marzo de 2015, este Tribunal aclaró, sobre el particular, que *“(...) Este protocolo se aplica por fases, de manera que si el examen de una primera fase es insatisfactorio, resulta innecesario proseguir con el estudio del resto de aspectos, aunque, en algunos casos, para mayor contundencia del fallo se puede ahondar en ello (...)”*.

En aplicación de dicho test y, conforme lo señalado líneas arriba, es claro que la medida sanitaria bajo estudio no es legítima, pues, pese a argumentarse para su emisión la protección a la vida e integridad de las personas, lo cierto es que fue dictada, como ya se explicó, de forma atropellada, abiertamente arbitraria y sin fundamento certero alguno, contraviniendo así lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La conducta impugnada alude a presupuestos fácticos y jurídicos que, por un lado, no son atribuibles de manera exclusiva al Parque Viva, tal y como lo pretende enfocar y establecer la orden sanitaria, pero, además, no fueron debidamente acreditados ni sustentados al momento de adoptar ese acto formal. Es decir, el antecedente sobre el cual pretende ampararse esa decisión, parte de una conclusión o juicio de valor que no cuenta con el soporte probatorio de orden técnico, que resulta fundamental e impostergable para sostener ese resultado. Se observa, por tanto, una inexistencia del elemento motivo del acto, en los términos que impone el canon 133 de la LGAP y con ello, por derivación, el contenido adoptado, que impone una consecuencia gravosa, desproporcionada e irrazonable, resulta ilegítimo, al establecer una consecuencia jurídica que no encuentra respaldo en el ordenamiento jurídico. En suma, sobre este punto, el acto cuestionado contraviene la necesaria relación entre los elementos materiales objetivos motivo-contenido, incorporando una deficiencia insalvable, que, en modo alguno, se puede entender superada por la generación ulterior de dictámenes de otras instancias administrativas, que buscaban acreditar aspectos que debieron establecerse como base legítima de la orden sanitaria impugnada. Estado de cosas anterior que, por consiguiente, no permite, tampoco, ser considerada una medida idónea. Asimismo, esta medida no satisface el criterio de necesidad, toda vez que existen alternativas menos lesivas o menos drásticas para alcanzar la finalidad aducida (protección de la vida y la salud de las personas) y que pudieren ser adoptadas en el cumplimiento de las potestades que tiene el Ministerio de Salud para la protección de la salud y de la integridad sin necesidad de afectar el ejercicio de otros derechos fundamentales. No obstante, la parte recurrida, sea, el Ministerio de Salud, escogió imponer –sin que medie justificación válida alguna–, la opción más lesiva al establecimiento Parque Viva, pues le impide tajantemente realizar cualquier tipo de evento de forma indefinida, hasta tanto, según se ha explicado, se presente y se ejecute un plan remedial a un problema que no sólo es causado por las actividades que ahí se organizan, y que, a su vez, al tratarse de calles cantonales, le corresponde atenderlo al municipio de Alajuela. Aunado a ello, cabe destacar que la medida bajo estudio adoptada por la Administración reprueba igualmente el examen de proporcionalidad en sentido estricto, ya que la misma lesiona el contenido esencial de otros derechos fundamentales, vaciándola así de su contenido protector. En este particular, ya se ha demostrado que la medida bajo estudio deviene en arbitraria, carece

de motivación o sustento (pues refiere a criterios técnicos que no han sido de recibo para este Tribunal) y atenta, en consecuencia y, de forma flagrante, contra los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso.

Así las cosas, en criterio de este Tribunal Constitucional, los recurridos debieron realizar una adecuada ponderación y adoptar la medida menos gravosa para los derechos fundamentales, propiciando su equilibrio y limitando su afectación al mínimo. Nótese que si bien, cabe destacar, este órgano constitucional, de forma reiterada, ha señalado que la vida, la salud y la integridad de las personas, son bienes jurídicos de suma relevancia, por lo que claramente merecen su protección, no por ello y, en nombre de estos, se pueden atropellar otros derechos fundamentales de forma indistinta, intempestiva y arbitrariamente, a través de una clara desviación de poder que constituye, a su vez, una violación al principio constitucional de seguridad jurídica.

Medidas para resguardar tales esenciales bienes, siempre y obligatoriamente se deben tomar, pero, bajo ningún concepto, pueden emitirse a la ligera, de forma precipitada, atropellada, sin mayor fundamento y atentando gravemente contra otros derechos fundamentales. Mucho menos, dictarse medidas tan drásticas como las analizadas en este asunto, cuando existen otras posibilidades –menos lesivas–, que se pueden adoptar a efecto de resguardar la vida y la salud de las personas.

Ciertamente, es un hecho que en las cercanías de Parque Viva se deben realizar mejoras en la red vial cantonal que permitan el tránsito expedito de vehículos de emergencia; sin embargo, como se ha dicho también, este problema no puede atribuírsele o achacársele en su totalidad a Parque Viva, muchos menos, trasladarle a los representantes de este recinto la responsabilidad de acabar con el mismo a través de la imposición de una medida tan gravosa y extrema como lo es el cierre absoluto de sus instalaciones.

Por estas consideraciones descritas, es que esta Sala estima pertinente acoger este extremo del recurso, con las consecuencias que se dirán en la parte dispositiva de esta sentencia.

C. CIERRE DE PARQUE VIVA Y VIOLACIÓN INDIRECTA A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. El Director del Periódico La Nación, así como el resto de recurrentes, aducen también a este Tribunal que la orden de cierre de Parque Viva (dispuesta mediante la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022), se traduce en una violación indirecta a la libertad de expresión. En ese particular, explican

primeramente que Parque Viva forma parte del Grupo Nación S.A. (del cual es parte también dicho diario) y fue creado como una fuente complementaria de ingresos, menos dependiente de la venta de publicidad en el medio de comunicación. Específicamente, exponen que dicho centro de eventos se puso en funcionamiento para diversificar las fuentes de ingresos de la empresa y compensar la pérdida de entradas o ganancias experimentada por los medios de comunicación en todo el mundo, debido a la migración de publicidad a los gigantes de la internet. Explican los accionantes que el referido diario, realizó una serie de publicaciones de evidente interés público del entonces candidato a la Presidencia de la República, Rodrigo Chaves Robles, relacionadas con sanciones impuestas a este por acoso sexual en el Banco Mundial y con las estructuras paralelas de financiamiento de la campaña política de su partido, entre otros temas. Afirman que se trató de publicaciones periodísticas serias, bien documentadas y pertinentes, de manera tal que el hecho de no difundirlas habría afectado directamente el derecho de los ciudadanos a informarse sobre temas de interés público, así como el principio del votante informado. Refieren también, que, en virtud de lo anterior, el mandatario amenazó públicamente con destruir *“las estructuras corruptas de La Nación y de Canal 7”*, y ha propinado ataques verbales contra la prensa y periodistas, a quienes ha calificado como *“canallas”*. Seguidamente, acusan que el mandatario comenzó a materializar la amenaza girada en su contra, a través de la emisión, el día 8 de julio de 2022, de la ya citada y arbitraria orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022, mediante la cual se dispuso el cierre de Parque Viva. Por ende, sostienen que este recinto (creado para diversificar las fuentes de ingresos de la empresa), fue una de las estructuras del periodismo independiente de Grupo Nación que resultó afectada como consecuencia de la amenaza emitida por el actual mandatario. Exponen que con las medidas adoptadas en contra de Parque Viva, no se persigue la satisfacción de intereses públicos, sino la de intereses espurios consistentes en intimidar a un medio de comunicación para que no ejerza libremente su derecho a informar. Apuntan que esos actos no solo afectan económicamente a la empresa dueña de Parque Viva, sino también al medio de información en el que laboran, por ende, se les lesiona su derecho a informar. Afirman que este es el verdadero fin que tienen los actos adoptados. Refieren que la presión ejercida sobre las finanzas de la empresa, pone en riesgo el ejercicio periodístico futuro, e invita a entendimientos que lo comprometen. Acusan que lo anteriormente descrito ha implicado un claro propósito de limitar la libertad de expresión por medios indirectos. Añaden que el 6 de julio de 2022, días antes de emitirse dicha orden, el mandatario públicamente sembró dudas sobre la salud financiera de Grupo Nación, al realizar cuestionamientos relacionados con los bonos emitidos por dicha empresa y que adquirió la CCSS y su operadora de pensiones.

Incluso, afirman que, en esa ocasión, insinuó el debilitamiento de la garantía de la deuda por el futuro traspaso de algunos terrenos de la empresa a un fideicomiso para hacer un prometedor desarrollo inmobiliario. Mencionan que el accionar del Presidente Rodrigo Chaves, en dicha ocasión, no tuvo otro fin que perjudicar a Grupo Nación, poniendo en duda sus finanzas, para coartar la libertad de expresión. Concomitantemente, sostienen que el mandatario ha realizado otras manifestaciones públicas en contra del Grupo Nación (con el fin de continuar persiguiéndolo e intimidándolo), como fue el 13 de julio de 2022, cuando sostuvo su oposición al proyecto de construir un acceso de cuatro carriles a la Ruta Nacional No. 27. Además, señalan que el 20 de julio del año en curso, el Presidente citó, entre los motivos para cancelar el plan del tren eléctrico, la existencia de un ramal que pasa por Parque Viva. Argumentan que es más que evidente la amenaza de destruir a las empresas, como represalia por las líneas editoriales de los medios de su propiedad y las actuaciones de sus directores periodísticos. Señalan que se ha vulnerado la libertad de expresión estatuida en el ordinal 29 constitucional y, a su vez, se ha configurado un ataque indirecto a esta, el cual está prohibido en el ordinal 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Refieren a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, en el caso *Ivcher Bronstein vs, Perú*, en el caso *Ríos y otros vs. Venezuela*, así como en la opinión consultiva No. OC-5/85. Asimismo, en escrito posterior presentado a esta Sala, el Director del Diario La Nación reiteró que se trata de un grupo de profesionales a quienes se les pretende limitar la libertad de expresión mediante acciones arbitrarias contra las estructuras que sustentan el libre ejercicio del periodismo. Aclara que no han hecho referencia a un ataque directo, sino a uno indirecto y que, contrario a lo manifestado por el mandatario, el pago de sus salarios no depende de Parque Viva. Sin embargo, afirma que el cierre de Parque Viva pondría fin al molesto periodismo que hacen *“y que motivó la amenaza proferida en campaña”*. En virtud de lo expuesto, solicitan que se le ordene al Presidente de la República, abstenerse de ejecutar actos tendentes a lesionar la libertad de expresión.

Por su parte, el Presidente de la República, en descargo a lo acusado, señala que las situaciones referidas por los recurrentes no guardan relación con coartar la libertad de prensa del medio de comunicación. Indica que, más bien, los accionantes, escudados en ese equivocado discurso, exigen sin ningún reparo, que el Estado les debe permitir operar de la manera que ellos quieran, aun cuando esto sea contrario a la ley y en detrimento del bienestar público. Afirma que a Grupo Nación no se le puede exigir, como a cualquier otro comercio costarricense, ajustarse a los parámetros de la ley, porque inmediatamente a su parecer, se convierte en un ataque a la libertad de prensa.

Sostiene que no es posible que Grupo Nación diga que cifran sus esperanzas económicas en lo que pueda generar la actividad económica de Parque Viva para poder pagarle a sus empleados y, que, clausurar temporalmente ese lugar para la celebración de eventos masivos por incumplir con las condiciones mínimas de salubridad, es un ataque directo a la libertad de prensa. Señala que eso solamente demuestra que la salud financiera de La Nación no es como quieren hacerlo ver y que dependen de este lugar para subsistir financieramente. Indica que el hecho de proteger la vida de cientos de familias vecinas de Parque Viva no tiene ninguna relación con atacar, limitar o censurar la libertad de prensa de Grupo Nación. Refiere que el Colegio de Periodistas de Costa Rica, luego de analizar el tema, concluyó que la libertad de prensa en nuestro país goza de buena salud y que, en ningún momento, se está atentando contra ese derecho. Agrega que las manifestaciones realizadas respecto a la capacidad financiera de Grupo Nación y las declaraciones realizadas por funcionarios de la CCSS al respecto, resultan válidas y justificadas. Argumenta que, al cierre del primer trimestre del 2022, Grupo Nación visualiza una pérdida neta de 350 millones de colones, casi un 35% superior a la pérdida reflejada en marzo de 2021. Por otra parte, señala como preocupante que el mayor activo que posee Grupo Nación, es decir, la propiedad en Llorente de Tibás, esté siendo traspasada a un fideicomiso junto con otras propiedades que este grupo ha estado adquiriendo, aun cuando vienen reportando pérdidas desde hace varios años atrás. Sostiene que Grupo Nación, como cualquier otro emisor de deuda que participa en el mercado nacional de valores, está en la obligación de aportar información veraz que respalde su salud financiera, y no escudarse en su supuesta actividad central como medio de comunicación para alegar ataques a la libertad de prensa cuando se le exija ajustarse a la legalidad. También, indica que la necesidad de sentir persecución por parte de los recurrentes defendiendo los intereses del Grupo Nación, llega al punto de asegurar que la cancelación del proyecto del tren eléctrico impulsado por el anterior gobierno, pasa por el hecho que una ramificación de la ruta pasaba por Parque Viva. Sin embargo, esa afirmación es falsa y sostiene que la decisión de no continuar con dicho proyecto fue pensada en beneficio de la ciudadanía, donde un proyecto mejor pensado y elaborado representaría mayores beneficios para todos. Refiere que los recurrentes olvidan indicar que, según noticia publicada en el medio de comunicación CRhoy.com, el gobierno de turno y el Grupo Nación firmaron un convenio que incrementaría el costo del tren eléctrico en casi 150 mil millones de colones para que la línea férrea pasara por las inmediaciones de Parque Viva. Menciona que, como costarricense y funcionario público, tiene la obligación y el derecho de pronunciarse enérgicamente ante situaciones que pongan en peligro la salud pública del pueblo. Indica que este es un derecho constitucional que le asiste de manifestar de manera libre sus pensamientos,

cosa que hará de la forma más vehemente, cuando se trate de proteger los derechos de las familias costarricenses. Señala que recientemente, la Sala Constitucional, en la Sentencia No. 9855-2022, se pronunció sobre el derecho de los servidores públicos a expresar sus opiniones. Asimismo, refiere a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ríos y otros vs. Venezuela, donde se indicó que, a pesar que los pronunciamientos vertidos hayan tenido un contenido fuerte y crítico que, incluso, puede ser valorado de ofensivo, constituyen expresiones legítimas de pensamiento. Agrega que resulta inevitable cuestionarse si Grupo Nación está actuando ajustado al principio noveno de la Declaración de Chapultepec y si, una vez analizados todos los criterios de las entidades especializadas, la credibilidad y compromiso con la verdad no está en entredicho. Afirma, entonces, que no se está ejerciendo ninguna clase de censura, ni directa o indirecta en contra de Grupo Nación. Señala que el medio de comunicación continúa operando de forma normal, informando al pueblo costarricense de acuerdo con su línea editorial y esta garantía nunca será trasgredida.

Visto lo anterior, tenemos entonces el agravio formulado por los recurrentes, en el sentido que el cierre de Parque Viva (aunado a otras manifestaciones vertidas por el Presidente de la República), representó una materialización a las amenazas giradas por esta autoridad tendente a destruir a Grupo Nación S.A. (del cual, a su vez, forma parte el Diario La Nación) provocando, en consecuencia, un quebranto indirecto a la libertad de expresión, habida cuenta que dicho establecimiento se creó para diversificar las fuentes de ingresos de la empresa y compensar la pérdida de estos experimentada en los últimos años. De otra parte, contamos con la versión del mandatario de la República, quien sostiene que no se ha violentado la libertad de expresión, que el medio de comunicación continúa a la fecha funcionando normalmente y que el dictado de la orden sanitaria en cuestión y el cierre de Parque Viva lo que busca es proteger la vida de cientos de familias vecinas de dicho recinto. Además, el señor Presidente argumenta que cuenta con pleno derecho a manifestar de forma libre lo que piensa, sobre todo cuando se trata de proteger los derechos de las familias costarricenses.

Cabe recordar que, en el apartado anterior de esta sentencia, se indicó que el cierre de Parque Viva llevado a cabo por el Ministerio de Salud el 8 de julio del presente año mediante la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 (emitida el 8 de julio de 2022 y rubricada electrónicamente a las 12:37:21 hrs.), se realizó, a su vez, mediante un acto administrativo considerado por este Tribunal como arbitrario, carente de sustento y, también, desproporcionado (a esta conclusión, se aclara, arribó esta jurisdicción independientemente de lo que se conozca en este nuevo apartado).

Ahora, estima esta Sala que, para determinar si dicha actuación supuso igualmente una restricción o limitación indirecta (censura velada) a la libertad de expresión, esta se debe examinar, de manera concomitante, conforme el resto de acontecimientos acaecidos, incluyendo las circunstancias y el contexto en el cual se presentaron. De este modo, se hará primeramente un repaso por algunos de los principales hechos que han rodeado la emisión concreta de dicha orden sanitaria.

Así, es importante señalar en primer término, que, en este asunto, se ha tenido por demostrado que el Diario La Nación forma parte del Grupo Nación S.A.; corporación última que, a su vez, adquirió hace algunos años Parque Viva, como medio, en este caso en particular, para diversificar las fuentes de ingreso de la empresa y compensar así la pérdida de ganancias sufrida debido a la migración de la publicidad hacia sitios de internet.

Asimismo, consta en autos que, a la luz de la contienda electoral (en específico las votaciones realizadas en nuestro país para elegir Presidente de la República este año 2022), el Diario La Nación realizó una serie de publicaciones en contra del entonces candidato –hoy, Presidente de la República–, Rodrigo Chaves Robles. En particular, se demostró que el día 30 de agosto de 2021, dicho periódico publicó una noticia respecto a las sanciones por acoso sexual impuestas al citado candidato mientras era funcionario del Banco Mundial. Posteriormente, sobre este mismo tema, el diario realizó otras publicaciones los días 31 de agosto de 2021, 4 y 7 de septiembre de 2021, 18 y 19 de octubre de 2021, 4 de febrero de 2022, 8 y 28 de marzo de 2022, 1° y 25 de abril de 2022. Asimismo, consta que una noticia mediante la cual se criticaba la propuesta de Chaves Robles de gobernar mediante referendos, fue publicada por dicho medio el día 13 de febrero de 2022. Por su parte, noticias tocantes a las estructuras paralelas de financiamiento de la campaña política del hoy Presidente, fueron publicadas por el Diario Nación, entre otros, los días 5 de marzo y 29 de marzo de 2022.

Se ha demostrado también que, de forma paralela o concomitante a las anteriores publicaciones periodísticas, Chaves Robles, siendo candidato presidencial, realizó una serie de manifestaciones en contra directamente del Diario La Nación. Así, consta que el 29 de enero de 2022, Chaves Robles pronunció públicamente lo siguiente ante un grupo de seguidores:

“(...) Somos un tsunami y sí, vamos a causar destrucción. Vamos a causar la destrucción de las estructuras corruptas de La Nación y de Canal 7. Óigame Ignacio Santos, óigame el otro (...) René Picado, óigame Armando González.

Aquí estamos. Sígnanos invisibilizando en lo nuevo, en lo bueno y acusando injuriosamente en lo malo, porque ustedes ya no ponen presidentes en Costa Rica (...). (El destacado no forma parte del original).

Igualmente, se acreditó que el 6 de febrero de 2022, el entonces candidato presidencial, al momento de emitir su voto, manifestó expresamente al medio de comunicación AM Prensa lo siguiente:

(...) Yo no dije que la prensa fuera canalla. En Costa Rica hay prensa canalla (...) porque hay prensa que miente (...) que está al servicio de los grupos poderosos, que han estado dedicados a quitar y poner presidentes y eso se les acabó (...). (El destacado no forma parte del original).

Además, ante una consulta planteada al efecto por el periodista, Rodrigo Chaves, en esta última ocasión, aclaró concretamente que se refería a *(...) La Nación, Canal 7, CRhoy (...)* y sostuvo que esto lo decía *(...) transparente y claramente (...)*. (El destacado no forma parte del original).

En esa misma línea (aunque sin mencionar nombres concretos de medios de comunicación), se demostró que el 30 de enero de ese mismo año, en cierre de campaña (correspondiente a la primera ronda electoral), el candidato presidencial Rodrigo Chaves públicamente señaló lo siguiente:

(...) pasamos de la sociedad más igualitaria de América Latina a una de las más desiguales del mundo (...) para ser más millonarios a (...) quienes controlan a esos medios de desinformación de difamación y de mentira (...) lo dijimos, dijimos que había que limpiar la casa y se asustaron porque al principio ¿a quién le importaba Rodrigo Chaves? a nadie (...) el mismo día que Pilar Cisneros anunció su candidatura empezaron a soltar el veneno, el odio, la mentira y la calumnia, ahí fue donde (...) empezaron a temblar, por eso lo hacen (...) por este tsunami que los va a barrer como la basura de la casa (...) tinta y no sangre, pero que no va a tener menos relevancia histórica (...) porque aquí le estamos diciendo a los mismos de siempre: se les acabó la fiesta se les acabó la fiesta (...). (El destacado no forma parte del original).

Aunado a ello, es importante tener presente que en este asunto se ha demostrado también que el hoy Presidente de la República, se ha referido a la prensa, en términos generales, como “la prensa canalla y vendida”. Esto, por ejemplo, quedó de manifiesto

en la noticia publicada por el medio de comunicación Columbia en su plataforma digital el día 7 de febrero de 2022; oportunidad en la cual, además, el mandatario indicó que dos o tres medios de este país se iban a ver muy afectados en un gobierno liderado por su persona. En esta noticia, se consignaron las siguientes manifestaciones expresas realizadas por Rodrigo Chaves:

“(...) En Costa Rica, óigame claro y duro, hay prensa canalla comprada y vendida, no toda la prensa es así, aquí hay gente honesta en este país, la enorme mayoría, pero hay gente que no es honesta, lo mismo con la prensa (...) en Costa Rica (...) existen dos o tres medios muy importantes que están al servicio de intereses que se van a ver muy afectados en un gobierno de Rodrigo Chaves y que nos han hecho lo imposible por un fusilamiento y un linchamiento político (...)”. (El destacado no forma parte del original).

Asimismo, el actual Presidente de la República ha comparado públicamente a la prensa de este país con ratas y otras especies de la fauna. En ese particular, consta que el 3 de agosto de 2022, en conferencia de prensa, dicha autoridad, dirigiéndose a la Ministra de Salud, sostuvo:

“(...) La veo afectada con los medios y la entiendo, pero le voy a ser muy franco, yo a esos medios y a los de su especie, porque son una especie (...) la gente habla de la prensa, eso es como hablar de la fauna, hay rinocerontes, hay mapaches, hay ratas, hay aves (...) A la especie de prensa que usted está hablando yo no les creo (...) no se moleste con ellos, déjelos que sigan hundiéndose (...)”. (El destacado no forma parte del original).

Adicionalmente a lo *supra* citado, conviene tener presente una serie de eventos que han acontecido, relacionados con este mismo tema. En ese particular, debe tenerse presente que el día 6 de julio de 2022, en conferencia de prensa, un periodista del medio El Guardián CR, consultó al ya Presidente de la República su criterio tocante al tema de la Caja Costarricense de Seguro Social y la solicitud que se hizo a la SUGEVAL respecto a los bonos emitidos por Grupo Nación. Al respecto, consta que el mandatario manifestó que efectivamente existe un tema muy serio con bonos que gobiernos anteriores compraron emitidos por La Nación. También indicó que se encuentra preocupado respecto a la capacidad de pago que tendría ese medio (la cual, en su criterio, “*parece muy muy leve*”), en virtud de algunas acciones contables y de desviación de activos que debilitan la probabilidad que el pueblo de Costa Rica pueda recuperar esos recursos

que son sustanciosos. Luego de emitir criterio al respecto Álvaro Ramos, Presidente Ejecutivo de la CCSS, el Presidente de la República señaló expresamente lo siguiente:

“(...) La rentabilidad de la Nación va en caída libre y eso significa que está incurriendo en pérdidas constantes, constantes, constantes. Y entonces uno se pregunta si esa tendencia de pérdidas continúa, yo no sé, tal vez tengan una varita mágica y logren levantar el flujo de caja (...) ¿qué pasa si a la Nación se le ahorca el flujo de caja y no está la propiedad porque está en otra parte? Esa es la pregunta y yo creo que don Álvaro lo expresó en términos técnicos muy bien pero idiay, él tiene la obligación de hacer eso. Y yo le pedí, además, de que ya lo estaba haciendo cuando yo lo llamé para preguntarle, me dice no, ya lo estamos haciendo y está la consulta (...)”.

Se ha demostrado también, que, en virtud de lo ocurrido ese 6 de julio del presente año en conferencia de prensa, el día 7 de julio de 2022, en la sección de política del Diario La Nación, se publicó una nota en la cual, entre otros aspectos, se explicó porqué las argumentaciones vertidas por el mandatario presidencial respecto a la capacidad financiera del Grupo Nación no eran certeras. Aunado a ello, consta que, en esa misma nota, se consignó que el Director Ejecutivo de Grupo Nación señaló que *“(...) Parque Viva volvió a tener actividad, a partir de marzo de 2022, después de estar dos años sin eventos producto de la pandemia de coronavirus. Asimismo, recordó que la crisis sanitaria provocó una afectación generalizada en el mundo. Pese a ello, enfatizó, la compañía logró generar flujo de caja (...)”.* (El destacado no forma parte del original).

En este punto, hay que recordar que, al día siguiente, sea, el 8 de julio de 2022, el Ministerio de Salud giró la orden sanitaria que dispuso el cierre de Parque Viva para cualquier tipo de actividad.

Aunado a lo anteriormente señalado, cabe reiterar que en este asunto se ha demostrado que el día 13 de julio de 2022, el Presidente de la República, en conferencia de prensa, se manifestó en contra del proyecto vial propuesto por Grupo Nación para atender los problemas de congestiónamiento que se generan en la zona de La Guácima, donde está ubicado Parque Viva. Consta que, en tal ocasión, dicha autoridad indicó:

“(...) ¿Oyeron la mentira descarada que publicó La Nación que tiene desde hace dos años de pedir un acceso a la ruta 27 para arreglar el Parque Viva? Ah no, idiay si metemos un gol metamos cuatro goles más porque es cuatro veces el volumen de área lo que querían conseguir el permiso., ¿No les da

vergüenza colapsar la Ruta 27 arriesgando todo el Occidente, Grecia, Naranjo, Atenas, San Carlos, todo Guanacaste y todo Puntarenas? (...)”.

Asimismo, se tiene por acreditado que el 20 de julio de 2022, el Presidente, en conferencia de prensa, sostuvo que uno de los motivos para cancelar el plan del tren eléctrico se debe a la existencia de un ramal que pasa por Parque Viva, cuyo costo sería de 150.000 millones de colones. Específicamente, dicha autoridad manifestó:

“(...) Entendemos que el gran área metropolitana necesita una solución al transporte. Cuando uno ve que a este trencito le tenían un ramal de 150.000 millones de colones al Parque Viva, uno todavía se preocupa más. Entonces todo junto nos dice “esto no va” (...)”.

Analizados los eventos *supra* citados, de forma conjunta, resulta claro para este Tribunal que el señor Rodrigo Chaves Robles, tanto como candidato presidencial como en ejercicio de la presidencia de la República, ha emitido una serie de manifestaciones claras, directas y contundentes en contra del Diario La Nación, mediante las cuales externó su intención de destruir a dicho medio de comunicación, tal y como lo hace un tsunami, según los términos empleados expresamente por este. Esta intención es clara al observarse lo declarado por Chaves Robles públicamente los días 29 de enero y 6 de febrero del año en curso, oportunidades en las que no solo hizo referencia a La Nación, sino también a Canal 7 y al medio CRhoy, a los que, además, tildó como “prensa canalla”. Igualmente, no puede dejarse pasar por desapercibido que el entonces candidato presidencial, el día 30 de enero de 2022, durante el cierre de su campaña, pese a no mencionar nombres en concreto, sí indicó públicamente que barrería a los medios de comunicación “como la basura de la casa”, por el tsunami que él y su partido representan o ejecutarían para acabar con su “fiesta”. De consuno con lo anterior, es importante también hacer notar que el hoy mandatario, en esta misma época, en particular, el día 7 de febrero del presente año, lanzó nuevamente epítetos en contra de la prensa, a la que tildó de canalla y vendida y afirmó, de manera contundente, que dos o tres medios de comunicación se verían muy afectados ante un posible gobierno liderado por su persona. Además, el día 3 de agosto de 2022, Chaves Robles aprovechó su intervención junto con la Ministra de Salud para comparar a la prensa con ratas y otras especies de la fauna.

Aunado a esto, esta jurisdicción observa también que, precisamente, el estado de cosas anterior coincidió con la misma época en que el Diario La Nación publicó varias noticias respecto a Chaves Robles, cuando, para entonces, ostentaba la condición de

candidato presidencial (a saber, desde agosto de 2021 hasta, al menos, abril de 2022). Noticias que, como se dijo, no podrían, de modo alguno, ser del agrado del hoy mandatario, mucho menos, en plena campaña electoral, ya que estas, tal y como se dijo, guardaban relación, entre otros, con temas de acoso sexual por las que este había sido sancionado durante su paso como empleado del Banco Mundial o bien, con las estructuras paralelas de financiamiento de su campaña política (noticias sobre las que, además, se aclara, esta jurisdicción no emite criterio ni pronunciamiento alguno respecto a su veracidad o no, pues escapa de su competencia, ni es el objeto de este amparo).

Así las cosas, no cabe la menor duda para este órgano constitucional que el mandatario giró una serie de amenazas en contra de la prensa, en particular, del Diario La Nación, como medio para amedrentarlo e intimidarlo. El hoy Presidente, al sentirse ofendido o agraviado con las divulgaciones realizadas por dicho medio de comunicación (línea editorial), optó, entonces, tal y como se ha demostrado, por atacarlo abierta y públicamente, “claro y duro” como él mismo lo ha dicho. Esto, cabe destacar, tal y como también se ha demostrado, no se llevó a cabo de forma aislada, pues, por el contrario, es evidente que se trata de una serie de manifestaciones (ataques y amenazas directas e indirectas), dirigidas en un mismo sentido y vertidas en una misma época, paralela o concomitantemente a la publicación de las referidas noticias.

Ahora, en este contexto, se puede pensar o sería válido entender que la orden sanitaria emitida en contra de Parque Viva (a través de la cual se dispuso su cierre para cualquier tipo de evento), materializa el cierre del medio de comunicación.

Esto, por cuanto dicho cierre –además de tener las particularidades ya descritas–, perjudica por supuesto las finanzas de Parque Viva y, por ende, del Grupo Nación S.A. pero también, de forma concomitante, genera una afectación al medio de comunicación Diario La Nación. Cabe recordar en este punto, una vez más, que, tanto el Periódico La Nación como el referido parque, forman parte de dicha sociedad o conglomerado financiero (llamado Grupo Nación S.A.), y que, precisamente, este recinto comercial de eventos fue adquirido para diversificar las fuentes de ingreso y compensar la pérdida de ganancias sufridas en virtud de la migración de la publicidad hacia las plataformas digitales; es decir, como mecanismo para coadyuvar o cooperar con el financiamiento o mantenimiento actual de este tipo en particular de medio de prensa, según los términos ampliamente explicados en el considerando VIII de esta sentencia. De modo tal que, si se afecta Parque Viva tal y como ha ocurrido (y este deja de producir ingresos

por encontrarse cerrado totalmente, al prohibírsele realizar cualquier tipo de actividad, según así se ordenó), se afecta económicamente también e, ineludiblemente, el Diario La Nación, como parte que es del conglomerado financiero que representa Grupo Nación S.A.. En otras palabras, si se perjudica la fórmula o el mecanismo utilizado por Grupo Nación para generar ingresos y coadyuvar con los gastos que genera Diario La Nación, obviamente, esto repercutirá negativamente en este último medio. En estos mismos términos lo explicó esta Sala en los ya citados Votos Nos. 1782-2015 y 15220-2016, al indicar que, si se limita el ingreso económico de un medio de comunicación, también se llega a perjudicarlo o, inclusive, a eliminarlo. Nótese que si bien los recurrentes han sido claros al indicar que sus salarios, como periodistas, en este momento, no dependen absolutamente del funcionamiento de Parque Viva (tal y como así lo entiende y menciona el mandatario en el informe rendido a este Tribunal), lo cierto es que sí han manifestado que el cierre del recinto genera una afectación de índole económica que perjudica e incide negativamente en el medio de comunicación. Aunado a ello, los accionantes han señalado que Parque Viva forma parte de las estructuras a las que hace referencia el Presidente de la República y que son, precisamente, las que “sustentan su libre ejercicio del periodismo”. Además, han sido claros al indicar que la presión ejercida sobre las finanzas de la empresa con su cierre, “pone en riesgo el ejercicio periodístico futuro e invita a entendimientos que lo comprometen”. En este particular, resulta menester apuntar que, tal y como se demostró en el elenco de hechos probados de esta sentencia, para este tercer cuatrimestre del año 2022 se estaban organizando, al menos, cuatro eventos de relevancia en el Parque Viva, los cuales representan la captación de importantes ingresos para Grupo Nación, de los que, igualmente, se ve beneficiado el medio de comunicación Diario La Nación, según los términos ya explicados. No obstante, tal y como igualmente se acreditó, el Ministerio de Salud, los días 14 y 15 de julio de 2022, denegó a los productores de tales eventos la entrega de las certificaciones de aforos solicitados, en virtud de la orden de cierre girada en contra del referido recinto, provocando con esto, claramente, una significativa afectación económica al Grupo Nación y, por ende, al medio de comunicación.

Cabe indicar, también, sobre este último aspecto, que llama la atención de este Tribunal Constitucional que el cierre de Parque Viva se haya ordenado el día 8 de julio de 2022, tan sólo un día después de que el Diario La Nación publicara una nota mediante la cual se defendió de las manifestaciones relacionadas con sus finanzas externadas el 6 de julio de 2022 por el Presidente de la República, en la cual, a su vez, el Director Ejecutivo de Grupo Nación señaló que el recinto bajo estudio había vuelto a tener

actividad en marzo de 2022 y que había logrado generar flujo de caja. Igualmente, no puede perderse de vista que el mandatario, en el informe rendido a esta Sala, concluyó que La Nación sí depende de Parque Viva para subsistir financieramente, lo cual reafirma que el cierre realizado a este sitio le perjudica, y que las secuelas producidas con dicho acto no resultaban ajenas a su conocimiento. En consecuencia, se está ante la emisión de un acto atropellado, arbitrario y desproporcionado que debilita la estabilidad financiera del Diario La Nación.

Ahora, según lo analizado ampliamente en los considerandos VII y VIII de esta sentencia, lo ocurrido con Parque Viva y la afectación que le provoca al medio de prensa, se traduce, a su vez, sin lugar a dudas, en una violación indirecta a la libertad de expresión, sea, en una censura velada. Esto, principalmente, porque las repercusiones negativas a nivel económico que se generan en Diario La Nación podrían conllevar, a modo de ejemplo y ante una crisis financiera, a tomarse la decisión, a corto, mediano o largo plazo, de recortar o prescindir de personal –entre ellos periodistas–, hasta, incluso, proceder con el cierre de sus operaciones de forma definitiva, impidiendo con esto que dicho medio y, por ende, los que en este trabajan, continúen ejerciendo la libertad de prensa, como manifestación de la libertad de expresión. Tal y como la Corte IDH lo dejó manifiesto en el ya citado caso Granier y otros vs. Venezuela, la restricción a la libertad de expresión en este tipo de situaciones no sólo afecta al medio de comunicación (persona jurídica), sino también a las personas naturales (desde accionistas hasta los periodistas que allí laboran). Concomitantemente, es claro que el cierre de Parque Viva, según los términos acá expuestos, se traduce también en una especie de llamada de atención o de advertencia para el medio de comunicación Diario La Nación en virtud de su línea editorial, pretendiéndose con esto su giro a favor del gobierno o, simplemente, producir un efecto disuasivo o atemorizador y, con ello, callar o aplacar por completo las voces de su director y de los periodistas. Un claro e incuestionable aviso girado al Periódico La Nación para que se abstenga de incurrir en los hechos ya descritos, sea, la publicación de noticias que perjudiquen la imagen del mandatario o del gobierno en general. Se castiga, entonces, por lo ya publicado y dado a conocer respecto al mandatario, su partido político y su forma de pretender gobernar, pero, también, se gira una advertencia para que este tipo de noticias no se vuelvan a divulgar a la ciudadanía. Además, es importante hacer notar que este mensaje amenazante que atenta contra la libertad de expresión no sólo se envía al Diario La Nación, sino, también, peligrosamente, al resto de medios de comunicación del país que osen publicar alguna noticia en contra del Presidente y de su gobierno.

Así las cosas, es evidente que el cierre de Parque Viva es un mecanismo indirecto, atropellado e ilegítimo que violenta la libertad de expresión. Estado de cosas anterior que proscribe la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos en su numeral 13.3 y que, según también aclara, no solo se puede llevar a cabo a través del *“abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información”*, sino también, *“por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”*. La clausura de Parque Viva, encaja perfectamente en esta última descripción y se convierte así en un ejemplo más, al igual que los citados en el considerando VII de esta sentencia, de cómo se puede violentar indirectamente el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Hemos de deparar acá que, pese a que el Presidente de la República sostiene que en el cierre de Parque Viva medió un fin legítimo (como es salvaguardar la vida y la salud de las personas), lo cierto es que no puede dejarse pasar por alto que dicho acto, también (aparte de haber sido dictado de forma arbitraria, carezca de fundamento y resulte desproporcionado según los términos ya descritos), vulnera uno de los derechos fundamentales más relevantes en nuestro Estado Constitucional de Derecho como lo es la libertad de expresión y la libertad de prensa, como manifestación de esta última. El mandatario argumenta que se actuó salvaguardando esos bienes jurídicos haciéndose uso, incluso, de una potestad permitida por el Estado (como lo es el giro de órdenes sanitarias); sin embargo, lo cierto es que, en el fondo, con dicha tesis se perjudica y castiga (de la mano del Ministerio de Salud), al medio de comunicación, configurándose así, a todas luces, una clara y evidente desviación ilegítima del poder. En esencia, se revistió de una aparente legalidad, la afectación a las libertades públicas señaladas.

El cierre de Parque Viva se llevó a cabo con abuso de poder, a través de un mecanismo indirecto (disfrazado de acción legítima), con un propósito claramente distinto al que se señaló, tanto en la orden sanitaria como ante esta Sala Constitucional, y esto, esta última jurisdicción, lo tiene absolutamente claro. Así las cosas, nos encontramos frente a lo que este Tribunal ya ha denominado *“(…) 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 (...)”* (Voto No. 15220-2016).

Nótese que se hace uso de un discurso absolutamente creíble para terceros (como es la defensa de intereses públicos), para justificar el cierre arbitrario que se hizo de Parque Viva, pero, para, concomitantemente, perjudicar flagrantemente al medio de comunicación Diario La Nación, como represalia por las noticias publicadas en contra del mandatario y su partido político, las cuales, se destaca, no dejaron de ser divulgadas pese a las amenazas giradas por este último. Amenazas que, cabe reiterar, fueron emitidas en varias oportunidades, de forma clara y directa en contra del medio de comunicación Diario La Nación, hasta que finalmente se materializaron o ejecutaron, tal y como así lo hizo en su oportunidad el gobierno venezolano, al arremeter en contra del medio de comunicación Radio Caracas Televisión por difundir noticias en contra de su régimen, y cuya actuación fue condenada por la Corte IDH al sostener, entre otros aspectos de interés, que no es posible restringir arbitrariamente el derecho a la libertad de expresión con fundamento en la discrepancia política que pueda generar al gobierno una determinada línea editorial (caso Granier y otros vs. Venezuela, sentencia de 22 de junio de 2015 a la que se hizo referencia ampliamente en el considerando VII de este voto y cuyo contenido resulta plenamente aplicable a este proceso de amparo).

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que el Presidente también se ha referido a la prensa de forma despectiva (utilizando palabras confrontativas o comparándola con ratas y otras especies de fauna) y que, incluso, hizo públicas amenazas al Grupo Nación a través de otras distintas formas, como lo ha sido cuestionando públicamente el estado de sus finanzas (a propósito de bonos emitidos y comprados por el Estado), arremetiendo contra el proyecto vial propuesto para coadyuvar en el problema de congestión vial que se genera en La Guácima y señalando, como una de las causas para cancelar el plan del tren eléctrico, el hecho de existir un ramal que pasa por Parque Viva. En esencia, llevando a cabo una campaña para desacreditar públicamente al citado medio de prensa haciendo alusión a diversos temas de interés nacional (respecto a los cuales, se aclara también, esta Sala omite pronunciarse, por escapar del ámbito de sus competencias y no ser el meollo de este amparo).

Tocante a estas manifestaciones, el Presidente de la República argumenta que le asiste el derecho constitucional de exteriorizar de manera libre sus pensamientos y, en ese particular, cita la Sentencia No. 9855-2022 dictada por esta jurisdicción constitucional (donde se hizo referencia al derecho de los servidores públicos a manifestar sus opiniones), así como lo dispuesto por la Corte IDH en el caso Ríos y otros vs. Venezuela, donde se indicó que pronunciamientos realizados por altos funcionarios del Estado “(...) aunque pueden tener un contenido fuerte y crítico que incluso puede ser

valorado como ofensivo, constituyen expresiones legítimas de pensamientos y opiniones sobre las formas particulares que puede tener un medio de comunicación de ejercer el periodismo que se encuentran protegidas y garantizadas bajo el artículo 13 de la Convención Americana (...). No obstante lo anterior, es importante destacar que en ese mismo pronunciamiento al que alude el mandatario, la Corte IDH también dispuso que:

(...) 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 (...). (sentencia de 28 de enero de 2009) (El destacado no forma parte del original).

Además, debe tomarse en cuenta que si bien, esta Sala, en la citada Sentencia No. 9855-2022 de las 14:17 hrs. de 29 de abril de 2022, hizo referencia al derecho que le asiste a los funcionarios públicos de manifestar sus opiniones, lo cierto es que los hechos analizados en dicha oportunidad y por los cuales se acogió el entonces recurso de amparo formulado, distan muchísimo de las circunstancias estudiadas en este nuevo asunto. Esto, habida cuenta que, en tal ocasión, se conoció el caso de una funcionaria judicial a quien se le inició un procedimiento administrativo en virtud de manifestaciones giradas en contra de una ex alta autoridad de la misma institución para la cual presta servicios. Cosa muy distinta a lo que ocurre en este caso, donde ha

sido el propio Presidente de la República –funcionario público de más alto rango en nuestro país, con gran poder e influencia–, quien ha hecho las manifestaciones arriba señaladas y a quien si bien le asiste el derecho a opinar lo que piensa, lo cierto es que esto lo debe llevar a cabo bajo ciertos límites en virtud de su investidura (según así lo explicó la Corte IDH en la sentencia *supra* descrita) y, además, sin vulnerar otros derechos o en demérito de otras libertades igualmente esenciales, sobre todo, en un Estado Democrático de Derecho.

A propósito de lo anteriormente consignado, cabe recordarle al mandatario presidencial algo muy importante sobre lo cual esta Sala Constitucional deparó y explicó ampliamente en el considerando VI de esta Sentencia, y es el hecho que los funcionarios públicos que ostentan una alta jerarquía, tal y como es su caso, se encuentran obligados a tolerar, con mayor margen o amplitud, las críticas a la cuales son sometidos y están continuamente expuestos precisamente por el cargo que ostentan y en virtud del interés público que envuelve las actuaciones que llevan a cabo. Así fue consignado por este Tribunal en la Sentencia No. 15220-2016 *supra* citada e, incluso, por la Corte Europea de Derechos Humanos, al referirse a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Convención Europea, tal y como también se consignó líneas arriba. Además, cabe reiterar que la misma Corte Europea de Derechos Humanos (citada por la Corte IDH en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica), ha sostenido que la libertad de expresión no debe ser garantizada solamente respecto a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o se estiman inofensivas, sino también respecto a aquellas que ofenden, resultan ingratas o perturban el Estado. Aunado a esto, es importante también destacar que este derecho a la crítica –por así denominarlo–, del cual gozan, entre otros, los medios de prensa, toma mayor fuerza ante distintas circunstancias, como lo es, por ejemplo, en una contienda electoral, donde los ciudadanos tienen el derecho a conocer quiénes son los candidatos o los postulados a ocupar uno de los más importantes puestos en el país, de hecho, como se dijo, el de más alto rango. Esto, precisamente, fue lo que la Corte IDH explicó amplia y claramente en el también ya citado caso Ricardo Canese vs Paraguay; oportunidad en la cual, cabe recordar, se hizo referencia a la importancia de la libertad de expresión en el marco de una campaña electoral y se sostuvo, entre otros aspectos de sumo interés, lo siguiente:

“(...) 90. (...) El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso

que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar (...) Al respecto, la Corte Europea ha establecido que (...) Por esta razón (...) es particularmente importante que las opiniones y la información de toda clase puedan circular libremente en el período que antecede a las elecciones (...)”.(El destacado no forma parte del original).

También, cabe apuntar que, en dicha ocasión, la Corte IDH señaló claramente que aquellas personas que se postulan a una candidatura para ocupar el puesto a la Presidencia de la República se han expuesto voluntariamente al escrutinio público, por lo que, consecuentemente, corren el riesgo de ser sometidas a mayores críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.

Debe observarse que en este caso resulta claro que, pese a lo consignado *supra*, Rodrigo Chaves Robles, desde que las noticias en cuestión fueron divulgadas, se ha dedicado a amenazar públicamente al Diario La Nación e, incluso, a justificar la emisión de actos tan lamentables como lo es el cierre arbitrario del Parque Viva. Todo esto, a pesar que el mandatario, como cualquier otro ciudadano que se sienta agraviado por publicaciones emitidas en su contra, cuenta con una serie de medios o mecanismos que le provee el ordenamiento jurídico y a los que puede recurrir legítimamente de forma ulterior para defender su honor o bien, para velar por la exactitud de la información divulgada (ejerciendo el derecho de rectificación y respuesta estatuido en los ordinales 66 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Pese a tener a disposición estos instrumentos, no consta que el mandatario haya hecho uso de los mismos, dirigiendo por el contrario sus manifestaciones en contra del Diario La Nación de la forma arbitraria en que lo hizo y así ha quedado plenamente acreditado.

Bajo este estado de cosas, se observa entonces, que lo consignado en este asunto ha representado un quebranto al Estado Constitucional de Derecho, quien cuenta con una tradición democrática reconocida, incluso, a nivel internacional. Por ende, resulta imperiosa la intervención de este Tribunal Constitucional, sobre todo, si se toma en consideración, como también ya se ha dicho, que los ataques a los medios de comunicación independientes –como es precisamente el caso del Diario La Nación–, suelen ser los primeros objetivos de los sistemas políticos antidemocráticos y

autoritarios o, al menos, de aquellos que se encaminan o se dirigen hacia eso. Esto, la historia y lo ocurrido en otras latitudes, así lo demuestran.

Las amenazas giradas por el mandatario de la República contra el Diario La Nación hasta llegar a la afectación del Parque Viva, generando con ello una violación a la libertad de expresión y a la libertad de prensa, ha erosionado y resquebrajado indiscutiblemente nuestra democracia –la que, cabe destacar, con tanto esfuerzo forjaron nuestros antepasados– y, por ello, resulta imprescindible hacer este tipo de señalamiento para evitar que situaciones similares se repitan. Esto, pues hoy fue el Diario La Nación, pero, mañana, puede ser cualquier otro medio de comunicación.

Aunado a lo anterior, es importante destacar que, en este caso, no solo se ha vulnerado el derecho que tiene Diario La Nación de expresarse, de emitir críticas y divulgar, entre otras, noticias relacionadas con el hoy Presidente de la República y la gestión realizada por su persona, antes y después de asumir dicho cargo (como medio, a su vez, para fiscalizar sus actuaciones en una sociedad democrática), sino que, también, se ha quebrantado el derecho que tienen los habitantes, en un Estado Constitucional de Derecho, de recibir este tipo de información; sea, la libertad de expresión vista desde su dimensión social. Si la prensa es callada arbitrariamente, pues entonces los habitantes se ven desprovistos de un importante y valioso mecanismo para conocer qué ocurre, sobre todo respecto a la gestión del gobierno (como mecanismo, a su vez, para ejercer control sobre sus actos y hacerse una opinión al respecto) y esto, sin lugar a dudas, representa igualmente una afrenta al sistema democrático costarricense.

Por todos los argumentos *supra* señalados, esta Sala estima que, en la especie, se ha producido un claro quebranto a lo dispuesto en el ordinal 29 de nuestra Carta Magna y a lo señalado en el numeral 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual proscribiera expresamente la censura velada o las restricciones indirectas realizadas “por cualquier medio”, al derecho a la libertad de expresión. Por consiguiente, lo que procede es acoger también este extremo del recurso, con las consecuencias que se dirán *infra*. Esto, no sin antes traer a colación lo que señala la Declaración de Chapultepec y resulta plenamente aplicable en este caso:

“La lucha por la libertad de expresión y de prensa, por cualquier medio, no es tarea de un día; es afán permanente. Se trata de una causa esencial para la democracia y la civilización en nuestro hemisferio. No sólo es baluarte y

antídoto contra todo abuso de autoridad: es el aliento cívico de una sociedad. Defenderla día a día es honrar a nuestra historia y dominar nuestro destino”.

D. ACLARACIONES FINALES DE INTERÉS. Finalmente, esta Sala Constitucional estima pertinente, en este punto de la sentencia, dejar claros los siguientes aspectos:

Primero: A través de este voto, esta jurisdicción constitucional no está diciendo que se puede actuar en contra de lo que dicta el ordenamiento jurídico; no se propone o insta a actuar fuera del marco de la ley. Por el contrario, la Sala, lo que señala, es que la ley se debe aplicar correctamente y no de forma intempestiva, atropellada o arbitraria, tal y como se demostró que sucedió en el caso bajo estudio.

Segundo: Lo que se dispone en esta sentencia, no impide que se pueda continuar fiscalizando el ejercicio de emprendimientos comerciales, estén o no relacionados con medios de comunicación. Las potestades de control, supervisión y verificación del cumplimiento de los requisitos y permisos para el funcionamiento de estos establecimientos, se debe seguir haciendo, pero ajustándose al marco jurídico ya establecido, y no de la manera atropellada, arbitraria e intempestiva en que se llevó a cabo recientemente en el caso valorado en este proceso.

Tercero: En el sentido supraexpuesto, para el caso concreto, este Tribunal es consciente que se deben proteger y resguardar la vida, la salud y la integridad de los habitantes de la zona de La Guácima de Alajuela, y de los asistentes a las actividades que se realizan en el establecimiento denominado Parque Viva. Esta jurisdicción, tal y como se dijo líneas arriba, a través de copiosa jurisprudencia, ha procurado siempre salvaguardar estos derechos fundamentales y, esto es absolutamente indiscutible. Ahora, el ejercicio de las potestades públicas de que dispone la administración, se debe llevar a cabo de forma ajustada al bloque de legitimidad, y no de la manera atropellada en que se ha hecho en este caso en particular.

Cuarto: Debe quedar absolutamente claro, que esta sentencia no indica que cualquier actividad comercial ligada a un medio de comunicación queda abstraída de los controles que exige el ordenamiento jurídico. Además, como también se ha explicado, no todo acto o conducta administrativa que imponga un gravamen o establezca un contenido de efecto negativo en torno a las estructuras de financiamiento de los medios de comunicación, supone, en sí misma, una lesión refleja como la que se ha indicado. La lectura íntegra de esta sentencia no establece ni sugiere esa regla de manera alguna. Lo que sí se ha establecido y debe enfatizarse, es que el cierre de un

negocio o establecimiento comercial, con el fin de acallar o silenciar a un medio de comunicación, significa en realidad un subterfugio para violar las libertades públicas y los derechos fundamentales, en particular, a la libertad de expresión y de prensa, y con ello, limitar, de manera indebida e indirecta, a estas libertades, las cuales, según lo explicado reiteradamente, son consustanciales con la existencia misma de la democracia; de ahí, la protección que merece ser brindada por este Tribunal Constitucional.

X.- COROLARIO. En mérito de lo expuesto, se impone acoger el presente proceso de amparo, al haberse demostrado que el cierre de Parque Viva se llevó a cabo de forma arbitraria, sin un fundamento objetivo válido, como represalia por la línea editorial que ha sostenido Diario La Nación respecto al hoy Presidente Rodrigo Chaves Robles y con el único objetivo de silenciar las voces de dicho medio, en claro detrimento de la libertad de expresión y la libertad de prensa protegidas constitucional y convencionalmente.

XI.- NOTA DEL MAGISTRADO CRUZ CASTRO. LA TUTELA REFORZADA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL PACTO DE SAN JOSÉ.

Este caso posee gran riqueza en el análisis constitucional y define un escenario inusual en el control del poder político. El Poder Ejecutivo, dentro de un sistema de frenos y contrapesos, requiere la supervisión y revisión judicial. La descripción detallada que se hace en el voto de mayoría concluye que la orden sanitaria MSP-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-20022 es un acto administrativo “...abiertamente arbitrario, carente de fundamento certero y absolutamente desproporcionado..”. La sentencia que suscribo, describe hechos e indicios que sustentan tal conclusión. No es un tema menor que la instancia constitucional determine, mediante amparo, que las autoridades del Poder Ejecutivo han incurrido en un acto arbitrario. Se trata de un acto abiertamente arbitrario, incompatible con las reglas que imperan en un Estado de Derecho. El error o el exceso es un riesgo que siempre asume quien adopta decisiones que inciden en los derechos de terceros. A pesar de la gran cantidad de casos que conoce esta Sala por la vía de amparo, merece especial atención el conocimiento de casos como estos en donde, se denota una grave arbitrariedad en un acto vinculado con un tema de salud, pero además, es una violación a la libertad expresión, la cual tiene también un reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos.

En una democracia, la autoridad política está sometida a una constante revisión de sus decisiones, ese es el equilibrio saludable que asegura el ejercicio razonable del

poder presidencial o del parlamentario. Estimo que en este caso la actuación del Poder Ejecutivo configura una desviación poder, al realizar acciones que aparentan legitimidad, pero que carecen de sustento técnico y que lucen desproporcionadas. Desde la doctrina y desde la Ley General de la Administración Pública, la desviación de poder puede definirse como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico. La desviación de poder es “La persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste...” (art.131.3 LGAP). Es un vicio en el fin del acto administrativo, el uso del poder con fines y por motivos distintos de aquellos por los cuales le fue conferido tal poder. Ante la arbitrariedad, se pone a prueba la salud de la democracia, se ponen a prueba los controles institucionales y judiciales. En ese contradictorio se asegura que no se desborde el ejercicio del poder, así debemos vivir, entre controles y balances, es la dialéctica que evita el autoritarismo. Es la dialéctica de control a la que debe someterse el Poder Ejecutivo, especialmente el Presidente de la República. El ejercicio del poder requiere controles, objeciones y disidencias. No es fácil para quien tiene una delicada responsabilidad política, acertar siempre en las decisiones. En este caso, el camino emprendido resultó inadmisibles en un Estado democrático de Derecho, pero subsiste, incólume, el poder que tiene la Administración para emprender otras acciones que permitan tutelar la salud y asegurar la interdicción de la arbitrariedad, protegiendo, además, la libertad de un medio de prensa. En esta materia, el Poder Ejecutivo tiene amplias facultades para abordar los graves problemas de circulación de vehículos en todas las carreteras del país.

En este caso, además de la grosera arbitrariedad del Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus potestades, se configura una restricción indirecta de la libertad de expresión y de pensamiento. El derecho requiere sutileza, requiere matices, por eso exige un marco jurídico que capte la impredecible realidad y con mayor brillo, si se trata del control del poder. Por eso el artículo trece, inciso tercero, de la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere a los medios o vías indirectas para restringir la libertad de expresión: la definición es amplia, es un abanico inagotable de posibilidades, como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, de enseres y aparatos usados en la difusión de la información “...o por cualquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones..”; es una definición abierta, flexible, que incluye una multiplicidad de acciones abusivas en que el poder formal restringe un derecho tan importante. El derecho y su aplicación, requiere sutilezas, exige una valoración circunstanciada, para captar la realidad, tan rica en giros y enmascaramientos. Si no fuera así, de poco sirve el control jurídico, especialmente si se

trata de potenciar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. En este caso, no sólo hay una grosera violación de derechos fundamentales al debido proceso, sino que la acción gubernamental pretende utilizar la orden sanitaria para limitar un medio de prensa. Esto parecía impensable hace treinta años, pero los cambios sociales y económicos, han transformado las estructuras económicas de los medios de prensa privados. No es el mejor escenario para darle más independencia a la prensa, pero esa es la realidad. Muchos medios de comunicación son parte de un conglomerado económico complejo, así se asegura su supervivencia económica y mediática. Esa es la realidad económica de muchos medios de prensa; su vigencia como medio de comunicación se logra mediante estructuras complejas de personas jurídicas en las que impera el poder anónimo del dinero, sin que uno pueda identificar, claramente, a los propietarios de esos medios; son parte de un entramado complejo en que convergen grupos económicos, con sus vasos comunicantes. Mediante esta estructura diversa y compleja, el medio de comunicación se financia gracias a un variado ensamble de empresas que no se dedican, directamente, a la actividad periodística. Todo ha cambiado en los medios de comunicación, es una realidad que no puede ignorarse, asumiendo, con inadmisibles simplismo, que el medio de comunicación es sólo su denominación y actividad periodística. Es una transformación similar a la que ha ocurrido en las redes sociales, en las que impera el anonimato y las raíces de su actividad no son visibles para el ciudadano común. Los medios de prensa actuales, son parte de una estructura jurídica compleja, con diversidad de actividades y con vasos comunicantes en relación a la estructura económica a la que pertenece el medio de prensa. Se ha agravado el anonimato, al igual que ha ocurrido con las redes sociales, en las que ni siquiera existe seguridad sobre la identidad de la persona que se presenta como partícipe de un debate público. Este contexto empresarial y económico, descrito en términos muy sencillos, es lo que impregna el caso del cierre del Parque Viva. Las acciones indirectas pueden manifestarse en actos muy concretos y contundentes, como el cierre de una actividad por razones de salud o bien, podría ser, por acciones de la administración tributaria. La norma de la Convención Americana de Derechos Humanos posee una flexibilidad inusual, sin que limite qué puede considerarse acción indirecta, sino que deja que la realidad, tan variada e impredecible, se incluya dentro de una previsión normativa amplia y flexible. Este concepto abierto permitió que se considerara como restricción indirecta a la libertad de expresión, la colegiación obligatoria de los periodistas, según lo determinó la Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, de la Corte Interamericana; se catalogó como una restricción indirecta al ejercicio de la libre expresión el que se exija la colegiación obligatoria del periodismo, en razones de orden público. Esta restricción limita de modo permanente

un derecho fundamental, en perjuicio de quienes no cuentan con dicha colegiación. (ver consulta de la CoIDH, 1985: párrafos 48 y 76). Destaco también el *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, la CoIDH catalogó como restricción indirecta a la libertad de expresión el uso arbitrario de las facultades regulatorias del Estado cuando son ejercidas para intimidar a un medio de comunicación (ver de la CoIDH, 2001: párrafos 158-163). Los precedentes de la Corte han señalado que también existe una restricción indirecta cuando las declaraciones de funcionarios públicos, pueden calificarse como formas de injerencia directa o indirecta, o presión inadmisibles en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública expresando y difundiendo su pensamiento (ver CoIDH; 2009: párrafo 151); igualmente, se ha considerado como restricción indirecta cuando se exigen acreditaciones de manera desproporcionada o discriminatoria a los medios de prensa para la participación en eventos oficiales (ver CoIDH, 2009: párrafo 375). Todos estos ejemplos demuestran la amplitud de la previsión que contiene el apartado tercero del artículo trece del Pacto de San José. La norma mencionada no impone ninguna restricción, sólo define un concepto abierto que incluye todas las posibles acciones gubernamentales que aplican un procedimiento indirecto, para restringir la libertad de expresión. No hay nada novedoso en lo que señaló esta Corte en la decisión que suscribo, sólo aplicó al caso concreto, una previsión normativa cuya amplitud y flexibilidad permite conocer variadas formas de intervención del poder público sobre la libertad de expresión. Este caso posee dos elementos claves: el acto manifiestamente arbitrario en el cierre del parque Viva y la restricción indirecta a un medio de prensa, según las previsiones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La discusión y valoración de este amparo, me hizo recordar el voto 2016-15220. En esa sentencia admitimos una limitación indirecta de la libertad de expresión, a raíz de la reprochable actuación de los funcionarios del Banco Nacional. En esta decisión consigné una nota, en la que expreso mi visión sobre una variedad de acciones de los poderes fácticos, en los que la competencia de la Sala y las previsiones del Pacto de San José, resultan insuficientes. Hay espacios en los que no impera el Derecho, es el reinado de los poderes salvajes, según la terminología de Ferrajoli. Qué maravilloso sería que el estado social, la independencia del poder judicial, los derechos sociales, tuvieran las garantías que contiene el Pacto de San José para la libertad de expresión. Sólo imagino cómo sería la Justicia social y la democracia, si eso fuera posible. Hay un sesgo de la Convención Americana hacia los derechos individuales, con previsiones demasiado abstractas respecto de los derechos sociales. Empero, las normas del Pacto de San José sobre la libertad de expresión, son sabias y se adaptan a las transformaciones

sociológicas y políticas, pero en otras áreas tan sensibles para la democracia y el estado social, impera la anomia y la “conveniencia política”. Creo que la nota que consigné en aquél voto, sobre un tema similar, todavía mantiene vigencia, todavía son pertinentes mis reflexiones sobre las limitaciones y debilidades de la juridicidad en nuestra democracia. Mi condición de juez no me convierte en un testigo de piedra sobre lo que estimo son las injusticias que flotan, muy claramente, en los casos que resolvemos. No me gusta esa indiferencia, no me gusta ese silencio. Los excesos desde el poder formal, requieren control y contrapeso; no tengo duda que también se requiere que los poderes fácticos, puedan ser más visibles ante la ciudadanía, comprendiendo que también ejercen un influjo que escapa a los controles sanos de una democracia plena. Tanto que queda por hacer, en lo electoral, en la participación, en la vigencia del estado social, las garantías laborales, tan venidas a menos en los últimos quince años, tanto que una Convención Colectiva parece un lujo y privilegio de una minoría de trabajadores. Efectivamente, un caso como este, que apasiona y provoca controversia, resulta de menor rango al lado del deterioro de nuestro Estado del bienestar. La frustración de tantos ciudadanos no nos debe llevar a sobredimensionar este litigio, hay otros retos y temas, en que enfrentamos la parálisis, el deterioro y el silencio. El tema del tránsito de vehículos del parque Viva, tiene solución, pero no puedo decir lo mismo de los problemas que enfrenta la democracia y el Estado social en Costa Rica. Son asignaturas pendientes que tiene la sociedad costarricense y que trascienden lo que se discute en este amparo. Agrego, textualmente, la nota que consigné en el voto del Banco Nacional, cuya vigencia, como lo expresé, se mantiene:

“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 las 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...."

XII.- 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, estos 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 número 27-11 del 22 de agosto de 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial número 19 del 26 de enero de 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la sesión número 43-12 celebrada el 3 de mayo de 2012, artículo LXXXI.

POR TANTO:

Por mayoría se declara con lugar el recurso en todos sus extremos y, en consecuencia, se anula la orden sanitaria No. MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 emitida el 8 de julio de 2022, así como lo dispuesto en el oficio No. MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022 de 15 de julio de 2022. 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. El magistrado Cruz Castro consigna nota. El magistrado Salazar Alvarado consigna razones adicionales y agrega que, al haberse declarado con lugar el recurso de amparo que anula la citada orden sanitaria, las autoridades recurridas deberán, dentro del plazo de dieciocho meses posteriores a la notificación de la presente resolución, llevar a cabo todas aquellas medidas de coordinación que estimen pertinentes y necesarias a efectos de ejecutar el plan remedial al que se ha hecho referencia en este asunto; o, cualquier otro que estimen a bien, con el propósito de brindar una solución integral a la problemática de congestión vial que afecta a los vecinos de La Guácima de Alajuela, en relación con los eventos de concentración masiva de personas y vehículos en el Parque Viva; y que, ante una eventual emergencia, podrían verse comprometidas la salud o la integridad física de las personas. La magistrada Garro Vargas salva parcialmente el voto en el siguiente sentido: lo declara con lugar, por sus propias razones, respecto de la libertad de expresión; y lo declara sin lugar respecto de la anulación de la orden sanitaria y del citado oficio, por cuanto estima que lo relativo a estos no procede ser conocido en esta jurisdicción. Comuníquese y notifíquese.-.

Magistrados Fernando Castillo V., Presidente / Fernando Cruz C. / Paul Rueda L. / Luis Fdo. Salazar A. / Jorge Araya G. / Anamari Garro V. / José Roberto Garita N.

Expediente N° 22-016697-0007-CO

Razones adicionales del magistrado Salazar Alvarado.

Concurro con el voto de mayoría, que declara con lugar el recurso y anula la orden sanitaria que se cita, al haberse demostrado, con toda claridad, que el cierre de Parque Viva fue un acto arbitrario, como represalia por la línea editorial que ha sostenido el Diario La Nación, respecto al Presidente de la República, y con el objetivo de silenciar a

dicho medio, en claro detrimento de la libertad de expresión y la libertad de prensa, protegidas constitucional y convencionalmente.

No obstante, en vista de la anulación de la orden sanitaria N° MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022, emitida el 8 de julio de 2022, así como lo dispuesto en el oficio N° MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022 de 15 de julio de 2022, estimo necesario que las autoridades recurridas (en conjunto con la Municipalidad de Alajuela, y cualquier otra institución pública competente), brinden una tutela efectiva a los derechos fundamentales de los vecinos de La Guácima de Alajuela.

Para ello, considero pertinente y oportuno, que este Tribunal Constitucional ordene, dentro del plazo de dieciocho meses posteriores a la notificación de la presente resolución, que se lleven a cabo todas aquellas medidas de coordinación que estimen pertinentes y necesarias a efectos de ejecutar el plan remedial al que reiteradamente se ha hecho referencia en este asunto; o, cualquier otro que estimen a bien, con el propósito de brindar una solución integral a la problemática de congestión vial que afecta a los vecinos de La Guácima de Alajuela, en relación con los eventos de concentración masiva de personas y vehículos en el Parque Viva; y que, ante una eventual emergencia, podrían verse comprometidas la salud o la integridad física de las personas.

En el caso que nos ocupa, debe tenerse presente que esta Sala ha tutelado el derecho de los administrados a disfrutar de un espacio público físico que reúna las condiciones necesarias de accesibilidad, que permitan una adecuada movilidad, y garanticen la integridad física, la salud y la vida de las personas.

En la Sentencia N° 2014-013854 las 9:05 horas del 22 de agosto de 2014, se desarrolló lo que en doctrina se conoce como el “Derecho a la Ciudad”, que comprende lo siguiente:

“(…) En la “Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad”, se reconocieron -entre otros- el derecho a la accesibilidad a los servicios de transporte público y al espacio público físico -lo que involucran tanto la movilización de los usuarios de un lugar a otro de la ciudad, y la posibilidad de contar con buenas aceras, zonas peatonales, etc.- y a la inclusión, que como este Tribunal ha sostenido implica la remoción de todas las barreras arquitectónicas que impidan la movilidad por propios medios así como la instalación de las ayudas necesarias para garantizar la accesibilidad de personas con discapacidad, niños, adultos mayores, etc. Por su parte, la “Convención sobre los Derechos de las

Personas con Discapacidad", consagra el derecho de todos a ingresar, transitar y permanecer en un lugar, de manera segura, confortable y autónoma (...)". (Criterio reiterado en la Sentencia N° 2015-04827 de las 9:40 horas del 10 de abril de 2015, y la Sentencia N° 2016-009051 de las 9:05 horas del 1 de julio de 2016, entre otras resoluciones del Tribunal Constitucional).

En consecuencia, si un grupo de ciudadanos, en su circunscripción territorial, sufren problemas por obstaculización de vías públicas, con afectación de su calidad de vida y bienestar general, esto se enmarca dentro del concepto de intereses y servicios locales del numeral 169, de la Constitución Política, problemas cuyas causas tienen que ser identificadas con precisión y, más aún, las soluciones, a fin de implementarlas a la brevedad posible; para lo cual corresponde a las autoridades recurridas coordinar con las instituciones de nivel nacional con competencia para actuar sobre el problema. En efecto, la Sala ha desarrollado la obligación municipal de coordinar con otras instituciones estatales en aras de atender los intereses y prestar cumplidamente los servicios locales. En la Sentencia N° 1999-5445 de las 14:30 horas del 14 de julio de 1999, se manifestó lo siguiente:

"(...) se refieren a la obligación de coordinación que debe existir entre los gobiernos locales, las instituciones descentralizadas y el Poder Ejecutivo, para llevar a cabo las funciones que le han sido encomendadas, lo que debe ser analizado a partir de la naturaleza misma de la autonomía municipal. Es en virtud de lo dispuesto en el artículo 170 constitucional, que las municipalidades (entes corporativos locales) gozan de autonomía funcional, administrativa y financiera en la administración de los intereses y servicios locales (artículo 169 de la Constitución Política) (...)".

Por otra parte, en este asunto es de relevancia tener presente el contenido del informe técnico N° CRC-GG-OF-012-2022, del 12 de julio de 2022, suscrito por el Gerente General de la Asociación Cruz Roja Costarricense, mediante el cual se reconocen las dificultades que enfrentan los vehículos de emergencias en las vías públicas de la zona al atender incidentes, situación que se agrava cuando se realizan eventos masivos en el Parque Viva. En dicho documento se le informó a la Ministra de Salud lo siguiente: *"(...) En el caso específico objeto de la presente consulta, se conoce que las vías públicas de la comunidad de La Guácima de Alajuela y zonas aledañas son insuficientes para el rápido acceso de nuestras unidades de emergencia en la atención ordinaria de incidentes, que se puede agravar cuando se realizan eventos masivos, puesto que hemos conocido de situaciones en las cuales el simple desperfecto mecánico de un*

vehículo particular atrasa sustancialmente el ingreso de nuestras ambulancias. Históricamente los tiempos de respuesta para atender emergencias por parte de las diferentes instituciones se han visto afectados por la congestión vial en diversos puntos del territorio nacional, situación que sucede también en La Guácima de Alajuela, experimentando un incremento en el tiempo de traslado de los vehículos de emergencia de forma variable, generándose atrasos que van desde 10 minutos hasta los 30 minutos. En algunos casos específicos, el tiempo de llegada o salida de nuestros vehículos se ha extendido hasta más tiempo, ocasionado por la cantidad de vehículos que se ubican en los costados de las vías públicas aledañas al sitio del evento, e incluso por personas que transitan en las vías públicas, lo cual hace que se tenga que circular con mayor cautela. Para el caso concreto la estructura operativa de la Benemérita Cruz Roja Costarricense ha trabajado en tres escenarios que se atienden para un análisis de la situación que le permite a las autoridades tomar las decisiones según sus competencias. 1. Accidentes de tránsito: en la atención de un accidente de tránsito dependiendo de la gravedad del mismo, se hace necesario la llegada de diferentes recursos, ambulancias, camiones de rescate, e incluso la presencia del Cuerpo de Bomberos de Costa Rica. Cabe destacar que se pueden presentar casos en lo que los pacientes se encuentran prensados consecuencia del incidente, requiriéndose que a la escena se sume el equipo de rescate especializado según las necesidades. En cualquiera de los casos los pacientes requieren ser atendidos de forma inmediata, ya que en algunos casos la vida puede estar en riesgo inminente. 2. Incendios estructurales: en la atención de incendios estructurales generalmente responde el Cuerpo de Bomberos para extinguir el fuego y la Cruz Roja Costarricense acude a la escena para la atención de pacientes, por lo que dependiendo del tamaño del incidente, la cantidad de recurso que se hace presente se podría ver afectado por la dificultad de acceso a las instalaciones en riesgo y la evacuación de pacientes. Casos médicos: Dependiendo de la gravedad del caso, se requiere que el paciente reciba atención de forma expedita dado que el retraso en los tiempos de respuesta genera un impacto negativo en el pronóstico de la persona, afectando potencialmente la vida. Por ejemplo, en el caso de un paro cardiorrespiratorio se requiere acceso al paciente idealmente en menos de 10 minutos. Por otro lado, dependiendo de las circunstancias, existe la posibilidad de que la Unidad de Soporte Avanzado de Vida (USAV), en sitio, requiera del apoyo de una Unidad de Soporte Avanzado de Vida (USAV), dado que esta segunda ambulancia cuenta con personal de mayor nivel de capacitación, más equipamiento y por ende, mayor nivel resolutivo, ofreciéndole así una mejor oportunidad a la salud del paciente. Cabe destacar que al haber dos unidades o más en el lugar del siniestro se requerirá un espacio amplio y seguro para que los socorristas puedan brindar su atención (...).

Ante el escenario descrito, y por las razones expuestas, reitero que, con el fin de evitar una omisión a la tutela efectiva de la integridad física, la salud y la vida de los vecinos de La Guácima, así como de cualquier otro ciudadano, estimo necesario implementar el plan remedial de reiterada cita en este asunto; o, cualquier otra medida que las autoridades estimen necesaria, para solventar la problemática de congestión vial que afecta dicha zona, en relación con los eventos de concentración masiva de personas y vehículos en el Parque Viva.

Luis Fdo. Salazar Alvarado

Magistrado

Expediente 22-16697-0007-CO

RAZONES DIFERENTES Y VOTO SALVADO PARCIAL

DE LA MAGISTRADA GARRO VARGAS

respecto de la sentencia 2022-25167

(Parque Viva)

ÍNDICE

- I. Consideraciones preliminares
- II. Resumen ejecutivo
- III. Breve análisis de los elementos procesales del presente asunto
 - A. Tipo de proceso
 - B. Partes
 - 1.Recurrentes
 - 2.Recurridos

- C. Objeto impugnado
- D. Objeto protegido
- E. Admisibilidad y legitimación
- F. Pretensiones
- G. Marco fáctico

IV. Voto salvado parcial

A. Fase de admisibilidad: los presupuestos procesales

1. Aspectos formales del escrito de interposición
2. La competencia del órgano
 - a) El objeto protegido: los derechos fundamentales
 - b) El objeto impugnado: la conducta presuntamente lesiva
 - c) El carácter de la lesión
 - d) La naturaleza del proceso
3. La capacidad y la legitimación de las partes

B. Fase de conocimiento: aspectos por considerar y reconsiderar

1. Generalidades
2. Verificación definitiva de algunos presupuestos procesales
 - a) El objeto impugnado: la orden sanitaria y el oficio conexo
 - (1) La orden y el oficio conexo
 - (2) La no idoneidad del amparo: jurisprudencia constitucional
 - (a) Jurisprudencia en tiempos normales
 - (b) Jurisprudencia durante la pandemia
 - (c) El caso de Rolando Araya Monge
 - (3) La idoneidad de la vía contencioso-administrativa
 - (a) Previsión constitucional de control de la Administración
 - (b) Alcance del análisis en la vía ordinaria
 - (c) Ventajas de la vía ordinaria

b) Legitimación

- (1) Marco del problema
- (2) Sobre el alegato que solo tendrían legitimación ante la Sala
- (3) Alegatos de los recurrentes sobre la causa de la legitimación
- (4) Consideraciones de la sentencia sobre la dependencia
- (5) Los estados financieros y la dependencia aludida

V. Razones diferentes

A. Introducción

B. Posibilidad de conocer de la lesión invocada

C. Inexistencia de la violación del artículo 13.3 de la CADH

1. Brevísimo análisis exegético del artículo 13.3 de la CADH
2. Consecuencia sustantiva de la no acreditación de la dependencia
3. Inexistencia de la violación, aunque hubiese legitimación
 - a) Sobre la afectación a la libertad de expresión
 - b) Sobre la arbitrariedad de los actos
 - (1) Si los actos no son arbitrarios: consecuencias
 - (2) Si los actos son arbitrarios: consecuencias

D. Consideraciones sobre la jurisprudencia invocada en el expediente

1. La jurisprudencia de la Corte IDH
2. La jurisprudencia de la Sala Constitucional

E. Reflexiones adicionales sobre la inexistencia de la violación

F. Motivos para acoger el recurso respecto de la libertad de expresión

1. Marco normativo y jurisprudencial
2. Marco fáctico
3. Consideraciones sobre las manifestaciones
4. Conclusión

VI. Reflexiones sobre el expediente y la sentencia

A. El dilema: “ordinariar” el amparo o respetar su carácter sumario

1. Sobre los aspectos probatorios

2. Sobre las partes allegadas al proceso

B. Las consecuencias de la anulación de los actos impugnados

C. Sobre el alcance de la condenatoria en daños y perjuicios

VII. Conclusión

I. Consideraciones preliminares

Con el respeto acostumbrado a los demás integrantes de la Sala Constitucional y a las partes de este proceso, me propongo poner de manifiesto mis razones diferentes para declararlo con lugar –respecto de la violación de la libertad de expresión– y los argumentos de mi voto salvado parcial por el que lo declaro sin lugar –respecto de la anulación de la orden sanitaria y el oficio conexo impugnados que dictó el Ministerio de Salud–.

De previo, haré una brevísima descripción de la *litis*. Luego explicaré mi posición. Sin embargo, para facilitar su comprensión, desarrollaré primero mi voto salvado parcial y luego mis razones diferentes. Por último, haré unas reflexiones sobre el expediente y la sentencia misma que confirman lo dicho en el voto salvado.

Muy a mi pesar este texto es extenso, pero está diseñado para que pueda ser leído, al menos, en tres niveles de profundidad. El primero, superficial: para eso bastará leer el índice, el resumen ejecutivo y algunos pasajes subrayados que aparecen en diversas páginas. El segundo, un poco más detenido, que supone leer todo el texto de corrido y seguramente saltando las abundantes transcripciones de la jurisprudencia. Finalmente, uno más exhaustivo, que exige leerlo todo, incluyendo las notas a pie de página.

He debido explayarme en algún tema por su importancia o por exigencias de la finalidad pretendida. Explico esto último: no es lo mismo contradecir lo que se afirma en la sentencia que argumentar que algo no se dijo en ella. Ese es el motivo por el cual, por ejemplo, lo relativo al examen de la legitimación en la fase de conocimiento del recurso es tan largo, pues era pertinente transcribir y glosar pasajes de los escritos de los recurrentes y de la sentencia.

II. Resumen ejecutivo

Se pretende condensar aquí las ideas principales sobre lo siguiente: el voto salvado respecto la anulación de los actos impugnados, las razones diferentes por las que declaro con lugar el recurso en lo atinente a la lesión de la libertad de expresión y las reflexiones sobre la sentencia.

EL CASO

Unos periodistas del periódico La Nación impugnan una orden sanitaria y un oficio conexo dictados sobre el Parque Viva, que pertenece al Grupo Nación S. A. (en adelante, Grupo Nación), que es propietaria del periódico. Aducen que su libertad de expresión ha sido lesionada en virtud de tales actos.

POSICIÓN DE LA MAYORÍA DE LA SALA

Declara con lugar el recurso de amparo en todos sus extremos, anulando los actos administrativos impugnados, pues estima que son arbitrarios y manifestaciones de abuso de poder y, a tenor del artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), fueron unos medios indirectos para lesionar la libertad de expresión de los recurrentes.

MI POSICIÓN

Voto salvado parcial. Declaro sin lugar el recurso respecto de la anulación de los actos impugnados, pues estimo que corresponde que sean conocidos en la vía ordinaria de la legalidad y no en un recurso de amparo. Lo anterior con fundamento en los siguientes argumentos.

Todo recurso de amparo es analizado por la Sala Constitucional en dos fases:

Fase de admisibilidad. En esta se examina si *prima facie* el recurso cumple con los presupuestos procesales: 1) los aspectos formales; 2) la competencia del órgano, que está determinado por el objeto que se pretende proteger (los derechos y libertades fundamentales que se alegan violados), el objeto impugnado (las conductas que se acusan de arbitrarias), el carácter de la lesión (si es directa o indirecta), y el respeto por la naturaleza del proceso (que es sumario); 3) la capacidad y la legitimación de las partes.

En el presente caso, podría haber duda sobre un aspecto que determina la competencia del órgano, esto es, si el objeto impugnado es susceptible de ser conocido en un proceso sumario. La interrogante surge porque habitualmente la Sala –por diversos motivos debidamente justificados– no ha conocido de órdenes sanitarias y porque la que aquí se impugna versa sobre aspectos técnicos particularmente complejos. Esto hace pensar que el recurso de amparo no es la vía idónea para que la Sala se pronuncie sobre la alegada arbitrariedad de esos actos administrativos. También surge la duda sobre si los recurrentes tienen legitimación, pues aducen la lesión a la libertad de expresión de ellos, pero los actos administrativos impugnados recaen sobre un inmueble que es propiedad del grupo empresarial al que pertenece el periódico en el que laboran. Sin embargo, como se alega que tales actos son medios indirectos para lesionar la libertad de expresión, que el artículo 13.3 CADH proscribiera, pese a las dudas, podría parecer razonable que la presidencia de la Sala haya admitido el recurso para que fuera conocido por el fondo.

Fase de conocimiento: En esta, una vez recabados todos los informes de la parte recurrida y cualquier otro material que se haya allegado al expediente, la Sala realiza un segundo análisis en dos direcciones: verifica de manera definitiva si en efecto se cumplen con los presupuestos procesales y, solo después de constatarlo, analiza por el fondo el asunto.

Respecto de lo primero, en el presente caso, a mi juicio, corresponde examinar los dos puntos sobre los que surgen dudas razonables: si el objeto impugnado puede conocerse en proceso sumario y si hay legitimación de los recurrentes.

Luego del estudio del marco fáctico, de la constatación del acervo probatorio (numeroso, voluminoso, proveniente de múltiples autoridades involucradas y que en su mayoría versa sobre aspectos técnicos y particularmente complejos), de las normas y de la jurisprudencia aplicable (dictada antes y durante la pandemia) concluyo que el objeto impugnado no correspondía ser examinado en un proceso sumario como es el recurso de amparo. En esa línea, explico los motivos por los que la vía contencioso-administrativa es la sede llamada a examinar el reproche de los recurrentes, no solo por expresa previsión constitucional, sino porque ofrece muchas más ventajas para el examen riguroso de la cuestión y la posibilidad de dictar medidas cautelares e, incluso, solicitar un trámite preferente. También, después de examinar el marco fáctico y constatar la ausencia de pruebas que sustenten una vinculación entre lo pretendido y lo impugnado, advierto que los recurrentes no tienen legitimación. Además, desvirtúo

el alegato que ellos presentan, en el sentido de que no tenían legitimación para acudir a la vía contencioso-administrativa para impugnar los actos administrativos cuestionados y para aducir allí la lesión a la libertad de expresión.

En consecuencia, al no cumplirse con dos presupuestos procesales insoslayables (competencia y legitimación), estimo que corresponde declarar sin lugar el recurso respecto de la anulación de la orden sanitaria y el oficio conexo. Es decir, no me pronuncio sobre estos, sino que señalo que el examen sobre su presunta arbitrariedad corresponde ser realizada en la vía contencioso-administrativa.

Razones diferentes para declarar con lugar el recurso respecto de la lesión a la libertad de expresión.

De previo a justificar mi estimatoria parcial del recurso, explico que –pese a que los actos impugnados no puedan ser conocidos en este recurso–, en virtud del principio *iura novit curia* sí cabe hacerlo respecto de otros actos que se reflejan en el marco fáctico. Además, como lo que se advierte del análisis de esto son unas lesiones por vías directas a la libertad de expresión, los recurrentes sí tendrían legitimación para ser parte de este proceso.

En primer término, expongo los motivos por los cuales estimo que no se configuró una violación al artículo 13.3 CADH. Analizo la jurisprudencia referida en la sentencia, tanto de la Corte IDH como de la Sala Constitucional, y muestro que más bien confirma mi tesis. Después me refiero a unos escenarios que no se dieron en el presente caso, pero cuyo estudio permite hacer unas reflexiones sobre el tema en discusión. Ahí pongo de relieve que todo apunta a que no hubiese bastado con probar la dependencia económica del periódico La Nación respecto del Parque Viva para declarar la lesión de la libertad de expresión.

Finalmente, luego del examen de las pruebas allegadas y de los hechos públicos y notorios, y en virtud de las normas y jurisprudencia aplicables, constato y declaro la violación a la libertad de expresión, por parte del señor presidente de la República, debido a unas manifestaciones que constituyeron una censura directa, expresa, aunque relativa, sobre los sujetos (los recurrentes) y el contenido (lo comunicado).

Consideraciones finales sobre el expediente y la sentencia. Estas permiten confirmar lo dicho en el voto salvado, en el que sostengo que el recurso de amparo no era el proceso en el que se debió conocer sobre ese objeto impugnado. En concreto, me

refiero al dilema que se presenta entre “ordinariar” un recurso de amparo o resolverlo sin tener todos los elementos suficientes (prueba y partes) y a las implicaciones de haberse decantado por la segunda opción. También aludo a las consecuencias de la anulación de los actos impugnados y su posible impacto en temas de salud y seguridad públicas. Finalmente, hago unos comentarios sobre el alcance de la condenatoria en daños y perjuicios –cuya ejecución solo puede ser solicitada por los recurrentes y circunscrita a la lesión de la libertad de expresión declarada, no al grupo empresarial propietario del medio en el que laboran–. No obstante, esta sentencia da la posibilidad a este de interponer un proceso de conocimiento por responsabilidad del Estado, en el que, partiendo de la declaración de nulidad de esos actos realizada en un proceso sumario, solo tienen que mostrar el nexo causal entre tales actos y los daños y perjuicios que aleguen.

III. Breve análisis de los elementos procesales del presente asunto

A. Tipo de proceso

El presente es un recurso de amparo, que es uno de los procesos que la Sala Constitucional conoce, establecido en los artículos 48 de la Constitución Política y 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC).

B. Partes

1. Recurrentes

Los recurrentes son: Armando Manuel González Rodicio, Armando Mayorga Aurtenechea, Daniela Cerdas Espinoza, Diego De Jesús Bosque González, Esteban Enrique Oviedo Álvarez, Fabrice Le Luos, Guiselle Mora Morales, Harlen Natasha Cambronero Jiménez, Juan Fernando Lara Salas, Kimberly Herrera Salazar, Krisia Chacón Jiménez, Óscar Gerardo Rodríguez Arguedas, Ronald Arturo Matute Charpentier y Vanessa Auxiliadora Loaiza Naranjo. Todos, según se afirma, periodistas y miembros de la redacción del periódico La Nación.

2. Recurridos

Los recurridos son: Rodrigo Chaves Robles, en su condición de presidente de la República y Joselyn María Chacón Madrigal, en su condición de ministra de Salud.

C. Objeto impugnado

A tenor del escrito de interposición, el objeto impugnado es la orden sanitaria MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 y, por conexidad, el oficio MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022. Esto se deriva claramente de la petitoria en la que solicitan que “se declare con lugar el presente recurso de amparo, se anule la suspensión temporal del permiso sanitario de funcionamiento de Parque Viva y los actos administrativos que la ordenan”.

D. Objeto protegido

Los recurrentes afirman lo siguiente:

“Las actuaciones arbitrarias (...) constituyen una grosera desviación de poder para vulnerar nuestro derecho a la libre expresión y el derecho de los costarricenses a recibir informaciones y opiniones sobre asuntos de interés público de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política¹ y el artículo 13.3 de la Constitución Americana sobre Derechos Humanos²” (escrito de interposición, p. 1).

Es decir, estiman que las actuaciones de parte de los recurridos lesionan la libertad de expresión por vías indirectas.

¹ 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.

² 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 (...).
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.

También aducen que esas mismas actuaciones violan el principio de legalidad y el principio de igualdad, establecidos respectivamente en los artículos 11³ y 33 de la Constitución Política⁴.

E. Admisibilidad y legitimación

Los recurrentes estiman que el recurso debe admitirse porque los actos administrativos lesionan los derechos y principios mencionados. Es decir, consideran que el acto es arbitrario, por infracción del principio de legalidad y del principio de igualdad, y constituye una violación a la libertad de expresión de los propios recurrentes y del derecho a la información de los costarricenses. Al respecto señalan:

“Los actos administrativos empleados para ejercer censura indirecta o velada mediante presiones económicas relacionadas con el medio en que laboramos carecen de todo sustento técnico y no persiguen ningún fin legítimo, sino una represalia por la línea crítica del periódico y un intento de silenciarlo” (*ibid.*)⁵.

Después afirman:

“La ilicitud de las presiones indirectas sobre los periodistas ha sido objeto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (*ibid.*).

Y luego citan varios casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁶ e inmediatamente dicen:

³ Artículo 11. Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.

⁴ Artículo 33. Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

⁵ Posteriormente hacen más alegatos en la misma línea, que serán transcritos en el voto salvado.

⁶ En las razones diferentes se hará una breve referencia a estos.

“En este contexto, el recurso que presentamos es admisible y en consecuencia solicitamos que la Sala le dé el curso correspondiente. Efectivamente, lo actuado por los funcionarios recurridos (...) configura un supuesto evidente de desviación de poder (...). La particularidad y el carácter especial y extraordinario del caso es que no se trata de un asunto de mera legalidad o de legalidad ordinaria, es decir, de mera infracción legal, susceptible en consecuencia de ser conocido en la jurisdicción ordinaria correspondiente, sino que la desviación de poder en este caso concreto es el instrumento ideado para vulnerar nuestros derechos y libertades fundamentales de modo directo e inmediato, y capaz de producir este resultado. La violación directa o inmediata de derechos y libertades, como consecuencia inevitable de los fines espurios perseguidos de consuno por los recurridos y de los actos que los manifiestan, encaja como motivo en el ámbito ambiente de protección propio del recurso de amparo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional” (*ibid.*, p. 2).

Es decir, entienden que la conducta administrativa es un supuesto de evidente desviación de poder, que tiene como fin lesionar la libertad de expresión y de información (en adelante, se hablará de la libertad de expresión para referirse a ambas, tal como lo hace el título del artículo 13.1 de la CADH). Consideran que ahí radica lo que hace procedente que la Sala admita este recurso. Entonces, por estimar que esos actos administrativos han lesionado sus derechos y libertades fundamentales, afirman que el asunto no es de legalidad, sino que es propio de un recurso de amparo y, por eso, debe ser conocido y resuelto en esta jurisdicción y no en la jurisdicción ordinaria.

En ese sentido, indican lo siguiente:

“Si se considera erróneamente ese caso como un tema que debe ser conocido en las sede ordinaria por tratarse de un asunto de legalidad, se condenaría a los periodistas a no acceder a la tutela judicial, pues careceríamos de legitimidad para cuestionar los hechos aquí descritos en sede contencioso administrativa porque, tratándose de ataques indirectos a la libertad de expresión y prensa, los actos administrativos cuestionados no se dirigen en nuestra contra, sino que lesionan nuestros derechos de forma indirecta. Así, como máximo, podríamos actuar como coadyuvantes en una acción ordinaria, siempre sujetos a la suerte del principal y con limitados alcances, sobre todo en cuanto a la libertad de expresión, que es nuestra preocupación

fundamental. La sede constitucional que tutela nuestro derecho a ejercer libremente el periodismo es el único medio apto para defendernos de los abusos que, de forma indirecta, esgrimen en nuestra contra los recurridos” (*ibid.*).

Esto es, reiteran que no se trata de un asunto de legalidad, y aducen otro argumento: si se les rechazara este recurso de amparo, se les lesionaría el derecho a la tutela judicial.

Además, para mostrar la vinculación entre los actos impugnados y las presuntas lesiones a la libertad de expresión, en primer término, aducen lo siguiente:

“No puede ser más evidente la amenaza de destruir a las empresas como represalia por las líneas editoriales de los medios de su propiedad y las actuaciones de sus directores periodísticos, mencionados en el discurso pronunciado por el ahora presidente el 29 de enero” (*ibid.*, p. 4).

Luego explican los temas que, a juicio de los recurrentes, disgustaron al aquí recurrido y afirman lo que es medular para este asunto:

“En todos los casos, se trataba de publicaciones periodísticas serias, bien documentadas y totalmente pertinentes. No publicarlas habría afectado directamente el derecho de los ciudadanos a informarse sobre temas de interés público y, en el momento específico, el principio del votante informado. Como consecuencia del cumplimiento de ese deber y el ejercicio de ese derecho, a los directores y a nuestros colaboradores periodísticos se nos advirtió de la destrucción de las estructuras que nos permiten ejercer el periodismo independiente.

Parque Viva es una de esas estructuras, en el caso de Grupo Nación. Fue creado, precisamente, para diversificar las fuentes de ingresos de la empresa y compensar la pérdida de ingresos experimentada por los medios de comunicación en todo el mundo debido a la migración de la publicidad hacia los gigantes de la Internet, como Google y Facebook. Ese hecho es público y consta en diversas manifestaciones de la empresa y sus personeros desde al menos el 2013. En el informe a los accionistas del período 2013-2014, visible en la página de [nación.com https://www.nacion.com/gnfactory/especiales/gruponacion/estados-financieros.html](https://www.nacion.com/gnfactory/especiales/gruponacion/estados-financieros.html) la presidencia ejecutiva afirmó: “...los cambios en la

industria, en el consumo de medios y en el ambiente competitivo nacional, seguirán retando al negocio de medios impresos. Conscientes de ese panorama, diseñamos, hace dos años, una estrategia para enfrentarlo. Mientras maduran las nuevas iniciativas, especialmente en el ámbito digital, todo medio periodístico requerirá de una fuente complementaria de ingresos, menos dependiente de la vena de publicidad. En consecuencia, como lo anunciamos el año pasado, invertimos importantes recursos y esfuerzos en la creación del Parque Viva, en la Guácima de Alajuela” (*ibid.*, p. 4; el destacado no es del original).

De ese modo, explican el ligamen entre el Parque Viva y el periódico La Nación, señalando que aquel es fuente de ingresos para este. A partir de esto alegan que la orden sanitaria⁷, al impedir el funcionamiento del Parque Viva, deja sin soporte financiero al periódico, por lo que estiman que ese acto causa una lesión a la libertad de expresión.

Es decir, entienden que la orden sanitaria debe clasificarse dentro de “cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (artículo 13.3 CADH), pues tuvo como finalidad última lesionar la libertad de expresión, en el contexto de amenazas propinadas por el señor Rodrigo Chaves, primero durante la campaña electoral, luego como presidente electo, y también en el ejercicio del cargo.

F. Pretensiones

Los recurrentes en su petitoria se refieren a tres aspectos: Por un lado, como se ha dicho, solicitan la anulación de la orden sanitaria. Por otro, piden que la Sala “le ordene al Presidente de la República y la Ministra de Salud abstenerse de ejecutar actos tendientes a lesionar directa o indirectamente la libertad de expresión de que gozamos los recurrentes, como todo ciudadano costarricense”. Y, finalmente, indicaron: “Renunciamos expresamente a pedir condenatoria en daños, perjuicios y costas”.

G. Marco fáctico

Sin pretender sustituir el elenco de los hechos que están en consignados en la sentencia, es oportuno hacer sucintamente una relación del marco fáctico de la *litis*, con el fin de

⁷ A la luz de la petitoria, ha de entenderse que se refieren a la orden y al oficio conexo. En adelante, cuando se habla de orden sanitaria, se alude también al oficio conexo.

ofrecer el contexto que facilite la debida comprensión del voto salvado parcial y de las razones diferentes.

Muchos son hechos públicos y notorios y todos tienen respaldo documental en el expediente.

1.- El Grupo Nación tiene dos unidades de negocio de relevancia para el análisis del caso concreto. El periódico La Nación, obviamente relacionada con el ejercicio periodístico, y el Parque Viva, dedicada a la realización de actividades de entretenimiento. Este recinto, ubicado en La Guácima de Alajuela, contaba con permisos sanitarios para la realización de eventos.

2.- El **29 de enero** de 2022, durante la campaña electoral presidencial, el actual presidente de la República hizo manifestaciones en los siguientes términos:

“Vamos a causar la destrucción de las estructuras corruptas de La Nación y de Canal 7. Óigame Ignacio Santos, óigame el otro (...) René Picado, óigame Armando González. Aquí estamos. Síganlos invisibilizando en lo nuevo, en lo bueno y acusando injuriosamente en lo malo, porque ustedes ya no ponen presidentes en Costa Rica”.

3.- Los recurrentes de este proceso son periodistas de La Nación.

4.- Denuncia: En el contexto de la realización de los eventos masivos organizados en el Parque Viva se habían generado noticias sobre el colapso vial en la zona. Además, el día **5 de julio** de 2022 se presentó una denuncia anónima ante las autoridades del Ministerio de Salud, en la que se alegaba la existencia de peligros derivados de ese colapso, particularmente, las dificultades de los cuerpos de socorro para atender toda clase de emergencias, y se solicitaba la clausura del Parque Viva. Informes preliminares: Se requirió un criterio técnico a los jefes del MOPT sobre el particular, se hizo una inspección físico sanitaria en el Parque Viva, elaboración de informes técnicos, y una reunión del Comité Asesor Técnico de Concentraciones Masivas –integrado por la ministra de Salud en calidad de coordinadora, el ministro de Obras Públicas y Transportes, y por funcionarios de la Cruz Roja Costarricense, de la Dirección de la Policía de Tránsito, de la Comisión Nacional de Emergencias, del Cuerpo de Bomberos, del Sistema de Emergencias 9-1-1 y de Gestión de Riesgo del Ministerio de Salud–.

5.- El **6 de julio** de 2022, en conferencia de prensa, se le consultó al presidente de la República su criterio sobre el tema de la CCSS y la solicitud que se hizo a la Superintendencia General de Valores (Sugeval) respecto a los bonos emitidos por Grupo Nación. Al contestar, dijo que existía un tema muy serio con esos bonos que gobiernos anteriores habían comprado. Indicó que estaba preocupado por la capacidad de pago que tendría ese grupo, debido a los resultados contables y a la desviación de activos que, a su juicio, debilitan la probabilidad que el pueblo de Costa Rica pueda recuperar esos recursos que son sustanciosos.

6.- El **7 de julio** de 2022, el director ejecutivo de Grupo Nación dio amplias explicaciones públicas y mencionó el papel de Parque Viva en el flujo de la caja del Grupo Nación.

7.- Orden sanitaria. Las autoridades del Área Rectora de Salud Alajuela 2 del Ministerio de Salud emitieron la orden sanitaria MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 del **8 de julio** de 2022 –notificada ese mismo día– en la cual se dispuso lo siguiente:

“En atención a denuncia anónima N° 243-2022, traslada (*sic*) mediante oficio MS-DM-5756-2022 desde el Despacho de la Ministra de Salud, por aparentes problemas estructurales, incumplimientos del plan de emergencia y condiciones de seguridad e higiene en el Parque Viva, y según consta en el acta de inspección ocular MS-DRRSCN-DARSA2-1639-2022 del día 05 de julio del 2022 al ser las 13:50 horas se realizó la respectiva visita en el sitio para valorar lo señalado en la denuncia. Así mismo, en concordancia con el principio precautorio y en atención a los oficios: MS-DM5814-2022, mediante el que se remite el Informe Técnico DVT-DGIT-2022-339 emitido por la Dirección General de Ingeniería de Transito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, el oficio MS-DM-5838-2022 mediante el que se remite el Acta N°28643-SMOPT-SP del Comité Asesor Técnico en Concentraciones Masivas, se ordena mediante el siguiente acto administrativo la suspensión temporal del Permiso Sanitario de Funcionamiento MS-DRRSCN-DARSA2-RPSF-0177-2019 (parque temático, autódromo, anfiteatro, eventos deportivos, culturales, ferias y exposiciones varias) hasta tanto se cuente para su análisis y toma de las respectivas acciones, con los Criterios técnicos emitidos por el Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica y de la Benemérita Cruz Roja Costarricense, con relación a la capacidad de la vía de acceso a dicho establecimiento por las unidades de primera respuesta de esas instituciones, mismos que están siendo

gestionados por el Ministerio de Salud. Así mismo, su representada deberá presentar un plan remedial que abarque la solución a la problemática de los accesos y el consecuente riesgo a la Seguridad y Salud Pública ante la realización de Actividades de Concentración Masiva, y la generación de una eventual emergencia en dichas actividades”.

8.- Oficio conexo. Después de recabar los criterios técnicos del director del Cuerpo de Bomberos y de la presidenta de la Cruz Roja Costarricense, se dictó el oficio MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022 del 15 de julio de 2022, mediante el cual el director del Área Rectora de Salud Alajuela 2 le indicó al representante legal del Parque Viva que, como seguimiento a lo dispuesto en la orden sanitaria, se remitían los informes técnicos CBCR-027150-2022-OPB-00741 del Cuerpo de Bomberos, CRC-GG-SO-OF-074-2022 y CRC-GG-OF-012-2022 de la Cruz Roja Costarricense, 911-DI-2022-2202 del Sistema de Emergencias 9-1-1 y el DM-2022-3121 del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT). Adicionalmente, se resolvió lo siguiente:

“Una vez conocidos y analizados dichos documentos de acuerdo con lo indicado en la orden de cita, queda demostrado que los mismos señalan que existe un evidente problema para la atención de emergencias (accidentes de tránsito, incendios estructurales, casos médicos, entre otros), por parte de las Instancias de Primera Respuesta tanto en las comunidades aledañas, como para los mismos asistentes a los eventos de concentración masiva que se realizan en el Parque Viva, debido a problemas de tránsito y acceso al lugar, por lo tanto, en concordancia con el principio precautorio y en aras de garantizar el cumplimiento de los artículos 21 y 50 de la Constitución Política, el artículo 11, 152, 153 y 154 de la Ley General de la Administración Pública y los artículos 1, 2, 3, 37, 38, 39, 322, 325, 348, 355, 356, 357 y 364 de la Ley General de Salud, se confirma en todos sus extremos y alcances la Orden Sanitaria MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0386-2022”.

9.- El **13 de julio** de 2022, en conferencia de prensa, el mandatario se refirió a la reacción del Grupo Nación y el periódico La Nación sobre el cierre del Parque Viva.

10. El **20 de julio** de 2022, en conferencia de prensa, el señor presidente señaló, entre los motivos para cancelar el plan del tren eléctrico, la existencia de un ramal que pasa por Parque Viva.

IV. Voto salvado parcial

Salvé el voto parcialmente porque estimo que la Sala Constitucional no debió pronunciarse sobre los actos administrativos impugnados (la orden sanitaria y el oficio conexo), debido a que el caso bajo estudio no cumple con los presupuestos procesales que en todo recurso de amparo deben acreditarse ante este órgano jurisdiccional.

Para desarrollar mis argumentos haré una referencia a las fases procesales de todo recurso de amparo que es resuelto por el fondo.

A. Fase de admisibilidad: los presupuestos procesales

Para que un recurso de amparo supere la fase de admisibilidad, la Sala Constitucional debe verificar tres elementos: los requisitos formales de la demanda, su competencia para conocer del asunto y la legitimación de las partes.

1. Aspectos formales del escrito de interposición

Corresponde, en primer término, constatar si el escrito reúne unas mínimas condiciones⁸. Como el recurso de amparo es un proceso informal, estas son muy pocas: nombres de los recurrentes y recurridos, los hechos, el objeto impugnado (qué acto, omisión o vía de hecho se ataca), el objeto protegido (los derechos fundamentales o libertades públicas presuntamente conculcados, que sería aquello que la Sala protegería), las pruebas y la pretensión. En realidad, lo indispensable es la determinación de quién es la parte recurrente, relatar los hechos y aportar un mínimo de sustento probatorio. Lo demás, el tribunal lo puede deducir o, si tiene dudas, puede dictar una prevención (un acto en el que ordena que le aclare lo que estime necesario) de conformidad con el artículo 42 de la LJC⁹.

⁸ Al respecto: Artículo 38 de la LJC. En el recurso de amparo se expresará, con la mayor claridad posible, el hecho o la omisión que lo motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre del servidor público o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y las pruebas de cargo. // No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho lesionado, salvo que se invoque un instrumento internacional. // El recurso no está sujeto a otras formalidades ni requerirá autenticación. Podrá plantearse por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia telegráfica.

⁹ Artículo 42. Si el recurso fuere oscuro, de manera que no pudiese establecerse el hecho que lo motiva, o no llenare los requisitos indicados, se prevendrá al recurrente que corrija los defectos dentro de tercero día, los cuales deberán señalarse concretamente en la misma resolución. Si no los corrigiere, el recurso será rechazado de plano.

2. La competencia del órgano

Luego la Sala debe verificar si es competente para conocer del asunto. La competencia está condicionada por varios elementos: el objeto impugnado, el objeto protegido, el carácter de la lesión y la naturaleza del proceso.

a) El objeto protegido: los derechos fundamentales

En primer lugar, constatará que el objeto protegido, esto es, los derechos que se alegan violados son aquellos que de los que habla el artículo 48 de la Constitución Política¹⁰ y el artículo 2 de la LJC¹¹. Como se vio en el epígrafe anterior, los recurrentes alegan la violación a la libertad de expresión y a la igualdad.

b) El objeto impugnado: la conducta presuntamente lesiva

Además, en el caso de un recurso contra servidores públicos, como es el que aquí se examina, la Sala deberá constatar si la conducta que se atribuye a la parte recurrida está dentro de lo establecido en el artículo 29 de la LJC, que establece:

Artículo 29. El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus.

Procede el recurso 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.

¹⁰ Artículo 48. Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

¹¹ Artículo 2. Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: 1. Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.

El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas. (El destacado no es del original).

En el presente caso, *prima facie*, la Sala es competente para conocer de la orden sanitaria y el oficio conexo que los recurrentes piden anular, pues son unas *disposiciones* de servidores públicos y se aduce que ha violado *derechos y libertades fundamentales* que se garantizan mediante el recurso de amparo. No obstante, como luego se verá con detalle, la Sala en la gran mayoría de los casos suele rechazar *ad portas* recursos de amparo contra órdenes sanitarias, alegando que su conocimiento no se aviene con las características propias de un proceso sumario y porque siempre se ha considerado que es el acto inicial del procedimiento, por lo que es a partir de ese momento en el que las partes pueden ejercer su derecho de defensa. De manera que para admitirlo debía tener fundadas razones que le apartaran de esa línea jurisprudencial. A esto me referiré casi de inmediato al señalar la necesidad de respetar la naturaleza del recurso de amparo. Basta ahora decir que, sobre la admisibilidad del presente recurso, cabe una duda en lo que respecta al objeto impugnado, y no solo por lo que se ha apuntado, sino porque esos actos no recaen directamente sobre los recurrentes sino sobre un inmueble propiedad del mismo grupo empresarial que es dueño de la empresa para la que laboran los recurrentes, que no es la sede donde realizan sus labores. Aunque este es un aspecto que hace relación más bien a la legitimación, como luego se examinará. En todo caso, seguramente ante la duda, se vio prudente cursarlo.

c) El carácter de la lesión

Según una sólida y reiterada jurisprudencia, otra de las condiciones para admitir un recurso de amparo es que se alegue una lesión directa al derecho fundamental o a la libertad pública¹² presuntamente conculcado.

Desde el primer momento de su historia, esa Sala señaló:

“En buena doctrina constitucional el criterio se basa en que cualquier infracción de legalidad, en cuestiones relacionadas con esos derechos, puede causar eventualmente lesión de aquellos derechos fundamentales, pero

¹² En adelante, al menos en este segmento, cuando se hable de derechos fundamentales, se deberá entender que también se hace referencia a las libertades públicas.

cuando se trate de una lesión simplemente indirecta, por existir dentro del aparato estatal, órganos que pueden y deben resguardar esos derechos y reparar su violación, les corresponde a ellos conocer y no a esta Sala” (sentencia 1610-90)¹³.

Merece ser citada otra sentencia que, además de recoger ese precedente de 1990, señala:

“Se impone advertirle que la procedencia del recurso de amparo, en general, está condicionada, no sólo a que se acredite la existencia de una turbación —o amenaza de ésta— a uno o más de los derechos o garantías contemplados en la Carta Política o los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, **sino también a que el agravio alegado comporte una amenaza o quebranto directo y grosero de aquellos derechos, que ponga en peligro aquella parte de su contenido que les es esencial y connatural, es decir, el núcleo que les presta su peculiaridad y los hace reconocibles como derechos de una naturaleza determinada.** En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el problema de las violaciones directas e indirectas a la Constitución involucra, también, una necesaria apreciación de la idoneidad y naturaleza expedita que debe caracterizar a la vía del amparo (...). **Por esas razones, el recurso de amparo no puede ser empleado para controlar la legalidad de los actos de las distintas Administraciones Públicas, siendo que el amparo es un proceso sumario de tramitación sencilla y rápida, incompatible con la realización de debates extensos y técnicamente complejos**” (sentencia 2020-12053; el destacado no es del original)¹⁴.

Nótese que la Sala señala que el recurso de amparo es idóneo solo para conocer lesiones directas, no las indirectas, debido al carácter sumario de ese proceso. Justamente por eso interesa detenerse a analizar la naturaleza de este recurso.

¹³ Esas consideraciones se han repetido textualmente en al menos 1734 resoluciones de la Sala Constitucional. Cfr. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>. Y, en similar sentido, entre muchísimas otras, *vid.* las sentencias 2006-3919, 2017-17948, 2021-18328, 2021-27342.

¹⁴ Por lo demás, esta sentencia es reciente, lo que muestra que se trata de una línea jurisprudencial que atraviesa toda la historia de este tribunal. Sin dificultad alguna se podrían encontrar en similar sentido algunas aún más recientes. Cfr. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

d) La naturaleza del proceso

La competencia del órgano también está determinada por el respeto de la naturaleza del proceso.

No todo acto u omisión o vía de hecho, que provengan de una autoridad, aunque sean de suyo impugnables, es susceptible de ser conocido en un proceso sumario e informal. Las razones pueden ser diversas: la complejidad jurídica o técnica del acto, la necesidad de contar con un amplio acervo probatorio para determinar su validez y eficacia, etc. Sobre esto hay jurisprudencia consolidada que la Sala reitera todas las semanas al rechazar buena parte de los recursos de amparo que le son presentados.

Igualmente, el tribunal debe constatar si el objeto protegido (los derechos fundamentales presuntamente conculcados) puede ser efectivamente garantizado mediante un recurso de amparo, que es un proceso sumario e informal. Al respecto hay una reiteradísima jurisprudencia sobre el particular, que la Sala también recoge de modo habitual.

Justamente en este sentido, suscribí con la magistrada Hernández López una nota que reiteramos en muchas ocasiones:

“IV.- NOTA DE LAS MAGISTRADAS HERNÁNDEZ LÓPEZ Y GARRO VARGAS CON REDACCIÓN DE LA SEGUNDA. El recurso de amparo es un proceso sumario por naturaleza y, a tenor del artículo 48 de la Constitución Política, está diseñado para proteger los derechos constitucionales (con excepción de la libertad e integridad personal) y los de carácter fundamental establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables a la República. Por ende, un asunto es susceptible de ser conocido mediante un recurso de amparo cuando se invoca la presunta lesión de alguno de esos derechos. Pero eso no es suficiente. Es preciso que el objeto en discusión pueda ser conocido adecuadamente en un proceso sumario: es decir, en un trámite sencillo sin necesidad de una fase probatoria compleja. Además, el carácter sumario debe manifestarse no sólo en la fase de conocimiento sino también en su fase de ejecución. Sobre la base de lo anterior, las suscritas magistradas estimamos que el presente asunto no corresponde ser conocido en la Sala Constitucional mediante el recurso de amparo, pues, aunque podrían estar involucrados derechos fundamentales, para analizarlo debidamente se requiere producir prueba técnica proveniente de diversas disciplinas, con el

fin de examinar los diversos elementos que entran en juego en su resolución”
(nota a la sentencia 2020-23153).

Esto es así porque ciertamente muchos asuntos involucran derechos fundamentales, pero deben ser conocidos en su sede correspondiente. Por ejemplo, si una persona aduce que la defraudaron en una compraventa de un lote, qué duda cabe –si en efecto fue así– que le han violado su derecho y que este es un derecho fundamental. Se trata del derecho reconocido en el artículo 45 de la Constitución Política; pero es claro que el litigio sobre el particular no corresponde ser conocido en la Sala Constitucional, ni siquiera si el vendedor fue un sujeto de derecho público, porque para resolver este tipo de conflictos está la jurisdicción correspondiente. Sin ir más lejos, pues los ejemplos podrían ser abundantísimos, si un transeúnte dispara a otro, el victimario está violando el derecho fundamental a la vida o, al menos, a la integridad de la víctima, pero evidentemente el asunto tampoco puede ser conocido mediante un recurso de amparo, porque esa conducta está tipificada y, por tanto, será el juez penal quien determine la responsabilidad y el alcance y las consecuencias de esta. Pues bien, esto la Sala habitualmente lo ha tenido muy claro en su jurisprudencia, por eso, cada semana, rechaza muchos recursos de amparo señalando que se trata de asuntos propios de la legalidad ordinaria.

Lo anterior significa que, para que un caso sea examinado y resuelto en un recurso de amparo, no basta aducir que la lesión del derecho fundamental alegada tiene su causa en una conducta de la parte recurrida. Y la Sala procura respetar esos criterios justamente para no invadir las competencias de la jurisdicción ordinaria (establecidas en los artículos 49 y 153 de la Constitución Política) o las de las autoridades administrativas, según corresponda. Pero no solo por ese motivo, sino porque de esa manera, residenciándose el asunto donde corresponde, las partes tendrán todas las garantías procesales propias del debido proceso, que en un recurso sumario e informal como el amparo se reducen. Así, por ejemplo, los informes de las autoridades, al ser dados bajo fe de juramento¹⁵, se tienen por ciertos, por lo que las posibilidades de desvirtuarlos son mucho menores que en procesos plenarios¹⁶.

Por eso la Sala debe constatar si en atención al objeto impugnado (los actos presuntamente lesivos), al objeto protegido (los derechos fundamentales

¹⁵ Artículo 44 de la LJC. (...) Los informes se considerarán dados bajo juramento (...).

¹⁶ Entre muchas otras, *vid.* las sentencias 1995-4169, 2000-5401, 2022-0022 (reiterada durante el 2022 en al menos 16 sentencias), 2022-5941.

presuntamente conculcados) y al tipo de lesión (si la afectación es directa o no) el asunto es susceptible de ser conocido en un proceso sumario como es el amparo.

Dicho lo anterior, surge la duda sobre si el presente recurso debió ser admitido. Todo parece indicar que no se trataba de una orden sanitaria relativa a un tema sencillo, sino, por el contrario, a uno de gran complejidad, que difícilmente podía ser analizada en un proceso sumario. Sin embargo, como bien dice la sentencia¹⁷, la Sala Constitucional ha dejado un reducto de posibilidad de admitir recursos de amparo contra una orden sanitaria y, de hecho, excepcionalmente les ha dado curso. De manera que se podría pensar que en vista de la magnitud del agravio aducido y de la calidad del presunto agravante y, ¿por qué no?¹⁸, de la calidad de los presuntos agraviados, el caso revestía una relevancia particular. Por eso bien se podía entender que tenía las condiciones para ser tenida como una excepción a la línea jurisprudencial. Así, la duda sobre si el objeto impugnado podía ser conocido en esta sede mediante un proceso sumario, se resolvió a favor de los recurrentes, en la fase preliminar y no solo en esta¹⁹.

3. La capacidad y la legitimación de las partes

En tercer lugar, la Sala debe verificar si la parte recurrente tiene la capacidad y la legitimación procesales. Respecto de la capacidad, al ser un proceso informal, toda persona física en uso de razón y toda persona jurídica debidamente representada la tiene. En el presente caso, se trata de personas físicas que evidentemente tienen capacidad de actuar. Respecto de la legitimación activa²⁰ se puede afirmar que en el

¹⁷ La sentencia dice: “En ese particular, cabe destacar que esta Sala ha sostenido también que las órdenes sanitarias dictadas por las autoridades del Ministerio de Salud pueden ser revisables ante esta jurisdicción, en casos excepcionales, determinados de forma concreta por su ineludible directa relación con las libertades o derechos fundamentales esenciales en el sostenimiento del sistema democrático” (considerando IX, punto A, p. 191).

¹⁸ Afirmo esto no porque los periodistas de La Nación sean ciudadanos de primera categoría y los demás no, sino porque de los alegatos y de los hechos públicos y notorios se puede advertir una tensión entre el periódico La Nación y el presidente de la República, y ese no es un dato menor ni soslayable. Justamente debe ser valorado en el contexto la necesaria protección de la libertad de expresión en un Estado democrático y pluralista.

¹⁹ Digo esto porque estimo que había suficientes elementos para haber rechazado el recurso en esa fase, pero, aunque se considerara que esas dudas debían resolverse a favor de los recurrentes, tal como ahora se verá, la Sala en la fase de conocimiento pudo haber determinado que no era competente. Eso es parte del núcleo de este voto salvado parcial.

²⁰ Se deja de lado lo relativo a la legitimación pasiva, porque para el presente caso no tiene mayor relevancia: es incuestionable que los recurridos la tienen.

ordenamiento costarricense esta es universal: toda persona la tiene siempre que alegue violado algún derecho fundamental propio o ajeno. Esto es así porque el artículo 48 de la Constitución Política dice “toda persona”, y como toda persona (física) por el hecho de serlo tiene derechos fundamentales, entonces toda persona física puede válidamente interponer un recurso de amparo, es decir, estará legitimada siempre que alegue alguna lesión o amenaza a un derecho fundamental. Además, el artículo 3 de la LJC dice lacónicamente: “Cualquier persona podrá interponer el recurso de amparo”. En el presente caso, *prima facie*, los recurrentes tienen legitimación para acudir en amparo, porque alegan la lesión a la libertad de expresión, que está reconocida “por la Constitución Política y (...) el Derecho Internacional vigente en Costa Rica” (artículo 2 de la LJC). No obstante, de nuevo, cabe preguntarse si en efecto la tienen, porque ha de recordarse que piden la anulación de la orden sanitaria y el oficio conexo para que se les restituya en el goce de la libertad de expresión, pues estiman que esta les ha sido lesionada por dichos actos administrativos que consideran arbitrarios. Es decir, la petitoria recae sobre unos actos que no pesan sobre ellos sino sobre una propiedad de una empresa que también pertenece a su patrono. Sin embargo, son enfáticos en señalar que sí tienen legitimación para interponer el recurso, porque entienden que hay una vinculación entre el objeto impugnado –la orden sanitaria y el oficio conexo– y el objeto que buscan proteger –su libertad de expresión²¹–.

Ahora bien, se podría sostener que ese margen de duda, de nuevo, debía ir en favor de los recurrentes, por lo que este aspecto de la legitimación activa no debía por sí mismo ser un obstáculo para darle curso al amparo.

²¹ Ellos añaden “y el derecho de los costarricenses a recibir informaciones y opiniones sobre asuntos de interés público” (escrito de interposición, p. 1), pero eso no corresponde protegerlo en un amparo, porque la Sala Constitucional siempre ha exigido que los amparados sean sujetos determinados o, al menos, claramente determinables; y la categoría “los costarricenses” es excesivamente amplia y convertiría el recurso de amparo en una acción popular. Seguramente, porque esto es una obviedad jurídica, la sentencia ni siquiera se ocupa de referirse a eso; pero yo he preferido hacerlo. Por lo demás, esa frase recién citada es traducida en el auto de curso en los siguientes términos: “el derecho del público a conocer informaciones de interés de la sociedad” (auto de curso, 29 de julio de 2022, p. 12), que, además, está así recogida en el resultando 1 de la sentencia. Asunto distinto que la libertad de expresión tenga de suyo una dimensión colectiva, pero esa no es la que se protege mediante el recurso de amparo. La existencia de tal dimensión sirve, y no es poco, para cualificar la importancia de respetar la dimensión individual del derecho a la libertad de expresión de los periodistas.

Superada esa fase de admisibilidad, como se sabe, la presidencia dicta un auto de curso, y se inicia la instrucción del proceso con el fin de conocer el asunto por el fondo.

B. Fase de conocimiento: aspectos por considerar y reconsiderar

1. Generalidades

Para conocer el asunto por el fondo, al dictar el auto de curso se solicitan informes a la parte recurrida. También se pueden pedir aclaraciones y pruebas a las partes o a otras instancias. Incluso se puede ampliar el recurso a otros sujetos que se tendrían como recurridos. En efecto, en la fase de conocimiento, corresponde allegar todos los elementos necesarios para determinar si lo aducido tiene un adecuado sustento probatorio, esto es: si el objeto impugnado es lesivo y si lo es de manera directa, si la lesión alegada y debidamente comprobada recae sobre los recurrentes, y si la responsabilidad debe atribuirse a los recurridos.

No obstante, no es eso lo único ni siquiera lo primero que la Sala debe hacer, sino que ha ocuparse de despejar toda clase de cuestionamientos sobre el cabal cumplimiento de los presupuestos procesales, porque una falencia en alguno de estos supone una lesión al debido proceso, que, por cierto, debe respetarse en un amparo, por más informal y sumario que sea.

En primer término, debe cerciorarse de que es competente y por eso debe calibrar – ahora con más rigor aún y con todos los elementos que ya en esta fase constan en el expediente– si se dan las condiciones antes aludidas.

2. Verificación definitiva de algunos presupuestos procesales

En el presente caso, como he dicho, se entendió que *prima facie* dichos presupuestos se cumplían; pero, como he señalado, surgen dudas razonables sobre si realmente su cumplimiento se puede tener por acreditado. Por eso de inmediato analizaré dos aspectos que, a mi juicio, corresponde ser examinados otra vez: el objeto impugnado y la legitimación activa.

a) El objeto impugnado: la orden sanitaria y el oficio conexo

Lo que interesa es determinar si el objeto impugnado en el presente amparo tiene las características para ser conocido en un proceso sumario e informal. Para eso me

referiré a tres temas: primero a la orden y el oficio conexo; después a la idoneidad del recurso de amparo; y finalmente a la idoneidad de la vía contencioso-administrativa.

(1) La orden sanitaria y el oficio conexo

Además de los videos que aportaron, los recurrentes adjuntaron al escrito de interposición una serie de oficios y publicaciones como prueba documental:

“Notificación de la suspensión temporal del permiso sanitario de funcionamiento de Parque Viva del 8 de julio de 2022; informe de los inspectores del Ministerio de Salud, fechado el 5 de julio; visto bueno de los aforos emitidos por el Ministerio de Salud el 16 de diciembre del 2021 y ampliación del 20 de enero siguiente; nota periodística de entrevista al alcalde de Alajuela Humberto Soto publicada el 13 de julio; nota periodística de entrevista a Hellen Espinoza, dirigente comunal de La Guácima; nota periodística del 13 de julio sobre informe del FMI relacionado con la lentitud del tránsito en Costa Rica; portada del Diario Extra del 14 de julio; página informe a los accionistas del presidente de Grupo Nación para el período 2013-2014 de donde se extrae la cita incorporada al recurso; ratificación de suspensión temporal del permiso sanitario de funcionamiento de Parque Viva fechada 15 de julio; crónicas de conciertos en La Guácima; informe n.º DFOE-LOC-IF-00014- 2020 de 14 de julio del 2022; informe de auditoría operativa sobre la eficacia y la eficiencia en uso de los recursos de la red vial cantonal en la Municipalidad de Alajuela; informe de bomberos de Belén del incendio del 4 de marzo atendido por cuatro unidades; informe de la Cruz Roja fechado 12 de julio; informe del 911 del 11 de julio; informe del MOPT del 11 de julio; informe de Bomberos del 10 de julio; cartas de no objeción al acceso propuesto desde la Ruta 27 de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito, el Consejo Nacional de Vialidad, el Consejo Nacional de Concesiones y la Comisión de Carreteras de Acceso Restringido; intercambio de correos electrónicos entre periodistas de “interferencia”, de Radio Universidad y la oficina de prensa del Ministerio de Salud; mensaje en redes sociales de Hulda Miranda, editora del programa “Interferencia” de Radio Universidad; respuesta de SUGEVAL a la Caja Costarricense de Seguro Social; nota periodística sobre estudio del FMI de la velocidad del tránsito vehicular en el mundo” (escrito de interposición, p. 16; se han suprimido los puntos y aparte).

Los recurridos, además de los actos impugnados, aportaron también otros documentos:

La denuncia; el oficio mediante el cual se remite la denuncia ante el Área Rectora de Salud Central Norte, varias notas periodísticas que dan cuenta de la problemática vial cuando se realizan eventos en Parque Viva; el acta de inspección n.ºMS-DRRSCN-DARSA2-1639-2022; el oficio n.ºMS-DRRSCN-DARSA"-1641-2022 de 5 de julio que es informe de seguimiento a la denuncia ambiental; oficio n.ºDVT-DGIT-2022-339, suscrito por el Ing. Junior Araya Villalobos, funcionario de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito; acta de la sesión del Comité Asesor Técnico de Concentraciones Masivas del 7 de julio de 2022; orden sanitaria n.ºMS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022; informe técnico n.ºCRC-GG-SO-OF-074-2022 del 11 de julio de 2022, suscrito por el señor Jim Batres Rodríguez, Sub-Gerente operativo de la Cruz Roja Costarricense; informe técnico n.ºCBCR-027150-2022-OPOB-00741 del 10 de julio de 2022, suscrito por el señor Alexander Araya Mico, de Operaciones de Bomberos del Benemérito Cuerpo de Bomberos; informe n.ºCRC-GG-OF-012-2022 del 12 de julio de 2022, suscrito por el señor José David Ruiz Piedra, Gerente General de la Asociación Cruz Roja Costarricense; informe n.ºCRC-GG-SO-OF-074-2022 del 11 de julio de 2022, suscrito por el señor Jim Batres Rodríguez, Sub-Gerente operativo de la Cruz Roja Costarricense y el informe n.º911-DI-2022-2202 del 11 de julio 2022, suscrito por María Elena Amuy Jiménez del Sistema de Emergencias 911.

A eso se sumaron los que después aportaron los recurrentes:

“Comunicado oficial, Municipalidad de Alajuela, desmintiendo al INVU (Prueba #1). Certificación notarial de usos de suelo # MA-ACC-U-01335-2013, de fecha 18 de junio de 2013, para construcción de Hotel y Servicio de Comidas, # MA-ACC-U-01334-2013, de fecha 18 de junio de 2013, para construcción de Anfiteatro y Centro de exhibiciones, # MA-ACC-U-01336-2013, de fecha 18 de junio de 2013, para construcción de campo ferial, # MA-ACC-U-00817-2013. de fecha 16 de abril de 2013, para construcción de parqueo, campo ferial y centre de convenciones. (ver prueba #2, primer punto). Resolución numero 3088-2013 de Selena. Proyecto Mejoras al Autódromo La Guácima. (ver prueba #4). Oficio DGIT-ED-5935-2014 del 01 de diciembre del 2014 donde la Dirección General de ingeniería de Tránsito emite formal aprobación del estudio de impacto vial (ver prueba #5). Certificación notarial del informe de la consulta de autenticidad de sellos, por medio de código OR del proyecto Obras de Infraestructura La Guácima, emitido por el Colegio Federado de

Ingenieros y Arquitectos (ver prueba #2, segundo punto). Copia del índice de láminas de planos constructivos del proyecto "Obras de Infraestructura la Guácima (ver Prueba # 3). Oficio CBCR-0018379-2014-INB-00736, fechado 16 de junio del 2014 donde el Benemérito Cuerpo de Bomberos acepta la eliminación de hidrantes y se pide subsanar defectos menores. (Ver Prueba # 6). Oficio DVT-DGIT-ED-2015-4056 donde el MOPT acepta la finalización del proyecto de construcción de mejoras viales y deja constancia de la recepción de las obras. (ver prueba # 7). Certificación notarial de Carta de Intenciones para reactivar servicios férreos entre Parque Viva (Guácima) e Incofer (ver prueba #8). Certificación notarial de las páginas 9 y 83 del documento 'APROBACION DEL CONTRATO DE PRESTAMO N° 2241 ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA Y EL BANCO CENTROAMERICANO DE INTEGRACION ECONOMICA (BCIE) PARA APOYAR EL FINANCIAMIENTO DEL PROYECTO; CONSTRUCCION (EQUIPAMIENTO Y PUESTA EN OPERACIÓN DE UN SISTEMA DE TREN RAPIDO DE PASAJEROS (TRP) EN LA GRAN AREA METROPOLITANA, publicado en el Alcance No. 112 a La Gaceta No. 110, 14 de mayo del 2020 (ver prueba # 2. tercer punto). Certificación notarial de los Editoriales de La Nación de 25 y 26 de agosto de 2020 que explican la infamia sobre el supuesto ramal del tren eléctrico. (Ver prueba # 9). Certificación de las siguientes notas periodísticas: Noticia titulada "Los mandos medios a cada rato se atraviesan", Noticia titulada "Zona franca en Grecia iniciara obras después de 24 meses varada por rechazo de acceso a ruta 1", Nota titulada Chaves ataca a La Nación con dates distorsionados, Manifiesto "Defendemos la libertad de prensa", Artículo de Jimen Chan ¿En qué se parece Rodrigo Chaves y sus actuaciones a Donald Trump y las suyas? (Ver prueba #9). Certificación notarial del envío de respuesta a la CCSS en fecha lunes 8 de agosto del 2022, y sus documentos adjuntos; escrito de respuesta y hecho relevante pertinente fechado 26 de junio. (ver prueba # 10" (escrito de los recurrentes de 17 de agosto de 2022, p. 13; se han suprimido los puntos y aparte).

Eso significa que al momento de conocer por el fondo este asunto constaban en el expediente numerosos oficios de muy distintas autoridades sobre un tema particularmente complejo.

Es decir, no se trataba de una orden sanitaria como la que fue extendida a miles de habitantes durante la pandemia, muchas de las cuales fueron impugnadas mediante la interposición de recursos de amparo y que, por cierto, la Sala en su gran mayoría

sistemáticamente rechazó. En dichos recursos, se alegaba que la orden sanitaria había comportado la lesión a otros derechos: libertad de tránsito, libertad de comercio, derecho al trabajo, etc. Sin embargo, la Sala entendió que debían inadmitirse, de conformidad con una reiterada jurisprudencia sobre órdenes sanitarias, a la que de inmediato aludiré.

Lo que ahora interesa destacar es que el objeto impugnado (la orden y el oficio conexo) no solo en sí mismo tiene amplios y complejos alcances, sino que para determinar si esos actos fueron arbitrarios era del todo necesario, al menos, analizar los documentos aportados por las partes, y estos ni eran pocos ni eran simples, ni congruentes entre sí.

(2) La no idoneidad del amparo: jurisprudencia constitucional

Corresponde ahora examinar qué ha dicho la jurisprudencia de esta Sala sobre la idoneidad del recurso de amparo para conocer órdenes sanitarias. Entresacaré algunas de sus numerosísimas resoluciones sobre este tema. Comentaré primero la robusta jurisprudencia dictada desde los primeros años de este Tribunal y que atraviesa toda su historia hasta el año 2019, y después la que fue dictada durante la pandemia provocada por el COVID-19. Al referirme a ambas etapas dividiré las sentencias en aquellas mediante las que se dictan rechazos y las sentencias en las que se resuelve por el fondo. Dentro de estas últimas, haré algunas observaciones a un caso que es citado por la mayoría en la sentencia, en el que se adujo que la orden sanitaria impugnada lesionaba la libertad de expresión.

(a) Jurisprudencia en tiempos normales

Como se verá, en tiempos normales, lo habitual ha sido que la Sala rechace de plano los recursos de amparo en los que se impugnan órdenes sanitarias. Desde sus orígenes la Sala Constitucional ha mantenido una casi ininterrumpida línea jurisprudencial en la que afirma de que no le corresponde revisar la legalidad de las órdenes sanitarias.

“UNICO: (...) Estando fundado el acto que se recurre en los artículos 356 y 363 de la Ley General de Salud, y en lo dispuesto en el Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, y habiendo tenido y ejercido el accionante su derecho de defensa a través (*sic*) del procedimiento administrativo seguido al efecto, el acto se convierte en legítimo, desde el punto de vista constitucional, es decir, **no produce quebranto constitucional alguno, quedando esta Sala**

en imposibilidad de revisar los alcances de mera legalidad que pudieran derivarse de él, aspecto que, en todo caso, sí puede ser discutido en la vía ordinaria correspondiente. No obstante se aclara que, no pueden las autoridades de Salud ordenar al accionante a demoler la estructura, si no demuestran que él es el propietario, ni pueden hacerlo por su cuenta, si no han oído previamente al propietario de ese inmueble” (sentencia 1991-1948; el destacado no es del original).

También ha señalado que el recurso de amparo no es la vía para valorar la oportunidad y legalidad de la orden:

“[E]l recurso pretende que la Sala examine las razones técnicas en que ha fundamentado el Ministerio la orden sanitaria, a la que califican de ilegal e injusta y evidenciándose que no se ha dado ninguna violación a un derecho fundamental y no siendo esta la vía para revisar la oportunidad y la legalidad de lo actuado, el recurso resulta improcedente y debe rechazarse de plano” (sentencia 1992-856).

En idéntico sentido, y siempre para rechazar de plano, ha dicho que ya hay otros mecanismos para impugnarlas, esto es, los recursos administrativos ordinarios:

“El amparo, como se infiere de lo que afirma el recurrente, no tiene otro fundamento más que evitar que se declare el cierre de la actividad comercial aludida. **La Sala ha sostenido reiteradamente, que las órdenes sanitarias son susceptibles de ser combatidas por medio de los recursos ordinarios del procedimiento administrativo, de manera que los interesados pueden, en esa vía, demostrar técnica y pericialmente, que su actividad no está en los supuestos a que alude la orden dicha.** Así las cosas, el recurso resulta improcedente en la vía constitucional y siendo un asunto de legalidad, debe ser debatido en la sede correspondiente” (sentencia 1992-3056; el destacado no es del original).

Además, ha indicado que la orden sanitaria no constituye el acto final del procedimiento, por lo que su imposición de suyo no comporta una lesión al debido proceso:

“Sobre la procedencia o no de la orden sanitaria emanada por las autoridades competentes del Ministerio de Salud, los requerimientos técnicos que en ella

se hacen respecto del incumplimiento en las condiciones físico- sanitarias y la falta de permisos aludida, tampoco pueden discutirse en esta sede, dado que son las autoridades del Ministerio de Salud, de conformidad con la legislación vigente y aplicable, las que deben velar por el cumplimiento de los requisitos mínimos en los negocios comerciales, entre otros, mediante criterios técnicos debidamente respaldados. Reiteradamente esta Sala ha señalado que las órdenes sanitarias que, en ejercicio de sus competencias, dictan las autoridades de salud, no constituyen el acto final de un procedimiento administrativo en el que no se le ha dado participación alguna a los afectados, sino que por el contrario, debe considerarse el acto inicial, el traslado que se hace a los afectados, para iniciar el procedimiento administrativo, dándoles oportunidad para que conozcan los estudios técnicos que respaldan la orden, los estudien, cuestionen, ofrezcan pruebas de descargo y hagan propuestas alternativas para solucionar los problemas que las autoridades han detectado. Igualmente, pueden cuestionar la orden mediante el recurso de revocatoria y apelación, si a bien lo estiman conveniente –tal y como lo ha hecho el recurrente-. Si no se le pusiera en conocimiento de los estudios y pruebas que sustentan la orden, o no se le diere oportunidad de cuestionarla, eventualmente podría estarse frente a una violación al debido proceso revisable en esta sede, pero ello no ha ocurrido en el caso que nos ocupa” (sentencia 2000-11215).

Y ha agregado que la Sala no es una instancia más en el procedimiento administrativo ni un contralor de legalidad.

“Lo planteado por la recurrente no es más que un conflicto de legalidad ordinaria ajeno al ámbito de competencia de esta Sala. En primer lugar, conforme lo ha sostenido reiteradamente este Tribunal, la orden sanitaria es el acto inicial del procedimiento administrativo, a partir del cual debe cumplirse el debido proceso a través del ejercicio de los recursos que procedan, como efectivamente los ejerció la amparada (folios 7 a 10). Ahora bien, lo resuelto en torno a dicho recurso por el Ministerio de Salud, según resolución DM-RC-9030-05 de las catorce horas treinta y un minutos del treinta y uno de octubre del dos mil cinco no puede ser objeto de impugnación en esta vía, ya que la Sala **no es una instancia más dentro del procedimiento administrativo ni un contralor de legalidad**. De modo que si la recurrente estima que su casa no es inhabitable y, por ende, no

procede ordenar su desalojo, y que los informes rendidos tanto por la Comisión Nacional de Emergencias como por el propio Ministerio de Salud - este último en relación con la inspección de campo realizada- son generales y no individualizan la situación concreta de su caso, **no es en esta vía que debe presentar sus alegatos, sino ante la propia administración recurrida o, en su caso, en la jurisdicción ordinaria, pues son éstas -y no la Sala- las competentes para conocer y pronunciarse al respecto**” (sentencia 2006-00773; el destacado no es del original).

Es decir, ha entendido que la jurisdicción constitucional no es la sede apropiada para conocerlas. Así, ha explicado que el examen sobre las órdenes sanitarias no se aviene con el carácter sumario del amparo:

“Por otra parte, como lo que se pretende con el amparo, según se desprende del libelo de interposición del recurso, es discutir en esta sede soporte técnico de los actos administrativos impugnados, el recurso es inadmisibile, pues el diferendo que existiera sobre el particular constituye un conflicto de mera legalidad que por su naturaleza debe ser planteado, discutido y resuelto en la vía administrativa -como ha ocurrido-, o en la vía contencioso administrativa por agotamiento de la fase anterior. Más **aún, discutir en esta sede sobre el contenido o sustento de las órdenes cuestionadas implica revisar en esta jurisdicción los criterios técnico empleados para llegar a la determinación impugnada, lo que no sólo resulta ajeno a la vía del amparo, sino que además excede su carácter sumario**” (sentencia 1997-2548, el destacado no es del original).

Siguiendo esa lógica, y recogiendo muchos de los criterios antes mencionados²², también ha sostenido que, si se está disconforme con una orden sanitaria, además de los recursos administrativos, se puede acudir a la vía ordinaria, para que ahí se valore el sustento técnico de esta, pues esto exige una fase probatoria importante:

“II.- CASO CONCRETO. Esta Sala ha establecido en forma reiterada que las ordenes sanitarias que emite el Ministerio de Salud -como ocurre en este caso-, constituyen justamente el acto inicial del procedimiento correspondiente en la cual se comunica las razones de hecho y de derecho que motivan tales

²² Todo lo anterior es reiterado parcial o totalmente en diversas sentencias. A modo de ejemplo, *vid.* sentencias 2017-2350, 2018-1210, 2019-11129, 2020-2289.

órdenes, momento a partir del cual el administrado puede ejercer plenamente su derecho de defensa, y recurrir los actos administrativos por medio de los recursos y ante las instancias previstas al efecto. De esta forma, para el dictado de los actos en cuestión, la Administración no tenía que observar el debido proceso, dar audiencia previa o hacerle prevención alguna al amparado, pues con el ejercicio de los recursos que se le indican en las propia resoluciones citadas supra, se ejerce el derecho de defensa y se cumple el debido proceso. Ahora bien, **si el amparado está disconforme con la procedencia de dichas órdenes sanitarias, ya que cuestiona su sustento técnico o la valoración probatoria que la fundamenta, ello hace referencia a un conflicto de legalidad ordinaria cuyo conocimiento y resolución escapa del ámbito de competencia de esta Sala. Máxime que esto entraña una discusión probatoria y técnica cuya resolución no es propio del carácter eminentemente sumario del recurso de amparo**, proceso en el cual no es material ni razonablemente posible entrar en un complicado sistema probatorio o en la práctica de diligencias probatorias lentas y complejas. En mérito de lo expuesto, el recurso es inadmisibile y así debe declararse” (sentencia 2015-001416; el destacado no es del original; idénticas consideraciones fueron reiteradas en las sentencias 2016-9673, 2016-15956 y 2016-17176).

Todas estas sentencias hasta aquí citadas –que son simples ejemplos, porque se trata de líneas reiteradísimas– han sido dictadas para rechazar de plano. Es decir, son argumentos con los que la Sala justifica por qué no entra a conocer por el fondo el asunto.

Sin embargo, ciertamente de manera excepcional, este tribunal ha admitido a trámite recursos de amparo contra órdenes sanitarias, cuando se han alegado lesiones groseras al debido proceso o se ha aducido que es necesario conocerlas para amparar otros derechos fundamentales invocados, como la libertad religiosa. No obstante, incluso en tales casos, igualmente la línea jurisprudencial es sólida en el sentido de que el fundamento técnico de la orden sanitaria correspondería ser discutido en las vías ordinarias de legalidad. En la inmensa mayoría de las veces, en esa fase declara sin lugar

el recurso, y habitualmente en esos casos reitera muchos de los argumentos recogidos en los rechazos de plano. De inmediato haré referencia a algunos ejemplos²³.

Así, en un caso concluyó que no se había vulnerado el derecho de defensa:

“II.- Sobre el fondo. El amparo pretende tutelar el principio de legalidad y de igualdad, el debido proceso, el derecho a obtener una justicia pronta y cumplida y la libertad religiosa. En ese sentido, el reclamo particular del accionante es que las autoridades recurridas ordenaron el cierre de su Iglesia, motivados en una serie de mediciones sónicas, en las que no se le diera participación a su representada, y sin pronunciarse de manera motivada la gestión que presentó. (...). De autos se desprende que las autoridades sanitarias recurridas intervinieron en el caso en estudio de la Iglesia Evangélica de Curubandé de Liberia, por las denuncias que por exceso de ruido habían presentado los vecinos del lugar, y que en el caso en cuestión se ha seguido un procedimiento administrativo, del cual el recurrente ha tenido conocimiento y oportunidad de defensa, incluso mediante nota de veinte de junio y dieciséis de julio, ambos de dos mil dos. Es justamente al tenor de **esas reflexiones que no encuentra esta Sala que al recurrente se le haya vulnerado su derecho de defensa**” (sentencia 2002-10129; el destacado no es del original).

También ha explicado que la orden sanitaria no se suspende con la interposición de los recursos ordinarios y que eso no lesiona el debido proceso. En lo conducente, advirtió lo siguiente:

“Además, en cuanto a la ejecución de la clausura del local comercial de la amparada, la Administración tiene la potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aun contra la voluntad del administrado. Por esto, la interposición de recursos no tiene efecto suspensivo, a menos que el servidor que lo haya dictado, su superior jerárquico, la autoridad que decide el recurso o el órgano jurisdiccional que conoce del conflicto, ordenen suspender la ejecución cuando la misma pueda causar perjuicios graves o de difícil reparación, o cuando se trate de actos

²³ Para no extender las citas, se ha suprimido gran parte los pasajes en los que –como se ha advertido– la Sala, al conocer por el fondo, reitera lo que ha dicho en esos rechazos.

ineficaces o absolutamente nulos (ver artículos 146 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública). Por otra parte, el artículo 53 de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud, indica que el establecimiento de los recursos no suspende la ejecución del acto recurrido, a menos que, en casos muy calificados, en forma razonada, el Titular de la Cartera, interlocutoriamente y para evitar un resultado irreparable, ordene la suspensión provisional del acto, lo cual hará, en todo caso, bajo su responsabilidad. Por lo que si la recurrente considera que está en dicha hipótesis, deberá presentar la gestión correspondiente al Ministro de Salud. Por los motivos expuestos, el recurso debe ser desestimado como en efecto se dispone” (sentencia 2006-14378; el destacado no es del original).

Ha afirmado que no le corresponde cuestionar la legitimidad o contenido de las disposiciones del Ministerio de Salud, en lo atinente a la ejecución de las órdenes sanitarias:

“Es necesario aclarar que no corresponde a este Tribunal cuestionar la legitimidad o el contenido de las disposiciones tomadas por el Ministerio de Salud en cuanto a los plazos, prórrogas y resolución de recursos, relacionados con el dictado de las órdenes sanitarias, toda vez que ello es parte de su propia competencia” (sentencia 2010-004938).

Además, ha indicado que este Tribunal no es competente para conocer de las razones por las cuales se dispuso el cierre de un centro infantil, reiterando que no le corresponde valorar en un recurso de amparo el fundamento técnico de dicha decisión:

“IV.- Ahora bien, si la recurrente está inconforme con la actuación de la administración por haber revocado el acuerdo 31-17-2012, en el que se otorgó la habilitación al centro infantil "El Naranjito", dado que no cuenta con las condiciones mínimas requeridas y se instruyó al Área Rectora para realizar la clausura, ello escapa del ámbito de competencia de esta Sala, ya que el recurso de amparo ha sido instituido para tutelar infracciones o amenazas inminentes a los derechos y libertades fundamentales de las personas, y no para controlar en abstracto la correcta aplicación del derecho. En consecuencia, **no corresponde en esta sede analizar las razones del Consejo accionado para disponer el cierre objetado**, que como se indicó es parte de sus competencias, ya que el dominio de esta Sala está reservado al análisis de los acciones u omisiones impugnadas, y a su comparación con el ordenamiento

jurídico, para determinar la legitimidad o ilegitimidad de lo impugnado, **sin que sea posible incursionar en campos de la ciencia o de la técnica para ello, en atención a la naturaleza sumaria del amparo, proceso en el cual no es material ni razonablemente posible entrar a un complicado sistema probatorio o a un análisis de hechos que vaya más allá de los actos impugnados en sí**, circunscribiéndose más bien a las hipótesis fácticas en que esos actos se fundan. Por lo tanto, dichos extremos corresponden conocerse, discutirse y resolverse en el propio procedimiento administrativo, y una vez concluido el mismo, si la amparada estima que la resolución que dio por concluido el proceso administrativo, es contraria a derecho, tiene la facultad de impugnarla ante la vía contencioso administrativa, a fin de que en esa sede se determine sobre la procedencia o no de lo dispuesto por los órganos recurridos” (sentencia 2014-2423, el destacado no es del original).

Como puede observarse, se trata de ejemplos de sentencias que resuelven por el fondo y desestiman el recurso, aduciendo casi siempre lo mismo que se suele decir en los rechazos de plano.

(b) Jurisprudencia durante la pandemia

Particular atención requiere la jurisprudencia de esta Sala dictada durante la pandemia provocada por el COVID-19. Especialmente en los momentos de mayores restricciones se interpusieron numerosos recursos de amparo en los que se impugnaban órdenes sanitarias, aduciendo que lesionaban el derecho al trabajo y la libertad de comercio (al obligar, por ejemplo, al cierre de locales comerciales). Eran casos de gran importancia, pues la limitación en el ejercicio de tales derechos supuso serios impactos en tantas familias costarricenses que, de la noche a la mañana, vieron mermada significativamente –cuando no cerrada– la fuente de ingresos para su subsistencia. En otros recursos se impugnaron las restricciones sanitarias vehiculares y las disposiciones sobre el uso de mascarillas. También se impugnaron órdenes sanitarias alegando que lesionaban derechos, ya no en la esfera patrimonial, sino en una más íntima y no menos importante: por ejemplo, se adujo la lesión a la libertad de culto y la violación a los derechos de las personas privadas de libertad para recibir visitas conyugales y de sus demás familiares. En todos esos casos, se podría decir, la Sala fue implacable y consistente, como de seguido se pasa a demostrar con algunas pocas sentencias, que son solo una muestra muy ilustrativa de lo que se acaba de afirmar.

Así, respecto de un amparo en el que se impugnaba una orden sanitaria que disponía el cierre de un negocio comercial –eventual sustento laboral y económico de la familia de sus dueños y de sus colaboradores que dependen de la operación de dicho local–, la Sala dijo que el conocimiento de ese asunto excedía el carácter sumario del amparo y rechazó de plano el recurso:

“II.- SOBRE EL CASO CONCRETO. En el sub iudice, advierta el recurrente que no corresponde dilucidar en la vía sumaria del amparo si los hechos acaecidos son ciertos o no, si a su establecimiento comercial le resulta aplicable una u otra normativa sanitaria, o si la clausura era procedente; de igual forma, no compete a la Sala determinar la procedencia de la multa. Dicho de otro modo, no le corresponde a este Tribunal hacer las veces de jurisdicción de alzada en la materia y revisar si la decisión de decretar y ejecutar tal cierre, se ajusta o no a los hechos y a la normativa infra constitucional vigente, ni mucho menos usurpar las atribuciones de la autoridad sanitaria recurrida y, previa comprobación de los requisitos legales y reglamentarios del caso, ordenar que se anulen los actos cuestionados, tal y como pretende el recurrente, pues se trata de extremos de legalidad ordinaria que deben ser dirimidos en la vía común, administrativa o jurisdiccional. **De este modo, lo expuesto constituye un extremo de legalidad ordinaria que excede la naturaleza eminentemente sumaria del recurso de amparo. Por lo tanto, deberá la parte recurrente, si a bien lo tiene, plantear sus inconformidades o reclamos ante la autoridad recurrida, o bien, en la vía jurisdiccional competente, sedes en las cuales podrá, en forma amplia, discutir el fondo del asunto y hacer valer sus pretensiones.** En consecuencia, el recurso es improcedente y así debe declararse” (sentencia 2021-3603; consideraciones muy similares fueron reiteradas en la sentencia 2022-3545).

En igual sentido se pronunció en otra de tantas ocasiones, cuando al rechazar de plano los amparos, señaló que este tipo de actos deben ser conocidos en las vías ordinarias:

“Sostiene que, mediante la orden sanitaria R1-b11-001-2020 se dispuso el cierre de su negocio. Agrega que autoridades de policía se apersonaron al local comercial y lo clausuraron, debido a que supuestamente se permite el consumo de licor dentro del establecimiento, lo cual refuta. Considera irrazonable que autoridades policiales que no son funcionarios del Ministerio de Salud hayan clausurado el negocio por medio de una orden sanitaria,

debido a la supuesta infracción del Decreto Ejecutivo 42227-MP-S dictado con ocasión de la pandemia del coronavirus COVID-19. (...)

En el *sub lite*, la Sala observa que lo planteado por la parte recurrente no es más que un conflicto de legalidad ordinaria, que no configura una violación a los derechos fundamentales de tal magnitud como para justificar la intervención de esta jurisdicción. En efecto, **a este Tribunal no le corresponde valorar, de acuerdo con la normativa infraconstitucional que rige la materia, la procedencia o no de la orden sanitaria aludida, ni tampoco determinar si se incurrió o no en la falta acusada.** Además, la Sala no omite manifestar que es a partir de la emisión de una orden sanitaria cuando se produce el acto inicial del procedimiento correspondiente. De modo que, a partir de la notificación de tal orden, el administrado puede ejercer plenamente su derecho de defensa, sea recurriendo el acto administrativo ante las instancias previstas al efecto, ocasión en que puede aportar la prueba que considere relevante y plantear los alegatos que estime oportunos- o realizando todos los actos que considere pertinentes en el ejercicio de su defensa. (...) En mérito de lo expuesto, se rechaza el recurso” (sentencia 2020-7165; el destacado no es del original; en igual sentido *vid.* sentencia 2020-7626 y 2020-7934).

En el contexto de la pandemia también se cuestionaron las medidas de apertura gradual que dispuso el Ministerio de Salud. Por ejemplo, los dueños de unos gimnasios adujeron que se les había infringido el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo y a la libertad de comercio, y la Sala resolvió lo siguiente:

“I.- Objeto del recurso. Los recurrentes, quienes son dueños de gimnasios ubicados en la GAM, aducen incongruencia en la selección de los establecimientos comerciales que el gobierno, en el contexto de la pandemia por la covid 19, ha permitido abrir a partir del 10 de agosto de 2020. Refieren que el recurrido ha autorizado la apertura de salones de belleza, centros de estética y clubes de natación, pero no la de los gimnasios, pese a que en ellos se desarrollan actividades similares “e incluso más seguras que las que fueron permitidas”. (...) Arguyen que la restricción propicia la competencia desleal, pues los usuarios están trasladándose a los gimnasios ubicados en las zonas amarillas por encontrarse cerrados los que están localizados en zona naranja, lo cual, además, perjudica la contención del virus, ya que se entremezclen las

personas de diferentes sectores. Estiman que la fase de apertura recién iniciada genera un trato discriminatorio y violenta su derecho al trabajo y la libertad comercial. Piden que se autorice la reanudación de las actividades enfocadas en el mantenimiento y acondicionamiento físico.

II.-Sobre el caso concreto. Como se colige, los reclamos de la parte tutelada versan sobre aspectos que exceden las competencias de este Tribunal Constitucional, el cual está llamado a enmendar groseras violaciones a derechos fundamentales, mas no a servir como un instrumento genérico para canalizar peticiones y disconformidades de otros tipos. **En este sentido, este Tribunal Constitucional no es un contralor de la legalidad de las actuaciones o resoluciones de las autoridades recurridas y tampoco puede reemplazar a la Administración activa** en la gestión de sus competencias, de modo que no le corresponde usurpar las atribuciones legalmente conferidas a otras dependencias u órganos como lo es el Ministerio de Salud, quien ejerce la rectoría en cuestiones atinentes al resguardo de la salud pública, en virtud de lo cual tiene la facultad y el deber de decretar las medidas técnicas que estime útiles y necesarias en el contexto de la actual pandemia, **cuya pertinencia técnica no corresponde ser analizada en la vía sumaria del amparo sino que, si a bien lo tiene la parte recurrente, deberán ser planteados los agravios atinentes en la vía ordinaria de legalidad competente**”(sentencia 2020-15420; el destacado no es del original).

De forma similar, la Sala se abstuvo de conocer sobre supuestas restricciones a la libertad de culto. Por ejemplo, se consideró lo siguiente:

“La parte recurrente manifiesta su disconformidad con las medidas tomadas por la Presidencia de la República y el Ministerio de Salud, en la atención de la pandemia ocasionada por el COVID-19 pues, según estiman, resultan discriminatorias. Consideran que se deben tomar los protocolos y medidas de protección propuestos por la Conferencia Episcopal, y proceder a la apertura inmediata de los lugares de libre culto (...). [P]or la vía del amparo, **esta Sala no puede usurpar las atribuciones de las autoridades del Ministerio de Salud, a efecto de definir la procedencia de las pretensiones expuestas por la parte recurrente, de conformidad con las políticas de salubridad pública, pues se trata de materias que requieren ponderar criterios**

técnicos, médico-científicos y de oportunidad y conveniencia. Semejantes cuestiones, por su naturaleza y complejidad, deben dirimirse en la vía común, administrativa o jurisdiccional, y no en esta sede. En consecuencia, el recurso es inadmisibile y así se declara” (sentencia 2020-9093; el destacado no es del original).

Adicionalmente este Tribunal advirtió que la aducida infracción a la libertad de culto correspondería ser planteada y resuelta en las sedes ordinarias:

“En este sentido, las restricciones sanitarias cuestionadas, *prima facie*, le son aplicadas a todos los templos e iglesias —independientemente de la religión o culto a la que pertenezcan— en atención a la naturaleza de la actividad y la congregación o afluencia de personas que asisten a ella, pues de lo que aquí se trata, es de tutelar el derecho a la salud y a la vida en una situación de emergencia sanitaria, todo lo cual toma primacía sobre otras consideraciones, sin que ello deje entrever, al menos preliminarmente y sin perjuicio de prueba en contrario, un deseo de perjudicar las actividades religiosas para dañar deliberadamente la libertad de culto. Por lo tanto, **lo propio es que este asunto sea dirimido en la vía común, administrativa o jurisdiccional, por lo que deberá la parte tutelada, si a bien lo tiene, plantear sus inconformidades o reclamos ante la vía de legalidad competente, ya que es en tal sede en la cual podrá, en forma amplia, discutir el fondo del asunto** y hacer valer sus pretensiones. En consecuencia, el recurso es inadmisibile y así se declara” (sentencia 2020-9570; el destacado no es del original).

Nótese que eso significaba –tanto como en los demás casos que aquí se están refiriendo– que, pese a que entendía que podría estar involucrada una libertad o derecho fundamental, estimaba que la vía de la legalidad era la competente para conocer del asunto.

En otras ocasiones, rechazó el recurso por el fondo, por ejemplo, cuando se trataba de las restricciones sanitarias vehiculares. Sobre el particular, resulta ilustrativa la siguiente sentencia en la que, haciendo eco de varios precedentes, descartó la supuesta ilegitimidad de la restricción a la libertad de tránsito, y concluyó:

“Bajo ese orden de ideas, estima la Sala que para el caso bajo estudio resulta perfectamente aplicable lo establecido en las sentencias citadas en los párrafos

anteriores, en los cuales se descarta que exista lesión a los derechos constitucionales, ya que el Estado ostenta la capacidad de regular de manera especial la circulación de vehículos sobre un sector o zona determinada, en aras de hacer prevalecer un interés público. Debe hacerse notar que **en virtud de este interés público, el Estado se encuentra legitimado para establecer ciertas reglas especiales en cuanto a la circulación de automóviles, en procura del bienestar y bien común de las personas.**(...).

En síntesis, en el caso bajo examen, el reclamo de la amparada gira en torno al mismo hecho discutido en los precedentes aludidos, es decir, a la restricción vehicular aplicada por el gobierno central. Bajo esa perspectiva, siendo que ese reclamo guarda una estrecha similitud con lo ya conocido y resuelto en esta sede, y considerando que no existe motivo alguno para cambiar el criterio vertido previamente por la Sala, el recurso debe ser rechazado por el fondo, como en efecto se declara (sentencia 2020-6917; el destacado no es del original; en similar sentido *vid.* las sentencias 2020-7538 y 2020-9509).

En relación con la disposición sanitaria sobre la obligación de utilizar mascarillas, la Sala declaró que no estaba en capacidad de valorar los criterios técnico-sanitarios que la respaldaban:

“SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE ESTE RECURSO. En el *sub lite*, el recurrente alega que la medida de obligar a todas las personas a emplear una mascarilla para controlar en Costa Rica la epidemia de coronavirus es discriminatoria y violatoria del derecho a la igualdad por irrazonable y desproporcionada. (...) Dado lo anterior, **se le aclara que las determinaciones impugnadas obedecen a criterios técnico-sanitarios y de oportunidad y conveniencia que la Sala no está en capacidad de valorar**” (sentencia 2020-12551; el destacado no es del original).

Sin embargo, ciertamente, durante la pandemia admitió a trámite otros amparos en los que se impugnaban órdenes sanitarias.

En uno de ellos, tenía la particularidad de que no solo estaba de por medio la clausura de un local comercial, sino de la detención de una persona por el incumplimiento de las restricciones sanitarias y, al resolverlo por el fondo, señaló que no le correspondía pronunciarse sobre la procedencia de la orden sanitaria:

“La recurrente estima lesionados sus derechos fundamentales, toda vez que es propietaria del Restaurante Malibu No. 2, el cual cuenta con patente de restaurante, y oficiales de la Fuerza Pública y de la Policía Municipal, quienes se apersonaron el 1° de abril de 2020 a tal establecimiento, **clausuraron el local comercial y la privaron de libertad de manera ilegal por supuestamente haber incumplido una orden sanitaria** (...). En la especie, el Tribunal observa que la privación de libertad de la tutelada, efectuada a las 20:08 horas del 1° de abril de 2020, se ejecutó conforme al numeral 235 inciso a) del Código Procesal Penal, pues los oficiales de la Fuerza Pública consideraron que la amparada había sido sorprendida en flagrante delito al permitir el consumo de licor en la barra del local comercial aludido, lo que contraviene las medidas de salud adoptadas ante la pandemia del coronavirus COVID-19. (...) De esta forma, en el *sub lite*, no se evidencia que la tutelada haya sido aprehendida ilegítimamente durante la tramitación inicial del proceso, por cuanto el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que se efectúe la aprehensión de una persona cuando es sorprendida en flagrante delito o contravención. Ergo, lo procedente es declarar sin lugar el recurso.

Por otra parte, la tutelada solicita que se levanten los sellos de cierre impuestos al local comercial de su propiedad. Sin embargo, **a este Tribunal no le corresponde valorar, de acuerdo con la normativa infraconstitucional que rige la materia, la procedencia o no de la orden sanitaria aludida, ni determinar si se incurrió o no en la falta acusada.** Además, nótese que es a partir de la emisión de una orden sanitaria cuando se produce el acto inicial del procedimiento correspondiente” (sentencia 2020-8302; el destacado no es del original).

También admitió a conocimiento unos alegatos de personas privadas de libertad. Sin embargo, al resolver por el fondo, igualmente se abstuvo de conocer los agravios relacionados con la suspensión de las visitas carcelarias y consideró que la discusión sobre esas disposiciones sanitarias no debía ser ventilada en esta sede:

“[L]a autoridad recurrida informa bajo fe de juramento -advertida de las consecuencias, incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley que rige esta Jurisdicción- que actualmente, todo tipo de visitas a centros penitenciarios se encuentran suspendidas como medida preventiva en relación a la pandemia producto del COVID-19, y que dicha disposición fue

comunicada a toda la población privada de libertad, indicándoles que los trámites se mantendrían suspendidos hasta que se puedan hacer efectivos. En lo atinente a la suspensión del beneficio, este Tribunal ha dispuesto que la suspensión referida se trata de una medida provisional, ejecutada en cumplimiento de órdenes emitidas de forma coordinada por las autoridades sanitarias y penitenciarias, respecto de la cual **no le corresponde a esta Sala fungir como una instancia de legalidad y, con base en ello, valorar los criterios técnicos utilizados para determinar la procedencia de dicha medida**” (sentencia 2021-14529; el destacado no es del original; en idéntico sentido *vid.* la sentencia 2020-10317).

En similar sentido, respecto de una orden sanitaria que ordenaba el cierre del Depósito Libre de Golfito, la Sala reiteró que no es una instancia más dentro de los diferentes procesos administrativos y judiciales, por lo que no le compete conocer por el fondo este tipo de asuntos:

“Ante el escenario descrito, en primer lugar, es necesario indicarle al recurrente que la Sala Constitucional **no es competente para fungir como una instancia más dentro de los diferentes procesos administrativos o judiciales que tramiten los administrados.** En el caso concreto, el recurrente pretende que este Tribunal entre a revisar el desalojo decretado pues, en su criterio, el mismo es improcedente en vista de que considera que tiene más de veinte años de laborar en la Plazoleta del Depósito Libre de Golfito. Sin embargo, ese reclamo se dirige expresamente a cuestionar en esta sede, aspectos que compete dilucidar a la jurisdicción ordinaria, ya sea a nivel administrativo o judicial, pues será ahí en donde, previa valoración probatoria, se podrá determinar quién tiene mejor derecho sobre el inmueble. En este caso, se acreditó que el recurrente no cuenta con patente municipal para ejercer la actividad de venta estacionaria extendido por la Municipalidad de Golfito, ni tampoco permiso del Ministerio de Salud. Incluso, no se pudo ni siquiera tener por probado que sea una de las personas desalojadas, según se extrae de los informes rendidos bajo juramento. En todo caso, según se aseguró bajo juramento, quienes se vieron afectados por el desalojo, acogieron la orden sanitaria sin problema. **Así las cosas, al no tener esta jurisdicción competencia para analizar el fondo del asunto planteado, deberá el recurrente plantear su diferendo en la vía judicial ordinaria,** previo agotamiento de la fase administrativa y por ende, no procede más que la

desestimación del recurso como en efecto se ordena” (sentencia 2020-12161; el destacado no es del original).

Nótese de paso, que en esta y en las demás sentencias recién citadas, luego de haberle dado trámite, la Sala advierte en esta fase que no le corresponde resolver por el fondo y desestima el recurso; pero no es una desestimatoria del recurso porque entienda que la parte recurrente no tenga razón, sino porque constata que no cabe que en un recurso de amparo este tribunal se pronuncie por el fondo. Es decir, con más elementos, dice lo que habitualmente señala en los rechazos.

Asimismo, en otra ocasión la Sala reiteró que este tipo de medidas sanitarias –al dictarse en el ejercicio de las propias competencias del Ministerio de Salud– no corresponde que, para determinar las razones que motivaron el acto, sean analizadas por la jurisdicción constitucional. También porque la orden sanitaria es el inicio del procedimiento administrativo, de manera que es a partir de su notificación que las partes pueden cuestionar su fundamento y ejercer su derecho de defensa:

“Tal y como se desprende de la sentencia supra citada, la orden de clausura que emite la administración es precisamente el acto que preside el inicio del proceso, por lo que es a partir de ese momento en que se expide la orden de clausura que debe respetarse de manera irrestricta el debido proceso en las actuaciones subsiguientes, lo cual según se describió anteriormente, fue debidamente respetado en el sub lite, al notificársele al recurrente la orden sanitaria e indicársele en esta los recursos que proceden y ante cuál autoridad, para que proceda de conformidad.

De igual forma, siendo medidas establecidas por los órganos administrativos al amparo de competencias que le son propias, resulta ajeno a la jurisdicción constitucional analizar o determinar si hay razones que hayan motivado su dictado, por lo que la discusión de su procedencia, viabilidad y duración escapa al conocimiento de esta jurisdicción (ver, en este sentido, sentencia No. 2006-9685, de las 13:17 horas del 7 de julio de 2006).

Así las cosas, lo procedente es declarar sin lugar el recurso en cuanto a este extremo, como en efecto se dispone, al comprobarse que al amparado se le brindó el debido proceso que corresponde en estos casos y se le informó cómo

puede proceder, si a bien lo tiene, a efectos de impugnar las actuaciones que reclama” (sentencia 2021-7471; el destacado no es del original).

Es decir, aunque durante la pandemia la Sala dio curso a varios amparos en los que se impugnaban órdenes sanitarias, al resolverlos reiteró su jurisprudencia de siempre.

(c) El caso de Rolando Araya Monge

Particular atención merece el precedente que resuelve un recurso de amparo presentado a favor del precandidato presidencial Rolando Araya Monge. Fue interpuesto en el contexto de la pandemia y fue admitido a trámite, pero se trae a colación especialmente porque en él se adujo la infracción a su libertad de expresión y también porque en la sentencia que resuelve el presente caso, la mayoría invoca este precedente para ilustrar un supuesto en que esta Sala sí entró a conocer la legitimidad de una orden sanitaria. Sin embargo, se hace necesario aclarar que en aquel asunto la mayoría de la Sala no examinó propiamente la legitimidad de la orden sanitaria y la supuesta restricción ilegítima a la libertad de expresión del señor Araya Monge. Dicho caso fue declarado con lugar por la mayoría al considerarse que hubo un problema probatorio de parte de los recurridos, quienes no resguardaron ni aportaron ante la Sala los videos de las manifestaciones del amparado que motivaron la emisión de la orden sanitaria. La Sala no valoró la legitimidad de la restricción a la luz de las declaraciones efectuadas por el señor Araya Monge. Incluso la mayoría puso de manifiesto que bien podría el Ministerio de Salud dictar restricciones de este tipo si se hubiera comprobado una amenaza a la salud pública. Al respecto, se resolvió lo siguiente:

“[L]os videos que sirvieron de base a la orden sanitaria dictada, objeto de este asunto, **no se encuentran en el expediente administrativo, lo que solo le resulta imputable a la Administración**. Tal situación impide que el amparado pueda cuestionar cuáles expresiones pudieron generar la reacción estatal y así defenderse. Ahora bien, como cualquier carga procesal, la parte que incumpla con ella en el *sub examine*, el Estado debe afrontar las consecuencias procesales de su omisión.

La Sala explica a la autoridad recurrida que, cuando se le reprocha a una persona el uso inadecuado de la libertad de expresión y se le imponen limitaciones a tal derecho, de modo inexorable **debe existir certeza** en cuanto a las razones de tales medidas excepcionales, que solo se pueden imponer en

el marco de los casos permitidos por el orden constitucional y el convencional. Se reitera que la libertad de expresión resulta esencial para el sostenimiento de la democracia y, por ende, configura un aspecto cardinal de nuestro sistema político, por lo que toda restricción a ella no solo debe tener un adecuado fundamento jurídico-positivo, sea en la normativa interna o en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, sino que, además, **la autoridad competente se encuentra obligada a acreditar plenamente el sustento fáctico sobre el cual se basa.**

Por el carácter sumario del proceso de amparo, tampoco podría la Sala asumir una posición inquisitoria e investigar cuáles videos pudieron eventualmente servir de fundamento al accionar estatal, en especial porque tal actividad tendría la finalidad de suplir las omisiones de las autoridades estatales, lo que roza con la naturaleza de Tribunal que defiende al individuo frente al Estado.

Finalmente, la Sala advierte que lo anterior no habría obstado para una valoración distinta, si se hubiese comprobado que las manifestaciones del amparado ponían en riesgo la salud de las personas y la actuación de la Administración se hubiese basado en un razonamiento jurídico positivo preciso y bien fundado. **La Sala reafirma que el Ministerio accionado puede y debe salvaguardar la salud pública**” (sentencia 2021-1515; el destacado no es del original).

Entonces, por las particularidades probatorias de ese caso –más bien por la ausencia de prueba– se dispuso la estimatoria del recurso. Pero, cabe reiterar que esa sentencia no se refirió al contenido de la orden sanitaria. De manera que, contrariamente a lo que se dice en la sentencia, muy respetuosamente considero que no es un buen ejemplo para ilustrar la tesis de la mayoría. En aquella ocasión, por cierto, el magistrado Castillo Viquez y yo salvamos el voto, sobre la base de la jurisprudencia que habitualmente ha afirmado que las órdenes sanitarias no son objeto de un recurso de amparo (*vid.* el voto salvado a la sentencia 2021-1515).

A partir de la revisión de la jurisprudencia es posible concluir que históricamente la Sala Constitucional ha sido muy rigurosa y restrictiva en conocer de recursos de amparo en los que se han impugnado órdenes sanitarias, incluso cuando se ha aducido que conllevan lesiones a derechos y libertades fundamentales de gran relevancia. Para ello,

se ha apoyado en la normativa de protección a la salud pública que, en tesis de principio, legitima la conducta de las autoridades del Ministerio de Salud; ha estimado que no le corresponde revisar el fundamento técnico de la decisión por tratarse de aspectos probatorios altamente complejos, que no son propios de ser dilucidados en un proceso sumario como es el amparo; y ha señalado que la orden sanitaria es el acto inicial del procedimiento administrativo, de manera que a partir de su notificación formal se activan los mecanismos recursivos, tanto en la propia sede administrativa, como en la sede contencioso-administrativa, que es la vía idónea para controlar la legalidad de la función administrativa.

Entonces, para ser consistente con esas sólidas líneas jurisprudenciales, lo procedente habría sido que la Sala también desestimara este recurso de amparo. Además, como se ha dicho, si este Tribunal no ha atendido otros recursos de amparo en los que se aducía que las órdenes sanitarias impugnadas violaban otros derechos y libertades fundamentales de altísima importancia en la vida de las personas y las comunidades (derecho al trabajo, la libertad de comercio, la libertad de culto y la libertad de tránsito) no es fácil encontrar una justificación suficiente para que en el caso concreto se haya realizado un quiebre a esas líneas.

Cabe hacer una última consideración sobre un tema que se ha dado por supuesto: ¿Y con base en que la Sala ha dictado esa jurisprudencia, si, como también se ha indicado, el artículo 29 de la LJC no excluye expresamente a las órdenes sanitarias dentro de los actos administrativos que podrían ser impugnados en un amparo?

La respuesta es la siguiente: Primero, con fundamento en el artículo 7 de la LJC, que le da a la Sala, por su carácter de tribunal constitucional, la competencia de definir (precisar, demarcar) su propia competencia²⁴. Segundo, en virtud del artículo 9 de la LJC, que le permite rechazar un recurso de plano, cuando sea manifiestamente improcedente, o por el fondo, cuando haya precedentes²⁵. Nótese que, si como dice la

²⁴ Artículo 7. Le corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional resolver sobre su propia competencia, así como conocer de las cuestiones incidentales que surjan ante ella y de las prejudiciales conexas.

²⁵ Artículo 9. La Sala Constitucional rechazará de plano cualquier gestión manifiestamente improcedente o infundada. // Podrá también rechazarla por el fondo en cualquier momento, incluso desde su presentación, cuando considere que existen elementos de juicio suficientes, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada; en este caso siempre que no encontrare motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión. // Asimismo, podrá acogerla interlocutoriamente cuando considere suficiente fundarla en principios o normas evidentes o en sus propios precedentes o

norma, puede rechazar por el fondo en cualquier momento, *a fortiori* –y de hecho así lo hace, como se ha visto– puede rechazar por improcedente un recurso también en cualquier momento. Tercero, sobre la base del respeto a la naturaleza del proceso y a lo dispuesto en los artículos 48 y 153 de la Constitución Política²⁶. Y no solo por eso, sino también en atención a que ese artículo 48 no vino a anular el artículo 49 de la misma Constitución. Esto es, precisamente, lo que corresponde analizar ahora.

(3) La idoneidad de la vía contencioso-administrativa

Es oportuno mostrar por qué la jurisdicción contencioso-administrativa es el marco previsto y propicio para el adecuado conocimiento del presente asunto.

(a) Previsión constitucional de control de la Administración

Nótese que esa jurisprudencia constitucional sobre órdenes sanitarias, que tiene su origen en los primeros años de la historia de la Sala y se había venido fortaleciendo a lo largo de más de tres décadas, no afirma que estos actos administrativos de suyo son legítimos y que deben quedar exentos de control. En ese sentido, la Sala ha sido consistente en que le corresponde a la jurisdicción ordinaria hacer un análisis de legalidad para determinar que la orden sanitaria fue dictada conforme a Derecho. En efecto, justamente para ello el Constituyente estableció la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado. Por lo demás, es claro que el respeto a esa legalidad puede y suele tener impacto en la esfera de los derechos fundamentales, no solo patrimoniales. Pues bien, dice la Constitución:

Artículo 49.-Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la

jurisprudencia, pero si se tratare de recursos de hábeas corpus o de amparo deberá esperar la defensa del demandado.

²⁶ Artículo 153. Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.

función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.

A partir del contenido de ese artículo, la Sala ha derivado el principio constitucional de la revisión jurisdiccional de la función administrativa y el derecho fundamental a la impugnación de las conductas administrativas. Sobre el particular, es pertinente consignar una cita un tanto extensa, pero su densidad conceptual lo amerita:

“Actualmente, se admite por toda la doctrina del Derecho Público, el principio de la revisión jurisdiccional de la función administrativa, esto es, que cualquier manifestación específica de la función administrativa puede y debe ser revisada ante una instancia jurisdiccional para verificar su conformidad con el parámetro de legalidad (...). **Este principio, en algunas constituciones, como la de Costa Rica, se traduce, al propio tiempo, en una garantía individual o derecho fundamental, así el artículo 49 de la Constitución establece la jurisdicción contencioso-administrativa para garantizar la legalidad de la función administrativa. En otras palabras, en la mayoría de los sistemas jurídicos, incluido el costarricense, el ciudadano o el administrado cuenta con la garantía de que cualquier acto administrativo de los poderes públicos sea revisado por la jurisdicción contencioso-administrativa, pudiendo, incluso, anular (por nulidad absoluta o relativa) ese acto cuando transgrede el ordenamiento jurídico** (...). Este Tribunal Constitucional ha enfatizado el rango constitucional que tiene el principio de la revisión jurisdiccional de la función administrativa y el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva contra las conductas administrativas que infringen el bloque de legalidad, así en el Voto No. 9928-2010 (...) consideró lo siguiente:

‘IV.- REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LA ATRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE UNA COMPETENCIA. El constituyente originario y el poder reformador se ocuparon de definir la competencia material y, por consiguiente, la extensión y alcances

de dos jurisdicciones esenciales para el Estado Social y Democrático de Derecho. En efecto, en los ordinales 10 y 48 se establece la competencia material de la jurisdicción constitucional y, en el numeral 49, la de la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo anterior deja patente, en la voluntad del constituyente originario y del poder reformador, la trascendencia **tanto del control de constitucionalidad como de legalidad de los poderes públicos en aras de garantizar el goce y ejercicio efectivos de los derechos fundamentales y humanos** consagrados, respectivamente, en el texto constitucional y los instrumentos del Derecho Internacional Público. Sin duda alguna, tales preceptos constitucionales encarnan lo que la doctrina ha denominado la cláusula regia del Estado Constitucional de Derecho. En lo que se refiere, particularmente, a la jurisdicción contencioso-administrativa, el artículo 49 constitucional, después de la reforma parcial (...) de 1963, dispone lo siguiente: (...) A partir de la transcripción literal del precepto constitucional, cabe resaltar lo siguiente:

1°) El constituyente derivado o poder reformador optó por un modelo de justicia administrativa “judicialista”, esto es, encomendándole a un orden jurisdiccional especializado del Poder Judicial la competencia y atribución de ejercer la fiscalización de la legalidad de la función administrativa, esto es, su conformidad sustancial o adecuación con el bloque de legalidad. **Este sistema ofrece garantías y ventajas comparativas considerables para el justiciable**, tales como la especialización, lo que acompañado de la carrera judicial dispuesta de manera infra-constitucional, representa una verdadera garantía de acierto y de cumplimiento del imperativo constitucional contenido en el ordinal 41 de la Constitución de una “justicia cumplida (...).

5°) El constituyente derivado optó por una justicia administrativa mixta, por cuanto, el párrafo primero, al definir el objeto del orden jurisdiccional contencioso-administrativo -“garantizar la legalidad de la función administrativa”-, debe complementarse, ineluctablemente, con el párrafo in fine, al preceptuar que ley brindará protección, como mínimo, a los derechos subjetivos y los intereses legítimos –sin distinguir, en cuanto a estos últimos, por lo que **resulta admisible la tutela tanto de los personales como de los colectivos, sea corporativos o difusos**-. Consecuentemente, la jurisdicción contencioso-administrativa, según el Derecho de la Constitución, **fue instituida tanto para velar por la legalidad de la función administrativa**

como para la tutela efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados frente a los poderes públicos. Se conjuga, así, constitucionalmente, un rol objetivo y subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa” (sentencia 2013-04491; el destacado no es del original)²⁷.

Entonces la vía prevista para ejercer el control sobre actos administrativos como los impugnados es la contencioso-administrativa. Conviene ahora detenerse a considerar qué es lo que se examina en esa sede.

(b) Alcance del análisis en la vía ordinaria

Si el objeto aquí impugnado (la orden sanitaria y el oficio conexo) se hubiese sometido al control en la vía contencioso-administrativa, se habrían valorado los requisitos de validez²⁸, es decir, los elementos sustanciales: tanto los subjetivos –competencia, legitimación e investidura– como los objetivos –motivo, contenido y el fin–; y los elementos formales –motivación, procedimiento empleado y las formas de manifestación del acto–. También se habrían analizado los requisitos de eficacia²⁹– apropiada notificación–. Además, téngase presente que en el caso concreto se aduce que se trata de una desviación de poder por lo que justamente correspondía examinar el motivo, contenido y fundamento de los actos administrativos a la luz de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), que en lo conducente dispone lo siguiente:

Artículo 132.

1. El contenido deberá de ser lícito, posible, claro y preciso y abarca todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas.

2. Deberá ser, además, proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados.

²⁷ Esa sentencia tiene muchos otros pasajes densos e interesantes y también atinentes, pero, para lo que aquí interesa, se han transcrito solo esos pasajes especialmente significativos.

²⁸ Artículos 128 y ss. de la LGAP.

²⁹ Artículos 140 y ss. de la LGAP.

3. Cuando el motivo no esté regulado el contenido deberá estarlo, aunque sea en forma imprecisa.

4. Su adaptación al fin se podrá lograr mediante la inserción discrecional de condiciones, términos y modos, siempre que, además de reunir las notas del contenido arriba indicadas, éstos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo.

Artículo 133.

1. El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.

2. Cuando no esté regulado deberá ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento” (El destacado no es del original).

Para valorar dichos elementos y poder concluir, con el debido sustento, que se trata de unos actos administrativos arbitrarios, se hacía indispensable examinar el fundamento de la orden sanitaria y, por lo tanto, la abundante prueba técnica aportada, proveniente de variados criterios de especialistas, que era procedente contrastar. Solo así habría sido posible determinar si, en efecto, se está frente a la ausencia de alguno o varios de los elementos esenciales del acto administrativo y de las acusadas lesiones de derechos y libertades fundamentales de los recurrentes.

Ese análisis, necesario para arribar a la conclusión de la supuesta nulidad del acto administrativo, excede sin duda alguna la naturaleza sumaria del recurso de amparo. Cabe reiterar que en centenares de ocasiones esta Sala ha advertido que “el recurso de amparo es un proceso sumario en el cual no es material ni razonablemente posible entrar a un complicado sistema probatorio o a un análisis de hechos que vaya más allá de los actos impugnados en sí” y se ha insistido sobre “la imposibilidad de analizar en esta sede la discrepancia en cuanto a criterios o parámetros técnicos” (*vid.* la línea ininterrumpida de la Sala, al menos, desde la sentencia 1997-2943, hasta la fecha en las recientes sentencias 2018-0787, 2019-16757, 2022-7145 y 2022-10379, entre otras).

En el caso concreto, como se ha dicho, era indispensable un análisis de plena prueba técnica para valorar la conducta administrativa de las distintas partes involucradas –

que no son exclusivamente las autoridades del Ministerio de Salud-. Todo lo anterior con el propósito de constatar que, tal como se acusa, el objeto impugnado (la orden sanitaria y el oficio conexo) está viciado de nulidad y es manifestación de una desviación de poder. Pero, además, en atención al objeto que se pretende proteger (la libertad de expresión y otros derechos fundamentales), era preciso examinar elementos probatorios adicionales para constatar una afectación cierta, real, efectiva a los intereses legítimos o los derechos subjetivos (sea cual fuere) presuntamente lesionados, pues de lo que se trata es de determinar el nexo causal entre el acto impugnado (la orden y el oficio conexo) y el daño infligido (la presunta lesión a la libertad de expresión y a otros derechos que se alegan violados).

En definitiva, como los recurrentes cuestionaron el fundamento de los actos administrativos impugnados, y los recurridos adujeron que se basaban en criterios técnicos, y la Sala pudo constatar que de suyo se estaba en presencia de materia altamente técnica y compleja, lo que correspondía en esta fase de conocimiento (en la que se suponía que procedía referirse al fondo del asunto) era reiterar la robusta jurisprudencia constitucional y, en atención a la naturaleza del recurso de amparo, declarar sin lugar el recurso en cuanto a la pretensión de anular los actos impugnados.

Se llega aquí a uno de los puntos clave del presente voto. Ya se ha dicho que *prima facie* el recurso cumple con los presupuestos procesales básicos para ser admitido, sin embargo, no cumple con esto último que se ha explicado: el análisis del objeto impugnado no es conforme con la naturaleza del proceso. En otros términos, lo que se impugna (la orden sanitaria y el oficio conexo), aunque se aduzca que es arbitrario y lesivo de derechos y libertades fundamentales, no corresponde ser conocido por la Sala Constitucional en un recurso de amparo, porque su plena y justa valoración excede la naturaleza sumaria de este proceso.

Pero la vía contencioso-administrativa no solo es la prevista para conocer este tipo de asuntos, especialmente si se considera la complejidad y los alcances de los actos impugnados en el presente caso, sino que se trata de una vía que tiene múltiples ventajas, como se explicará de inmediato.

(c) Ventajas de la vía ordinaria

En primer lugar, la legitimación es más amplia todavía, según lo establece el artículo 10 del Código Procesal Contencioso-Administrativo (CPCA), pues pueden demandar quienes invoquen la afectación de intereses legítimos o derechos subjetivos y podrán

pedir la declaratoria, el reconocimiento o el restablecimiento de una situación jurídica, con reparación patrimonial o sin ella³⁰.

Sin embargo, los recurrentes alegan que, si la Sala Constitucional no hubiese admitido este amparo, su derecho a la tutela judicial habría sido lesionado.

Aunque en un epígrafe posterior se hará referencia más detenida al tema de la legitimación, vale la pena citar de nuevo sus palabras y analizarlas a la luz de lo que ahora interesa:

“Si se considera erróneamente ese caso como un tema que debe ser conocido en las sede ordinaria por tratarse de un asunto de legalidad, **se condenaría a los periodistas a no acceder a la tutela judicial, pues careceríamos de legitimidad para cuestionar los hechos aquí descritos en sede contencioso administrativa** porque, tratándose de ataques indirectos a la libertad de expresión y prensa, los actos administrativos cuestionados no se dirigen en nuestra contra, sino que lesionan nuestros derechos de forma indirecta. **Así, como máximo, podríamos actuar como coadyuvantes en una acción ordinaria, siempre sujetos a la suerte del principal y con limitados alcances, sobre todo en cuanto a la libertad de expresión, que es nuestra preocupación fundamental.** La sede constitucional que tutela nuestro derecho a ejercer libremente el periodismo es el único medio apto para defendernos de los abusos que, de forma indirecta, esgrimen en nuestra contra los recurridos” (escrito de interposición, p. 2; el destacado no es del original).

Tales afirmaciones se apartan de lo dispuesto por el CPCA, pues, como se ha visto, los aquí recurrentes podían interponer una demanda para objetar la orden sanitaria y el oficio conexo, aduciendo que estos actos administrativos lesionaban su libertad de expresión y de prensa. No había ni hay obstáculo alguno para hacerlo: ni por el objeto impugnado (la orden sanitaria y el oficio conexo), ni por el objeto protegido (los derechos y libertades presuntamente violados), ni por la legitimación (que incluso podía tener como base intereses legítimos).

³⁰ Artículo 10. 1) Estarán legitimados para demandar: a) Quienes invoquen la afectación de intereses legítimos o derechos subjetivos (...). 4) Cualquier interesado que haya sido afectado en sus intereses legítimos o derechos subjetivos, podrá pedir la declaratoria, el reconocimiento o el restablecimiento de una situación jurídica, con reparación patrimonial o sin ella.

Entonces sí habrían estado legitimados no solo para acudir en defensa de los derechos constitucionales, sino de los legales; no solo de los derechos personales, sino de los patrimoniales; no solo de derechos subjetivos sino de intereses legítimos. Además, y esto es especialmente relevante para el caso que nos ocupa, podrían alegar no solo lesiones directas sino las indirectas y reflejas de cualquier derecho subjetivo o interés legítimo.

En segundo lugar, de conformidad con el artículo 31 del CPCA³¹, para acudir a la vía contencioso-administrativa no es necesario agotar vía administrativa, al igual que no se exige para interponer un recurso de amparo, a tenor del artículo 31 de la LJC³². De manera que los recurrentes bien pudieron ir a esa vía, tanto como lo hicieron al acudir a la Sala, sin esperar conocer de lo resuelto en el recurso de apelación interpuesto por la sociedad propietaria del inmueble.

En tercer lugar, la jurisdicción contencioso-administrativa tiene amplias facultades para ejercer una robusta y eficaz justicia cautelar. Así en esa vía habrían podido pedir la suspensión inmediata del acto, cosa –por cierto– que no solicitaron ante la Sala Constitucional. Dicha suspensión podría haber sido concedida con o sin audiencia previa. Así lo establece el artículo 19 del CPCA que, en lo que interesa, señala:

Artículo 19. 1) Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. 2) Tales medidas también podrán ser adoptadas por el tribunal o el juez respectivo, a instancia de parte, antes de iniciado el proceso.

³¹ Artículo 31. 1) El agotamiento de la vía administrativa será facultativo, salvo para lo dispuesto en los artículos 173 y 182 de la Constitución Política.

(El primer artículo se refiere a los acuerdos municipales y el segundo dice: Artículo 182. Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de con la ley en cuanto al monto respectivo).

³² Artículo 31. No será necesaria la reposición ni ningún otro recurso administrativo para interponer el recurso de amparo.

Además, el órgano jurisdiccional que ejerce esa justicia cautelar tiene amplia discrecionalidad para imponer a las partes diversos tipos de obligaciones, cuyo cumplimiento supervisará:

“Artículo 20.- Las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el tribunal o el juez respectivo podrá imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar. // Si la medida involucra conductas administrativas activas u omisiones con elementos discrecionales, o vicios en el ejercicio de su discrecionalidad, estará sujeta a lo dispuesto en el numeral 128 de este Código”.

De manera que el juez de lo contencioso-administrativo está facultado incluso para modular la suspensión del acto impugnado, determinando si se da de manera total o parcial y, en este último caso, si se imponen condiciones. Por ejemplo, podría haber señalado que la suspensión no regía para la realización de eventos deportivos, que suelen tener una asistencia menos masiva que la de los conciertos.

Los recurrentes podían alegar los graves daños o perjuicios, actuales o potenciales derivados de los actos que se acusan como arbitrarios³³, y el órgano jurisdiccional debía hacer una ponderación considerando el interés público y el de terceros, y los derechos que los recurridos dicen proteger (la vida, la salud e integridad de los usuarios del inmueble y de los vecinos)³⁴.

³³ Artículo 21.- La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad.

³⁴ Artículo 22.- Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros. // También deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar.

Sobre el proceso cautelar, las normas disponen unos plazos cortos y a la vez unas condiciones adecuadas para que el órgano tenga todos los elementos de juicio necesarios³⁵.

Esta justicia cautelar no solo cuenta con previsiones normativas de gran calidad, sino que es de probada prontitud y eficacia. Para mostrar esto, se podrían consignar muchas resoluciones³⁶. Basta señalar que solo en las últimas semanas se han acogido dos medidas cautelares contra actos gubernamentales³⁷.

Hay otra ventaja de la vía contencioso-administrativa que salta a la vista, especialmente cuando conoce de un proceso no sumario: la de ofrecer la posibilidad de contar con un examen exhaustivo de toda clase de prueba, a tenor del artículo 82 de CPCA³⁸.

³⁵ Artículo 23. Una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, podrá adoptar y ordenar medidas provisionálsimas de manera inmediata y prima facie, a fin de garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente. Tales medidas deberán guardar el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida.

Artículo 24. 1) El tribunal o el respectivo juez o la jueza dará audiencia a las partes hasta por tres días, acerca de la solicitud de la medida, salvo lo previsto en el artículo siguiente, de este Código. 2) Transcurrido ese plazo, el tribunal o el respectivo juez o jueza resolverá lo procedente, excepto si estima necesario realizar una audiencia oral, en cuyo caso la realizará en un plazo máximo de tres días hábiles.

³⁶ *Vid.*, como ejemplos, las siguientes resoluciones: TCASVI250-2010: confirmó la tutela preventiva del medio ambiente ante las posibles afectaciones que podía genera la ejecución de la modificación de un Plan Regulador; TCASII 108-2016: confirmó las medidas cautelares en pro del desarrollo sostenible y el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado (terrenos en disputa); TCA 552-2020: suspendió los decretos relacionados con la restricción vehicular sanitaria; TACASI 17- 2018: revocó la resolución del TCA que denegó la medida cautelar y en su lugar se ordenó suspender los efectos de una medida de salvaguarda arancelaria a las importaciones de arroz pilado.

³⁷ TCA (sin número conocido) de las 21:10 horas del 07 de octubre de 2022: suspendió de manera inmediata de los efectos del decreto denominado “Reforma Arancel de Servicios Profesionales de Consultoría para Edificaciones y Reglamento de Tarifas de Honorarios para los Profesionales de Agrimensura, Topografía e Ingeniería Topográfica” (honorarios profesionales). Solo *pro informatione* cabe agregar que de manera posterior a la votación del presente amparo, se han tomado otras resoluciones similares: TCA (sin número conocido) del 28 de octubre de 2002 (Expediente 22-005972-1027-CA); y TCA 671-2022 del 3 de noviembre de 2022 (Expediente 22-005678-1027-CA) que suspendieron los efectos derivados del Decreto Ejecutivo N°. 43704-JP-MEIC del 14 de setiembre de 2022 (honorarios profesionales de abogados y abogadas).

³⁸ Artículo 82. 1) La jueza o el juez ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias, para determinar la verdad real de los hechos relevantes en el proceso. 2) Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el Derecho público y el Derecho común. 3) Las pruebas podrán ser consignadas y aportadas al proceso, mediante cualquier tipo de soporte documental, electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías. 4) Todas

Las ventajas y garantías procesales que ofrece la vía de lo contencioso-administrativa para conocer un asunto como el presente no acaban ahí. Si lo que se objeta es que la desventaja mayor es su lentitud, el artículo 69 del CPCA³⁹ prevé una solución que contribuye a evitarla: la declaratoria de trámite preferente, que establece plazos mucho más cortos y prerrogativas para acelerar el proceso.

Nótese que no se trata de una solución para suspender los efectos del acto, pues para eso estaría la justicia cautelar, sino para resolver la controversia con más celeridad. De manera que el asunto bien pudo llegar a sentencia, en un plazo razonable, pese a su complejidad, justamente porque –en atención al objeto impugnado, a la repercusión misma de esta, y a los derechos que se buscaban garantizar– existían claras posibilidades de que siguiera ese trámite preferente.

b) Legitimación

Una vez que se ha constatado que había suficientes elementos para entender que no procedía entrar a resolver por el fondo el presente recurso, pues la vía del amparo no

las pruebas serán apreciadas, de conformidad con las reglas de la sana crítica. 5) Las pruebas que consten en el expediente administrativo, cualquiera sea su naturaleza, serán valoradas por la jueza o el juez como prueba documental, salvo que sea cuestionada por la parte perjudicada por los medios legales pertinentes.

³⁹ Artículo 60. 1) En caso de que el juez tramitador, de oficio o a gestión de cualquiera de las partes, estime que el asunto bajo su instrucción reviste urgencia o necesidad o es de gran trascendencia para el interés público, directamente lo remitirá al conocimiento del tribunal de juicio al que por turno le corresponda, para que este decida si se le da trámite preferente, en los términos de este artículo, mediante resolución motivada que no tendrá recurso alguno. 2) Si el tribunal estima que el trámite preferente no procede, devolverá el proceso al juez tramitador, para que lo curse por el procedimiento común. 3) De dársele trámite preferente, se dará traslado de la demanda y se concederá un plazo perentorio de cinco días hábiles para su contestación. Cuando resulte necesario, el tribunal dispondrá celebrar una única audiencia en la que se entrará a conocer y resolver sobre los extremos a que alude el artículo 90 de este Código, se evacuará la prueba y oirán conclusiones de las partes. De no haber pruebas por evacuar se prescindirá de la audiencia oral y pública. Únicamente cuando surjan hechos nuevos o deba completarse la prueba a juicio del tribunal, podrá celebrarse una nueva audiencia. 4) El señalamiento de la audiencia tendrá prioridad en la agenda del tribunal. 5) Si la conversión del proceso se produce en una oportunidad procesal posterior a la regulada en el párrafo tercero de este artículo, el tribunal dispondrá el ajuste correspondiente a las reglas de dicho párrafo. 6) La sentencia deberá dictarse en un plazo máximo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquel en que se decidió darle trámite preferente al proceso o, en su caso, a partir de la celebración de la última audiencia. 7) En caso de ser planteado, la resolución del recurso de casación tendrá prioridad en la agenda del Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, según corresponda. El recurso deberá resolverse en un plazo de diez días hábiles.

era idónea para determinar si correspondía la anulación de los actos impugnados, es oportuno analizar si los recurrentes en verdad ostentaban legitimación.

(1) Marco del problema

Como he dicho, el artículo 48 de la Constitución Política establece una legitimación universal, y esto queda reflejado en el artículo 33 de la LJC que señala que “cualquier persona podrá interponer el recurso de amparo”. Esto ha sido entendido por la Sala como la previsión normativa de la legitimación activa universal, que incluye la legitimación activa vicaria. En otros términos, esas normas establecen que toda persona puede interponer un recurso de amparo y que esto incluye la posibilidad de interponerlo a favor de otra persona.

Pero, claro, esto es desde la lógica de que, si se interpone a favor de sí mismo, es porque el acto impugnado es lesivo para sí mismo. A la vez, si se interpone a favor de otra persona, es porque el acto impugnado es lesivo para esa otra persona.

Sin embargo, en el presente amparo estamos ante un caso atípico, porque los recurrentes alegan tener legitimación para interponer el recurso de amparo en el que impugnan unos actos administrativos que no recaen sobre ellos, sino sobre un inmueble que es propiedad de una empresa que pertenece al mismo grupo empresarial dueño del periódico para el que trabajan.

Dicen tener el derecho a que se les conceda anular la orden sanitaria y el oficio conexo –que estiman arbitrarios– como medio para el goce de su libertad de expresión, que consideran lesionada.

Entonces, aunque, debido a esas previsiones normativas, en los recursos de amparo casi nunca se presentan problemas de legitimación, en este sí. Y, parece que son conscientes de ello, pues en el escrito de interposición señalan:

“...tratándose de ataques indirectos a la libertad de expresión y prensa, los actos administrativos cuestionados no se dirigen en nuestra contra, sino que lesionan nuestros derechos de forma indirecta” (escrito de interposición, p. 2).

Entonces, la clave de la argumentación de los recurrentes para solicitar a la Sala que admita el presente recurso y se pronuncie sobre este es la vinculación que afirman que existe entre la orden sanitaria y la presunta lesión a la libertad de expresión. Es evidente

que para tener por acreditada esa vinculación no basta probar el simple ligamen empresarial de las dos unidades de negocio, sino la dependencia del periódico (donde ellos ejercen su libertad de expresión) respecto del Parque Viva (sobre el que recae el objeto impugnado).

(2) Sobre el alegato que solo tendrían legitimación ante la Sala

Los recurrentes no solo sostienen que tienen legitimación para venir en amparo, sino que incluso llegan a afirmar que únicamente aquí, ante la Sala, tienen legitimación, porque en la jurisdicción ordinaria solo podrían ser coadyuvantes y la libertad de expresión, que es la que les interesa que se les proteja, no podría ser garantizada:

“Si se considera erróneamente ese caso como un tema que debe ser conocido en las sede ordinaria por tratarse de un asunto de legalidad, se condenaría a los periodistas a no acceder a la tutela judicial, pues careceríamos de legitimidad para cuestionar los hechos aquí descritos en sede contencioso administrativa porque, tratándose de ataques indirectos a la libertad de expresión y prensa, los actos administrativos cuestionados no se dirigen en nuestra contra, sino que lesionan nuestros derechos de forma indirecta. **Así, como máximo, podríamos actuar como coadyuvantes en una acción ordinaria, siempre sujetos a la suerte del principal y con limitados alcances, sobre todo en cuanto a la libertad de expresión, que es nuestra preocupación fundamental. La sede constitucional que tutela nuestro derecho a ejercer libremente el periodismo es el único medio apto para defendernos de los abusos que, de forma indirecta, esgrimen en nuestra contra los recurridos**” (*ibid.*, p. 2; el destacado no es del original).

Sobre estas aseveraciones, a mi juicio, pueden surgir dos reparos. El primero, como ya se ha visto, que parecen desconocer que en la jurisdicción contencioso-administrativa los recurrentes sí tendrían una legitimación aún más amplia, porque a tenor del artículo 10.1 del CPCA no solo podrían alegar un derecho subjetivo sino un interés legítimo. El segundo, que dejan de lado que la Sala no es la única que puede proteger los derechos fundamentales. Decir lo contrario, entender que la Sala es la única instancia para garantizar esos derechos, sería tanto como sostener que la jurisdicción ordinaria solo protege derechos patrimoniales y legales. En el fondo sería afirmar que la Sala Constitucional tiene el monopolio de la protección de los derechos fundamentales, cuando lo cierto es que tiene solo el monopolio de la protección de los derechos

fundamentales mediante el recurso de amparo. Paso ahora a explicar esto que he dicho en apretada síntesis.

Los derechos fundamentales no fueron reconocidos al crearse la Sala Constitucional, sino que esta, al conocer del recurso de amparo, ha hecho que su garantía se pueda dar con gran eficacia y prontitud. ¿Qué otras vías jurisdiccionales hay para proteger derechos fundamentales? Las vías ordinarias, previstas en los artículos 153 y 49 de la Constitución Política, ya citados⁴⁰. Por cierto, estimo que no sin motivo el Constituyente quiso que esa norma, junto con el artículo 48 –dedicado al recurso de amparo y al hábeas corpus– culminara el título IV, denominado “Garantías Individuales”, como para subrayar que ese título no solo establece los derechos fundamentales sustantivos sino los mecanismos para protegerlos jurisdiccionalmente.

La Sala protege los derechos fundamentales (con excepción de la libertad e integridad personales, que conoce en el hábeas corpus) mediante el recurso de amparo, que es una vía expedita y eficaz; y solo la Sala tiene competencia para conocer de ese recurso previsto en el artículo 48 de la Constitución Política. Pero, desde luego no es la única sede donde se protegen los derechos fundamentales. Si se dijera que el juez ordinario no protege los derechos fundamentales, estaríamos afirmando que este únicamente aplica la ley y los reglamentos. Por el contrario, el juez ordinario es de los primeros llamados a tutelar y hacer valer los derechos fundamentales de las personas. Por lo demás, la Sala misma a través de su jurisprudencia y, muchas veces a la vista de reformas legales que prevén otros cauces, ha ido delegando en otros órganos el conocimiento de asuntos que antes solo se conocían mediante el recurso de amparo⁴¹. Por eso he dicho que la Sala no tiene el “monopolio” en la protección de derechos fundamentales.

Además de que tenían legitimación para ser demandantes, alegando la violación de derechos subjetivos e intereses legítimos, también podrían haber pedido la

⁴⁰ A los que se podría añadir otra norma de la Constitución: Artículo 70. Se establecerá una jurisdicción de trabajo, dependiente del Poder Judicial.

⁴¹ Por ejemplo, el recurso de amparo electoral es de origen pretoriano, aunque luego fue previsto en el Código electoral; el conocimiento de la mora administrativa, después de la promulgación del CPCA, se deja en manos de la jurisdicción contencioso-administrativa; el examen sobre variados asuntos laborales, luego de la Reforma Procesal Laboral, se residencia en esa vía; los temas de autodeterminación informativa, luego de la entrada en vigor de la respectiva ley, son derivados a la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (Prodhav); entre otros.

correspondiente restitución e indemnización. Todo a tenor del artículo 10 del CPCA ya citado.

No era necesario que la empresa como tal interpusiera una demanda en la vía contencioso-administrativa. Ellos mismos pudieron haber acudido a esa vía para proteger la libertad de expresión aduciendo, como lo hacen acá, que los actos administrativos son arbitrarios, que son la materialización de una desviación de poder, y suponen una lesión a esa libertad. Según me parece, eso justamente es lo que hace que en el supuesto de que la Sala hubiese declarado sin lugar el presente recurso de amparo, la admisibilidad de una petición interpuesta por los recurrentes ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con miras a que el asunto fuese llevado luego a la Corte IDH, habría topado con un serio obstáculo, pues no se habían agotado los recursos internos de los que habla el artículo 46.1 de la CADH⁴² y tampoco se habría podido invocar el artículo 46.2 de esa Convención⁴³. Lamentablemente, el análisis sobre este interesante tema excede el objeto del presente voto salvado.

Ahora bien, dicho esto: que los recurrentes tendrían legitimación para acudir a la vía contencioso-administrativa, sin que la sociedad para la que trabajan lo hubiese hecho; y que podrían ser demandantes, no simples coadyuvantes; y que en esa vía se les protegería no solo derechos subjetivos (en este caso, la libertad de expresión), sino intereses legítimos; y que podrían obtener por ellos mismos la restitución que solicitan (e incluso la indemnización si la hubieran pedido), corresponde analizar si en efecto tienen legitimación para acudir en amparo ante la Sala Constitucional.

(3) Alegatos de los recurrentes sobre la causa de la legitimación

Los recurrentes defienden que hay una vinculación entre el objeto impugnado (la orden sanitaria y el oficio conexo) y el objeto que buscan proteger (su libertad de expresión).

⁴² Artículo 46. 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

⁴³ Artículo 46. 2. Las disposiciones de los incisos 1 a) y 1 b) del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Esto, pese a que esos actos recaen sobre un inmueble que no es del periódico ni se dedica a nada que haga relación al giro periodístico.

¿Pero en qué fundamentan ellos esa vinculación? En que los actos están motivados, no formalmente, sino en su intención última, por el afán de desestabilizar al Grupo Nación que es dueño de las dos empresas: el Parque Viva y el periódico La Nación⁴⁴.

“Los actos administrativos empleados para ejercer censura indirecta o velada mediante presiones económicas relacionadas con el medio en que laboramos carecen de todo sustento técnico y no persiguen ningún fin legítimo, sino una represalia por la línea crítica del periódico y un intento de silenciarlo” (*ibid.*, p. 1)⁴⁵.

Los recurrentes aducen que las actuaciones lesivas por parte del presidente de la República se dan en dos direcciones: poner en duda la solidez financiera del Grupo Nación y el cierre del Parque Viva. Respecto de la primera afirman:

“Vale la pena señalar que ninguna autoridad financiera ha expresado las mismas dudas, Grupo Nación mantiene la clasificación “A” y los activos de la empresa duplican sus pasivos. Los estados financieros son públicos, porque Grupo Nación está inscrito en bolsa, y en ellos consta la reserva de los recursos necesarios para cancelar el próximo vencimiento” (*ibid.*, p. 5).

Recogen unas manifestaciones del señor presidente en una rueda de prensa:

“La rentabilidad de La Nación va en caída libre y eso significa que está incurriendo en pérdidas constantes, constantes, constantes. Y entonces uno se pregunta, si esa tendencia de pérdidas continúa, no sé, tal vez tengan una varita mágica y logren levantar el flujo de caja. ¿Qué pasa? Es el deber de cuidar la pensión de su abuelita. ¿Qué pasa si a la Nación se le ahoga el flujo de caja y no está la propiedad porque está en otra parte? (...) ' afirmó el mandatario” (*ibid.*, p. 5).

⁴⁴ Luego se verá que este, a su vez, pertenece a Medios.

⁴⁵ Posteriormente se transcribirán otros alegatos que hacen en la misma línea.

Se refieren al hecho de que el señor presidente instara a la Caja Costarricense de Seguro Social a solicitar información a la Sugeval sobre la capacidad de pago del Grupo Nación:

“Como queda claro, el espectáculo no tuvo otro fin que perjudicar al Grupo Nación, poniendo en duda sus finanzas, para coartar nuestra libertad de expresión porque 'la práctica habitual de inversionistas institucionales' es consultar directamente al emisor y valerse de la información publicada por mandato de ley.

Nunca antes un presidente se había ocupado personalmente de la suerte corrida por inversiones de una institución pública que ninguna autoridad financiera ha cuestionado. Nunca antes se dedicó buena parte de una conferencia de prensa presidencial a informar que se le formularon preguntas al emisor mediante Sugeval, en lugar de hacerlo directamente. Y dos días más tarde vendría el cierre del Parque Viva, sin duda para ver 'si a La Nación se le ahorca el flujo de caja'” (*ibid.*, p. 6).

Acusan la ilegitimidad de dichas manifestaciones a la luz de sentencias de la Corte IDH y, en concreto, aducen:

“En nuestro caso, como es público y notorio, además del constante uso de la palabra 'canalla', una injuria para deslegitimar, amedrentar, y estimular el repudio a la prensa entre los seguidores del gobierno, lo cual es por sí mismo peligroso, las referencias a la salud financiera de Grupo Nación distan de la constatación 'razonable, aunque no necesariamente exhaustiva', de 'los hechos en los que fundamental sus opiniones', y el deber de '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'⁴⁶” (*ibid.*, p. 6).

⁴⁶ Las frases entre comillas simples provienen de *Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194*, párrafo 139, según el mismo escrito de interposición anota.

En la argumentación, todo lo anterior parece tener una finalidad de ofrecer el contexto para mostrar la segunda vertiente de actuaciones que estiman lesiva: el cierre del Parque Viva, realizado mediante los actos impugnados.

“En las actuaciones de la Administración Pública dirigidas al cierre del Parque Viva hay una clara desviación de poder para violentar derechos humanos. Con las medidas adoptadas no se persigue la satisfacción de intereses públicos, sino la de intereses espurios consistentes en represaliar su derecho a informar. Este [es] el verdadero fin que tienen los actos administrativos adoptados. **Estos actos no solo afectan económicamente a la empresa dueña de Parque Viva, sino que, además, al medio de información en que laboramos y, con ello, lesionan nuestro derecho a informar.** Este es el verdadero fin que persiguen los actos administrativos frente a los cuales pido amparo” (*ibid.*, p. 7; el destacado no es del original).

En el mismo sentido, agregan:

Si algo celebra la comunidad es que la desviación de poder del gobierno vertió luz sobre un problema de larga data que no se resuelve con los actos administrativos arbitrarios señalados en este recurso. **La ineficacia de esos actos desvirtúa su pretendido fin público y evidencia que el único fin es afectar las finanzas del Grupo Nación en represalia por el libre ejercicio del periodismo de nosotros los recurrentes en intentarnos silenciarnos a futuro, como prometió el Presidente**” (*ibid.*, p. 13; el destacado no es del original).

Luego añaden un pasaje que va en la misma línea que los recién citados:

“La legalidad de las actuaciones descrita debe ser discutida, por quien tenga legitimación para hacerlo, en la jurisdicción apropiada, pero junto a la promesa de campaña del Presidente, las arbitrariedades apuntadas no dejan duda sobre el propósito persecutorio contra el periódico en que laboramos y su carácter de represalia, con desviación de poder, contra la línea informativa y editorial con grave lesión del derecho a la libertad de expresión. **Por supuesto, la presión ejercida sobre las finanzas de la empresa pone en riesgo el ejercicio periodístico futuro** e invita a entendimientos que lo comprometan” (*ibid.*, p. 14; el destacado no es del original).

En un escrito posterior al informe dado por el presidente de la República, en el mismo sentido, los recurrentes afirman:

“A Grupo Nación no se le puede exigir, como a cualquier otro comercio costarricense, ajustarse a los parámetros de la ley porque inmediatamente, a su parecer, se convierte en un ataque a la libertad de prensa', dice el informe del Presidente. Nunca alegamos los recurrentes semejante absurdo. Grupo Nación, y nosotros como individuos, estamos sometidos a las leyes. No pretendemos una excepcionalidad odiosa y antidemocrática. Los recurrentes sostenemos que en el caso concreto existe una desviación de poder para limitar indirectamente nuestra libertad de expresión en cumplimiento de la amenaza formulada durante la campaña política, a la cual el informe presidencial no se refiere una sola vez. Y en este punto vale señalar la falacia de los alegatos sobre el cumplimiento del deber de proteger intereses sociales con el cierre de Parque Viva. No es que los recurrentes pretextamos la libertad de expresión para eximir a Grupo Nación de cumplir la ley, **es que el señor Presidente y la señora Ministra de Salud pretextan el cumplimiento del deber para materializar el propósito de silenciarnos** expresado en la campana electoral y debidamente documentado” (escrito de los recurrentes del 17 de agosto, p. 9; el destacado no es del original).

De previo, se habían referido al origen de esa relación entre periódico La Nación y Parque Viva, que merece ser citado de nuevo:

“Parque Viva es una de esas estructuras [que nos permiten ejercer el periodismo independiente], en el caso de Grupo Nación. Fue creado, precisamente, para diversificar las fuentes de ingresos de la empresa y compensar la pérdida de ingresos experimentada por los medios de comunicación en todo el mundo debido a la migración de la publicidad hacia los gigantes de la Internet, como Google y Facebook. Ese hecho es público y consta en diversas manifestaciones de la empresa y sus personeros desde al menos el 2013. En el informe a los accionistas del período 2013-2014, visible en la página de nación.com <https://www.nacion.com/gnfactory/especiales/gruponacion/estados-financieros.html> la presidencia ejecutiva afirmó: “...los cambios en la industria, en el consumo de medios y en el ambiente competitivo nacional, seguirán retando al negocio de medios impresos. Conscientes de ese

panorama, diseñamos, hace dos años, una estrategia para enfrentarlo. Mientras maduran las nuevas iniciativas, especialmente en el ámbito digital, **todo medio periodístico requerirá de una fuente complementaria de ingresos**, menos dependiente de la vena de publicidad. En consecuencia, como lo anunciamos el año pasado, invertimos importantes recursos y esfuerzos en la creación del Parque Viva, en la Guácima de Alajuela” (escrito de interposición, p. 4; el destacado no es del original).

Como se puede observar, en este párrafo se habla de la vinculación, pero no se acredita la dependencia: solo se refiere a la justificación de la decisión de incursionar en otro giro comercial.

Los recurrentes no muestran datos que permitan observar desde cuándo y en qué porcentaje se da la aducida dependencia. Es decir, no aportan pruebas que hagan establecer una relación directa e inequívoca que permita afirmar, sin margen de duda, que la sostenibilidad del periódico La Nación depende del Parque Viva.

Por cierto, solo hacen una referencia analítica a los estados financieros del Grupo Nación, al afirmar la capacidad de pago, y explican que los activos son muy superiores a los pasivos, cosa que en efecto se refleja así en el informe de estados financieros consolidados auditados del 2020-2021. En el 2020: Los activos 68.883.898, los pasivos 27.661.566. En el 2021: los activos 68.555.759 y los pasivos 28.288.573⁴⁷.

En un escrito posterior, sí recogen las palabras del director ejecutivo del Grupo Nación en las que explica cuáles son las expectativas sobre el Parque Viva:

“Vale señalar que al día siguiente de la conferencia sobre los bonos, el director ejecutivo de Grupo Nación, Pedro Abreu, dio amplias explicaciones públicas y menciono el papel de Parque Viva en el flujo de la empresa. Un día después, el gobierno cerró precipitadamente Parque Viva.

Abreu declaro, entre otras cosas: ‘Se habla de que La Nación solo arrastra pérdidas. Es muy importante hacer la distinción entre perdida contable y generación de flujo de caja. Nosotros estamos arrastrando perdidas contables, es cierto, pero estamos generando flujo de caja. Esto quiere decir que, entre la operación y las inversiones financieras, estamos generando flujo de caja

⁴⁷ MEMORIA 2020-2021 DIGITAL.pdf (nacion.com), pp. 67 y 66, respectivamente.

suficiente para pagar la deuda, para pagar todos los intereses, para pagar todas las inversiones y, además, estamos ahorrando para hacerle frente a los vencimientos del futuro. Eso se puede ver en nuestros estados financieros, que son públicos' afirmó Abreu para añadir: 'Parque Viva ha estado parado por dos años (por la pandemia). Entonces, los números que hemos estado mostrando, donde el flujo de caja ha sido positivo, son con Parque Viva cerrado. Desde marzo de 2022, Parque Viva está funcionando, va a empezar a generar flujo de caja y va a empezar a aportar a ese flujo que ya estábamos generando. Entonces, los números de este año se van a ver mucho mejor que los del año pasado. Creemos que esa va a ser la tendencia de aquí al 2025'. (Ver prueba adjunta). Al día siguiente, Parque Viva quedo cerrado. (Ver publicación 'Chaves ataca a La Nación con datos distorsionados')" (Escrito de los recurrentes del 17 de agosto, p. 9).

Interesa entonces ahora observar si la sentencia fundamenta adecuadamente esa dependencia, que sería la raíz de la legitimación que les permite a los recurrentes interponer válidamente un amparo para que se anulen unos actos que no recaen sobre ellos.

(4) Consideraciones de la sentencia sobre la dependencia

En realidad, la sentencia no se ocupa propiamente del problema de la legitimación. Da por sentada tal dependencia con argumentos que solo apuntan a explicar varios fenómenos que no cuestiono y que de suyo son hechos públicos y notorios, sin real incidencia en la comprobación de esa dependencia en el caso concreto.

En primer lugar, el fenómeno de la migración de lectores de prensa al formato digital:

“Los medios de comunicación tradicionales, principalmente los medios impresos, han sufrido en los últimos años un fuerte declive económico con la llegada del internet, la caída de la inversión publicitaria y su migración a las grandes plataformas digitales” (sentencia, considerando VIII).

Eso es algo inobjetable, pero es útil únicamente para mostrar el contexto en el que se desenvuelve el periódico La Nación y todos los medios de prensa.

De seguido explican que ese fenómeno ha llevado a otro: la reacción de los dueños de esas empresas ante ese cambio de circunstancias:

“En virtud de lo anterior, los medios de comunicación se han visto en la necesidad de innovar y buscar nuevos formatos, propuestas o mecanismos para buscar nuevos ingresos (y audiencia) que permitan, a su vez, financiar el periodismo y al medio como tal, sobre todo al periodismo de investigación que resulta costoso. En otros términos, se han debido implementar nuevas estrategias comerciales o poner en funcionamiento modelos mixtos con el fin de “rentabilizar a los medios de comunicación”, tal y como así ha sido llamado por algunos. Tanto es así que muchos medios de comunicación, hoy en día, no generan el dinero con su actividad principal o tradicional, sino con otras que le permiten subsistir” (*ibid.*).

Se reconoce que las acciones han ido encaminadas en varias direcciones: innovar y buscar nuevos formatos, utilizar otros mecanismos de ingresos que permitan financiar al periodismo. Es dentro de este último tipo de acción que estaría la inversión hecha por el Grupo Nación al adquirir y poner en marcha el Parque Viva, pues entienden que “muchos medios de comunicación, hoy en día, no generan el dinero con su actividad principal o tradicional, sino con otras que le permiten subsistir”.

Hasta aquí lo único que se puede tener claro es que la unidad de negocio original del Grupo Nación (el periódico) necesita de la nueva unidad de negocio (Parque Viva). Pero, tanto como los recurrentes, la sentencia no se ocupa de mostrar en qué medida y cómo se da esa dependencia.

Después la sentencia señala:

“A modo de ejemplo, los medios de comunicación modernamente han recurrido, entre otras, a las siguientes fórmulas o estrategias: a) algunos medios impresos han creado su propia plataforma digital y han instaurado los modelos por suscripción o lo que se ha llamado “pagar por ver”; fórmula a la que han recurrido con éxito grandes medios como The New York Times o The Guardian. b) Se ha recurrido a la creación de contenidos de mayor calidad y exclusividad (sobre temas específicos y de interés para ciertos sectores), que hacen atractiva la búsqueda y el acceso a estos. c) Se ha hecho uso de los podcast (serie de episodios sobre diversos temas grabados en audios y transmitidos online al que ha recurrido por ejemplo el medio The New York Times a través de su programa The Daily). d) Se ha promovido la organización de eventos, foros o congresos sobre determinados temas de la mano de expertos y personalidades, para lo cual, a su vez, se cobra por participar o por

ingresar (los medios Texas Tribune o The Economist se han caracterizado por organizar eventos de este tipo). e) Se recurre también a la venta de piezas a terceros (los grandes medios, aprovechándose de la enorme experiencia y el soporte estructural con el que cuentan, cubren cierta información especializada, la procesan y la venden a otros, incluso a su propia competencia). f) Se ha hecho uso del llamado Brand licenser, que permite a los medios de comunicación licenciar su marca para que terceras empresas la utilicen en sus productos o servicios (v. gr. National Geographic vende productos relacionados con viajes y aventura, libros y hasta ha instalado tiendas relacionadas con su línea de cobertura)” (*ibid.*).

Como se puede observar, eso solo es un elenco de actividades que han llevado a cabo distintos medios de prensa o revistas impresas para innovar la forma de difundir ideas o noticias, en este nuevo y desafiante contexto. Pero ninguna de esas actividades hace relación a la diversificación de inversiones del grupo dueño de la empresa de comunicación con el fin de obtener recursos financieros para sostener el medio de prensa. En el presente caso, en cambio, los recurrentes están señalando que la unidad de negocio original del Grupo Nación (el periódico) depende para su subsistencia de otra unidad de negocio que nada tiene que ver con el ejercicio del periodismo o la comunicación (el Parque Viva).

De inmediato, la sentencia incursiona en el fenómeno de los *holdings* o conglomerados de empresas en los siguientes términos:

“Igualmente, cabe destacar que, como parte de esas fórmulas a las que han tenido que apelar los medios de comunicación para diversificar sus fuentes de ingreso y sostenerse financieramente, se ha recurrido también a la adquisición o a la adhesión con otras empresas cuyas actividades principales se encuentran relacionadas o no directamente con el periodismo (conformándose así lo que se ha denominado holdings o grupos de interés económicos). Este tipo de fenómeno en particular se ha manifestado en otras latitudes y también a nivel nacional” (*ibid.*).

Se entra entonces en un ámbito más cercano al del caso que nos ocupa, pues se trata de grupos empresariales cuya unidad de negocio original es el medio de comunicación, y que diversifican la inversión adquiriendo “empresas cuyas actividades principales se encuentran relacionadas o no directamente con el periodismo”. El Grupo Nación se enmarca en ese fenómeno. Pues bien, eso no está en tela de juicio. Es un hecho público

y notorio, pero no refleja la real dependencia. Una cosa es que ese o cualquier grupo desee diversificar su inversión y otra distinta que al hacerlo quiera mantener una unidad de negocio deficitaria de suyo. En otros términos, los *holdings* no tienen como finalidad propia mantener en su seno una unidad de negocio financieramente inviable, sino aumentar los ingresos en diversas actividades y minimizar los riesgos que supone invertir todo el capital en una sola unidad de negocio.

Luego, la sentencia recoge ejemplos de *holdings* que tienen inversiones en el campo de los medios de comunicación. Inicia con el siguiente:

“Así, a modo de ejemplo, se tiene el caso del diario The Boston Globe y otros medios (propiedad, a su vez, del periódico estadounidense The New York Times), los cuales fueron adquiridos en el 2013 por John Henry, dueño del equipo de beisbol Red Sox y del equipo de futbol Liverpool FC, con el propósito de afrontar las cuantiosas pérdidas económicas sufridas por el primero, originadas por la migración de lectores y de la publicidad hacia el internet” (*ibid.*).

Es un buen ejemplo, aunque en dirección inversa: es el dueño de una empresa no periodística que adquiere dos empresas periodísticas. Pero no parece que el señor Henry pueda invocar la lesión a la libertad de expresión en caso de que sus respectivos equipos deportivos sean sancionados con cuantiosas multas. De todas maneras, recordemos que aquí estamos en primer término analizando el tema de la dependencia financiera, que sería condición para determinar la vinculación alegada entre actos administrativos y lesión a la libertad de expresión. Entonces, vale solo decir que ese ejemplo únicamente sirve para señalar que, en efecto, hoy como nunca la actividad periodística en formato escrito es menos rentable que la de otras unidades de negocio, no importa el giro, y que estas otras pueden servir de apoyo financiero, pues el dueño de ambas es el mismo y puede querer subvencionar la que no es rentable.

La sentencia continúa:

“Igualmente, se tiene que Warren Buffet, a través de su holding Berkshire Hathaway (sociedad dueña total o parcial de las acciones de varios grupos empresariales de textiles, seguros, automóviles, bebidas, etc.) en el año 2012, compró sesenta y tres periódicos del Grupo Media General del sureste de Estados Unidos, los cuales sufrían también una baja rentabilidad. Entre los diarios adquiridos por Buffett figuran el Richmond Times de Virginia, el

Winston-Salem Journal de Carolina del Norte y el Morning News of Florence de Carolina del Sur” (*ibid.*).

De nuevo, el ejemplo es más cercano, pero, también de nuevo es inverso al caso que nos ocupa: el grupo empresarial que de por sí tenía diversificada su inversión en distintas actividades, aunque ninguna en el campo de la comunicación, según se refiere en este pasaje, adquiere “periódicos (...) los cuales sufrían también una baja rentabilidad”. Como el ejemplo es similar, los comentarios también lo serían. Corresponde entonces transcribir lo que la sentencia recoge de seguido:

“Asimismo, se cuenta con el caso de Jeff Bezos (fundador y dueño de Amazon, gigante compañía de comercio electrónico), quien en el año 2013 compró The Washington Post, con el fin de lograr su supervivencia, luego que este medio de comunicación sufriera igualmente los embates de la irrupción de nuevas tecnologías, el descenso de las audiencias y de los ingresos por publicidad. Nótese que, en este caso en particular, pese a que el medio de comunicación – según lo ha anunciado, entre otros, el medio español El País–, no se integrará o adherirá propiamente a Amazon, su adquisición forma parte de esa misma estrategia comercial tendente a ayudar a que el mismo pueda mantenerse funcionando” (*ibid.*).

Efectivamente, esto significa que el dueño de una unidad de negocio ajena a giro de los medios de comunicación invierte en uno de estos, pero no lo incorpora a su original esquema financiero. La verdad es que esa integración no se sabe si también se dio con el señor Henry o con el señor Buffet, y de suyo no tiene relevancia. Lo importante es que se trata de ejemplos en los que la viabilidad financiera de medios de comunicación se da gracias a la adquisición de estos por parte de dueños de empresas con otros giros comerciales más rentables.

En el presente caso es un grupo cuya unidad de negocio original es un periódico, del que se afirma que no es de suyo rentable, y que incursiona en otro giro comercial: adquiere otra unidad de negocio cuya actividad no se desarrolla en el campo de la comunicación. Así lo señala la sentencia:

“En Costa Rica, el uso de este tipo de mecanismos o fórmulas se ejemplifican a través de Grupo Nación S.A. (corporación de la cual forma parte el Periódico La Nación), el que dispuso comprar las instalaciones de lo que solía ser el Autódromo La Guácima y las convirtió en el centro de eventos llamado Parque

Viva, como medio para diversificar las fuentes de ingresos de la empresa y compensar así la pérdida de ganancias sufrida debido a la migración de la publicidad hacia sitios de internet” (*ibid.*).

Eso, como he dicho, es un hecho público y notorio, y por lo demás se trata de una decisión financiera absolutamente legítima.

La sentencia agrega:

“Es entendible que dentro de la coyuntura actual donde los medios de comunicación escritos requieren apoyo financiero ante la pérdida de alguna de sus fuentes tradicionales de ingresos, se creen o establezcan –al amparo del ordenamiento jurídico–, otro tipo de empresas o sociedades que les brinden recursos y sostenibilidad económica o financiera para mantener a los primeros. El caso del Grupo Nación S.A., y la adquisición del hoy llamado Parque Viva arriba referido, representa un claro ejemplo de lo dicho” (*ibid.*).

Coincido en que es entendible, y se tiene por cierto que esto buscaba el Grupo Nación al incursionar en este nuevo giro comercial. Es decir, la adquisición del Parque Viva va en esa dirección: diversificar la inversión para que el grupo como tal tuviera réditos suficientes. Incluso concedo que tal diversificación pretendía hacer viable financieramente la existencia del periódico mismo. Pero la sentencia no se ocupa de mostrar la dependencia financiera en términos reales, que permitan constatar lo que dicen los recurrentes, quienes –como se ha visto– tampoco lo acreditan.

De inmediato la sentencia retoma lo que venía diciendo y añade:

“Este tipo de estructuras financieras, al igual que el resto de ejemplos supra citados, se convierten en una fuente de ingresos o recursos que coadyuva o hacen posible que la labor periodística pueda ser ejercida, habida cuenta que los ingresos que las primeras generan permiten sufragar o sopesar muchos de los gastos que demanda un medio de comunicación. Por ende, es una realidad que, si este tipo de mecanismos o propuestas se ven afectadas de forma ilegítima o arbitraria, se perjudica, a su vez, el ejercicio del periodismo; en esencia, la libertad de prensa, como manifestación de la libertad de expresión” (*ibid.*).

De nuevo, no cabe sin mayor dificultad admitir que la diversificación de inversiones permite compensar con las ganancias de una unidad de negocio las pérdidas de otro; pero aquí, en el presente caso, antes de entrar a argumentar sobre la arbitrariedad de los actos impugnados, es preciso probar, demostrar, aclarar que en efecto el periódico La Nación depende financieramente del Parque Viva. Y, luego de ese análisis exhaustivo, tengo para mí, que la sentencia omite la referencia a este punto tan importante, que es la clave de todo el arco argumentativo de los recurrentes, sin la cual no tienen legitimación.

Este considerando de la sentencia termina con un párrafo un tanto largo, pero que por su importancia y consistencia merece ser transcrito también:

“Ahora bien, la afectación refleja (indirecta o velada) que pueda concretarse a la libertad de prensa, merced de las medidas adoptadas en contra de dichas estructuras de financiamiento, es un aspecto que ha de ser ponderado en cada caso concreto, siendo claro que no todo acto o conducta administrativa que imponga un gravamen o establezca un contenido de efecto negativo en torno a esas entidades, supone una lesión refleja como la que se ha indicado. En efecto, **cabe advertir que como toda persona administrada, estas estructuras se encuentran afectas y sujetas a las normas jurídicas que regulan, precisan y delimitan el ejercicio de sus respectivas actividades económicas.** En ese sentido, su funcionamiento debe satisfacer y cumplir con las regulaciones propias de su actividad, lo que incluye, contar con las respectivas habilitaciones administrativas para el despliegue de la materia comercial. De ahí que deben contar con los respectivos títulos que permitan comprobar el cumplimiento de las normas urbanísticas, edilicias (dentro de estas, las atinentes a la Ley No. 7600), sanitarias, seguridad, así como las licencias y patentes comerciales que son debidos en cada caso. Adicionalmente, cumplir con la normativa fiscal atinente. De igual manera, en el curso de su actividad, como toda persona, se encuentran sujetas a la fiscalización y control del ejercicio de la actividad, a fin de verificar que mantienen el nivel de cumplimiento en virtud del cual, les fue habilitada la actividad comercial. **En esa dinámica, la desatención de las condiciones de ejercicio que imponen esas regulaciones sectoriales, bien podrían (sic) llevar a la imposición de medidas administrativas de restricción o de sanción. Lo anterior, siempre que el ejercicio concreto de esa manifestación del poder de policía administrativa, pueda**

estimarse legítimo, a partir de la acreditación debida y oportuna de los presupuestos de incumplimiento que darían cabida a cada consecuencia jurídica, y que esa decisión se encuentre acorde al mérito de los antecedentes del caso y al Ordenamiento Jurídico aplicable (relación entre los elementos materiales objetivos motivo-contenido) y que sea congruente con el interés público tutelado. En esos supuestos, en que la función administrativa se establece como el ejercicio legítimo de potestades administrativas que procuran el resguardo del interés público, no podría postularse una suerte de infracción refleja a la libertad de prensa, sino, en la consecuencia lícita y previsible de la desatención de normas de orden público a las que se encuentra expuesta toda persona administrada. Por contraste, cuando esas medidas no encuentren respaldo en los diversos presupuestos de hecho o de derecho que, en cada supuesto, el plexo normativo define como antecedente necesario (presupuesto condicionante) para adoptar determinada decisión sancionatoria o de contenido negativo, o bien, cuando el contenido del acto adoptado a partir de la verificación de aquellas condiciones, sea desbordado, desproporcional, irrazonable en relación con esos antecedentes, antagónico con el interés público o en general, contrario a legalidad (en sentido amplio), se estaría frente a un comportamiento administrativo que puede implicar una desviación de poder (art. 113 LGAP) y supone, como se ha indicado, una lesión indirecta o refleja a la libertad de prensa. Se trata de un cuidadoso análisis de las particularidades de cada caso, como parámetro de una valoración neutral, equitativa y objetiva entre libertades y derechos fundamentales en un esquema de un Estado de Derecho y el ejercicio de las potestades administrativas que tienen, por principio y finalidad, la tutela y satisfacción del interés público. **Ergo, no todo acto que incida de manera negativa en la esfera de una estructura financiera supone una alteración a la libertad bajo examen, como tampoco, puede entenderse como legítima, sin más, toda función administrativa de control respecto de aquellas. De esa manera, en casos como el presente, en que se aduce una violación indirecta a la libertad de expresión y de prensa, producto de actividades de control de la Administración Sanitaria, corresponde a esta instancia jurisdiccional, ponderar los matices particulares, para definir si se trata de un ejercicio debido o indebido, como condición sine qua non de un juicio de valor en torno a la existencia o no del deber de tolerar**

válidamente esas imposiciones administrativas” (*ibid.*; el destacado no es del original).

Dicho en otros términos: cada unidad de negocio debe cumplir con el ordenamiento jurídico y la Administración puede imponer sanciones cuando estima que no es así; pero estas deben estar debidamente fundamentadas. Para determinar si lo están, es preciso examinar la relación entre los elementos materiales objetivos (motivo-contenido) y su congruencia con el interés público tutelado.

Justamente ese examen es lo que se espera que la Sala realice en los considerandos posteriores, pues como bien se dice en ese pasaje: “No todo acto que incida de manera negativa en la esfera de una estructura financiera supone una alteración a la libertad bajo examen, como tampoco, puede entenderse como legítima, sin más, toda función administrativa de control respecto de aquellas”.

Aquí en este epígrafe del voto salvado se está haciendo un análisis para confirmar si se da el presupuesto procesal denominado legitimación, bajo el entendido de que la dependencia del periódico, no el simple ligamen financiero, es condición sin la cual no puede afirmarse que hay una vinculación jurídica entre los actos impugnados y la lesión acusada. Esto es, que tal vinculación es el requisito para ostentar dicha legitimación. Pero ya en el análisis por el fondo, como bien lo apunta ese pasaje de la sentencia, debe concurrir otra condición para que se declare la lesión: que el acto sea arbitrario. Sin embargo, como he mostrado en el anterior epígrafe, la complejidad que esos actos encierran hace concluir que su conocimiento no es propio de un recurso de amparo, que por naturaleza es sumario.

Así termina ese considerando en el que se echa en falta precisamente el análisis y la constatación de la dependencia aludida. Solo se puede concluir que el Grupo Nación amplió su gama de negocios, pero no se demuestra que el funcionamiento del periódico donde laboran los recurrentes dependa financieramente del Parque Viva y que, por lo tanto, haya mérito para entrar a examinar si la libertad de expresión de ellos se ha visto de algún modo afectada por actos que recaen en esa otra unidad de negocio.

(5) Los estados financieros y la dependencia aludida

Ahora bien, en el escrito de interposición aparece un enlace a los estados financieros del Grupo Nación⁴⁸. Me propongo hacer un breve análisis de estos de cara a la determinación de la dependencia alegada.

El mencionado enlace lleva al sitio Web donde aparecen los estados financieros consolidados auditados, los informes de la Presidencia⁴⁹, y los informes a los accionistas. Este último recoge también los dos anteriores. También constan los estados financieros trimestrales⁵⁰.

Respecto del último periodo que cierra en diciembre de 2021, interesa especialmente el cuadro titulado “La Nación, S. A. y subsidiarias. Activos, pasivos y resultados por segmentos al 31 de diciembre de 2020 y por el período terminado en esa fecha (expresados en miles de colones costarricenses)”, y el cuadro similar, pero al 31 de diciembre de 2021⁵¹, porque reflejan en diversas columnas esos rubros por unidad de negocio. De previo a esos cuadros aparece la siguiente información:

“Al 31 de diciembre de 2021 y 2020 se presenta la información de los activos y pasivos, así como el desempeño financiero de los principales segmentos de operación con que cuenta el Grupo, que comprenden las actividades desarrolladas por: a) Medios - Incluye los ingresos provenientes de los diarios La Nación, La Teja y el semanario El Financiero, así como ingresos de impresión a terceros, producción y distribución de papeles y cartulinas, b) Digital - Comprende los resultados provenientes de los productos El empleo y Yuplón, c) Parque Viva - Negocio que gira en torno a la administración de recintos y creación de plataformas de entretenimiento, d) Portafolio, considera las inversiones a valor razonable con cambios en otro resultado integral que se mantienen en el exterior a través de su subsidiaria Desarrollo

⁴⁸ <https://www.nacion.com/gnfactory/especiales/gruponacion/estados-financieros.html>

⁴⁹ En los tres casos, los últimos son los del periodo 2020-2021.

⁵⁰ El último es el del segundo semestre del 2022.

⁵¹ Informe de Accionistas 2020-2021 (cuyo nombre dentro del texto es Informe Anual La Nación y Subsidiarias - 2020-2021), MEMORIA 2020-2021 DIGITAL.pdf (nacion.com), pp. 67 y 66, respectivamente.

Los Olivos, S.A. e inversiones en instrumentos financieros locales e inversiones en asociadas y otras participaciones”⁵².

En esos cuadros se indica lo siguiente. En el 2020, las pérdidas consolidadas de Medios, al que –según el texto citado– pertenecen los diarios La Nación y La Teja y el semanario El Financiero, fueron ¢ (1.772.204); y las pérdidas consolidadas de Parque Viva fueron ¢ (2.365.096)⁵³. En el 2021 las pérdidas consolidadas de Medios fueron ¢ (1.969.114) y las de Parque Viva ¢ (51.802)⁵⁴.

De esa información solo es posible concluir:

- 1.- El periódico La Nación y el Parque Viva, pertenecen a Grupo Nación (hecho que, por lo demás, es público y notorio).
- 2.- La información que aparece en el sitio Web refleja los estados financieros consolidados del Grupo Nación, no los estados financieros de cada subsidiaria.
- 3.- Los cuadros que aparecen en el Informe a Accionistas sobre los activos, pasivos y resultados por segmentos al 31 de diciembre de 2020 y al 31 de diciembre del 2021, reflejan que ambas unidades de negocio –Medios (al que pertenece el periódico La Nación) y Parque Viva⁵⁵– tuvieron pérdidas. Y en términos globales (ambos años), Medios ¢ (3.844.599) tuvo pérdidas mayores que las de Parque Viva ¢ (2.416.898).

Pero de eso no se puede inferir, sin más información aportada por la parte recurrente, que el periódico dependa financieramente del Parque Viva; sobre todo porque este último es una unidad de negocio con pérdidas. Esa situación financiera se refleja para ambas unidades también en los años anteriores. Entonces, entre 2018 y 2021 los resultados financieros fueron poco favorables tanto para el segmento de Medios (en el que se ubica el periódico La Nación) como para el Parque Viva.

⁵² *Ibid.*, p. 65.

⁵³ *Ibid.*, p. 67.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 66.

⁵⁵ MEMORIA 2020-2021 DIGITAL.pdf (nacion.com), (2020, p. 67; 2021, p. 66).

Ganancia (pérdida)			
antes del impuesto sobre la renta			
(miles de colones)			
Año	Medios	Parque Viva	Total Grupo
2018	363950	-1808820	358678
2019	-2364320	-2290240	-3274238
2020	-1772204	-2365096	-2672634
2021	-2072395	-51802	-814749

Quizá, los resultados observados en los últimos años podrían originarse en las inversiones y el endeudamiento que ha tenido que asumir el Grupo Nación en ese proceso de transformación de su negocio informativo y de búsqueda de nuevas fuentes de ingreso. Eventualmente, la expectativa es que en algún momento en el futuro la principal fuente de ingresos del Grupo Nación sea el Parque Viva. Pero lo cierto es que no es claro que el periódico La Nación, como medio de prensa, dependa de Parque Viva, al menos no en este momento.

Ahora bien, aunque no se podría decir que el desarrollo del Parque Viva se oriente a financiar a la unidad de negocio Medios, quizá sí podría entenderse que busca garantizar a los accionistas del grupo un adecuado retorno de su inversión.

Por otro lado, si lo que justifica esas pérdidas consolidadas son unas inversiones cuyo rédito se prevé en un plazo determinado, eso no fue debidamente acreditado. Fue únicamente mencionado en un escrito posterior, que aquí ya fue citado, en el que se recogen unas palabras del director ejecutivo del Grupo Nación, que tenían el propósito de defender la salud de las finanzas del grupo como tal. Sin embargo, a la vez, sirven para constatar que a la fecha el Parque Viva no ha tenido el flujo de caja que permita acreditar que el periódico La Nación dependa financieramente de él o, dicho de otro modo, que sin el Parque Viva no es posible llevar a cabo el periodismo que los recurrentes dicen ejercer.

En realidad, lo único que los recurrentes aportaron fue el enlace donde aparece la información, sin presentar la menor explicación contable que sustentara la afirmación de la dependencia.

⁵⁶ [AF-INFORME ANUAL-LN- 2018-19.pdf - Google Drive](#) (2018, p. 64; 2019, p. 71). [MEMORIA 2020-2021 DIGITAL.pdf \(nacion.com\)](#) (2020, p. 67; 2021, p. 66).

En síntesis, la información que consta en el sitio Web ni alude ni es suficiente para tener por cierta la dependencia financiera de la unidad de negocio Medios respecto de la unidad de negocio Parque Viva. Incluso si la dependencia no fuera absoluta, podría valorarse la posibilidad de entender que hay vinculación jurídica entre los actos impugnados y la lesión alegada; pero el problema es que lo único que se acredita es que la diversificación de inversiones del Grupo Nación (hecho público y notorio) fue impulsada por los desafíos sufridos por el periódico La Nación, en el marco de la migración de sus lectores a otras plataformas (otro hecho público y notorio, que no exigía prueba).

Finalmente, debo hacer otra observación: De las declaraciones del presidente de la República antes y después de asumir el cargo, podría decirse que él mismo es quien hace la vinculación. No obstante, aquí no está en duda el ligamen financiero entre las dos unidades de negocio, pues ambas pertenecen al mismo Grupo Nación, sino la dependencia financiera del periódico respecto del Parque Viva y, como se ha visto, eso no fue probado por la parte recurrente ni analizado y constatado por la mayoría de la Sala. Se da por supuesta, siendo que es la condición para determinar si hay una vinculación jurídica entre actos impugnados y libertad presuntamente violada.

Además, a propósito de las palabras del presidente de la República, ya no en las declaraciones que dieron pie a la interposición del recurso, sino en las que contiene el informe a esta Sala, los recurrentes señalan:

“Pregunta el informe del señor Presidente: ‘¿Como es posible, magistradas y magistrados, que Grupo Nación venga a decir que cifran todas sus esperanzas económicas en lo que pueda generar la actividad económica de Parque Viva para poder pagarle a sus empleados y que clausurar temporalmente ese lugar para la celebración de eventos masivos por incumplir con las condiciones mínimas de salubridad es un ataque directo a la libertad de prensa? Eso solo demuestra que la salud financiera de La Nación no es como la quieren hacer ver y que dependen de este lugar para subsistir financieramente’.

Nada de eso lo ha dicho Grupo Nación. Los recurrentes somos periodistas de Grupo Nación (...), somos profesionales a quienes se pretende limitar la libertad de expresión mediante acciones arbitrarias contra las ‘estructuras’ que sustentan nuestro libre ejercicio del periodismo, según lo prometió el mandatario. Por otra parte, no hemos hablado de un ‘ataque directo’ a la libertad de expresión, sino de uno indirecto, igualmente prohibido

por el artículo 13.3 de la Convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Jamás dijimos que el pago de nuestros salarios dependa de Parque Viva, como también se afirma en el comunicado de prensa de la Presidencia. Para constatar todo lo dicho, basta leer el recurso, **pero conviene señalar la insistencia en la supuesta demostración de que 'dependen de este lugar para subsistir financieramente'. ¡La infundada obsesión con las finanzas de la empresa se extiende hasta la interpretación de lo que no hemos dicho! Claro está, si los deseos transparentados por el pasaje resultaran ciertos, el cierre de Parque Viva pondría fin al molesto periodismo que hacemos los recurrentes y que motivo la amenaza proferida en campaña.** Mas claro, imposible” (escrito de los recurrentes del 17 de agosto, p. 12; el destacado no es del original).

Este pasaje llama a la reflexión. Por un lado, como bien lo apuntan los recurrentes, el señor presidente confunde “Grupo Nación” con “periodistas de La Nación”. Por otro, el mandatario se extraña que ese Grupo Nación cifre sus esperanzas en el Parque Viva. Agrega que eso solo demuestra que la salud de La Nación (aquí no se sabe si se refiere al periódico o al grupo) no es buena y que, en efecto, según lo dicho por los recurrentes (que él confunde con el grupo) confirma que dependen del Parque Viva para subsistir financieramente (tanto el grupo como, se podría decir, el periódico). Con esas palabras no es que él dice que La Nación depende del Parque Viva, sino que dice que ellos afirman que La Nación (el grupo o el periódico) depende del Parque Viva.

Llegados a este punto, se resolvería el problema de la legitimación: los recurrentes afirman que el Periódico La Nación depende del Parque Viva⁵⁷ y el recurrido lo acepta, pues entiende que esto es una confirmación de que el grupo (o el periódico) carece de salud financiera. (Esto último justificaría su proceder, su preocupación manifestada sobre los bonos; pero, para efectos del análisis por el fondo del presente amparo, es un elemento que claramente le desfavorece, pues sería la confesión de que la orden tenía por fin dejar sin sustento financiero al periódico). De todas formas, lo que aquí interesa subrayar es que el señor presidente, **aunque no afirma que exista esa dependencia financiera** (ya sea del periódico mismo o del grupo) **respecto del Parque Viva, tampoco la niega.**

⁵⁷ Recuérdese lo que dicen y que ya se ha transcrito en su momento: “...se nos advirtió de la destrucción de las estructuras que nos permiten ejercer el periodismo independiente. // Parque Viva es una de esas estructuras, en el caso de Grupo Nación” (escrito de interposición, p. 4).

Pero resulta que los recurrentes contestan que no es cierto que ellos, ni el Grupo Nación, hayan dicho que La Nación, la empresa en la que ejercen el periodismo, dependa de Parque Viva. En cambio, dicen, si eso fuera así, si sí dependieran, si fuera verdad lo que dice el mandatario, el cierre del Parque sí que consumaría la lesión a la libertad de expresión:

“Claro está, si los deseos transparentados por el pasaje resultaran ciertos, el cierre de Parque Viva pondría fin al molesto periodismo que hacemos los recurrentes y que motivo la amenaza proferida en campaña” (*ibid.*).

¿Entonces? ¿Dependen o no dependen?

En todo caso, estimo que la falta de acreditación de la dependencia financiera del periódico (en el que los recurrentes laboran) respecto del Parque Viva (inmueble sobre el que recayeron los actos impugnados y que es propiedad de otra unidad de negocio) tiene un efecto jurídico procesal: la ausencia de legitimación para acudir ante la Sala a interponer válidamente un recurso de amparo por una supuesta lesión a la libertad de expresión derivada del cierre del Parque Viva. Esto es, al no acreditarse esa dependencia, tampoco se dieron las condiciones para que la Sala examinara por el fondo la existencia de un nexo entre el cierre del recinto y el impacto concreto sobre el medio de comunicación y su funcionamiento ordinario y, concretamente, la libertad de expresión de los recurrentes.

Debo añadir que incluso en el caso de que se hubiese acreditado la legitimación, subsiste la falta de idoneidad del recurso de amparo para conocer de los actos impugnados.

Además, es oportuno subrayar que este no es un análisis sobre el fondo del asunto, sino sobre los presupuestos procesales, cuya existencia no es prescindible sino constitutiva del debido proceso.

V. Razones diferentes

A. Introducción

Como se recordará, los recurrentes piden la anulación de los actos impugnados que recaen sobre el Parque Viva, pues los acusan de arbitrarios y de constituir una vía

indirecta para lesionar su libertad de expresión, porque dejan sin sustento económico, y por eso sin verdadera independencia, al medio en el que laboran.

Como se pudo apreciar, mi voto salvado va en dos direcciones. Por un lado, muestro que los recurrentes no tienen legitimación para alegar esa presunta lesión por medios indirectos, puesto que no se constata la vinculación entre los actos impugnados (la orden sanitaria y el oficio conexo) y la alegada lesión a la libertad de expresión. Esto porque no probaron que hubiese una dependencia financiera del periódico respecto del Parque Viva. Por otro lado, porque determinar si los actos impugnados son o no arbitrarios excede la naturaleza sumaria del amparo.

La mayoría de la Sala no se refiere a esos aspectos, sino que admite la vinculación entre los actos impugnados y la lesión presuntamente provocada por ellos, tal como lo alegan los recurrentes, y declara con lugar el recurso bajo el entendido de que se violó el artículo 13.3 de la CADH.

Yo me decanté por declarar con lugar el recurso, en lo que se refiere a la lesión a la libertad de expresión, pero por razones diferentes de las de la mayoría. Me propongo ahora exponerlas.

En primer término, haré referencia al principio procesal que hace posible entrar a conocer de esta lesión y a los motivos por los que no hay obstáculo jurídico alguno para hacerlo. Luego explicaré por qué considero que no corresponde declarar la lesión de la libertad de expresión por vías o medios indirectos, es decir, la violación del artículo 13.3 de la CADH. Después haré unos comentarios sobre toda la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Sala Constitucional respecto de esta norma, que es invocada en el expediente, y que más bien parecen confirmar mi tesis. Posteriormente, aludiré a unos escenarios que permiten hacer unas reflexiones sobre el tema en discusión. Finalmente, mostraré por qué, a mi juicio, sí se configuró la lesión a la libertad de expresión de los recurrentes.

B. Posibilidad de conocer de la lesión invocada

A lo largo del voto salvado he subrayado que la Sala Constitucional no es competente para conocer del objeto impugnado (la orden sanitaria y el oficio conexo) y que los recurrentes no ostentan la legitimación que dicen tener. De manera que comprendo la extrañeza que podría ocasionar el hecho de que, a la vez, sostenga que sí corresponde entrar a conocer por el fondo el asunto en lo relativo a la libertad de expresión.

El aparente dilema desaparece cuando se advierte en qué sentido y bajo qué supuesto entro a conocer por el fondo este recurso de amparo.

En efecto, lo que afirmo es que es posible entrar a conocer si se ha configurado la lesión a la libertad de expresión, pero no la que aducen los recurrentes; y es posible entrar a conocer de un objeto impugnado (acto o conducta), aunque no haya sido atacado expresa sino tácitamente por los recurrentes; y que tal objeto sería la causa de esa lesión. Como ese objeto impugnado incide directamente en los recurrentes, aunque no haya sido expresamente alegado así, es posible conocer de este. Por eso, ellos tienen legitimación y se cumple con ese presupuesto procesal. Además, como se verá, por sus características, ese objeto y esa lesión son susceptibles de ser conocidos en un proceso sumario como el amparo.

¿Cabe hacer esa distinción para entrar a conocer lo no alegado? ¿Qué me permite hacer eso? El principio *iura novit curia*, que se traduce así: “el juez conoce el derecho”. Este principio está ligado con el aforismo *da mihi facta, dabo tibi ius* que, en términos sencillos, se suele traducir así: deme Usted los hechos, que yo le daré el derecho. En otras palabras: explíqueme qué paso y yo le diré quién tiene razón desde el punto de vista jurídico.

Se trata del principio clásico por el cual el juez está habilitado para tomar en consideración los hechos y aplicar el derecho, según estime que corresponde hacerlo, sin atenerse de modo necesario a las argumentaciones que le presentan las partes.

El Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia de Lengua Española define ese principio así:

'El tribunal conoce el derecho'. Principio que permite a un órgano judicial aplicar normas distintas a las invocadas por las partes, previa audiencia de las mismas.

Y el mismo diccionario, de inmediato transcribe una sentencia del Tribunal Supremo de España que ilustra muy bien el concepto:

“El principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, **aunque los litigantes no las hubieren invocado**, y que el **juzgador solo esté vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el**

pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia imprescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso” (STS, 3.ª, 16-VI-2015, rec. 3739/2013; el destacado no es del original)⁵⁸.

Reitero, este principio permite al juez aplicar el Derecho según estime que procede, pero, eso sí, sin modificar los hechos. Claro está, el juez le dará el valor a estos según la relevancia que considere razonable; pero esto también pasa cuando no se invoca este principio. Es decir, el juez al valorar los hechos –los sopesa– y determina qué es lo que piensa que es relevante. De manera que, en atención a ese principio, lo significativo no es lo que pretende los recurrentes sino lo que narran las partes.

La Sala ha aplicado ese principio desde sus inicios, tanto en procesos de control de constitucionalidad⁵⁹ como en procesos de garantías jurisdiccionales de derechos fundamentales. He aquí algunos ejemplos referidos a estos últimos, concretamente a recursos de amparo:

“II.- El silencio del Ministro de Obras Públicas y Transportes en contestar las reiteradas peticiones y quejas de la recurrente y otros interesados constituye por si misma una violación de su derecho de petición consagrado en el artículo 30 de la Constitución Política. Aunque esa disposición no fue expresamente invocada en el recurso, sí lo fue el silencio del Ministro, el cual implica la indicada violación, que puede ser declarada por la Sala en virtud del principio "iura novit curia" y debe serlo en virtud de que los derechos y libertades fundamentales son de orden público, por definición” (sentencia 1989-73).

En el mismo sentido afirmó:

“En aplicación de este imperativo, y del principio "iura novit curia" el juez constitucional, está obligado a analizar cualquier aspecto que, aún si no ha sido

⁵⁸ Definición de principio iura novit curia - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE

⁵⁹ *Vid.* resolución 1990-290 (consulta de constitucionalidad), sentencia 1992-3410 (acción de inconstitucionalidad),

alegado, pudiera resultar en una violación a un derecho constitucional” (sentencia 1991-1129).

En otra sentencia señaló que una lesión puede ser declarada, aunque no haya sido expresamente aducida en el recurso:

“El silencio del Banco Nacional al no contestar las reiteradas peticiones y quejas de los recurrentes en forma específica, constituye por sí misma una violación de su derecho de petición consagrado en el artículo 27 de la Constitución Política. Aunque esa disposición no fuere expresamente invocada en el recurso, sí lo fue el silencio del banco, el cual implica la indicada violación, que puede ser declarada por la Sala en virtud del principio "Iura Novit Curia" y debe serlo dado que los derechos y libertades fundamentales son de orden público por definición” (sentencia 1998-5839).

En la misma línea destacó que debe tenerse en cuenta la lesión que tácitamente alegó el recurrente:

“No habiendo lesión respecto de los derechos que el recurrente alega como violados, esta Sala, con fundamento en el principio *iura novit curia*, advierte que los hechos ponen en evidencia la lesión de un derecho que el recurrente, tácitamente, alega como lesionado: el derecho del acceso al expediente como parte integrante del derecho de defensa, cuyo ejercicio es una de las condiciones esenciales del debido proceso” (sentencia 2013-9403).

Si en todo proceso este principio clásico tiene cabida, mucho más en uno como el recurso de amparo, que es sumario e informal, y tiene como finalidad la protección de los derechos de las personas.

C. Inexistencia de la violación del artículo 13.3 de la CADH

En primer término, deseo exponer por qué me parece que no se dio una violación de la libertad de expresión a través de medios indirectos. Para ello, antes de valorar el marco fáctico, haré un brevísimo análisis exegético de la norma que los recurrentes y la Sala consideran que ha sido violada.

1. Brevísimo análisis exegético del artículo 13.3 de la CADH

Es oportuno transcribir de nuevo esa norma del Pacto de San José o CADH:

Artículo 13. (...) 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).

Como se puede observar, este inciso tiene **tres partes** claramente definidas: la primera establece la prohibición de restringir, por vías o medios indirectos, la libertad de expresión; la segunda contiene los ejemplos de tales vías y la frase que suprime la taxatividad de tales ejemplos (o por cualesquiera otros); y la tercera recoge la característica esencial de esos medios, que hace relación a su finalidad (impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones).

Además, aunque ciertamente el elenco de ejemplos vías o medios indirectos que recoge la norma tiene un carácter enunciativo y no taxativo, debe tenerse presente que esos “cualesquiera otros medios” deben seguir la lógica de los ejemplos mencionados, que tienen un común denominador: se trata conductas que recaen sobre la actividad comunicativa propiamente dicha. Incluso la tercera parte de la norma confirma esto, pues precisa que lo que hace ilegítimos a esas vías o medios indirectos es que están “encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

Por otro lado, se habla de vías indirectas para lesiones directas, no de lesiones indirectas por vías indirectas. Eso es particularmente importante.

2. Consecuencia sustantiva de la no acreditación de la dependencia

Como se examinó, los recurrentes no acreditan la dependencia financiera del periódico La Nación respecto del Parque Viva. Esto tiene un efecto procesal, pues al no haberse demostrado el vínculo entre los actos impugnados –que recaen sobre otra unidad de negocio distinta de aquella en la que laboran– y la presunta lesión a la libertad de expresión de los recurrentes, estos carecen de legitimación.

Sin embargo, en el presente caso, eso también tiene una consecuencia en la resolución sobre el fondo del asunto. No cabe entender que unos actos que recaen sobre un inmueble que pertenece a los mismos dueños del periódico sea un medio indirecto de

lesionar la libertad de los recurrentes, pues, al no haber dependencia financiera, tampoco puede afirmarse que esos actos impiden “la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (artículo 13.3 de la CADH). Esto último incluso bajo el supuesto de que incidir en la situación financiera del periódico supone lesionar la libertad de expresión.

3. Inexistencia de la violación, aunque hubiese legitimación

He dicho que no hay legitimación porque no se acreditó la dependencia, que constara la vinculación entre el objeto impugnado y la aducida lesión a la libertad de expresión. Pero ¿qué habría pasado si sí se hubiese acreditado? Es decir, ¿basta acreditar la dependencia financiera de un medio de comunicación a otra unidad de negocio de un giro comercial distinto, que pertenece al mismo dueño del periódico, para entender que todo acto presuntamente arbitrario que sufra ese negocio ajeno al ámbito de la comunicación incide en la libertad de expresión de quienes laboran en el periódico?

Este es un tema de gran importancia. Ahora bien, desde el momento en el que estimo que no se acreditó la dependencia, no sería necesario que me ocupara de reflexionar sobre él; pero no quisiera dar pie a confusiones.

La legitimación es un aspecto procesal, relativo a la admisibilidad del recurso (sobre el que el tribunal se puede pronunciar en cualquier momento, no solo en la fase inicial, esto es, puede declararlo sin lugar por falta de este presupuesto procesal: justamente eso es lo que hice en el voto salvado). Ahora bien, para entrar en estas reflexiones, se va a suponer que sí hay dependencia y, por eso, legitimación.

Evidentemente para que se entienda que se dio la lesión de la libertad de expresión por vías indirectas no es suficiente con acreditar la legitimación. Después hay que examinar dos extremos: si hubo afectación de esa libertad y si los actos impugnados fueron arbitrarios.

a) Sobre la afectación a la libertad de expresión

Es público y notorio que el periódico La Nación ha seguido adelante con su labor periodística y no se ha constatado que el cierre del Parque Viva –en virtud de una orden sanitaria que presumiblemente busca proteger los derechos a la salud, integridad y vida de los vecinos y asistentes a dicho local comercial– haya impactado en el funcionamiento del medio y la labor periodística de los recurrentes. Tampoco se

demonstró que la afectará en el futuro. Si la orden sanitaria de cierre hubiese recaído sobre la sede del periódico, sería mucho más comprensible entender que había mérito para aplicar el artículo 13.3 de la CADH. Pero en el presente caso, incluso si se hubiera demostrado la dependencia financiera del periódico La Nación respecto del Parque Viva, no se tiene por acreditado que la orden sanitaria tuviera un impacto directo sobre el ejercicio de la libertad de expresión de los recurrentes, es decir, sobre “la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

En efecto, nótese que el artículo 13.3 de la CADH habla de medios indirectos, pero la lesión debe ser directa. Al menos debe serlo para que sea objeto de un recurso de amparo, pues como se vio oportunamente en el voto salvado (al hablar de los elementos que condicionaban la competencia de la Sala para conocer de un recurso de amparo), hay abundantísima jurisprudencia en el sentido de que la lesión que se pretende proteger por esta vía ha de ser directa.

Dicha norma pone como condición esencial que esos medios o vías indirectas estén “encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. De hecho, como se ha apuntado, los ejemplos que el mismo artículo 13.3 de la CADH recoge, de modo enunciativo y no taxativo, se refieren a acciones que inciden en la empresa de comunicación.

Pero esto no lo digo yo solamente. Lo ha dicho la propia jurisprudencia de la Corte IDH y de la Sala Constitucional. En el siguiente apartado se hará referencia al particular con más detalle. Ahora corresponde analizar la otra condición: que los actos sean arbitrarios.

b) Sobre la arbitrariedad de los actos

Si no hay tal afectación a la libertad de expresión, como es público y notorio, entonces sobra examinar si los actos administrativos impugnados que se acusan de arbitrarios constituyen un medio indirecto de lesión de tal libertad.

De manera que no sería necesario continuar con el análisis.

Pero vamos a suponer varias cosas que no están probadas con tal de continuar reflexionando sobre este asunto: Vamos a suponer que hay dependencia financiera de La Nación respecto del Parque Viva y que los actos impugnados impidieron o son una

amenaza cierta por la que se impedirá “la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

Entonces, bajo esos supuestos, correspondería entrar en el examen de la presunta arbitrariedad de los actos impugnados⁶⁰. Es claro que solo habría dos posibilidades: que sean arbitrarios o que no lo sean.

(1) Si los actos no son arbitrarios: consecuencias

Si los actos fuesen legítimos (porque se cumplieron todos los requisitos de validez y eficacia), tendrían la misma incidencia en la salud financiera del periódico, pero no habría nada que amparar. Esto es, la libertad de expresión no se habría visto lesionada, pues la incidencia financiera que tendrían los actos impugnados que se declarasen legítimos es un efecto colateral legítimo también, aunque perjudicial para el periódico. Para afirmar esto basta recordar el clásico principio del doble efecto⁶¹, en virtud del cual se da la no imputabilidad del mal indirecto producido por un acto voluntario directo lícito y proporcionado. Esto, para el caso concreto, se traduce en lo siguiente: si se demostrase que los actos impugnados dictados por la Administración son legítimos (actos voluntarios directos que recaen sobre el Parque Viva), no se puede atribuir responsabilidad alguna a aquella (a la Administración, esto es, al Ministerio de Salud) por los efectos indirectos (aunque fuesen perjudiciales) que recaen sobre el periódico La Nación y, concretamente, sobre sus periodistas.

Entonces, si en la Sala –o en la jurisdicción contencioso-administrativa, que es donde a mi juicio procedía conocer de esos actos– se hubiese declarado que los actos son legítimos y no arbitrarios, materialmente habrían tenido la misma incidencia en la salud financiera del periódico; pero formalmente no se habría configurado ninguna lesión a la libertad expresión, tampoco bajo el supuesto del artículo 13.3 de la CADH. Es decir, los periodistas estarían en la situación vulnerable financieramente en la que, según sus alegatos, padecen; pero esa situación no sería fruto de una conducta lesiva sino legítima

⁶⁰ Para facilitar el análisis vamos a suponer que ambos actos impugnados son igualmente arbitrarios o igualmente no arbitrarios, esto es, no que uno es arbitrario y el otro sí lo es.

⁶¹ La Corte Suprema de los Estados Unidos ha aplicado este principio para resolver casos sobre libertad de expresión (*United States vs. O'Brien*, 1968) y libertad de religión (*Employment Div. Dep. of Human Resources vs. Smith*, 1990).

de la Administración y, por tanto, no habría lesión amparable de la libertad de expresión⁶².

(2) Si los actos son arbitrarios: consecuencias

Si se constata que los actos impugnados son arbitrarios, y todo bajo el supuesto de que hay dependencia financiera y de que hay afectación porque se impide “la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”, entonces los actos, en principio, se tornarían lesivos de la libertad de expresión de los periodistas.

Sin embargo, como he explicado en el voto salvado –y me parece que quedará aún más claro en el epígrafe final sobre las reflexiones respecto del expediente y la sentencia–, el examen sobre los actos impugnados no corresponde hacerlo en esta sede. Por tanto, si la declaración de la arbitrariedad de estos se dio sin los necesarios recaudos procesales, entonces, la declaración de la lesión de la libertad de expresión por medios indirectos padece del idéntico vicio procesal.

Pero ¿por qué acabo de señalar que “entonces tales actos, *en principio*, se tornarían lesivos de la libertad de expresión de los periodistas”? Porque, desde mi perspectiva, incluso si los actos fueran arbitrarios no necesariamente se daría una lesión a la libertad de expresión por vías indirectas. Pero las reflexiones sobre este punto serán objeto de un epígrafe posterior.

Ahora lo que conviene subrayar es que, como se ha visto, en el presente caso no se dio una afectación a la libertad de expresión en los términos que lo señala el artículo 13.3 de la CADH y que, aunque se hubiese dado, esta solo habría sido amparable si la declaratoria de la arbitrariedad de los actos se hubiese dado con los recaudos procesales adecuados.

Es oportuno ahora detenerse en la jurisprudencia invocada, tanto por los recurrentes como por la mayoría de la Sala para sustentar la violación del artículo 13.3 de la CADH.

⁶² Ciertamente también existe la posibilidad de que haya responsabilidad de la Administración por conducta lícita, pero eso es absolutamente excepcional. Al respecto, el artículo 194 de la LGAP establece: 1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.

D. Consideraciones sobre la jurisprudencia invocada en el expediente

Como se sabe, los recurrentes y la mayoría invocan el artículo 13.3 de la CADH para afirmar que una orden sanitaria y su oficio conexo dictados sobre el inmueble del Parque Viva lesionan la libertad de expresión de los periodistas que laboran en el Periódico La Nación –sea, en otra unidad de negocio distinta al negocio Parque Viva–. Como parte de sus argumentos invocan jurisprudencia, tanto de la Corte IDH como de la Sala Constitucional.

Haré de inmediato unas consideraciones al respecto para mostrar que más bien esas sentencias abonan a mi tesis.

1. La jurisprudencia de la Corte IDH

Desde mi perspectiva, es muy valiosa la jurisprudencia dictada por la Corte IDH que se trae a colación para aducir que en el presente asunto se produjo una infracción del artículo 13.3 de la CADH, pero los casos mencionados no tienen semejanza fáctica con el que se examina en el *sub lite*. Por eso las *rationes* en las que se sustentan esas sentencias no calzan ni pueden ser válidamente invocadas. Además, los recurrentes invocan algunos casos resueltos por la Corte IDH que, como se verá, lógicamente la mayoría de la Sala no la incorpora en la sentencia, pues supondría poner de manifiesto una debilidad en la argumentación. Esto lo paso a ilustrar de seguido.

En primer término, los recurrentes –pero no la mayoría de la Sala en la sentencia– citan el caso “Ríos y otros vs. Venezuela”⁶³, dictada en un contexto de agresión y amenaza continuada contra periodistas, camarógrafos, fotógrafos y demás trabajadores de los medios de comunicación social. En dicha resolución la Corte IDH desarrolla así el contenido del artículo 13.3 de la CADH:

“340. Una interpretación literal de esta norma [artículo 13.3 de la CADH] permite considerar que protege en forma específica la comunicación, difusión y circulación de ideas y opiniones, de modo que queda prohibido el empleo de “vías o medios indirectos” para restringirlas. 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. Además, el artículo 13.3 de la Convención impone al Estado obligaciones de

⁶³ Corte IDH. Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

garantía, aún en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no sólo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también “controles... particulares” que produzcan el mismo resultado. **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.**

360. En cuanto al propósito perseguido por esos oficios, en el sentido de incidir indirectamente y presionar a los directivos respecto al contenido de la información difundida, el Tribunal nota que la Comisión y los representantes no han aportado pruebas o elementos que evidencien que la emisión de los oficios **haya afectado la libertad de buscar, recibir y difundir información de las presuntas víctimas.** Tampoco han aportado pruebas para desvirtuar el contenido de los oficios, emitidos con base en una normativa vigente en Venezuela (...).

380. Como ha sido señalado (supra párr. 340), **este Tribunal estima que para que se configure una violación del 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.**

381. La Corte observa que si bien la presencia y manifestaciones de los agentes de la DISIP o de la Casa Militar en la estación “Los Mecedores”, donde se encontraban las antenas de transmisión de RCTV, pudieron ser percibidas como amenazas y provocar en las presuntas víctimas algún efecto amedrentador, **el Tribunal no cuenta con prueba suficiente que demuestre que la amenaza de intervenir la señal del canal se hubiese materializado en actos concretos que afectaran los derechos de las presuntas víctimas de recibir y difundir información, en los términos del artículo 13 de la Convención** (...).

394. En definitiva, no ha sido comprobado ante la Corte que los tres oficios emitidos por CONATEL relativos al contenido de un programa transmitido por RCTV y las intervenciones a sus emisiones hayan constituido restricciones indebidas e indirectas al derecho de las presuntas víctimas a buscar, recibir y difundir información, que constituyeran violación del artículo 13.1 y 13.3 de la Convención Americana, en perjuicio de aquéllas” (el destacado no es del original).

De lo transcrito es oportuno resaltar lo siguiente: “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”. Es decir, que el mecanismo indirecto empleado por las autoridades tenga un efecto directo sobre la libertad de expresión y la libre circulación de ideas y opiniones. La Corte IDH declaró que no quedó establecido que el Estado hubiera violado el derecho a buscar, recibir y difundir información, en los términos del artículo 13.3 de la CADH. Seguramente, por haberse rechazado la infracción a dicho numeral, la mayoría de la Sala no invocó esta sentencia como apoyo de su decisión⁶⁴. Sin embargo, considero que la *ratio* señalada es sumamente importante, y en lo sucesivo se repite en los votos posteriores sobre el particular, manteniéndose incólume la condición advertida: “que la vía o el medio restrinjan efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

En segundo lugar, la sentencia de la mayoría se apoya en lo dispuesto en el “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”⁶⁵. En esta resolución, la Corte IDH sí declaró una infracción al artículo 13.3 de la CADH, pues constató que a través de presiones indirectas ejercidas contra el señor Baruch Ivcher Bronstein –dejar sin efecto legal el título de nacionalidad peruana, sin el cual no podía continuar como propietario de una empresa concesionaria de canal televisivo en el Perú– se lesionó su libertad de expresión. En ese caso, al declarar la violación de esa norma, indicó:

“162. En el contexto de los hechos señalados, esta Corte observa que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa Contrapunto del Canal 2 de la televisión peruana.

163. Al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información.

⁶⁴ Alude a ese caso solo para referirse a los límites de las declaraciones de los funcionarios públicos en una sociedad democrática. Cfr. sentencia, p. 266.

⁶⁵ Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática.

164. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.3 de la Convención, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein” (el destacado no es del original).

Así, en dicha sentencia se determinó que –como consecuencia de la línea editorial asumida por el Canal 2– el señor Ivcher fue objeto de acciones intimidatorias de diverso tipo, que culminaron en restricciones concretas sobre la libertad de expresión: se le suspendió en el ejercicio de los derechos como accionista mayoritario y presidente de la compañía televisiva, y se le revocó su nombramiento como director de esta; y, por lo tanto, se le restringió la circulación de ideas que el amparado promovía. Es decir, se constató una restricción cierta al derecho a circular noticias, ideas y opiniones.

La mayoría de esta la Sala luego alude al caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”⁶⁶. En dicha resolución, la Corte IDH tuteló en genérico el artículo 13 de la CADH, declarando lo siguiente:

“[E]l Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein”.

El marco fáctico de ese caso evidencia que se causó una lesión cierta a la posibilidad del señor Canese de ejercer su libertad de expresión. Esto por cuanto se constató que, luego de sus manifestaciones en el contexto de un proceso electoral, fue sometido a un proceso penal y a restricciones a su libertad de tránsito. En síntesis, la Corte IDH concluyó lo siguiente:

“[E]l Tribunal considera que, en este caso, el proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y las restricciones para salir del país durante ocho años y casi cuatro meses

⁶⁶ Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese”.

En relación con este caso, se debe decir que hubo consecuencias directas sobre la persona emisora de las manifestaciones, quien, en virtud de estas se vio castigado penalmente con restricciones a su libre tránsito⁶⁷.

Seguidamente, corresponde aquí hacer referencia al caso “Perozo y otros vs. Venezuela”⁶⁸ que también fue invocado por los recurrentes, pero no por la mayoría de la Sala. Dicha sentencia versa sobre una situación política convulsa y un contexto de “amenazas [y agresiones] a comunicadores sociales”. La Corte IDH amparó la situación de los comunicadores a tenor del artículo 13.1, pero no del artículo 13.3, ambos de la CADH, en los siguientes términos:

“El ejercicio efectivo de la libertad de expresión implica la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan. Es posible que esa libertad se vea ilegítimamente restringida por actos normativos o administrativos del Estado o por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan o intenten ejercerla, por actos u omisiones de agentes estatales o de particulares. En el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación, así como, en su caso, investigar hechos que los perjudiquen (...).

367. (...) Una interpretación literal de esta norma [artículo 13.3 de la CADH] permite considerar que protege en forma específica la comunicación, difusión y circulación de ideas y opiniones, de modo que queda prohibido el empleo de “vías o medios indirectos” para restringirlas. 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.

⁶⁷ En un sentido muy similar, *vid.* Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

⁶⁸ Corte IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

Además, el artículo 13.3 de la Convención impone al Estado obligaciones de garantía, aún en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no sólo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también “controles... particulares” que produzcan el mismo resultado.

368. Este Tribunal estima que **para que se configure una violación al artículo 13.3 de la Convención es necesario que la vía o el medio restrinja efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.**

369. Las declaraciones señaladas, examinadas en el contexto en que se produjeron, contienen opiniones sobre la supuesta actuación o participación de Globovisión, o de personas vinculadas a éste, en eventos desarrollados bajo circunstancias de alta polarización política y conflictividad social en Venezuela, lo cual se halla fuera del objeto del presente caso (supra párrs. 72 a 74). Independientemente de la situación o motivación que generó esas declaraciones, **en un Estado de derecho las situaciones conflictivas deben abordarse a través de las vías establecidas en el ordenamiento jurídico interno y conforme a los estándares internacionales aplicables.** En el contexto de vulnerabilidad enfrentado por las presuntas víctimas, ciertas expresiones contenidas en las declaraciones *sub examine* pudieron ser percibidas como amenazas y provocar un efecto amedrentador, e incluso autocensura, en aquéllas, por su relación con el medio de comunicación aludido. **Sin embargo, el Tribunal considera que, en consideración de los criterios señalados en el párrafo anterior, esos otros efectos de tales pronunciamientos ya fueron analizados supra, bajo el artículo 13.1 de la Convención,** en relación con el artículo 1.1 de la misma” (el destacado no es del original).

Luego de la lectura de tal pasaje, se comprende por qué la mayoría no hizo alusión a esa sentencia de la Corte IDH. Conviene destacar la *ratio* de la Corte, en el sentido de que para que se configure una violación al artículo 13.3 de la CADH es necesario que la vía o el medio restrinja efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Esto, como es público y notorio, no ha sucedido en el presente caso, pues, luego del dictado de los actos administrativos, los periodistas han podido manifestar sin dificultad alguna sus ideas y opiniones, y la imposibilidad o

dificultad cierta de hacerlo en el futuro –debido a la existencia de tales actos– no fueron debidamente acreditadas.

Finalmente, es preciso hacer referencia al “Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela⁶⁹, que sí fue invocado por los recurrentes y la mayoría de la Sala, en el cual se declaró la violación a la libertad de expresión por medios indirectos. Se enmarca dentro de la crisis política y social ocurrida en Venezuela, en la que “desde el año 2002 funcionarios del Estado venezolano, entre ellos el Presidente Chávez, realizaron distintas declaraciones respecto a que no serían renovadas las concesiones a algunos medios privados de comunicación social en Venezuela y luego “a partir de diciembre de 2006, funcionarios del Estado pasaron a anunciar la decisión oficial de no renovar la concesión de RCTV”. En esa sentencia se realizaron las siguientes consideraciones de interés:

“1.3. Restricciones indirectas – alcances del artículo 13.3 de la Convención

161. (...) **Este Tribunal considera que el alcance del artículo 13.3 de la Convención debe ser el resultado de una lectura conjunta con el artículo 13.1 de la Convención, en el sentido que una interpretación amplia de esta norma permite considerar que protege en forma específica la comunicación, difusión y circulación de ideas y opiniones, de modo que queda prohibido el empleo de “vías o medios indirectos” para restringirlas.**

162. Al respecto, la Corte señala que lo que busca este inciso es ejemplificar formas más sutiles de restricción al derecho a la libertad de expresión por parte de autoridades estatales o particulares. En efecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de declarar en casos anteriores la restricción indirecta producida, por ejemplo, mediante una decisión que dejó “sin efecto legal el título de nacionalidad” del accionista mayoritario de un canal de televisión” o por “el proceso penal, la consecuente condena impuesta [...] durante más de ocho años y las restricciones para salir del país durante ocho años” en contra de un candidato presidencial.

⁶⁹ Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.

163. Por otra parte, **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.** En este sentido, el artículo 13 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión indica otros ejemplos de medios o vías indirectas, al manifestar que “[l]a 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”. Igualmente, el perito García Belaunde durante la audiencia pública hizo referencia a otras posibles formas de restricción indirecta relacionadas con: i) “la publicidad, [ya que] los Estados son importantes agentes de publicidad y [...] dar mucha publicidad o quitarla puede ser importante y, dado el caso, puede haber una especie de asfixia para los medios que básicamente viven de la publicidad”, o ii) “la tributación [cuando se dan] casos [en] que [las] empresas [...] han sido cargadas tributariamente” con el fin de generar molestias o enviar mensajes al medio de comunicación” (el destacado no es del original).

Hasta aquí lo más relevante de ese pasaje es que la Corte IDH afirma que las restricciones de la libertad de expresión por vías indirectas son más sutiles, luego hace alusión a su propia jurisprudencia y subraya que la enumeración de estas que contiene el artículo 13.3 de la CADH no es taxativa y, finalmente, menciona otros posibles ejemplos, incluidos los que mencionó el perito. Al respecto, téngase presente que esas medidas –publicidad y tributos– recaen directamente sobre esos medios de comunicación. Después señala:

“164. Asimismo, la Corte recuerda que para que se configure una violación al artículo 13.3 de la Convención es necesario que la vía o el medio restrinjan efectivamente, en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Además, la Corte reitera que el artículo

13.3 de la Convención impone al Estado obligaciones de garantía, aún en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no sólo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también controles particulares que produzcan el mismo resultado. **Al respecto, la Corte resalta que la restricción indirecta puede llegar a generar un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen el derecho a la libertad de expresión, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad**” (el destacado no es del original).

Como se puede observar, este párrafo es especialmente significativo porque reitera que para que se configure la violación de dicha norma la vía o medio indirecto debe restringir efectivamente la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. En otros términos, para que una conducta se tenga como medio indirecto de restricción debe darse tal restricción. Si el efecto restrictivo no se da, el medio que se aduce como restrictivo no es tal, justamente porque le falta una condición esencial, la de incidir efectivamente en la libertad de expresión, esto es, en la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Esto que parece una obviedad es precisamente lo que lleva a concluir que aquí en el presente caso no se ha dado la alegada violación del artículo 13.3 de la CADH.

En ese mismo pasaje se dice que tal restricción puede manifestarse de varias maneras: puede tener un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen el derecho a la libertad de expresión, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad. Y es un hecho público y notorio que los periodistas recurrentes, luego del dictado de la orden sanitaria y el oficio conexo, han seguido realizando su labor según su propio criterio y posición, como procede en una sociedad democrática. Además, no mostraron fehacientemente –ni siquiera de manera indiciaria– que, debido a esos actos administrativos impugnados, en el futuro no podrían seguir haciéndolo.

En esa sentencia, después de referirse al contenido e importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, la Corte IDH afirma:

“171. Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, la Corte recalca la necesidad de que los Estados regulen de manera clara y precisa los procesos que versen sobre el otorgamiento o renovación de concesiones o licencias relacionadas con la actividad de radiodifusión, mediante criterios objetivos que eviten la arbitrariedad. Específicamente, es preciso que se establezcan las

salvaguardas o garantías generales de debido proceso, que cada Estado determine como necesarias en estos procesos a la luz de la Convención Americana, con la finalidad de evitar el abuso de controles oficiales y la generación de posibles restricciones indirectas (...).

189. Ahora bien, tanto la Comisión Interamericana como los representantes han aseverado que esta no era la finalidad real, por cuanto habría pruebas que demostrarían que existía una intención de castigar a RCTV por la línea editorial crítica contra el Gobierno. Al respecto, en el presente caso, la Corte considera necesario, tener en cuenta que el motivo o propósito de un determinado acto de las autoridades estatales cobra relevancia para el análisis jurídico de un caso, por cuanto una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria o una desviación de poder. Con relación a ello, el Tribunal toma como punto de partida que las actuaciones de las autoridades estatales están cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a derecho. Y por ello una actuación irregular por parte de las autoridades estatales tiene que aparecer probada, a fin de desvirtuar dicha presunción de buena fe. Para lo anterior, la Corte procederá a: a) realizar un recuento de la prueba obrante en el expediente sobre la alegada finalidad no declarada, y b) examinar dicha prueba”.

Es decir, admite que corresponde hacer un examen para determinar si hubo o no desviación de poder, y para ello estima que es ineludible analizar la prueba⁷⁰. Sobre el particular, la Corte IDH señala:

“197. La Corte concluye entonces, como lo ha hecho en otros casos, que los hechos del presente caso implicaron una desviación de poder, ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno. La anterior afirmación se deriva a partir de las dos conclusiones principales a las cuales

⁷⁰ Por cierto, en nuestro país, según el artículo 49 de la Constitución Política, ante un acto administrativo concreto, tal examen corresponde hacerlo a la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como fue explicado en el voto salvado. Con esto quiero recordar de paso que, si se trataba de probar la desviación de poder alegada por los recurrentes, especialmente en un contexto con tanta complejidad técnica como el que está en la base del presente recurso, el amparo no era la vía apropiada.

puede arribar este Tribunal a partir de lo descrito anteriormente, a saber, que la decisión se encontraba tomada con anterioridad y que se fundaba en las molestias generadas por la línea editorial de RCTV, sumado al contexto sobre el “deterioro a la protección a la libertad de expresión” que fue probado en el presente caso (supra párr. 61).

198. Asimismo, este Tribunal considera necesario resaltar que la desviación de poder aquí declarada **tuvo un impacto en el ejercicio de la libertad de expresión**, no sólo en los trabajadores y directivos de RCTV, sino además en la dimensión social de dicho derecho (supra párr. 136), es decir, en la ciudadanía que se vio privada de tener acceso a la línea editorial que RCTV representaba. **En efecto, la finalidad real buscaba acallar voces críticas al gobierno, las cuales se constituyen junto con el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, en las demandas propias de un debate democrático que, justamente, el derecho a la libertad de expresión busca proteger**. Se encuentra probado, en consecuencia, que **en el presente caso se configuró una restricción indirecta** al ejercicio del derecho a la libertad de expresión producida **por la utilización de medios encaminados a impedir la comunicación y circulación de la ideas y opiniones, al decidir el Estado que se reservaría la porción del espectro y, por tanto, impedir la participación en los procedimientos administrativos para la adjudicación de los títulos o la renovación de la concesión a un medio que expresaba voces críticas contra el gobierno**, razón por la cual el Tribunal declara la vulneración del artículo 13.1 y 13.3 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio Marcel Granier, Peter Bottome, Jaime Nestares, Inés Bacalao, Eladio Lárez, Eduardo Sapene, Daniela Bergami, Miguel Ángel Rodríguez, Soraya Castellano, María Arriaga y Larissa Patiño” (el destacado no es del original).

De lo subrayado se desprende con claridad que hubo una conducta encaminada a impedir la libertad de expresión a partir de la decisión estatal de no renovar la concesión a un medio periodístico que lucía contrario a los intereses del gobierno. Se trata, como se destacó, de una medida que “tuvo un impacto en el ejercicio de la libertad de expresión”. Además, debe ponerse de relieve un dato en extremo relevante: que esa medida recayó directamente sobre la empresa de comunicación.

Vale la pena hacer una recapitulación de las sentencias en las que la Corte IDH sí declaró la violación del artículo 13.3 de la CADH: En el caso “Ivcher Bronstein vs. Perú” se constató la privación arbitraria del título de nacionalidad por parte del Estado peruano al señor Ivcher Bronstein, con el objeto de privarlo del control editorial del canal de televisión que dirigía, por cuanto la legislación peruana vigente en el año de 1997 disponía que, para ser propietario de empresas concesionarias de canales televisivos en el Perú, se requería gozar de la nacionalidad peruana. En el caso “Ricardo Canese vs. Paraguay” se examinó la condena y las restricciones para salir del país, impuestas al ingeniero Ricardo Canese como consecuencia de manifestaciones hechas mientras era candidato presidencial; y, producto del proceso penal en su contra, el señor Canese fue sometido a una restricción permanente para salir del país que, en criterio de la Corte IDH, no cumplió los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, exigidos en una sociedad democrática. Finalmente, el caso “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela” no se renovó la concesión a RCTV y el cese de la transmisión correspondiente.

Las líneas de la Corte IDH son reiterativas en el sentido de que “para que se configure una violación al artículo 13.3 de la Convención es necesario que la vía o el medio restrinjan efectivamente, en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. En definitiva, lo que se procura es evitar que existan o se generen obstáculos al libre flujo informativo o de opinión. Por lo tanto, si no se demuestra que se impidió esta libre circulación, entonces, no se configura la lesión al artículo 13.3 de la CADH. Además, todos los casos tienen otro denominador común: se trata de medidas que recayeron directamente en la persona o en el medio de comunicación. La lógica de esa norma es que son lesivas las conductas que de forma indirecta causan una lesión directa a la libertad de expresión.

En el *sub lite*, por el contrario, no se logró demostrar cuál ha sido el impacto que el dictado de una orden sanitaria y su oficio conexo que recaen sobre un inmueble de otra unidad de negocio ajena al periódico haya tenido en la libertad de expresión de los recurrentes. En otras palabras, no se ha cumplido lo que la Corte IDH exige que para que se configure una violación al artículo 13.3 de la Convención: que la vía o el medio indirecto restrinja, efectivamente, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Resalto la palabra efectivamente, esto es, que en efecto o verdaderamente, se restrinja la circulación de ideas y opiniones. En otras palabras, las *rationes* de las sentencias de la Corte IDH no pueden invocarse en el presente caso, pues el marco fáctico que se tiene por probado lo impide, porque no hay una constatación de que los actos

administrativos que se acusan de arbitrarios (la orden sanitaria y el oficio conexo) hayan impactado, efectivamente, en la libertad de expresión de los recurrentes.

En síntesis, las sentencias de la Corte IDH que aquí se acaban de analizar (que fueron las invocadas por los recurrentes y/o por la mayoría de la Sala) permiten concluir que se declaró la violación del artículo 13.3 de la CADH solo cuando las vías o medios indirectos tuvieron una incidencia directa en el ejercicio de la libertad de expresión. Al *sub lite*, por el contrario, no se le puede aplicar válidamente dicha jurisprudencia para fundamentar la estimatoria del recurso, pues se trata de unos actos que tienen una incidencia directa en la unidad de negocio que pertenece también al grupo dueño del periódico, pero de los que no se demostró que hubiese tenido impacto directo sobre el ejercicio de la libertad de expresión de los recurrentes.

2. La jurisprudencia de la Sala Constitucional

Corresponde ahora examinar la jurisprudencia constitucional que la mayoría de la Sala invoca para mostrar que en el presente asunto se sigue la línea de esas sentencias en las que se acreditó que, a través de medios indirectos, se causó una lesión directa a la libertad de expresión.

El primer caso que la mayoría trae a colación se refiere a un recurso en el que se examinó el proceder de un diputado de la República, que envió cartas a instituciones públicas con el aparente propósito de solicitar que se le retirara la publicidad al medio de comunicación. El recurrente alegó que esto debía ser considerado como tráfico de influencias, abuso de poder y censura previa. Se constató la existencia de las notas dirigidas a las instituciones públicas con las siguientes afirmaciones: “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”. Al resolver, esta Sala recogió la *ratio* de las sentencias de la Corte IDH y concluyó:

“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' (...).

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”.

Nótese que la mencionada publicidad era la que se daba a conocer en el medio de comunicación recurrente. Se trataba de un ingreso económico derivado del funcionamiento del programa, no de la actividad propia de una unidad de negocio ajena a este.

La sentencia continúa:

“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 (...).

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” (sentencia 2015-1782; el subrayado es del original; el subrayado con negrita no es del original).

Si se examina con detenimiento dicha resolución, se aprecia que la mayoría de la Sala que declaró con lugar el recurso hizo énfasis en el hecho de que la amenaza tuvo efectos concretos, puesto que una pauta publicitaria prevista para el programa del amparado fue suspendida. De modo que la conducta del legislador recurrido tuvo una incidencia directa sobre los ingresos y la publicidad del programa radial. Ahora bien, en el voto de minoría se consignó lo siguiente:

“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 difundiéndose, por cuanto, contaba con otros patrocinadores.** En todo caso, la Directora de Comunicación de esa entidad pública informó que la pauta se reinició el 1º 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” (voto salvado del magistrado Jinesta Lobo a la sentencia 2015-1782; el destacado no es del original).

Esa postura disidente se acerca más a la jurisprudencia de la Corte IDH, en el sentido de que sostiene que para que exista una lesión al artículo 13.3 de la CADH se requiere una afectación directa y cierta en la libertad de difusión de ideas, pensamientos y opiniones. Pero, en todo caso, sí que cumple con otra de las condiciones de esa jurisprudencia: que la conducta recae directamente sobre el recurrente.

En segundo término, en el presente asunto la mayoría de la Sala invocó la sentencia de un recurso en el que se cuestionó que el Banco Nacional paulatinamente fue reduciendo la pauta publicitaria en el periódico La Nación. En el hecho probado e) de dicha sentencia se consignó como debidamente demostrado lo siguiente:

“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)” (sentencia 2016-15220).

Al respecto, luego de acreditados tales hechos, se realizaron las siguientes consideraciones:

“En conclusión, sobre este tema debe tenerse por demostrado que aun cuando pudieran existir razones técnicas u objetivas que apuntaban a una disminución de las pautas publicitarias del Banco al Periódico La 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, a partir 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 La 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 (...).

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 (...).

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 (...).

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" (sentencia 2016-15220; el destacado no es del original).

En el caso aludido hay conductas que impactan directamente al medio de comunicación. En efecto, se demostró que hubo una intención manifiesta de reducir la pauta publicitaria, que es una de las fuentes de ingresos que sostienen al periódico amparado. Aquí cabe destacar que es cierto que la Sala tuteló propiamente los ingresos que recibe el medio de comunicación por concepto de publicidad, pero también lo es que esa tutela no alcanza a proteger cualesquiera actividades comerciales de los dueños del medio de comunicación, por el hecho mismo de que también pertenecen a ellos.

La mayoría de la Sala en el presente asunto también refiere un caso en el que la parte recurrente adujo que se realizó la entrevista denominada "La violencia doméstica contra el hombre" en el programa "Café Nacional" de la empresa pública Radio Nacional de Costa Rica y que, con posterioridad, el director de Radio Nacional publicó un artículo titulado "Amarga vergüenza", en el que advirtió que censuraría de previo el tema de la agresión hacia los hombres e impediría que se volviere a hablar de eso en Radio Nacional. Ello implicó que la entrevista fuera borrada por completo del portal de Internet del Sistema Nacional de Radio y Televisión (Sinart) y de la página de *Facebook*. En dicha sentencia se dijo lo siguiente:

"En aplicación de lo anterior al ***sub-lite***, la Sala advierte suficientes elementos para concluir que las declaraciones de los amparados fueron censuradas y, con ello, se lesionaron sus derechos fundamentales. Tal conclusión se desprende de las manifestaciones expresas del Director de Radio Nacional al señalar, que la repetición de entrevistas como la de los tutelados **‘por supuesto no va a**

suced'r, y que él '**jamás hubiera permitido que esta entrevista saliera al aire...**', pero '**...una situación como esta no volverá a pasar...**'. La Sala observa que la parte recurrida advierte con absoluta claridad la censura que existirá ante futuras entrevistas como la cuestionada y el arrepentimiento por no haber censurado la efectuada. Para este Tribunal, no existe duda de que las expresiones transcritas constituyen una censura, especialmente por provenir del director del medio que sirvió para la transmisión de la entrevista de marras" (sentencia 2018-8396).

De lo reseñado tampoco hay duda de que existió una finalidad explícita a suprimir los contenidos que el amparado pretendía dar a conocer, por lo que se justifica la tutela a su libertad de expresión. Además, más bien parece ser un ejemplo lesiones por amenaza de censura y por censura posterior, realizadas por medios directos, por lo que es un tanto debatible que la norma que proceda aplicar a ese caso sea el artículo 13.3 de la CADH. Pero, de nuevo, nótese que los actos arbitrarios recaen directamente sobre quien comunica.

Luego, la mayoría de la Sala se refiere a otra sentencia que declaró una intromisión de parte de la Prodhab en la libertad de expresión del medio amparado, pues dicha agencia había dispuesto que se eliminara la imagen de una persona en un hecho noticioso concreto que, en criterio de la Sala, era de interés público y justificaba el uso de la imagen de esa persona investigada. En lo conducente, se resolvió lo siguiente:

"En este sentido, la censura de la libertad de prensa 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**' (2015-1782).

Considera la Sala que el ejercicio de las competencias de la Prodhab para fines de la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus datos personales, no puede ser utilizada como un censor del ejercicio legítimo de la libertad de prensa, porque ello sería, una censura indirecta, en control del Estado, de un derecho toral, esencial, para el sostenimiento del régimen democrático.

En ese sentido, estima la Sala que si el uso de la imagen (fotografía de la página del pasaporte) como en este caso, se da dentro de un contexto de un hecho noticioso de interés público, insertada en un documento público, relacionado directamente con el contenido de la noticia, –puesto que se trata de un tema migratorio fronterizo–, cuya utilización, además, no denigra ni afecta la imagen de su titular, no es válido, separar o descontextualizar esa imagen de su noticia, ni mucho menos pretender eliminarla, porque forma parte integral de ésta” (sentencia 2020-10961).

La estimatoria de dicho recurso de amparo se justifica precisamente en que hubo una restricción directa al medio de comunicación y, por tal motivo, concurrí con el voto unánime del asunto. Adviértase que aquí también el acto arbitrario recayó directamente sobre el periódico.

La mayoría de la Sala además invoca otra sentencia que también suscribí. En dicho asunto se constató que hubo manifestaciones o instrucciones de la entonces presidenta ejecutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, dirigidas a servidores de dicha institución, para que no se brindaran declaraciones a dos medios de comunicación concretos. De forma sintética la Sala concluyó lo siguiente:

“En cuanto al punto, el Tribunal estima que en el *sub examine* existen indicios suficientes de que la presidenta ejecutiva del ICAA dijo la frase antes transcrita, lo cual, a todas luces, constituye una afectación a los derechos constitucionales a la libertad de pensamiento y expresión, de prensa y a la igualdad, todo esto en relación con los principios constitucionales democrático, de rendición de cuentas y de transparencia en la gestión pública, en virtud de que se trata de una especie de censura velada, dado que el resultado práctico de tal llamado es evitar que los medios de comunicación perjudicados tuviesen acceso a información pública” (sentencia 2020-016167; el destacado no es del original).

De esa cita se desprende una incidencia directa en relación con los medios de comunicación. Esto es, que se instó a los servidores de la institución aludida a abstenerse de “alimentar” o brindar información a dos periódicos concretos.

La mayoría de la Sala también cita lo resuelto recientemente en la sentencia 2022-23107, en la que también concurrí, mediante la cual se puso en conocimiento de este Tribunal un supuesto comunicado que la entonces ministra de Comunicación, Patricia

Navarro Molina, les remitió por *WhatsApp* a todos los ministros y presidentes ejecutivos del Gobierno. Se adujo que, en la referida comunicación, la ministra instruyó a todos los jefes a suspender, con carácter de urgencia, todo tipo de publicidad estatal a los medios Amelia Rueda, La Nación, CRHoy y Canal 7. Asimismo, que ahí mismo se les instaba “con carácter de urgencia a no participar en entrevistas en Hablando Claro y Amelia Rueda”. No obstante, dicho recurso fue desestimado en cuanto a tal extremo, dado que esta Sala no pudo tener por demostrado que se hubiera girado la orden o directriz que cuestionaba la recurrente. Sin embargo, como marco considerativo, se invocó la sentencia 2015-1782, sobre la que ya se hizo referencia al inicio de este acápite.

Por último, cabe apuntar que, aunque no fue invocado por la mayoría, es pertinente hacer referencia a la reciente sentencia dictada el 30 de setiembre de 2022, cuya parte dispositiva fue adoptada en los siguientes términos:

“Se declara parcialmente con lugar el recurso. En consecuencia, **se anula parcialmente el oficio N°MS-DM-6218-2022 del 22 de julio de 2022, en cuanto a la prohibición en brindar declaraciones o información sin antes contar con la aprobación respectiva de los jefes del Ministerio de Salud**. Se mantiene incólume dicho oficio, en cuanto a la gestión de consultas mediante un correo institucional (vocería institucional). Se advierte a las autoridades recurridas que, de conformidad con lo establecido por el artículo 71, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada dentro de un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado” (sentencia 2022-23075; el destacado no es del original).

En ese asunto la Sala acreditó que el oficio establecía la prohibición dirigida a los servidores del Ministerio de Salud de brindar declaraciones o información sin antes contar con la aprobación respectiva de los jefes de ese ministerio. Se estimó que eso implicaba una restricción a la libertad de información y se anuló parcialmente dicho oficio. También podría ser debatible si aplica a este caso el artículo 13.3 de la CADH, pero, sí lo fuera, nótese que el acto arbitrario se dirige a restringir directamente la libre circulación de información que nutre a los medios de comunicación.

En todo caso, todas las sentencias citadas por la mayoría tienen en común que de alguna manera **se constató una restricción a la libertad en el flujo de la comunicación y las**

ideas, ya sea a través de la reducción en la publicidad que alimenta al propio medio de comunicación, de directrices concretas tendientes a eliminar contenidos noticiosos, o bien de restricciones a los servidores públicos para entrar en contacto con determinados medios de comunicación. Las *rationes* que fundamentaron esas sentencias, desde mi perspectiva, no resultan aplicables al presente asunto. En efecto, en este, como se ha afirmado a lo largo de estas páginas, no se logró acreditar una conducta específica destinada a restringir la libre circulación de la información y los derechos fundamentales de los periodistas amparados. Es decir, no consta dato alguno por el cual se pueda afirmar que los actos impugnados hubieran impedido que los recurrentes realizaran su labor periodística, es decir, el ejercicio de su libertad de expresión. Por lo tanto, por no acreditarse una restricción concreta, no resultan aplicables los antecedentes hasta acá invocados. Si hubiese habido una lesión a tal libertad, cabría entrar a examinar si los medios indirectos en efecto la restringieron, pero aquí no se advierte la lesión como tal. Además, y esto es particularmente relevante, en todos los casos en que la Sala declaró que los actos conculcaron la libertad de expresión, estos recayeron directamente sobre el comunicador o el medio de comunicación.

Estas luces que arrojan esa jurisprudencia, tanto de la Corte IDH como de la Sala Constitucional, son un punto de partida para retomar las reflexiones que se estaban haciendo en el epígrafe relativo a la inexistencia de la lesión.

E. Reflexiones adicionales sobre la inexistencia de la violación

Como he dicho, desde el momento en el que se constata que no hay legitimación activa, no corresponde examinar por el fondo el asunto con el fin de determinar si se produjo o no la lesión alegada. Pero, si hubiese legitimación, esta no bastaría para declarar con lugar el recurso, pues deben darse al menos dos condiciones: que haya afectación a la libertad de expresión y que los actos sean arbitrarios.

Con la jurisprudencia anteriormente comentada, estimo que ha quedado más claro aún que en el presente caso no se configuró la afectación a la libertad de expresión, porque no hubo impedimento a “la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Respecto de los actos, ya se indicó que en principio debe ser arbitrario para que se pueda plantear la posibilidad de sea formalmente lesivo. Si los actos son legítimos de suyo no cabría hablar de afectación a la libertad de expresión sino de un perjuicio, que no es antijurídico. Como dice la sentencia en un pasaje que fue transcrito en su totalidad y que aquí se cita en lo conducente:

“[N]o todo acto que incida de manera negativa en la esfera de una estructura financiera supone una alteración a la libertad bajo examen” (considerando VIII).

Ahora bien, ¿qué pasaría si el acto fuera legítimo de suyo, pero tiene reales y nocivas repercusiones en la estabilidad financiera del periódico, que harían imposible o dificultarían gravemente la libertad de expresión, en el sentido de que no sería posible hacer un periodismo independiente?

Para responder a esa interrogante cabría invocar el artículo 3 de la LJC:

Artículo 3. 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. (El destacado no es del original).

La norma es más aplicable en los procesos de control de constitucionalidad, pero, al estar en la parte preliminar de la ley y al referirse a “acto cuestionado”, nada impide que se utilice en procesos de garantías de derechos fundamentales, como el recurso de amparo.

Entonces, a tenor de esa norma, los actos de suyo legítimos podrían lesionar grave y formalmente la libertad de expresión, por lo que por esa razón podría entenderse que procedería su anulación.

Sin embargo, estimo que la aplicación del artículo 3 de la LJC tiene un límite. O más bien quizá ese mismo artículo aplicado vigorosamente es la llave para esclarecer sus propios límites.

En primer lugar, será preciso examinar si esos efectos lesivos son antijurídicos, pues, aunque sean perjudiciales, no necesariamente los actos que provocan tales efectos serían arbitrarios. Pero, además, no se trata solo de valorar los concretos efectos de los actos en su destinatario directo (Parque Viva), sino en otras esferas (el periódico La Nación y, por eso, los recurrentes)⁷¹. Es decir, sería necesario atender a los efectos que

⁷¹ Naturalmente, si se trata de ponderar todos los intereses, también se deberían sopesar los efectos del acto o de su anulación en otros derechos de terceros (vida, integridad, salud) y en el interés público; pero, para efectos de estas reflexiones, centraré la atención en los efectos sobre la libertad de expresión.

los actos impugnados tienen en la otra unidad de negocio (el periódico). Aun así, todo apunta a que hay que ir más allá. Corresponde considerar cuáles son los efectos de que estime que los actos arbitrarios son lesivos *porque* inciden en otra unidad de negocio y que, presumiblemente, al dejarla sin sustento económico, cercenan la libertad de expresión de los recurrentes.

En el presente asunto debe tenerse muy presente cuáles son las coordenadas de la cuestión: se trata de dos unidades de negocio –Parque Viva y periódico La Nación– que pertenecen al Grupo Nación, pero que no forman parte de un proceso de producción. Cada una tiene giros comerciales distintos y plenamente independientes, tanto por el objeto (a qué se dedican) como por los sujetos que en ellos intervienen. Cada unidad de negocio está sometida a reglas distintas en los diversos planos normativos y de gestión.

Pues bien, como se ha visto, el artículo 13.3 de la CADH señala que la lesión a la libertad de expresión por medios indirectos se da cuanto estos están “encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Además, por jurisprudencia, tanto de la Corte IDH como de la Sala Constitucional, los actos deben recaer sobre el sujeto que comunica (personal física o jurídica). Entonces, la interrogante es: ¿aquellos actos que recaen sobre una unidad de negocio (Parque Viva) distinta del periódico son lesivos de la libertad de expresión *porque* inciden en la salud financiera de este?

Si se dijera que sí, esto es, que los actos son arbitrarios y son lesivos de la libertad de expresión *porque* repercuten en la estabilidad financiera del periódico, lo que se estaría afirmando es que la *causa* de la violación de la libertad de expresión es esa incidencia en tal estabilidad. Si de verdad fuera así, sería casi irrelevante que los actos sean de suyo arbitrarios o no, pues bastaría que incidiesen en la estabilidad financiera para que se tengan por lesivos antijurídicamente, porque lo que importaría es si por sus efectos los actos son lesivos antijurídicamente. Desde mi perspectiva, sostener eso tendría unas consecuencias contraproducentes para la sociedad y, paradójicamente, para los dueños del Grupo Nación.

De nuevo, la pregunta es⁷²: ¿Los actos impugnados que recaen en el Parque Viva (que es una unidad de negocio dedicado a un giro comercial ajeno a los medios de comunicación) inciden en la libertad de expresión de los periodistas de La Nación (que

⁷² Bajo el supuesto de que el periódico depende financieramente del Parque Viva y de que los actos que recaen sobre aquel tienen consecuencias financieras en este.

es la unidad de negocio dependiente) por dejar sin sustento financiero al periódico y por eso son arbitrarios⁷³?

La repuesta esta vez añade otro dato: Si se respondiera que sí, entonces, se tendría que admitir que todo acto que vaya en perjuicio de la salud financiera del Parque Viva lesionaría la libertad de expresión de los periodistas de La Nación, por dejar sin sustento financiero al periódico. En último término, como se ha adelantado, la causa de la lesividad antijurídica sería la incidencia en la salud financiera del periódico. Sin embargo, eso no parece razonable por varios motivos concatenados:

Para facilitar el análisis, se entenderá que la unidad de negocio A es la que tiene un giro comercial ajeno a los medios de comunicación (Parque Viva) y la unidad de negocio B es el periódico.

Primero. Toda persona física o jurídica desearía tener una unidad de negocio como B, para tener una suerte de impunidad respecto de la Administración en su unidad de negocio A, porque esta unidad deberá estar siempre indemne, protegida, de toda afectación financiera que se pruebe que incide en la actividad de la unidad de negocio B.

Segundo. Cabría el peligro de que todo acto legítimo de la Administración que recaiga en la unidad de negocio A, pero del que se pruebe que tiene incidencia financiera en la unidad de negocio B, se considere ilegítimo debido a sus efectos en la libertad de expresión de quienes allí laboran. Es decir, la Administración tendría serias limitaciones para obligar a respetar las propias normas de cada giro comercial, porque una vez probada la dependencia financiera de B respecto de A, todo se reconduciría a una lesión a la libertad de expresión, incluso aquellos actos de suyo legítimos.

Tercero. Ese peligro incluso podría comportar un riesgo para el propio dueño de la unidad de negocio A, pues si realiza un acto legítimo sobre esta que incida en la salud financiera de la unidad de negocio B, estaría incurriendo en un acto lesivo de la libertad de expresión de los periodistas que laboran en la unidad de negocio B. La presunta impunidad de la que gozaría la unidad de negocio A frente a la Administración, se

⁷³ Son arbitrarios o antijurídicamente lesivos. (No se está considerando aquí la arbitrariedad intrínseca que pueden tener por ser faltos de alguno de los elementos de validez del acto).

convierte en una fuente de propia responsabilidad horizontal y sin fronteras frente a los periodistas que laboran en la unidad de negocio B.

Lo anterior sería así porque lo que haría que el acto fuera lesivo antijurídicamente de la libertad de expresión no sería la falta de alguno de los requisitos de validez (sustanciales y formales) y de eficacia⁷⁴, sino sus efectos sobre la salud financiera de la unidad dependiente; y se entendería que tal incidencia necesariamente afecta la libertad de expresión. Esto es, se consideraría que esa libertad quedaría lesionada con cualquier afectación financiera a la unidad de negocio B que provenga de la unidad de negocio A. De manera que bajo esa lógica todo acto que recaiga sobre la unidad A (no solo el arbitrario de suyo) que incida en la salud financiera de B impide “la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (artículo 13.3 de la CADH). Esto sin importar la naturaleza del acto, ni su carácter legítimo o no, ni la intensidad del impedimento.

Me pregunto si esa tesis resiste una aplicación universal. Parece que más pronto que tarde llevaría al absurdo.

Además, ha de tenerse presente que los *holdings* o conglomerados de empresas están integrados por unidades de negocio paralelas que se encuentran sometidas a reglas propias del giro al que se dedican. Por eso, la misma raíz financiera no permite extrapolar reglas de un negocio a otro: ni las prohibiciones, ni las protecciones ni los beneficios.

Tanto es así que, ante una quiebra de una de las unidades (que no sean parte de un mismo proceso de producción, sino que se dedican a giros comerciales distintos), los trabajadores de la unidad en crisis no podrían acudir al patrimonio de la otra unidad solvente, justamente porque se trata de dos unidades de negocio distintas y sus responsabilidades y derechos no son intercambiables.

Al respecto, dice la sentencia:

“[C]abe advertir que como toda persona administrada, estas estructuras se encuentran afectas y sujetas a las normas jurídicas que regulan, precisan y

⁷⁴ Los requisitos de validez: los elementos sustanciales: tanto los subjetivos competencia, legitimación e investidura– como los objetivos –motivo, contenido y el fin–; y los elementos formales –motivación, procedimiento empleado y las formas de manifestación del acto–. *Vid.* los artículos 128 y ss. de la LGAP. Sobre los requisitos de eficacia, *vid.* los artículos 140 y ss. de la LGAP.

delimitan el ejercicio de sus respectivas actividades económicas. En ese sentido, su funcionamiento debe satisfacer y cumplir con las regulaciones propias de su actividad, lo que incluye, contar con las respectivas habilitaciones administrativas para el despliegue de la materia comercial” (sentencia, considerando VIII; el destacado no es del original).

Esto es así también por exigencias del principio de igualdad, pues de lo contrario, se trataría desigualmente a los iguales. Es decir, los dueños de medios de comunicación que, a la vez, sean dueños de otra empresa con un giro comercial distinto tendrían en este otro giro unas ventajas sobre los otros competidores, como se acaba de explicar.

Entonces, tal parece que la aplicación de un acto administrativo a una de las unidades de negocio, aunque tenga incidencia financiera en otra unidad de negocio que es paralela e independiente (por su objeto y por los sujetos que intervienen, y no forma parte de un mismo proceso de producción), no es suficiente para entender que se trata de un medio indirecto para lesionar antijurídicamente algún de derecho de los quienes estén vinculados a la otra unidad, tampoco si se trata de la libertad de expresión. Además, como se ha señalado, el artículo 13.3 de la CADH claramente indica que se entenderá lesivo si esa vía o medio indirecto impide “la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

Hay un último elemento que vale la pena comentar. Aunque no sea posible consignar una respuesta unívoca, porque el tema tiene muchas facetas, cabe preguntarse sobre si el formato es parte del núcleo duro de la libertad de expresión, al menos, de la que es ejercida a través de un medio de comunicación. Para esto debe recordarse que la libertad de expresión conlleva por definición el deber de no hacer por parte del Estado: no impedir su ejercicio. Y, a tenor del artículo 13.3 de la CADH, se debe añadir que también hay una obligación de garantizar que no se impida ese ejercicio por medios indirectos. ¿Pero qué es lo que se debe proteger? Dice esa norma que “la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. No dice nada sobre el modo de hacerlo⁷⁵. Es decir, no parece que proteger la libertad de expresión necesariamente signifique que el Estado deba garantizar absolutamente que alguien continúe ejerciendo esa libertad

⁷⁵ Ciertamente el artículo 13.1 de la CADH dice: 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. (El destacado no es del original). Pero, estimo que eso no desdice de las reflexiones arriba consignadas, pues parece que un análisis sobre el particular exigiría precisar los alcances de ese artículo en la libertad de expresión en general y en la libertad informativa o de opinión realizada como actividad comercial.

mediante un formato libremente elegido por quien comunica, sobre todo si se está ante la presencia de otras opciones de comunicación igual o más eficaces. Por eso no es palmario que esa obligación de garantizar alcance al deber de “fomentar” o proteger a toda costa “la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” en un formato que por diversas las razones (causadas o padecidas) se torna inviable. Tales razones pueden ser logísticas, financieras⁷⁶ o, incluso, técnicas. Esta es una cuestión abierta al debate.

F. Motivos para acoger el recurso respecto de la libertad de expresión

Los recurrentes dan cuenta de unos hechos para probar la vinculación entre el objeto impugnado y la lesión aducida. Parece que para ellos la importancia que algunos de estos tienen es que reflejan el contexto que permite valorar esa vinculación. Sin embargo, estimo que hay hechos que son en sí mismos significativos. Aquí se analizarán con el fin de determinar si constituyen violaciones directas a la libertad de expresión.

1. Marco normativo y jurisprudencial

Hay dos normas que han de tomarse en consideración. Por un lado, el artículo 29 de la Constitución Política que establece:

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.

Por otro, en lo conducente, el artículo 13 de la CADH que señala:

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.

⁷⁶ Por lo demás, como se recordará, las dos sentencias de la Sala sobre supresión de la publicidad como medio indirecto de lesión a la libertad de expresión tienen en común que los actos arbitrarios recayeron directamente sobre los sujetos que comunicaban: en un caso, un programa de radio (2015-1782) y, en el otro, el periódico La Nación (2016-15220).

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. (El destacado no es del original).

La Sala Constitucional tiene una robusta jurisprudencia que subraya que el respeto a la libertad de expresión es una de las condiciones indispensables del Estado de Derecho y del ejercicio de la vida democrática. Entre muchas otras sentencias se puede transcribir parcialmente la siguiente:

“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” (sentencia 2006-5977; el destacado no es del original; esas consideraciones han sido muchas veces reiteradas por la Sala, por ejemplo, en las sentencias 2015-1782, 2018-8396, 2019-8263 y 2020-16167).

Esta sentencia continúa con un pasaje particularmente relevante para el análisis que de inmediato se va a hacer:

“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” (*ibid.*; el destacado no es del original).

Es decir, se habla de la censura –entendida como el acto de reprobar– como un acto contrario a la libertad de expresión. Dicho de otro modo, se afirma que la consecuencia de esa libertad es la prohibición de toda clase de censura. Luego, no existe solo la censura previa, prohibida expresamente por los artículos 29 de la Constitución y 13 de la CADH, sino que puede darse una censura posterior, que tiene el propósito de inhibir cierto contenido informativo o de opinión. También se dice que la protección contra la censura alcanza no solo a los sujetos (quien comunica) sino al contenido (lo que se comunica).

Además, aunque no se desprende de esas líneas jurisprudenciales, estimo que se podrían incorporar otros criterios para completar una tipología de censura. Así, por su apariencia, puede ser velada o manifiesta; por los medios para ejercerla, puede ser directa o indirecta (por ejemplo, según lo previsto en el artículo 13.3 de la CADH); por sus efectos, puede ser absoluta (si la reprobación va de manera concomitante con la supresión) o relativa.

Finalmente, de manera sintética, ha dicho:

“La Sala recuerda que **la defensa de la libertad de expresión es vital** para el funcionamiento de un régimen democrático” (sentencia 2017-014977; el destacado no es del original).

Naturalmente, coincido plenamente con esa jurisprudencia, y he concurrido en muchas otras sentencias posteriores que fortalecen esa línea (*vid.* sentencias 2021-15417, 2022-4244, 2022-5915, 2022-9856, 2022-23107, entre otras).

2. Marco fáctico

Cuando se leen los alegatos, se advierte que los recurrentes estiman que los actos administrativos son el último eslabón de una cadena de manifestaciones amenazantes de la libertad de expresión. Como he dicho, aluden a estas para reflejar un contexto y mostrar la vinculación entre la orden sanitaria (y el oficio conexo) y la lesión a la libertad de expresión. Sin embargo, a mi juicio, es preciso detenerse a examinar cuáles manifestaciones del presidente de la República –no solo las alegadas, sino las que tienen carácter de hecho público y notorio y que indubitablemente pueden considerarse parte de ese contexto– podrían constituir en sí mismas lesiones directas a la libertad de expresión.

Este examen debe estar medido por los requisitos de orden procesal: temporalidad, legitimación activa⁷⁷, legitimación pasiva, etc. Por eso, solo corresponde analizar los hechos acaecidos a partir del momento en el que el señor presidente asume el poder (pues antes no era funcionario público), hasta el momento en el que se interpuso el presente recurso de amparo (29 de julio de 2022).

⁷⁷ No hay duda de que los periodistas tienen, de suyo, legitimación activa respecto de las lesiones por vías directas, aunque no las hayan aducido expresamente.

Ese es el motivo por el cual se excluyen dos manifestaciones particularmente significativas: la del 29 de enero de 2022, en la que se refiere por sus nombres a los directores de medios⁷⁸, y la del 3 de agosto de 2022, que llama a los periodistas “fauna”, y afirma que una de las especies es la de las “ratas”⁷⁹.

Especial mención merece lo referente al término “prensa canalla”. Al respecto, los recurrentes dicen:

“En nuestro caso, como es público y notorio, además del constante uso de la palabra “canalla”, una injuria para deslegitimar, amedrentar y estimular el repudio a la prensa entre los seguidores del gobierno, lo cual es por sí mismo peligroso” (escrito de interposición, p. 6).

Sin embargo, es un hecho constatado que a partir del momento en el que asumió el poder, el mandatario no ha utilizado esa palabra, al menos en público. Por eso, este punto también se debe excluir del examen.

No obstante, es oportuno hacer dos consideraciones. En primer lugar, ciertamente no se ha dicho que una persona determinada es canalla, pero cuando se dice “prensa” no se alude solo a la empresa o medio como tal sino a quienes en ella ejercen el periodismo. En segundo lugar, es difícil encontrar un término más vejatorio que ese. Dice el Diccionario de la Real Academia Española:

canalla: Del it. *canaglia*, y este der. de *cane* perro.

1. f. coloq. Gente baja, ruin.
2. f. desus. perrería (||muchedumbre de perros).
3. m. y f. Persona despreciable y de malos proceder.

Es palmario que nadie merece ese calificativo.

⁷⁸ Consignado en la sentencia como hecho probado, bajo el subtítulo otros hechos de interés 2).

⁷⁹ Conferencia de prensa del 3 de agosto, minuto 44:22 y ss. Cfr. [\(1794\) En Vivo | Conferencia de prensa Consejo de Gobierno 3 de Agosto, 2022 - YouTube](#)

Tampoco se toman en cuenta las manifestaciones hechas en la conferencia de prensa del 9 de julio ni la del 20 de julio de 2022, que se refieren a los dueños del Grupo Nación, no propiamente a los recurrentes.

Sin embargo, es suficiente para este análisis circunscribirse a la conferencia de prensa del 13 de julio de 2022. En esta ocasión, el señor presidente manifestó lo siguiente:

1:13:26⁸⁰ “La libertad de prensa en Costa Rica goza de buena salud. Tiene un Gobierno que la va a defender a toda costa. ¿Hay algún medio cerrado? ¿Algún periodista detenido? ¿Alguna rotativa parada? Obviamente no”.

Al respecto, debe señalarse que el señor presidente parece olvidar que esos no son los únicos modos de lesionar la libertad de expresión de los periodistas. No solo cerrar un periódico o arrestar injustificadamente a un periodista son conductas que violan la libertad de expresión. Esto es así no solo porque las lesiones directas se pueden dar por medios indirectos, a tenor del artículo 13.3 de la CADH, sino porque las lesiones directas por medios directos pueden darse de muchas formas.

En esa conferencia de prensa, el señor presidente hizo también otras manifestaciones sobre las que cabe hacer una advertencia preliminar. En muchos momentos alude al Grupo Nación y en otros de los periodistas que laboran en el periódico La Nación. A veces no es posible distinguir si se está dirigiendo a uno o a otros, porque se refiere a ellos como a un todo. Sin embargo, aquí se hizo una selección de las manifestaciones que indubitadamente se dirigen al periódico La Nación, aunque también podría entenderse que se está refiriendo a la vez al Grupo Nación como tal. Entonces, visto que los recurrentes laboran para tal medio, se ha de entender que son dirigidas a ellos:

1:16:46 “El artículo 50 de la Constitución Política, que yo juré defender (...), me obliga a hacer que los funcionarios hagan lo que La Nación **dice de manera mentirosa, patrañosamente, es un ataque a la libertad de prensa**” [lo destacado en cursiva con inflexión de voz, en tono burlesco e irónico].

1:17:25 “En el año 2017 un medio que no es parte de esta categoría, de esta especie, de este grupo, publicó *e-mails* internos del Parque Viva diciendo (...) ‘aquí tenemos un problema serio y *tenemos que ponernos a arreglarlo*’” [lo

⁸⁰ En adelante se anotará así el momento de la intervención dentro de la conferencia de prensa del 13 de julio de 2022, realizada en Casa Presidencia. Cfr. [\(1792\) En Vivo | Conferencia de prensa Consejo de Gobierno 13 de Julio, 2022 - YouTube](#)

destacado en cursiva con inflexión de voz, en tono burlesco e irónico]. 2017 al 2022: ¿qué ha pasado? Nada. ¿Dónde está el plan remedial?”.

1:18:08 **“No solo le ha mentido a la población, el grupo La Nación. Ha difamado a la patria, ha difamado a los costarricenses ante la prensa y comunidad internacionales, (...) pidiéndole favorcitos a sus socios y amigos en la Sociedad Interamericana de Prensa para defender intereses mezquinos”.**

1:18:50 “Lo que La Nación debió haber hecho en lugar de haber difamado esa patria bendita, donde la libertad de prensa está garantizada, fue ponerse a trabajar duro y honestamente para preparar un plan viable y honesto. Han tenido cinco años desde que ellos mismos reconocieron que había niveles de riesgo inaceptables y que había que arreglarlos”.

1:19:49 **“¿Oyeron la mentira descarada que publicó La Nación? (...) que tiene desde hace dos años pidiendo acceso para la ruta 27 (...) Dice la Nación: ¡Los acusamos!: Esto es contra la libertad de prensa porque se mueven rápido. ¿A eso hemos llegado en Costa Rica?”.**

1:23:56 “¿A quiénes defienden el Grupo La Nación?... ¿a la libertad de prensa o a sus intereses?”.

1:28:00 “Porque ellos se creen encima de la ley...”.

1:28:26 **“Yo daría mi última sangre para proteger las libertades de nuestro pueblo, incluyendo la libertad de mentir y de desinformar que han ejercido con gusto, frecuentemente, esos estos medios aliados de la casta que se piensa monárquica de este país”.**

1:29:50 “Ustedes, La Nación, tienen la libertad para trabajar. **Les debería dar vergüenza difamar a su país** (...)”.

Yo hubiera querido tener una conferencia de prensa normal (...), pero la cantidad de tinta, la cantidad de minutos en canales de televisión que se han dedicado a malinformarle a usted señora, a usted señor, a usted joven, en su casa, en su carro, donde quiera que esté oyendo esto, fue demasiado (sic), y este es mi derecho de respuesta, porque el derecho de respuesta esos

medios **(Ustedes saben la palabra, yo me la voy a callar) no creo que me lo hayan dado, porque me lo negaron en el pasado** (...).

Yo sé que es una serie de expresiones y de meditaciones pasionales, fuertes. Yo sé que el pueblo de Costa Rica no está acostumbrado a ver un presidente diciéndole al Grupo de La Nación que se creen reyes con corona, costarricenses con corona. Pero esa es una nueva era. Aquí todos y todas somos iguales en libertad, en respeto, con absoluta libertad de expresión, aunque sean mentiras, pero la libertad de expresión no significa que alguien puede mentir descaradamente y que el gobierno y las personas ofendidas tengan que callarse". (Lo destacado es lo que se estima relevante).

3. Consideraciones sobre las manifestaciones

Estas manifestaciones reflejan el contexto de tensión, posterior al cierre temporal del Parque Viva, entre el mandatario y el Grupo Nación y el periódico La Nación. Aluden a personas determinables, algunos de las cuales son los recurrentes en el presente amparo.

Esas manifestaciones fueron públicas y hechas en su carácter de presidente de la República, es decir, de quien ostenta la más alta investidura. Eso significa que su conducta por sí misma tiene una grandísima proyección y relevancia

El estilo vehemente no es lesivo de suyo. No obstante, las palabras y el tono beligerante en extremo sí pueden serlo, pues destruyen el clima pacífico que es necesario para el libre intercambio de ideas en una sociedad democrática. Más todavía cuando las manifestaciones desacreditan a personas concretas o a una línea informativa.

Como se dijo en una de las sentencias transcritas, esta Sala ha señalado:

"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” (sentencia 2006-5977; el destacado es del original).

Esto quiere decir que toda manifestación que suponga una censura, aunque por sus efectos sea solo relativa y no absoluta, pues con ella no se impidió la difusión posterior de las ideas reprobadas, constituye una lesión directa a la libertad de expresión, pues la libertad de expresión exige el respeto de quienes disienten y supone facilitar la comunicación de ideas sin desacreditación alguna, ni de los sujetos ni de los contenidos.

Los recurrentes merecen respeto en primer lugar por la dignidad propia de su condición de personas. Justamente, la salvaguarda de esa dignidad es el fin de todo Estado de Derecho. También merecen respeto por el hecho mismo de ser periodistas, cuya labor tiene particular importancia en una sociedad pluralista y democrática.

Ciertamente, el presidente de la República también tiene libertad de expresión, pero por su carácter de funcionario público, está limitada por los deberes propios de su cargo: el respeto a la Constitución y a las leyes, y a dignidad de los demás, y a las manifestaciones de críticas y disensiones.

En ese sentido, la Constitución Política dice:

Artículo 140. Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

Mantener el orden y la tranquilidad de la Nación, tomar las providencias necesarias para el resguardo de las libertades públicas.

Entonces, resguardar las libertades públicas –y dentro de estas se encuentra la libertad de expresión– es tarea asignada constitucionalmente al señor presidente. La norma también se refiere al orden y a la tranquilidad, necesarias no solo en el plano de la seguridad pública, sino en la convivencia pacífica propia de un régimen democrático. Por eso, provocar o contribuir a un nivel de violencia verbal dirigido contra los periodistas que disienten de sus enfoques luce como una afrenta al ambiente de paz social que debe promover.

Asunto distinto es si ese clima de violencia es magnificado por otros actores sociales, pero eso excede los alcances de estas páginas.

Corresponde ahora distinguir y analizar tres pasajes especialmente relevantes:

Primero. En los que llama mentirosos a los periodistas.

No procede pronunciarse sobre quién lleva razón sobre el fondo del asunto (ya he dicho hasta la saciedad, en el voto salvado, que a mi juicio debió conocerse en la jurisdicción contencioso-administrativa), pero es claro que en el marco de una sociedad democrática y pluralista no cabe llamar mentiroso a quien disiente, pues eso –además de denigratorio– ahoga el debate público, desestimula la libre circulación de ideas y opiniones. Por eso, si se estima que una persona o grupo de personas falta a la verdad y que eso tiene consecuencias relevantes –además de decirlo públicamente, pero sin censurar–, bien se pueden utilizar los cauces que el ordenamiento jurídico ofrece para zanjar la cuestión. Pero desacreditar a las personas de un modo tan beligerante no es solución, mucho menos lo es en una sociedad democrática.

Lo propio del periodismo es comunicar lo que se entiende que es veraz y justo. Por esa razón, llamar mentirosos a los periodistas significa calificarlos carentes de una cualidad que por su condición deberían tener. Es decir, cuando es dirigido a los periodistas, ese adjetivo adquiere una connotación particularmente peyorativa y es, sin duda, una censura.

Segundo. En los que afirma que La Nación, y por tanto los periodistas que trabajan en ese medio, han difamado a la patria y a los costarricenses.

El contexto de esto es el siguiente. El cierre del Parque Viva fue un hecho noticioso que fue recogido en prestigiosos periódicos latinoamericanos, bajo los siguientes titulares:

“Gobierno de Costa Rica cierra Parque Viva tras ataque de Rodrigo Chaves al diario ‘La Nación’”⁸¹.

“Gobierno de Costa Rica cierra Parque Viva en medio de ataques del presidente al diario ‘La Nación’”⁸².

⁸¹ El Universal, México, 8 de julio. <https://www.eluniversal.com.mx/mundo/gobierno-de-costa-rica-cierra-parque-viva-tras-ataque-de-rodrigo-chaves-al-diario-la-nacion>.

⁸² El Comercio, Perú, 8 de julio, <https://elcomercio.pe/mundo/centroamerica/gobierno-de-costa-rica-cierra-parque-viva-en-medio-de-ataques-del-presidente-al-diario-la-nacion-noticia/>

“El gobierno de Costa Rica atacó a uno de los principales medios del país y luego cerró un estadio de esa empresa”⁸³.

Entonces, el señor presidente estima que el hecho de que tales medios y otros hayan dado cuenta del cierre del Parque Viva con un enfoque coincidente con el de La Nación, y sus periodistas, responde a las gestiones de ellos ante tales medios. Si así fuera, ¿porque qué sería eso reprochable? Tanto los periodistas de La Nación como los de otros medios son libérrimos para comunicar la noticia desde su ángulo. Y ¿por qué es deleznable que el periódico La Nación y sus periodistas busquen alianzas fuera de las fronteras? Este proceder es natural, lógico, comprensible, y no parece que por sí mismo suponga “difamación” de la patria y de los costarricenses, entre otras cosas, porque ni “patria” ni “costarricenses” son categorías o términos que se identifican con “gobierno”. De nuevo, esa desacreditación tan gravosa de los recurrentes constituye una censura que cercena el ejercicio de su libertad de expresión.

Tercero. En el que dice que lo manifestado en esa conferencia de prensa responde a su derecho a respuesta, que cree que le habrían negado.

Vale advertir que en ese pasaje no pronuncia “la palabra”: “Ustedes saben la palabra, yo me la voy a callar”; pero no es aventurado afirmar que alude a aquella que ha evitado decir desde que es presidente de la República. Esto por tres motivos: la supresión no significa que no aluda a ella; la suprime porque es denigratoria; la palabra parece evocar inequívocamente una palabra que los demás saben que es aquella que en su momento dijo que se refería también al periódico La Nación. Pero como lo anterior es solo una tríada de conjeturas, basta referirse a otro aspecto de ese pasaje: a la presunción de que el periódico no acogería su derecho a respuesta. Al respecto es obligado decir que bajo esa lógica se socaban las bases de un Estado de Derecho, pues es tomarse la justicia por propia mano. Otra cosa es que en la conferencia de prensa el mandatario estime oportuno hacer las aclaraciones y mostrar los motivos de la divergencia con el periódico, pero no es jurídicamente procedente que la justificación de esto se base en la presunción del incumplimiento, por parte del periódico y de quienes allí laboran, de lo establecido en los artículos 66 y siguientes de la LJC, relativo al derecho de rectificación y respuesta.

⁸³ Nación, Argentina, 9 de julio, <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/el-gobierno-de-costa-rica-ataco-a-uno-de-los-principales-medios-del-pais-y-luego-cerro-un-estadio-de-nid09072022/>

Esas manifestaciones hostiles y deslegitimadoras del medio en el que laboran los periodistas recurrentes, y por tanto de ellos mismos, no contribuyen a crear un clima de libre intercambio de ideas. Por el contrario, como he dicho, suponen una censura, que constituyen lesiones directas a los periodistas recurrentes.

Claro que toda autoridad, y por supuesto el señor presidente, puede utilizar los foros que tenga a su disposición para aclarar, contrastar, negar lo dicho por los periodistas; pero lo procedente es hacerlo en el marco del respeto, propio de una sociedad pluralista y que va en consonancia con nuestra tradición democrática.

Sobre esto último es llamativo que prácticamente no hay jurisprudencia sobre esta temática. Quizá esto se debe a que la tónica en este país hasta la fecha nunca ha sido que los funcionarios públicos ejerzan una censura de esta naturaleza ni con periodistas de La Nación ni con los de otros medios.

En vista de que por razones procesales no es posible conocer de las demás manifestaciones que son hechos públicos y notorios y son parte del contexto de tensión ya mencionado, tampoco es factible jurídicamente que me pronuncie sobre la existencia o no de un patrón de conducta sobre el particular.

4. Conclusión

Es posible concluir que las manifestaciones del presidente hechas el 13 de julio en la conferencia de prensa, que son parte del contexto referido por los recurrentes, constituyen ejemplos de censura directa, manifiesta, aunque relativa, y por ello son lesiones directas a la libertad de expresión de los recurrentes, por lo que estimo que procede declarar con lugar el recurso de amparo respecto de este extremo.

VI. Reflexiones sobre el expediente y la sentencia

En vista de que no me pronuncie sobre los actos administrativos impugnados, esto es, la orden sanitaria y el oficio conexo, pues estimo que esta Sala no es competente para conocer de ellos en el marco de este recurso de amparo, no haré referencia a esos actos administrativos en sí mismos, es decir, si son o no arbitrarios. Sin embargo, me parece pertinente hacer unas consideraciones sobre el expediente y la sentencia. Ello permitirá confirmar lo dicho en el voto salvado, en el que sostengo que el recurso de amparo no era el proceso idóneo para resolver este asunto.

A. El dilema: “ordinariar” el amparo o respetar su carácter sumario

El presente caso puso a la Sala Constitucional en una disyuntiva: desnaturalizar el recurso de amparo, transformándolo en un proceso ordinario –lo que de manera coloquial se llama “ordinariar” el amparo– o resolver sin todos los elementos necesarios. Por lo visto, la mayoría quiso salvar en lo posible la naturaleza sumaria del amparo. En efecto, aunque esta sentencia es voluminosa, hay motivos para estimar que respecto del examen de los actos impugnados se dieron dos tipos de falencias: uno en el plano probatorio y otro referido a las partes allegadas al proceso. Esto es lo que de inmediato paso a mostrar.

1. Sobre los aspectos probatorios

Es preciso recordar que el recurso de amparo es sumario por naturaleza. Esto en palabras de la Sala, que por cierto todas las semanas utiliza en sus rechazos de plano, significa lo siguiente:

“[La finalidad del recurso de amparo es brindar tutela oportuna contra infracciones o amenazas a los derechos y libertades fundamentales, no servir como instrumento genérico por medio del cual sea posible accionar contra cualquier otra clase de quebrantos constitucionales o legales. Consecuentemente, la procedencia del recurso de amparo, en general, está condicionada, no sólo a que se acredite la existencia de una turbación —o amenaza de turbación— a uno o más de los derechos o garantías contemplados en la Carta Política o en los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el país, sino también a que el agravio alegado comporte una amenaza o quebranto directo y grosero de aquellos derechos, que ponga en peligro aquella parte de su contenido que les es esencial y connatural, es decir, el núcleo que les presta su peculiaridad y los hace reconocibles como derechos de una naturaleza determinada. Lo anterior, en doctrina, es conocido como el contenido mínimo esencial del derecho, el cual es vulnerado, por ejemplo, cuando se condiciona el ejercicio del derecho que sea, al cumplimiento de condiciones, presupuestos o requisitos de tal naturaleza que, en la práctica, hacen materialmente imposible o nugatorio su uso. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el problema de las violaciones directas e indirectas a la Constitución involucra, también, una necesaria apreciación de la idoneidad y naturaleza expedita que debe caracterizar a la vía del amparo. Se ha dicho que “...en esencia, la idea

básica puede estar en la distinción entre una lesión directa y otra indirecta de los derechos fundamentales. En buena doctrina constitucional el criterio se basa en que cualquier infracción de legalidad, en cuestiones relacionadas con esos derechos, puede causar eventualmente lesión de aquellos derechos fundamentales, pero cuando se trate de una lesión simplemente indirecta, por existir dentro del aparato estatal, órganos que pueden y deben resguardar esos derechos y reparar su violación, les corresponde a ellos conocer y no a esta Sala...” (Sentencia N° 1610-90 de las 15:03 horas del 9 de diciembre de 1990). **Esto último pone de relieve el motivo por el cual el proceso de amparo es de carácter eminentemente sumario -es decir, breve y sencillo- y su tramitación no es compatible con la práctica de diligencias probatorias lentas y complejas, o con la necesidad de entrar previamente a examinar -con carácter declarativo- si los derechos de rango infra constitucional que las partes citan como parte del elenco fáctico del recurso de amparo o del informe de ley, según sea el caso, existen en realidad**” (sentencia 2021-001965; el destacado no es del original; estas líneas jurisprudenciales son constantemente repetidas por este Tribunal, y por citar algunos ejemplos, *vid.* las sentencias 2018-18079, 2019-17891 y 2020-12053)⁸⁴.

Sin embargo, por las características de los actos aquí impugnados, se hacía necesario un riguroso análisis y contraste de amplia prueba técnica y criterios de las autoridades recurridas, a saber: los permisos otorgados por la Unidad de Permisos de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito del MOPT; las condiciones en las que fue otorgado el permiso sanitario de funcionamiento MS-DRRSCN-DARSA2-RPSF-0177-2019 por el Ministerio de Salud; las autorizaciones de aforo dadas por el Área Rectora de Salud Alajuela 2 del Ministerio de Salud -oficios MS-DRRSCN-DARSA2-4070-2021 del 16 de diciembre de 2021 y MS-DRRSCN-DARSA2-0163-2022 del 20 de enero de 2022-; el acta de inspección MS-DRRSCN-DARSA2-1639-2022 y el informe resultado de la inspección MS-DRRSCN-DARSA2-1641-2022 del 5 de julio de 2022 emitidos por el Área Rectora de Salud de Alajuela 2; el oficio DVT-DGIT-2022-339 del MOPT, que hizo referencia a las condiciones viales de la zona y que fue contundente al asegurar que, en el momento en que se realizan eventos de concentración masiva, la vía que da acceso al

⁸⁴ Nótese que esta cita jurisprudencial recoge a su vez una que proviene de 1990, es decir, de los primerísimos momentos de la historia de la Sala y, sin dificultad, se podrían encontrar otras en igual sentido, incluso anteriores a esa que es citada.

Parque Viva no tiene la capacidad suficiente para el manejo del tránsito generado; los criterios técnicos de los expertos del Comité Asesor Técnico de Concentraciones Masivas, que está integrado, entre otros, por representantes de la Comisión Nacional de Emergencias, el Benemérito Cuerpo de Bomberos y la Cruz Roja Costarricense⁸⁵.

De paso, cabe recordar que en un primer momento la orden sanitaria se dictó “hasta tanto se cuente para su análisis y toma de las respectivas acciones, con los criterios técnicos emitidos por el Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica y de la Benemérita Cruz Roja Costarricense, con relación a la capacidad de la vía de acceso a dicho establecimiento por las unidades de primera respuesta de esas instituciones, mismos que están siendo gestionados por el Ministerio de Salud”⁸⁶.

Además, correspondía valorar diversos criterios técnicos recabados por las autoridades competentes. Así, entre otros, los siguientes que parecen tener relevancia⁸⁷: el oficio MSP-DM-DVURFP-DGFP-DRSA-SBDRA-DPCAS-D26-0827-2022 del 10 de julio de 2022, suscrito por el subdirector regional de la Dirección de la Fuerza Pública de Alajuela, del que se desprende que la Fuerza Pública “ha venido enfrentando una situación de entorpecimiento en la atención de incidentes de carácter policial, en el perímetro externo inmediato del Parque Viva, situado en Rincón Chiquito en el distrito de La Guácima de Alajuela, en momentos en que se realizan actividades en ese lugar. Esta zona está catalogada por la Fuerza Pública como un área sensible; ya que convergen diferentes acciones delictivas”; el oficio CBCR-027150-2022-OPB-00741 del Benemérito Cuerpo de Bomberos, en el que se concluyó que “debido a las situaciones planteadas anteriormente, como consecuencia, existen varias comunidades como Rincón Chiquito, Rincón Herrera, Guácima centro, al igual que las propias instalaciones del Parque Viva, se podrían ver afectadas debido a que el tiempo de respuesta de las unidades de Bomberos aumenta de forma considerable, además, cuando se dan bloqueos en las carreteras, se imposibilita el acceso a las comunidades, situación que pone en riesgo las vidas y las propiedades”; los informes técnicos CRC-GG-SO-OF-074-2022 y CRC-GG-OF-012-2022, suscritos respectivamente por el sub gerente operativo y por el gerente general de la Asociación Cruz Roja Costarricense; el oficio 911-DI-2022-2202 del 11 de julio de 2022, rendido por la directora del Sistema de Emergencias 9-1-

⁸⁵ Vid. los hechos probados de la sentencia: 6, 10, 11, 16, 18 y 21.

⁸⁶ Hecho probado de la sentencia 23.

⁸⁷ Vid. los hechos probados de la sentencia: 26, 27, 28, 29, 30 y 31.

1; el criterio técnico DM-2022-3121 del 11 de julio de 2022, suscrito por el ministro de Obras Públicas y Transportes.

Todos esos son informes mencionados en la sentencia, pero en ella no se observa una valoración pormenorizada sobre los mismos, como seguramente habría sido lo procedente de cara a lo que la mayoría se propuso al conocer de los actos impugnados: determinar si eran arbitrarios y carentes de fundamento. Esto como premisa sin la cual no era posible declarar la lesión a la libertad de expresión. En efecto, como se ha visto, si el acto no era arbitrario, aunque se hubiese probado una afectación a los recurrentes derivada de dicho acto, no habría sustento para declarar con lugar el recurso por lesión a la libertad de expresión. Por eso se puede afirmar que, si se iba a hacer un examen por el fondo, era del todo pertinente el análisis sobre los aspectos técnicos.

2. Sobre las partes allegadas al proceso

De la lectura de la sentencia, se advierte la ausencia de muchos sujetos involucrados de algún modo en los actos administrativos impugnados. Ciertamente, este asunto se cursó exclusivamente contra el presidente de la República y la ministra de Salud; sin embargo, la sentencia alude a una serie de conductas, competencias y criterios de otras autoridades que no fueron integradas a este proceso y cuyas consideraciones eran necesarias para llegar a una conclusión fundada. Por ejemplo, no se integró al ministro del MOPT, y a los jefes del Consejo Nacional de Vialidad, de la Dirección General de Policía de Tránsito, de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito, del Consejo Nacional de Concesiones y de la Comisión de Carreteras de Acceso Restringido; a otras autoridades del Ministerio de Salud, a saber: las del Área Rectora de Salud Alajuela 2 y de la Dirección Regional Rectoría de Salud Central Norte; a los integrantes que emitieron criterio en el Comité Técnico de Concentraciones, en el que hay representantes de la Cruz Roja Costarricense, de la Comisión Nacional de Emergencias, del Benemérito Cuerpo de Bomberos, del Sistema de Emergencias 9-1-1 y de Gestión de Riesgo del Ministerio de Salud. Tampoco se integró al proceso a la Municipalidad de Alajuela –autoridad a la que la mayoría de esta Sala le atribuye parte de la problemática que acá se examina y que bien pudo dar criterios orientativos para solucionar la situación que está en la base de esta *litis*–.

Muchas de esas autoridades pudieron haber sido integradas en calidad de recurridos, pues, como se sabe, en el trámite de un el amparo, el órgano jurisdiccional tiene

facultades para ampliar el proceso, respecto de las partes y el objeto⁸⁸. También las tiene para pedir prueba para mejor resolver, tanto sobre informes rendidos que merecen ser aclarados, como sobre prueba que consta –oficios, por ejemplo, que fueron emitidos por personas ajenas al proceso– y, naturalmente, sobre datos que aún no constan. Mucha de esa prueba adicional la puede pedir también a autoridades que no corresponde que se les tenga como partes.

Entonces muchas de las autoridades mencionadas pudieron estar como recurridos o como simples informantes –en el contexto de una prueba para mejor resolver–. Esto último incluso en el caso de que constaran oficios suscritos por esas autoridades.

En ese sentido hay otras autoridades que también pudieron haber nutrido el análisis de la cuestión. Por ejemplo, la Contraloría General de la República, que rindió un informe sobre la eficacia y la eficiencia en el uso de los recursos de la red vial cantonal en la Municipalidad de Alajuela; el Ministerio de Seguridad Pública y, particularmente, la Dirección General de la Fuerza Pública, por sus informes técnicos tan contundentes. Lo mismo cabría señalar del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU), que emitió un informe, e incluso de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, que afirmó que el local de Parque Viva contó con una viabilidad ambiental únicamente para mejoras en el autódromo.

Con el fin de realizar un análisis cabal de la situación planteada, habría sido necesario examinar aspectos que no son propios de un recurso de amparo, por ejemplo: la legitimidad de una denuncia anónima; la supuesta irregularidad en la diligencia y premura de las conductas administrativas; la necesidad, oportunidad y conveniencia de emitir una orden sanitaria en aras de proteger la vida y salud humanas, supeditada también la recolección de mayores elementos técnicos que confirmaran la decisión; los alcances de la orden sanitaria y del oficio conexo; la vigencia de los permisos sanitarios y el cumplimiento de los aforos dispuestos por las autoridades del Ministerio de Salud; la competencia de esas autoridades para ordenar la presentación de una propuesta de mejora del flujo vial para la realización de eventos masivos; la responsabilidad de las empresas privadas en la solución de los problemas de colapso vial derivadas de actividades comerciales ejecutadas por ellas mismas. También, seguramente, valorar el adecuado control del desarrollo urbano y de la emisión de permisos sanitarios y de

⁸⁸ Este último supuesto, que es más excepcional, acaece cuando el órgano, con los elementos que tiene a disposición, estima que hay algún otro aspecto quizá apenas mencionado por las partes, que es conexo al objeto de la cuestión, y sobre el cual corresponde referirse. En ese supuesto de nuevo dará audiencia a las partes para que se refieran sobre el particular.

construcción en la zona en cuestión. Adicionalmente, determinar las causas objetivas que provocan el congestionamiento vial y los proyectos remediales de la Municipalidad de Alajuela y otras autoridades competentes en la materia; y atender a los posibles escenarios de respuesta en una situación de emergencia juntamente con un cuadro de congestionamiento vial severo. Del mismo modo, y a la luz de los cuestionamientos de los amparados, habría sido procedente sopesar la razonabilidad y proporcionalidad de la orden dictada en relación con las posibilidades materiales y los alcances de la responsabilidad de la sociedad propietaria del inmueble de dar solución a la problemática vial que se les atribuye.

Debe tenerse presente que los recurrentes argumentan que la orden sanitaria se ejecutó de manera arbitraria, pese a que aún no se contaban con criterios técnicos de la Cruz Roja y del Cuerpo de Bomberos, relativos a la capacidad de la vía de acceso al establecimiento, y que estos fueron aportados y comunicados días después del dictado de esa orden y que, además, resultan cuestionables. Esos señalamientos confirman que lo alegado y lo pretendido requería un juicio plenario en el que, al evacuar toda la prueba pertinente, fuera posible analizar también los cuestionamientos realizados a los informes técnicos posteriores a la orden, que vinieron a confirmar la problemática vial examinada por parte del Ministerio de Salud y otras instancias técnicas. En una sede y proceso apropiados no solo habría sido posible una adecuada recepción y valoración de la prueba, sino que se habría conferido la oportunidad de contrastar los criterios de las autoridades técnicas competentes. Por el contrario, por ejemplo, puede observarse que en la sentencia se pretende contrarrestar el criterio de la presidencia ejecutiva del INVU con una publicación realizada por el alcalde Municipal de Alajuela en una red social. Naturalmente no me pronuncio sobre si una u otra autoridad lleva razón, sino sobre el modo elegido por la mayoría de la Sala para contrastar opiniones de las autoridades que son contradictorias entre sí. En ese sentido, se podría decir que no parece que haya sido el más acertado desde el punto de vista jurídico procesal.

Todo lo que he consignado aquí, como se desprende del título de este acápite, pone en evidencia el severo dilema al que estuvo sometido este tribunal: “ordinariar” el recurso de amparo, para evacuar y examinar toda la prueba pertinente, o resolver sin todos los elementos necesarios para efectuar un análisis riguroso y pormenorizado de la cuestión, como esta lo demandaba. Esto último, por cuanto no solo estaba de por medio el resguardo de la libertad de expresión que se alegaba infringida, sino también el derecho de los habitantes a que se proteja su salud, su integridad física y su vida.

En mi voto salvado he mostrado que ese dilema se resolvía con solo que la Sala hubiese respetado la naturaleza sumaria del proceso de amparo, continuando así con su sólida jurisprudencia sobre el particular. De ese modo, habría declarado que este conflicto debió residenciarse en las vías ordinarias de la legalidad. Pues bien, ahora, la atenta lectura de la sentencia me lleva a confirmar que para determinar con certeza si los actos impugnados fueron arbitrarios, infundados o desproporcionados –tal y como lo afirma la mayoría de la Sala– lo procedente era que este asunto fuera decidido en la vía ordinaria, luego de un examen integral de la situación y de todos los elementos probatorios acá esbozados. Al haberse analizado el objeto impugnado en un proceso sumario como el amparo, lamentablemente, están ausentes diversos elementos, en el plano probatorio y en el argumentativo, que habrían sido necesarios para arribar a la conclusión que la sentencia presenta. Como he dicho, se echa en falta que al menos se integrara a todas las partes involucradas en el fundamento técnico de la orden sanitaria cuestionada y que se desmintieran con precisión los argumentos técnicos invocados en dicho acto administrativo.

Es oportuno subrayar que, según el criterio de la mayoría, las autoridades recurridas – al dictar la orden sanitaria– debieron “realizar una adecuada ponderación y adoptar la medida menos gravosa para los derechos fundamentales, propiciando su equilibrio y limitando su afectación al mínimo”⁸⁹. No obstante, la sentencia no demuestra previamente en qué medida concretamente la orden sanitaria había afectado los derechos fundamentales de los periodistas amparados, esto es, si había una incidencia real sobre su libertad de expresión.

Finalmente, es plenamente justificado que los recurrentes y la sentencia tomen en cuenta manifestaciones del señor presidente cuando era candidato, pues eso ayuda a contextualizar los agravios que se acusan. Pero es llamativo que la sentencia valore manifestaciones del mandatario ulteriores a la fecha de la interposición del recurso de amparo.

B. Las consecuencias de la anulación de los actos impugnados

La mayoría de la Sala dispuso anular la orden sanitaria MS-DRRSCN-DARSA2-OS-0368-2022 del 8 de julio de 2022, así como lo dispuesto en el oficio MS-DRRSCN-DARSA2-1724-2022 del 15 de julio de 2022, que la confirmó.

⁸⁹ Considerando IX. Caso Concreto, punto B, p. 242.

Esto hace que la situación sobre la problemática de acceso al Parque Viva, que es de conocimiento público, que ni los recurrentes ni los dueños del inmueble han negado, y que está reflejada en la gran cantidad de informes técnicos citados, retorne al momento en el que se presentó la denuncia ante las autoridades del Ministerio de Salud. De manera que, de haber algún siniestro que afecte la salud pública o la integridad de las personas, tal parece que la responsabilidad será compartida por la mayoría de la Sala.

Reitero que tanto el examen sobre la legitimidad de los actos impugnados como la ponderación de los derechos e intereses legítimos de los vecinos y usuarios bien pudieron llevarse a cabo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. También porque ahí, mediante el ejercicio de la justicia cautelar, se habrían podido dictar medidas que modularan los efectos de la suspensión del acto e impusieran condiciones que procuraran proteger a terceros. En el *sub lite*, se ordenó sin más la anulación de los actos administrativos, omitiéndose toda condición que permitiera de alguna manera resguardar tales derechos e intereses.

En la sentencia, por un lado, se hace referencia al avance de un plan para dar solución al congestionamiento vial y, por otro, al anular los actos impugnados, no se indica prevención alguna sobre la necesidad de llevar a término la ejecución de las medidas que resuelvan definitivamente dicha problemática. Consignar esa prevención, al menos, habría tenido un valor simbólico: reflejar que la Sala es consciente de que realmente existe un riesgo para los vecinos y usuarios del Parque Viva.

C. Sobre el alcance de la condenatoria en daños y perjuicios

Finalmente, me permitiré hacer unos comentarios sobre la condenatoria en daños y perjuicios. Como se recordará, en el escrito de interposición los recurrentes manifestaron que renunciaban a estos. Claro está, si el recurso fue declarado con lugar, la Sala no está legalmente habilitada para omitir esa condenatoria. Pero, ciertamente, el reclamo de estos daños y perjuicios es renunciable. Por otro lado, a la luz del escrito de interposición y de la lógica de la sentencia, debe entenderse que la condenatoria es solo en beneficio de los recurrentes y solo por la lesión a la libertad de expresión que se declaró derivada de los actos administrativos impugnados. No cabe entender que tales daños y perjuicios incluyen las eventuales situaciones patrimoniales relacionadas con el giro comercial de Parque Viva. Asunto distinto, y no descubro nada, es que los dueños de Parque Viva, están habilitados para interponer una demanda por

responsabilidad del Estado en la jurisdicción contencioso-administrativa⁹⁰ sobre la base de la anulación de esos actos administrativos. Como estos ya dejaron de existir jurídicamente, no corresponde que ahí se valore si procedía o no la nulidad. Ya no será necesario alegar los motivos por los que se consideraron arbitrarios, ni habrá fase probatoria sobre este aspecto. Ahí únicamente se deberá acreditar la existencia y naturaleza antijurídica de los daños y perjuicios sufridos en su giro comercial, y el nexo causal de estos con los actos anulados. Este es un motivo más para meditar sobre si cabía que la Sala conociera de los actos impugnados. Lo cierto es que en un proceso sumario se resolvió sobre unos actos –de gran complejidad y enormes consecuencias, también en el plano patrimonial– cuya anulación agiliza el reclamo de unos daños y perjuicios a una unidad de negocio que no estuvo en el amparo ni se dedica al giro periodístico.

VII. Conclusión

En atención a los argumentos antes expuestos, me pronuncio así sobre este recurso de amparo: Lo declaro con lugar respecto de la libertad de expresión, por cuanto se acreditaron manifestaciones del recurrido que configuran actos de censura directa, manifiesta, aunque relativa, que lesionan esa libertad de los recurrentes. Lo declaro sin lugar respecto de la anulación de la orden sanitaria y del oficio conexo porque, además de no acreditarse la legitimación activa, no procede conocer de esos actos en esta jurisdicción.

Anamari Garro Vargas

Magistrada

⁹⁰ A tenor de la Constitución: Artículo 11. Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. // Artículo 41. 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.

También con fundamento en la LGAP. Artículo 190.1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

Voto Nro. 2023-008843

Expediente: 23-006082-0007-CO

Tipo de asunto: Recurso de Hábeas Corpus

Magistrado Ponente: Fernando Castillo Víquez

Descriptorios: Principio del doble conforme. Principio de favorabilidad.

Transcripción de Contenido

Exp: 23-006082-0007-CO

Res. N° 2023-008843

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las trece horas y diez minutos del dieciocho de abril de dos mil veintitrés.

Recurso de hábeas corpus que se tramita en expediente N° **23-006082-0007-CO** interpuesto por **FEDERICO CAMPOS CALDERÓN**, cédula de identidad número 0107900839, a favor de [**Nombre 001**], documento de identificación número [Valor 001]; contra el **PODER JUDICIAL**.

RESULTANDO:

1.- Por escrito presentado ante esta Sala a las once horas con veinte minutos del quince de marzo de dos mil veintitrés, el recurrente interpone recurso de hábeas corpus contra el Poder Judicial, y manifiesta que la tutelada figura como imputada en el expediente N° [Valor 002] que se tramita en el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón. Narra que, por sentencia N° 13-2013 de las trece horas con treinta minutos del veintiuno de enero de dos mil trece, el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón dictó la sentencia absolutoria de su representada, por lo que el Ministerio Público interpuso un recurso de apelación que fue declarado con lugar mediante sentencia N° 2013-423

de las diez horas con cincuenta y cuatro minutos del treinta de agosto de dos mil trece, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, disponiendo la anulación de la sentencia recurrida y ordenando el reenvío de la causa ante el tribunal penal de origen para la realización de un segundo juicio oral y público. Expone que, por sentencia N° 365-2014 de las quince horas con veintitrés minutos del veintisiete de mayo de dos mil catorce, el Tribunal Penal de Pérez Zeledón dictó sentencia condenatoria de la tutelada, imponiéndole una pena de veintidós años de prisión, por lo que la defensa técnica incoó un recurso de apelación, el cual fue declarado con lugar por medio de la sentencia N° 090-2015 de las nueve horas con veintidós del diecinueve de febrero de dos mil quince, disponiendo la anulación total de la sentencia recurrida, la puesta en libertad de su representada y el reenvío de la causa ante el tribunal penal de origen para la realización de un tercer juicio. Relata que, por sentencia N° 679-2015 de las nueve horas de siete de setiembre de dos mil quince, el Tribunal Penal de Pérez Zeledón dictó sentencia absolutoria de su representada por segunda vez y el Ministerio Público volvió a plantear un recurso de apelación, el cual fue admitido y declarado con lugar por medio de la sentencia N° 284-2017 de las once horas con cincuenta y dos minutos del siete de junio de dos mil diecisiete, disponiendo la anulación de la sentencia recurrida y ordenando el reenvío de la causa ante el tribunal penal de origen para la realización de un cuarto juicio. Comenta que el artículo 466 bis, del Código Procesal Penal, sobre el principio de doble conformidad, fue reformado (publicado en La Gaceta N° 100 del treinta y uno de mayo de dos mil veintidós) y, de acuerdo con tal reforma, ni la fiscalía ni el querellante o actor civil pueden impugnar en apelación la segunda sentencia absolutoria que se dicte a favor de una persona imputada, salvo en temas concretos. Manifiesta que en junio de dos mil veintidós presentó un escrito ante el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón, en el que solicitó el archivo del expediente en aplicación del principio de doble conformidad, ante la entrada en vigor de la reforma del artículo 466 bis; sin embargo, reclama que por resolución de las trece horas con treinta minutos del quince de junio de dos mil veintidós, y de las diez horas de veintiuno de junio de dos mil veintidós, el despacho accionado rechazó las gestiones, argumentando que debían realizar el juicio de reenvío ordenado por el Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago, a pesar de la reforma legislativa. Arguye que el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, en contra del principio de doble conformidad, admitió y dio curso a un recurso de apelación, a pesar de que la norma establece que ni el Ministerio Público ni el querellante o el actor civil podían formular recurso de apelación (denominada casación en aquel entonces) contra la sentencia absolutoria del Tribunal de Juicio que se produzca en juicio de reenvío que reitere la absolución de la persona imputada dispuesta en un juicio anterior, como sucede en este

caso. Apunta que, de verificarse que existe una norma jurídica más beneficiosa a favor de un inculpado, debe aplicarse la interpretación normativa más favorable, en cualquier momento procesal. Añade que el Ministerio Público emitió una orden de captura internacional contra su representada, lo cual le impide movilizarse a cualquier parte del mundo. Sostiene que tal decisión amenaza la libertad de la tutelada y hace que no acabe la persecución judicial que inició desde el dos mil diez. Agrega que esta medida violenta el principio de *non bis in ídem, pro homine, pro libertatis* y otros derechos fundamentales relacionados con la libertad como el debido proceso, la seguridad jurídica y la justicia pronta y cumplida. Reitera que la realización de un cuarto juicio quebranta el principio de la doble conformidad que regula el artículo 466 bis, del Código Procesal Penal, por lo que solicita que se deje sin efecto la Sentencia N° 284-2017, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, que ordenó el reenvío a un cuarto juicio, a pesar de las dos absolutorias, y las resoluciones citadas por el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón en las cuales se hace caso omiso de la solicitud de archivo del expediente.

2.- Por medio de resolución de Presidencia de las once horas quince minutos del veintiuno de marzo de dos mil veintitrés, se dio curso al proceso, y se le concedió audiencia a los jueces que tramitan el expediente N° [Valor 002] en el Tribunal Penal de Pérez Zeledón y en el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, o en su defecto, los Jueces Coordinadores de esos despachos.

3.- Por escrito incorporado al expediente digital a las nueve horas con veintinueve minutos del veintisiete de marzo de dos mil veintitrés, rinde informe bajo juramento Carlos Adolfo Calderón Bogantes, en su condición de Juez del Tribunal de Juicio del Tribunal de Pérez Zeledón, en los siguientes términos:

***Primero:** En relación a que la tutelada [Nombre 001] figura como imputada en el expediente número [Valor 002] que se tramita en este despacho, es un hecho cierto.*

***Segundo:** También es cierto que, mediante sentencia número 13-2013 de las 13:30 horas del 21 de enero del 2013, el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón, dictó sentencia absolutoria a favor de [Nombre 001] (resolución visible en imagen 2118 y siguientes del expediente electrónico); resolución que, fue declarada ineficaz mediante la sentencia 2013-423 de las 10:54 horas del 30 de agosto del 2013 dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago (sentencia que se puede observar a partir de la imagen 3680 del legajo electrónico).*

Tercero: Resulta cierto a su vez que, mediante sentencia número 365-2014 de las 15:23 del 27 de mayo del 2014, el Tribunal Penal de Pérez Zeledón dictó una sentencia condenatoria en contra de la acriminada [Nombre 001], donde se impuso una pena de 22 años de prisión (ver imagen 3856 y siguientes del expediente electrónico) y que dicha resolución fue declarada ineficaz mediante la resolución 090-2015 de las 9:22 horas del 19 de febrero del 2015 dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago (sentencia visible a partir de la imagen 4316 del legajo electrónico).

Cuarto: Resulta un hecho cierto además que, mediante sentencia número 679-2015 de las 9:00 horas del 7 de setiembre del 2015, el Tribunal Penal de Pérez Zeledón dictó una nueva sentencia absolutoria a favor de la justiciable [Nombre 001] (ver imagen 4612 y siguientes del expediente electrónico) y que dicha resolución fue declarada ineficaz mediante la resolución 284-2017 de las 11:52 horas del 07 de junio del 2017 dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago, ordenando el reenvío de la causa ante el tribunal penal de origen para la realización de un nuevo debate (sentencia visible a partir de la imagen 5054 del legajo electrónico).

Quinto: Llega razón el recurrente también en que, en fecha 01 de junio del 2022, se presentó un escrito por parte del Lic. Fabio Oconitrillo Tenorio, en representación de la acriminada [Nombre 001], solicitando el archivo definitivo de esta causa, ello en virtud de una correcta aplicación de la normativa procesal y penal costarricense, debido a la reforma del numeral 466 bis del Código Procesal Penal. Solicitud que, como lo informa el Lic. Campos Calderón en el Recurso de Hábeas Corpus presentado, fue rechazada mediante la resolución dictada por el Tribunal de Juicio Penal del I Circuito Judicial de la Zona Sur, la cual fue dictada a las trece horas y treinta minutos del quince de junio del dos mil veintidós, mediante la cual la Licda. Johanna Bogantes Madrigal, resolvió en lo que interesa: "

De conformidad con lo expuesto, se rechaza la solicitud del Lic. Fabio Oconitrillo Tenorio; y en virtud de la situación procesal respecto al principio de doble conformidad, lo que procede es cumplir con lo ordenado por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago en la resolución 207-284 y realizar el juicio de reenvío". También, es un hecho cierto, que mediante resolución de las diez horas del veintiuno de junio del dos mil

veintidós, el Tribunal Juicio Penal del I Circuito Judicial de la Zona Sur, dictó una resolución en la que rechazó una solicitud de adición, tal y como lo afirmó Campos Calderón en su recurso.

Con fundamento en lo expuesto, es criterio de este juzgador que no se ha violentado el principio de doble conformidad como lo alega el litigante Campos Calderón; toda vez que, las resoluciones emitidas por este despacho que rechazan la gestión de archivo, ordenando mantener el señalamiento para un cuarto debate, se encuentran debidamente fundamentadas y no violentan ninguna norma procesal o penal; amén que a la fecha se encuentran firmes” (sic).

4.- Por escrito incorporado al expediente electrónico a las catorce horas con trece minutos del veintisiete de marzo de dos mil veintitrés, rinde informe bajo juramento Marco Mairena Navarro, en su condición de Juez Coordinador del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, en los siguientes términos:

“Tal y como lo indica el promovente, mediante resolución 2013-423 de las 10:54 horas del 30 de agosto del 2013, la sección primera de este Tribunal, al conocer el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, contra la sentencia 13-2013 del Tribunal de Juicio de Pérez Zeledón, mediante la cual se absolvió a [Nombre 001] por el delito de homicidio calificado en perjuicio de Félix Bender John, dispuso lo siguiente: “Se declara con lugar el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público Licenciado José Efraín Sanders Quesada. Se anula la sentencia recurrida en su totalidad. Se ordena el reenvío para su nueva sustanciación.”

En virtud de ello, el Tribunal de Juicio mencionado llevó a cabo el juicio de reenvío ordenado por esta Cámara, dictando la sentencia número 365-2014 de las 15:23 horas del 27 de setiembre del 2014, ocasión en la cual se impuso a la encartada el tanto de 22 años de prisión por el delito referido. Dicho fallo fue impugnado por la defensa de la señora [Nombre 001], siendo resuelta la apelación por la sección segunda de este Tribunal mediante el voto 2015-090 de las 9:22 horas del 19 de febrero del 2015, acogándose el recurso y, en consecuencia se declaró la ineficacia del fallo condenatorio, ordenándose nuevamente el juicio de reenvío correspondiente.

Fue así como nuevamente la señora [Nombre 001] fue sometida nuevamente al contradictorio, dictándose por parte del Tribunal de Juicio de Pérez Zeledón la sentencia número 679-2015 de las 9:00 del 7 de setiembre del 2015, absolviéndola de pena y responsabilidad por el ilícito mencionado antes. Dicho fallo fue impugnado por el Ministerio Público ante este Tribunal de Apelación de Sentencia, resolviéndose mediante el voto 2017-284 de las 11:52 horas del 7 de junio del 2017, mediante el cual se acogió el reclamo y se anuló el fallo recurrido, ordenándose nuevamente el juicio de reenvío.

Esas han sido las actuaciones procesales de este Tribunal con relación a la causa seguida en contra de [Nombre 001] por el delito de homicidio calificado en perjuicio de Félix Bender John” (sic).

5.- Al ser las once horas con treinta y dos minutos del veintinueve de marzo de dos mil veintitrés, el Coordinador Judicial a.i. del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, Sede Pérez Zeledón, remitió -por medio de correo electrónico- prueba para este asunto, propiamente, copia de las resoluciones de las trece horas con treinta minutos del quince de junio, y de las diez horas del veintiuno de junio, ambas de este año, emitidas en el expediente penal N° [Valor 002].

6.- Al ser las dieciséis horas con dieciocho minutos del treinta de marzo de este año, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, remitió -por medio de correo electrónico- prueba para este asunto, propiamente, copia de las quince horas del veintiséis de julio de dos mil veintidós, dictada en la causa penal a que se hace referencia en este asunto.

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

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

CONSIDERANDO:

I.- OBJETO DEL RECURSO. El recurrente señala que la tutelada figura como imputada en el expediente N° [Valor 002] que se tramita en el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón. Narra que, por sentencia N° 13-2013 de las trece horas con treinta minutos del veintiuno de enero de dos mil trece, el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón dictó la sentencia absolutoria de su representada, por lo que el Ministerio Público interpuso un recurso de apelación que fue declarado con lugar por medio de sentencia N° 2013-423 de las diez horas con cincuenta y cuatro minutos del treinta de agosto de dos mil trece, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de

Cartago, disponiendo la anulación de la sentencia recurrida y ordenando el reenvío de la causa ante el tribunal penal de origen para la realización de un segundo juicio oral y público. Expone que, por sentencia N° 365-2014 de las quince horas con veintitrés minutos del veintisiete de mayo de dos mil catorce, el Tribunal Penal de Pérez Zeledón dictó sentencia condenatoria de la tutelada, imponiéndole una pena de veintidós años de prisión, por lo que la defensa técnica incoó un recurso de apelación, el cual fue declarado con lugar por medio de la sentencia N° 090-2015 de las nueve horas con veintidós del diecinueve de febrero de dos mil quince, disponiendo la anulación total de la sentencia recurrida, la puesta en libertad de su representada y el reenvío de la causa ante el tribunal penal de origen para la realización de un tercer juicio. Relata que, por sentencia N° 679-2015 de las nueve horas de siete de setiembre de dos mil quince, el Tribunal Penal de Pérez Zeledón dictó sentencia absolutoria de su representada por segunda vez y el Ministerio Público volvió a plantear un recurso de apelación, el cual fue admitido y declarado con lugar por medio de la sentencia N° 284-2017 de las once horas con cincuenta y dos minutos del siete de junio de dos mil diecisiete, disponiendo la anulación de la sentencia recurrida y ordenando el reenvío de la causa ante el tribunal penal de origen para la realización de un cuarto juicio. Comenta que el artículo 466 bis, del Código Procesal Penal, sobre el principio de doble conformidad, fue reformado (publicado en La Gaceta N° 100 del treinta y uno de mayo de dos mil veintidós) y, de acuerdo con tal reforma, ni la fiscalía ni el querellante o actor civil pueden impugnar en apelación la segunda sentencia absolutoria que se dicte a favor de una persona imputada, salvo en temas concretos. Manifiesta que en junio de dos mil veintidós presentó un escrito ante el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón, en el que solicitó el archivo del expediente en aplicación del principio de doble conformidad, ante la entrada en vigor de la reforma del artículo 466 bis; sin embargo, reclama que por resolución de las trece horas con treinta minutos del quince de junio de dos mil veintidós, y de las diez horas de veintiuno de junio de dos mil veintidós, el despacho accionado rechazó las gestiones, argumentando que debían realizar el juicio de reenvío ordenado por el Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago, a pesar de la reforma legislativa. Arguye que el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, en contra del principio de doble conformidad, admitió y dio curso a un recurso de apelación, a pesar de que la norma establece que ni el Ministerio Público ni el querellante o el actor civil podían formular recurso de apelación (denominada casación en aquel entonces) contra la sentencia absolutoria del Tribunal de Juicio que se produzca en juicio de reenvío que reitera la absolución de la persona imputada dispuesta en un juicio anterior, como sucede en este caso. Apunta que, de verificarse que existe una norma jurídica más beneficiosa a favor de un inculpado, debe aplicarse

la interpretación normativa más favorable, en cualquier momento procesal. Añade que el Ministerio Público emitió una orden de captura internacional contra su representada, lo cual le impide movilizarse a cualquier parte del mundo. Sostiene que tal decisión amenaza la libertad de la tutelada y hace que no acabe la persecución judicial que inició desde el dos mil diez. Agrega que esta medida violenta el principio de *non bis in ídem, pro homine, pro libertatis* y otros derechos fundamentales relacionados con la libertad como el debido proceso, la seguridad jurídica y la justicia pronta y cumplida. Reitera que la realización de un cuarto juicio quebranta el principio de la doble conformidad que regula el artículo 466 bis, del Código Procesal Penal, por lo que solicita que se deje sin efecto la Sentencia N° 284-2017, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, que ordenó el reenvío a un cuarto juicio, a pesar de las dos absolutorias, y las resoluciones citadas por el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón en las cuales se hace caso omiso de la solicitud de archivo del expediente.

II.- CUESTIÓN PRELIMINAR. Esta Sala Constitucional conoce el presente proceso a la luz de lo regulado por los artículos del 15 al 28, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, atinentes al recurso de hábeas corpus, toda vez que de lo planteado por el promovente, se infiere la existencia de una amenaza directa e inmediata sobre la libertad de la tutelada.

III.- HECHOS PROBADOS. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos:

- a) En contra de la tutelada se tramita una causa penal por el presunto delito de homicidio calificado, según consta en el expediente N° [Valor 002] que se tramita en el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón (véase informes rendidos por los accionados).
- b) Por medio sentencia N° 13-2013 de las trece horas con treinta minutos del veintiuno de enero de dos mil trece, el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón dictó la sentencia absolutoria de la tutelada (ver prueba aportada el expediente electrónico).
- c) En contra de lo dispuesto, el representante del Ministerio Público formuló un recurso de apelación de sentencia penal (ver prueba aportada el expediente digital).
- d) Por medio de sentencia N° 2013-423 de las die horas con cincuenta y cuatro minutos del treinta de agosto de dos mil trece, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago dispuso la anulación de la sentencia recurrida y

ordenando el reenvío de la causa ante el tribunal penal de origen para la realización de un segundo juicio oral y público (ver la prueba aportada por el Tribunal de Apelación de Sentencia recurrido, agregada al expediente digital).

- e)** Por sentencia N° 365-2014 de las quince horas con veintitrés minutos del veintisiete de mayo de dos mil catorce, el Tribunal Penal de Pérez Zeledón dictó sentencia condenatoria de la tutelada, imponiéndole una pena de veintidós años de prisión (ver la prueba aportada por el Tribunal de Apelación de Sentencia accionado, agregada al expediente electrónico).
- f)** El veinticinco de junio de dos mil catorce, la defensa técnica incoó un recurso de apelación contra la sentencia N° 365-2014 citada (ver prueba aportada el expediente digital).
- g)** Por sentencia N° 090-2015 de las nueve horas con veintidós del diecinueve de febrero de dos mil quince, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago dispuso la anulación total de la sentencia recurrida, la puesta en libertad de la tutelada y el reenvío de la causa ante el tribunal penal de origen para la realización de un tercer juicio (ver la prueba aportada por el Tribunal de Apelación de Sentencia recurrido, agregada al expediente digital).
- h)** Por sentencia N° 679-2015 de las nueve horas de siete de setiembre de dos mil quince, el Tribunal Penal de Pérez Zeledón dictó sentencia absolutoria de la tutelada por segunda vez (ver prueba aportada el expediente digital).
- i)** El seis de octubre de dos mil quince, el representante del Ministerio Público interpuso un recurso de apelación contra dicha sentencia absolutoria (ver prueba aportada el expediente digital).
- j)** Por medio de la sentencia N° 284-2017 de las once horas con cincuenta y dos minutos del siete de junio de dos mil diecisiete, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago admitió y declaró con lugar dicho recurso de apelación, disponiendo la anulación de la sentencia recurrida y ordenando el reenvío de la causa ante el tribunal penal de origen para la realización de un cuarto juicio (ver la prueba aportada por el Tribunal de Apelación de Sentencia recurrido, agregada al expediente digital).
- k)** Por medio de resolución de las catorce horas con cuarenta y tres minutos del ocho de agosto de dos mil diecinueve, el Tribunal Penal de Pérez Zeledón declaró la rebeldía de la tutelada y ordenó su captura (ver documentación aportada al expediente electrónico).

- l)** Por resolución de las dieciséis horas con quince minutos del veintiocho de abril de dos mil, veintiuno, el Tribunal Penal de Pérez Zeledón dispuso la captura internacional con fines de extradición de la tutelada (ver documentación aportada al expediente electrónico).
- m)** El treinta y uno de mayo de dos mil veintidós, se publicó en La Gaceta N°100, la Ley N° 10200 de cinco de mayo de dos mil veintidós,, por medio de la cual se reformó el artículo 466 *bis*, del Código Procesal Penal (visible en el Sistema Costarricense de Información Jurídica en Línea: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?nValor1=1&nValor2=97072&nValor3=130540¶m2=1&strTipM=FN&lResultado=1&strSim=simp).
- n)** El primero de junio de dos mil veintidós, el recurrente presentó un escrito ante el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón, en el que solicitó el archivo del expediente en aplicación del principio de doble conformidad, ante la entrada en vigor de la reforma del artículo 466 *bis*, del Código Procesal Penal (ver informe rendido por el Juez del Tribunal de Juicio del Tribunal de Pérez Zeledón).
- o)** Por resolución de las trece horas con treinta minutos del quince de junio de dos mil veintidós, el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón rechazó la gestión, aduciendo: *"ÚNICO: Para efectos de la presente resolución, debemos señalar que la doble conformidad se entiende como la imposibilidad para los órganos acusadores; es decir, el Ministerio Público y querellante, de impugnar la absolutoria del imputado o la imputada en un juicio de reenvío cuando éste fue igualmente absuelto en un primer debate; siendo este principio diferente a la doble instancia, que consiste en la posibilidad de impugnar ante un Tribunal superior un fallo que resulte desfavorable. Además, es importante señalar que respecto de la doble conformidad, no existe en los tratados y convenciones de derechos humanos una norma expresa que disponga esta garantía; no obstante, se podría inferir que podría constituir una violación a los Derechos Humanos sustentados en la seguridad jurídica del debido proceso y las limitaciones del Poder Punitivo del Estado. No obstante, sí se encuentra en la normativa local, específicamente en el artículo 466 bis del Código Procesal Penal, el cual informa: "Artículo 466 bis- Juicio de reenvío. El juicio de reenvío deberá ser celebrado por el mismo tribunal que dictó la sentencia, pero integrado por jueces distintos. El Ministerio Público, el querellante y el actor civil no podrán formular recurso de*

apelación contra la sentencia del Tribunal de Juicio que se produzca en juicio de reenvío que reitere la absolución de la persona imputada dispuesta en un juicio anterior. En el caso del párrafo anterior, sí se podrán interponer los recursos correspondientes en lo relativo a la acción civil resarcitoria, la restitución y las costas." Además, el principio de doble conformidad viene a solventar la inseguridad jurídica, toda vez que limita la presentación de recursos de apelación a sentencias de forma indefinida. En el caso que nos ocupa, es criterio de la suscrita juzgadora que el señor defensor no lleva razón al solicitar que se archive el expediente en aplicación del principio de doble conformidad y esto es debido a que del mismo artículo, tal y como se extrae de su simple lectura, se refiere única y exclusivamente a la presentación del recurso de apelación y no a la no realización de un juicio oral y público, tal y como lo plantea la defensa técnica. A manera de antecedentes, en la especie constan tres sentencias, todas ellas dictadas por el Tribunal de Juicio del I Circuito Judicial de la Zona Sur, sede San Isidro del General, siendo estas la No. 13-2013 de las 13:30 horas del 21 de enero del 2013, mediante la cual la endilgada fue absuelta, por lo que el ente Ministerial presentó recurso de apelación, el cual se declaró con lugar y se realizó un nuevo juicio de reenvío, y mediante sentencia No. 365-2014 de las 15:23 horas del 27 de mayo del 2014, la encartada se encontró autora y única responsable del delito de homicidio calificado, resolución que fue apelada por la defensa, y declarado con lugar el recurso de apelación, ordenándose un nuevo reenvío; siendo que se realizó un nuevo juicio y se dictó la sentencia No. 679-2015 de las 9:00 horas del día 07 de setiembre de 2015 mediante la cual la endilgada fue absuelta; no obstante, se presentó nuevamente recurso de apelación contra dicha resolución, impugnación que se acogió por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal y ordenó el reenvío de la causa para un nuevo debate, el cual no se ha podido realizar en razón de que la endilgada Ann Maxin Patton se encuentra en estado de rebeldía dictada por este Despacho desde el día 8 de agosto de 2019. Si bien es cierto, dentro de la presente causa se han realizado tres juicios, de los cuales dos de ellos han resultado con sentencias absolutorias, esto no implica que de forma automática se deba archivar el expediente por el principio de doble conformidad, ya que como se expuso supra, este versa sobre la interposición de un recurso de apelación y no de la no realización del juicio oral y público, el cual no se ha podido realizar debido a la rebeldía de la encartada. Y es que tal y como se extrae de los antecedentes de la causa, al día de hoy existe una resolución dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago que ordenó la realización de un nuevo juicio oral

y público, por lo que es evidente que al día de hoy y debido a que la reforma no es retroactiva por su carácter procesal, lo que se debe realizar es el juicio oral y público ya que es el estadio procesal en que se encuentra el expediente y la norma lo que prohíbe expresamente es la presentación de apelación y no la realización del juicio oral y público, siendo claro que este se debe realizar. En caso de que el Tribunal sentenciador absuelva a la encartada de toda pena y responsabilidad, en ese caso sí aplicaría la reforma y por ende el principio de doble conformidad, ya que el Ministerio Público estaría imposibilitado para interponer nuevamente recurso de apelación, tal y como lo indica expresamente el párrafo segundo del artículo 466 bis del Código Procesal Penal. Es decir, a este momento no hay ninguna sentencia absolutoria que apelar, lo que consta es una resolución del superior que ordena la realización de un debate y contra ello no aplica la doble conformidad. De esta manera se desprende que la reciente reforma al citado artículo constituye una limitante tanto para el Ministerio Público como para el querellante para interponer recurso de apelación a partir de la misma, esto debido al carácter procesal de esta; y por ende se desprende de los autos que desde la reforma al día de hoy, no se ha impugnado ninguna sentencia, ya que la que se impugnó fue mucho antes de la misma y como consecuencia se dictó el voto 284-207 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago quien ordenó el reenvío para un nuevo debate, el cual no se ha realizado por lo ya indicado; y en caso de que se dicte una sentencia condenatoria aplicaría el principio de no reforma en perjuicio, pero antes de ese juicio no se puede aplicar, ya que la limitante es para interponer recurso de apelación y no para realizar juicio, que es lo que se ha ordenado por el superior. Por lo antes expuesto se rechaza la solicitud del Lic. Fabio Oconitrillo Tenorio; y debido a la situación procesal, lo que procede es cumplir con lo ordenado por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago en la resolución 2017-284 y realizar el juicio de reenvío; resultando esta junto con un sobreseimiento definitivo por muerte o por prescripción que se podría dar por terminada la causa y no por aplicación del principio de doble conformidad sin haberse realizado el debate oral y público. POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, se rechaza la solicitud del Lic. Fabio Oconitrillo Tenorio; y en virtud de la situación procesal respecto al principio de doble conformidad, lo que procede es cumplir con lo ordenado por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago en la resolución 207-284 y realizar el juicio de reenvío” (ver informe rendido por el Juez del Tribunal de Juicio del Tribunal de Pérez Zeledón y la prueba aportada al expediente electrónico).

p) Por medio de resolución de las diez horas de veintiuno de junio de dos mil veintidós, el Tribunal de Juicio Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, Sede Pérez Zeledón dictó una resolución en la que rechazó una solicitud de adición, oportunidad en que indicó: *“ÚNICO: El recurso de adición presentado por el Lic. Oconitrillo Tenorio se rechaza en razón de lo siguiente. El recurso de adición y aclaración, adición en este caso, no es un recurso ordinario, la naturaleza del mismo es aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones o adicionar su contenido, si se ha omitido resolver algún punto controversial, siempre que tales actos no importen una modificación de lo resuelto. En el caso que nos ocupa es claro que no existe ningún término oscuro, ambiguo o contradictorio, ya que el mismo defensor así lo ha manifestado al alegar que la suscrita juzgadora arribó a la conclusión de que la única manera de aplicar el principio de doble conformidad es mediante la realización de un nuevo juicio (el cual ya está ordenado) y de resultar una absolutoria, el Ministerio Público estaría imposibilitado para presentar un nuevo recurso de apelación. Sin embargo, de la solicitud de adición que presenta la defensa se extrae que lejos de querer adicionar un aspecto controversial, lo que se formula es una disconformidad contra lo resuelto. El recurso de adición y aclaración aplica cuando la fundamentación del juzgador no sea suficientemente clara para entender la parte resolutive y que no conlleven un cambio en la resolución emitida; no siendo este el caso, ya que como se mencionó supra, la resolución notificada fue bastante clara, incluso para el señor defensor y además, no se va a variar lo ya resuelto. Es criterio del Tribunal que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental de la señora [Nombre 001], quien figura como encartada en la presente causa, ya que la resolución emitida por este Despacho se apega al criterio procesal de la norma y por ende a los derechos que la asisten; incluso, la misma resolución le otorga el derecho a la señora [Nombre 001] de realizarse un juicio oral y público justo, que es lo que se encuentra ordenado en el expediente, por la resolución emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago; voto que resuelve la realización de un nuevo juicio, lo que no está prohibido por la norma; sin embargo el mismo no se ha realizado por la condición de rebeldía dictada contra la señora [Nombre 001] por este Despacho. Por todo lo antes expuesto se rechaza el recurso de adición presentado por la defensa técnica de la encartada. POR TANTO: Por todo lo antes expuesto se rechaza el recurso de adición presentado por la defensa técnica de la encartada contra la resolución de las trece horas treinta minutos del día 15 de junio de*

2022, la cual rechaza la solicitud de archivo del expediente, en aplicación del principio de doble conformidad” (ver informe rendido por el Juez del Tribunal de Juicio del Tribunal de Pérez Zeledón y la prueba aportada al expediente digital).

- q) Por medio de resolución de las siete hora con cuarenta minutos del primero de junio (*sic*) de dos mil veintidós, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, Sede Pérez Zeledón, declaró sin lugar un recurso de revocatoria incoada por la defensa técnica de la tutelada, contra la resolución de las trece horas con treinta minutos del quince de junio de dos mil veintidós, que rechazó la solicitud de archivar el expediente por la aplicación del principio de doble conformidad, oportunidad en que indicó: *“I.- El recurso de revocatoria planteado, se considera inadmisibile, pues la resolución atacada se trata de un auto dictado con la debida sustanciación, conforme a lo regulado en el artículo 449 del Código Procesal Penal, pues cuando dicho numeral hace referencia a la frase “sin sustanciación”, se refiere sin audiencia a los interesados, lo cual precisamente no ocurrió en este caso, donde la resolución recurrida fue dictada por este Despacho ante solicitud escrita de la Defensa Técnica y otorgándole la audiencia respectiva a las partes, quienes se refirieron. Sin embargo, el Tribunal procede a analizar formalmente el recurso de revocatoria planteado. II. Tal y como se ha venido fundamentando es criterio de la suscrita juzgador que el señor defensor no lleva razón al solicitar que se archive el expediente en aplicación del principio de doble conformidad y esto es debido a que del mismo artículo, tal y como se extrae de su simple lectura, se refiere únicamente a la presentación del recurso de apelación y no a la realización de un juicio oral y público, tal y como lo plantea la defensa técnica, y debido a la situación procesal, lo que procede es cumplir con lo ordenado por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago en la resolución 2017-284-2017 y realizar el juicio de reenvió; siendo esto lo pendiente de resolver; y en caso de resultar una nueva absolutoria, si se aplica el principio de doble conformidad y el Ministerio Público estaría imposibilitado de presentar un nuevo recurso de apelación. POR TANTO Con base en las anteriores consideraciones, se declara sin lugar el recurso de revocatoria planteado por la defensa técnica del encartado y se conforma en un todo el auto atacado. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 454 ibídem, se emplaza a las partes y se ordene remitir la presente ante el Tribuna de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, en virtud del recurso de apelación planteado en subsidio, para que se*

hagan valer sus derechos según corresponda” (ver prueba aportada el expediente digital).

- r) Por resolución de las quince horas del veintiséis de julio de dos mil veintidós, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, rechazó el recurso de apelación formulado por el abogado defensor de la tutelado, ocasión en que se indicó: **“III. El recurso de apelación contra ambas resoluciones debe declararse inadmisibile. A partir del Título III del Código Procesal Penal, concretamente en el artículo 452 se prevé cuáles son las resoluciones interlocutorias que son apelables, señalando expresamente lo siguiente: “Además de lo dispuesto en el procedimiento contravencional y en la ejecución penal, el recurso de apelación procederá solamente contra las resoluciones de los tribunales del procedimiento preparatorio e intermedio, siempre que sean declaradas apelables, causen gravamen irreparable, pongan fin a la acción o imposibiliten que esta continúe”. (la negrilla es suplida). Tal regulación está directamente relacionada con el artículo 437 del mismo Código, el cual expresamente regula los principios de impugnabilidad objetiva y subjetiva al indicar lo siguiente: “Las resoluciones judiciales serán recurridas solo por los medios y en los casos expresamente establecidos. El derecho de recurrir corresponderá tan solo a quienes les sea expresamente acordado. Cuando la ley no indique entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas”. A partir del Título IV del mismo cuerpo legal, artículo 458 y según la reforma operada por Ley N°8837 de 3 de mayo de 2010, publicada en la Gaceta 111 de 3 de mayo de 2010, Alcance 10-A de 9 de junio de 2010 y que entró a regir a partir del 9 de diciembre de 2011, se creó el Recurso de Apelación de la Sentencia Penal. Lo anterior, significa que en el sistema procesal penal existen debidamente delimitados dos tipos de recurso de apelación claramente diferenciables: el primero, procede contra las resoluciones interlocutoria que expresamente tengan acordado ese remedio (impugnabilidad objetiva) yante el Tribunal de Juicio y, el segundo, que se interpone contra la sentencia penal luego del juicio (sea unipersonal o colegiado) ante el Tribunal de Sentencia. **Sólo sobre este último tipo de recurso es que tiene competencia esta Cámara**, salvo algunas excepciones como sucede en materia de extradición prevista en una ley especial; no así con respecto al primero, esto es, el recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias, el cual es de conocimiento del Tribunal de Juicio con integración unipersonal (artículo 96 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). De acuerdo con las reformas antes indicadas, el artículo 458 del Código Procesal**

*Penal indica: "Resoluciones recurribles. Son apelables todas las sentencias y los **sobreseimientos dictados en la fase de juicio** y que resuelven los aspectos, civiles, incidentales y demás que la ley determina". (La negrita no es del original)." Es decir, la norma establece una limitación a lo que, en fase de juicio, es apelable y la misma se circunscribe a sentencias y sobreseimientos siendo la "y" copulativa y no disyuntiva, por lo que se trata de esas resoluciones que resuelven lo civil, penal y demás cuestiones incidentales. En este caso, no nos encontramos ante ninguno de esos supuestos por lo que el recurso es improcedente, puesto que lo que se impugna son dos resoluciones interlocutorias o autos que fueron dictados por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, sede Pérez Zeledón, la primera que se pronunció en cuanto a una gestión de archivo de la causa penal y, la segunda que resolvió un recurso de adición -así lo tituló la persona juzgadora- presentado contra aquélla. Lo anterior, resulta congruente con la jurisprudencia constitucional que ha señalado: "Específicamente el artículo 458 del Código Procesal Penal establece una limitación a lo que, en fase de juicio, es apelable. **Dicha limitación circunscribe como recurrible las sentencias y sobreseimientos**, es decir, resoluciones que resuelven lo civil, penal y demás cuestiones incidentales. Así lo determina la misma denominación utilizada en la norma, pues se llama "recurso de apelación de sentencia". Esta decisión del legislador de conceder impugnabilidad únicamente a ciertas resoluciones, no implica agravio alguno, toda vez que la sentencia que llegue a dictarse, sí es recurrible." (Resolución 24350-2019 de las 9:30 horas del 6 de diciembre de 2019. La negrita no es del original). De conformidad con el análisis anterior, se declara inadmisibile el recurso de apelación planteado. En razón de lo que se ha resuelto, no resulta necesario pronunciarse en cuanto a la solicitud de consulta de constitucionalidad ni celebración de vista oral. **POR TANTO:** Se declara inadmisibile el recurso de apelación planteado por el Licenciado Fabio Oconitrillo Tenorio, abogado defensor de [Nombre 001]. En razón de lo que se ha resuelto, no resulta necesario pronunciarse en cuanto a la solicitud de consulta de constitucionalidad ni celebración de vista oral" (ver prueba aportada el expediente digital).*

IV.- ASPECTOS GENERALES. El principio del doble conforme en el ordenamiento jurídico costarricense tiene una dimensión diferente al que se le da en la doctrina y la jurisprudencia en América Latina. En efecto, en los otros Estados se entiende este principio como una consecuencia necesaria que se deriva del numeral 8,

inciso 2, letra h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir del caso Mauricio Herrera Ulloa y otro contra el Estado de Costa Rica, concretamente el derecho que tiene todo imputado a recurrir o apelar la sentencia condenatoria ante un juez o tribunal superior. En el caso costarricense tiene otro sentido como se verá y una doble finalidad. Por un lado, ponerle límite al ejercicio de la acción penal, por el otro, garantizar el derecho fundamental de toda persona a no ser perseguida de manera indefinida en el ámbito penal -fases de acusación, enjuiciamiento y condena-. Ese es el *ethos* que está presente en el numeral 466 bis del Código Procesal Penal, el cual entró en vigencia en el mes de mayo del 2022. Lo anterior significa, que, si una persona es absuelta en dos ocasiones, el Ministerio Público, el querellante y la víctima no pueden presentar una apelación contra una segunda sentencia absolutoria. Es importante aclarar que en lo referente a los procesos penales anteriores a la entrada en vigencia de la norma que estamos comentando, como ocurre en el *sub lite*, de lo que se trata es de la aplicación de la norma o ley más benigna -principio de favorabilidad- para el imputado, tema que tiene una profunda vocación constitucional, toda vez que el numeral 9 de la citada Convención establece que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. Nótese que el instrumento de derechos humanos hace referencia a una norma sustantiva, no a la legislación adjetiva o procesal. En esta dirección, la Corte IDH, en el Caso Liakat Ali Alibux contra Surinam (2014), estableció lo siguiente:

“[...] la aplicación en el tiempo de normas procesales en la región y a nivel comparado, y consideró que la aplicación de normas que regulan el procedimiento de manera inmediata, no vulnera el artículo 9 convencional, debido a que se toma como referencia el momento en el que tiene lugar el acto procesal y no aquél de la comisión del ilícito penal, a diferencia de las normas que establecen delitos y penas (sustantivas), en donde el patrón de aplicación es justamente, el momento de la comisión del delito. Es decir, los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula. En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene per se el principio de legalidad. En razón de lo anterior, la Corte determinó que, el principio de legalidad, en el sentido que exista una ley previa a la comisión del delito, no se aplica a normas que

regulan el procedimiento, a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable o en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal.”

Ahora bien, en el *sub lite*, estamos, evidentemente, ante una norma procesal -el 466 bis del Código Procesal Penal-, pero también es evidente que, a diferencia de otras normas procesales, la citada norma sí beneficia al imputado cuando se hayan dictado dos absolutorias a su favor y, por consiguiente, su aplicación tiene el efecto de la extinción de la acción penal, todo lo cual tiene una incidencia incuestionable en su libertad. Lo anterior significa, que la regla general, en principio, es que la garantía de derechos humanos que consagra la citada Convención no aplica a la normativa procesal, empero cuando se está ante una norma procesal que incide sobre la libertad del imputado, la que surge con motivo de la promulgación de una ley posterior a la comisión de delito o estando en trámite el proceso penal, en aplicación el principio de la ley más benigna en materia penal y siguiendo una interpretación *pro persona*, no existe la menor duda que ese beneficio debe aplicar al imputado. En esta dirección hay que tener presente lo que establece el numeral 29 de la citada Convención, en el sentido de que *ninguna interpretación de la Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. [...]*. Cabe destacar igualmente, que en el artículo 1º numeral 1 de esta Convención, la obligación de los Estados Partes para *respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*. Inclusive, en su artículo 2º establece la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar y hacer efectivos esos derechos y libertades, de ahí que una interpretación en el sentido que hace la mayoría del Tribunal resulta plenamente plausible.

Finalmente, se debe aclarar que estamos en una situación diferente de la aplicación de la norma [incluida la penal] en el tiempo, en la que la Sala Constitucional, a través de una abundante jurisprudencia, ha sostenido de que este es un tema de legalidad, y no de constitucionalidad, pues, en el *sub lite*, no hay ninguna discusión al respecto debido a que no hay ningún conflicto de leyes en el tiempo, sino de lo que se

trata es de si se aplica o no una ley más benigna al imputado que tenía un proceso penal abierto antes de su entrada en vigencia.

V.- SOBRE EL CASO CONCRETO. En el *sub lite* quedó demostrado que por medio de la sentencia N° 13-2013 de las trece horas con treinta minutos del veintiuno de enero de dos mil trece, el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón absolvió a la tutelada de toda pena y responsabilidad por el delito de homicidio calificado. En contra de lo dispuesto se formuló un recurso de apelación, el cual fue declarado con lugar por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, despacho que por medio de resolución N° 2013-423 de las diez horas con cincuenta y cuatro minutos del treinta de agosto de dos mil trece, anuló la sentencia en su totalidad, y dispuso el reenvío de la causa. Posteriormente, mediante sentencia N° 365-2014 de las quince horas con veintitrés minutos del veintisiete de mayo de dos mil catorce, el Tribunal Penal de Pérez Zeledón dictó sentencia condenatoria de la tutelada, imponiéndole una pena de veintidós años de prisión, pronunciamiento que también fue impugnado. Por sentencia N° 090-2015 de las nueve horas con veintidós del diecinueve de febrero de dos mil quince, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago dispuso la anulación total de la sentencia recurrida, la puesta en libertad de la tutelada y el reenvío de la causa ante el tribunal penal de origen para la realización de un tercer juicio. Por sentencia N° 679-2015 de las nueve horas de siete de setiembre de dos mil quince, el Tribunal Penal de Pérez Zeledón dictó sentencia absolutoria de la tutelada por segunda vez, pronunciamiento que también fue impugnado. Por medio de la sentencia N° 284-2017 de las once horas con cincuenta y dos minutos del siete de junio de dos mil diecisiete, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago admitió y declaró con lugar dicho recurso de apelación, disponiendo la anulación de la sentencia recurrida y ordenando el reenvío de la causa ante el Tribunal Penal de origen para la realización de un cuarto juicio. El primero de junio de dos mil veintidós, el recurrente presentó un escrito ante el Tribunal Penal de Juicio de Pérez Zeledón, en el que solicitó el archivo del expediente en aplicación del principio de doble conformidad, ante la entrada en vigor de la reforma del artículo 466 *bis*, del Código Procesal Penal. Por medio de resolución de las trece horas con treinta minutos del quince de junio de dos mil veintidós, el referido Tribunal de Juicio, se pronunció sobre la gestión del petente en los siguientes términos:

“(…) ÚNICO: Para efectos de la presente resolución, debemos señalar que la doble conformidad se entiende como la imposibilidad para los órganos acusadores; es decir, el Ministerio Público y querellante, de impugnar la absolutoria del imputado o la imputada en un juicio de

reenvío cuando éste fue igualmente absuelto en un primer debate; siendo este principio diferente a la doble instancia, que consiste en la posibilidad de impugnar ante un Tribunal superior un fallo que resulte desfavorable. Además, es importante señalar que respecto de la doble conformidad, no existe en los tratados y convenciones de derechos humanos una norma expresa que disponga esta garantía; no obstante, se podría inferir que podría constituir una violación a los Derechos Humanos sustentados en la seguridad jurídica del debido proceso y las limitaciones del Poder Punitivo del Estado. No obstante, sí se encuentra en la normativa local, específicamente en el artículo 466 bis del Código Procesal Penal, el cual informa: "Artículo 466 bis- Juicio de reenvío. El juicio de reenvío deberá ser celebrado por el mismo tribunal que dictó la sentencia, pero integrado por jueces distintos. El Ministerio Público, el querellante y el actor civil no podrán formular recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal de Juicio que se produzca en juicio de reenvío que reitere la absolución de la persona imputada dispuesta en un juicio anterior. En el caso del párrafo anterior, sí se podrán interponer los recursos correspondientes en lo relativo a la acción civil resarcitoria, la restitución y las costas." Además, el principio de doble conformidad viene a solventar la inseguridad jurídica, toda vez que limita la presentación de recursos de apelación a sentencias de forma indefinida. En el caso que nos ocupa, es criterio de la suscrita juzgadora que el señor defensor no lleva razón al solicitar que se archive el expediente en aplicación del principio de doble conformidad y esto es debido a que del mismo artículo, tal y como se extrae de su simple lectura, se refiere única y exclusivamente a la presentación del recurso de apelación y no a la no realización de un juicio oral y público, tal y como lo plantea la defensa técnica. A manera de antecedentes, en la especie constan tres sentencias, todas ellas dictadas por el Tribunal de Juicio del I Circuito Judicial de la Zona Sur, sede San Isidro del General, siendo estas la No. 13-2013 de las 13:30 horas del 21 de enero del 2013, mediante la cual la endilgada fue absuelta, por lo que el ente Ministerial presentó recurso de apelación, el cual se declaró con lugar y se realizó un nuevo juicio de reenvío, y mediante sentencia No. 365-2014 de las 15:23 horas del 27 de mayo del 2014, la encartada se encontró autora y única responsable del delito de homicidio calificado, resolución que fue apelada por la defensa, y declarado con lugar el recurso de apelación, ordenándose un nuevo reenvío; siendo que se realizó un nuevo juicio y se dictó la sentencia No.

679-2015 de las 9:00 horas del día 07 de setiembre de 2015 mediante la cual la endilgada fue absuelta; no obstante, se presentó nuevamente recurso de apelación contra dicha resolución, impugnación que se acogió por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal y ordenó el reenvío de la causa para un nuevo debate, el cual no se ha podido realizar en razón de que la endilgada Ann Maxin Patton se encuentra en estado de rebeldía dictada por este Despacho desde el día 8 de agosto de 2019. Si bien es cierto, dentro de la presente causa se han realizado tres juicios, de los cuales dos de ellos han resultado con sentencias absolutorias, esto no implica que de forma automática se deba archivar el expediente por el principio de doble conformidad, ya que como se expuso supra, este versa sobre la interposición de un recurso de apelación y no de la no realización del juicio oral y público, el cual no se ha podido realizar debido a la rebeldía de la encartada. Y es que tal y como se extrae de los antecedentes de la causa, al día de hoy existe una resolución dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago que ordenó la realización de un nuevo juicio oral y público, por lo que es evidente que al día de hoy y debido a que la reforma no es retroactiva por su carácter procesal, lo que se debe realizar es el juicio oral y público ya que es el estadio procesal en que se encuentra el expediente y la norma lo que prohíbe expresamente es la presentación de apelación y no la realización del juicio oral y público, siendo claro que este se debe realizar. En caso de que el Tribunal sentenciador absuelva a la encartada de toda pena y responsabilidad, en ese caso sí aplicaría la reforma y por ende el principio de doble conformidad, ya que el Ministerio Público estaría imposibilitado para interponer nuevamente recurso de apelación, tal y como lo indica expresamente el párrafo segundo del artículo 466 bis del Código Procesal Penal. Es decir, a este momento no hay ninguna sentencia absolutoria que apelar, lo que consta es una resolución del superior que ordena la realización de un debate y contra ello no aplica la doble conformidad. De esta manera se desprende que la reciente reforma al citado artículo constituye una limitante tanto para el Ministerio Público como para el querellante para interponer recurso de apelación a partir de la misma, esto debido al carácter procesal de esta; y por ende se desprende de los autos que desde la reforma al día de hoy, no se ha impugnado ninguna sentencia, ya que la que se impugnó fue mucho antes de la misma y como consecuencia se dictó el voto 284-207 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago quien ordenó el reenvío para un nuevo debate,

el cual no se ha realizado por lo ya indicado; y en caso de que se dicte una sentencia condenatoria aplicaría el principio de no reforma en perjuicio, pero antes de ese juicio no se puede aplicar, ya que la limitante es para interponer recurso de apelación y no para realizar juicio, que es lo que se ha ordenado por el superior. Por lo antes expuesto se rechaza la solicitud del Lic. Fabio Oconitrillo Tenorio; y debido a la situación procesal, lo que procede es cumplir con lo ordenado por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago en la resolución 2017-284 y realizar el juicio de reenvío; resultando esta junto con un sobreseimiento definitivo por muerte o por prescripción que se podría dar por terminada la causa y no por aplicación del principio de doble conformidad sin haberse realizado el debate oral y público. POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, se rechaza la solicitud del Lic. Fabio Oconitrillo Tenorio; y en virtud de la situación procesal respecto al principio de doble conformidad, lo que procede es cumplir con lo ordenado por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago en la resolución 207-284 y realizar el juicio de reenvío”.

Por medio de resolución de las diez horas de veintiuno de junio de dos mil veintidós, el Tribunal de Juicio Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, Sede Pérez Zeledón, dictó una resolución en la que rechazó una solicitud de adición, oportunidad en que indicó:

“ÚNICO: El recurso de adición presentando por el Lic. Oconitrillo Tenorio se rechaza en razón de lo siguiente. El recurso de adición y aclaración, adición en este caso, no es un recurso ordinario, la naturaleza del mismo es aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones o adicionar su contenido, si se ha omitido resolver algún punto controversial, siempre que tales actos no importen una modificación de lo resuelto. En el caso que nos ocupa es claro que no existe ningún término oscuro, ambiguo o contradictorio, ya que el mismo defensor así lo ha manifestado al alegar que la suscrita juzgadora arribó a la conclusión de que la única manera de aplicar el principio de doble conformidad es mediante la realización de un nuevo juicio (el cual ya está ordenado) y de resultar una absolutoria, el Ministerio Público estaría imposibilitado para presentar un nuevo recurso de apelación. Sin embargo, de la solicitud de adición que presenta la defensa se extrae que lejos de querer adicionar un aspecto controversial, lo que se formula es una

disconformidad contra lo resuelto. El recurso de adición y aclaración aplica cuando la fundamentación del juzgador no sea suficientemente clara para entender la parte resolutive y que no conlleven un cambio en la resolución emitida; no siendo este el caso, ya que como se mencionó supra, la resolución notificada fue bastante clara, incluso para el señor defensor y además, no se va a variar lo ya resuelto. Es criterio del Tribunal que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental de la señora [Nombre 001], quien figura como encartada en la presente causa, ya que la resolución emitida por este Despacho se apega al criterio procesal de la norma y por ende a los derechos que la asisten; incluso, la misma resolución le otorga el derecho a la señora [Nombre 001] de realizarse un juicio oral y público justo, que es lo que se encuentra ordenado en el expediente, por la resolución emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago; voto que resuelve la realización de un nuevo juicio, lo que no está prohibido por la norma; sin embargo el mismo no se ha realizado por la condición de rebeldía dictada contra la señora [Nombre 001] por este Despacho. Por todo lo antes expuesto se rechaza el recurso de adición presentado por la defensa técnica de la encartada. POR TANTO: Por todo lo antes expuesto se rechaza el recurso de adición presentado por la defensa técnica de la encartada contra la resolución de las trece horas treinta minutos del día 15 de junio de 2022, la cual rechaza la solicitud de archivo del expediente, en aplicación del principio de doble conformidad”,

En cuyo caso, debe reiterarse lo ya indicado por esta Sala en el considerando anterior, en el sentido que resulta procedente la aplicación de la reforma al artículo 466 bis del Código Procesal Penal, mediante la Ley No.10200 de 5 de mayo de 2022, respecto de aquellos procesos penales en trámite, anteriores a la entrada en vigencia de tal reforma, conforme al principio de favorabilidad. De hecho, esta Sala ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tema -al conocer de un agravio similar al que se formula en el *sub examine*-, en la sentencia nro. 2022-021423 de las 11:15 horas de 30 de setiembre de 2022, en la que se consideró, por voto de mayoría, lo siguiente:

“V.- El artículo 466 bis del Código Procesal Penal fue reformado mediante la Ley No.10200 de 5 de mayo de 2022, en el siguiente sentido:

“(…) Artículo 466 bis- Juicio de reenvío. El juicio de reenvío deberá ser celebrado por el mismo tribunal que dictó la sentencia, pero integrado por jueces distintos.

El Ministerio Público, el querellante y el actor civil no podrán formular recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal de Juicio que se produzca en juicio de reenvío que reitera la absolución de la persona imputada dispuesta en un juicio anterior.

En el caso del párrafo anterior, sí se podrán interponer los recursos correspondientes en lo relativo a la acción civil resarcitoria, la restitución y las costas (...)” (el énfasis no pertenece al original).

Para la fecha en la cual el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José valoró la admisibilidad del recurso de apelación planteado en contra de la segunda sentencia absolutoria (19 de julio de 2022), la citada reforma ya se encontraba vigente, pues en la misma se dispuso: “(...) Rige a partir de su publicación (...)”, lo que se verificó el 31 de mayo de 2022, en La Gaceta No.100. Atendiendo a los principios pro persona (se debe acudir a la norma más garantista o a la interpretación más favorable al ser humano) y pro libertate (debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca la libertad y, restrictivamente todo aquello que la limite), el Tribunal recurrido debió aplicar la disposición más beneficiosa a la situación jurídica del tutelado y de las tuteladas. Con su proceder la autoridad jurisdiccional demandada amenazó su libertad, pues al admitir el recurso de apelación y posteriormente anular la segunda sentencia absolutoria, los está exponiendo a la posibilidad de que en un tercer juicio se dicte en su contra una sentencia condenatoria, pese a que en dos ocasiones ya se les había absuelto de toda responsabilidad.

VI.- *Ciertamente esta Sala, en su jurisprudencia, ha seguido un criterio, en el sentido de que los conflictos que se presentan con la aplicación de las normas en el tiempo es un tema de legalidad, y no de constitucionalidad. Ergo, es al juez ordinario, y no al constitucional, a quien corresponde resolver este extremo de la controversia jurídica. Está línea jurisprudencial no se está cambiando en este caso. En el sub lite la situación es diferente. Tal y como se describe en la sentencia, es un hecho incontrovertido de que entró en vigencia una ley que establece el principio del doble conforme, de forma tal que se le prohíbe al Ministerio Público y a la víctima apelar una sentencia cuando en dos ocasiones se ha absuelto al imputado. Ahora bien, el meollo de la cuestión es si después de haber entrado en vigencia la ley, el*

*Tribunal recurrido debía o no tramitar una apelación que fue presentada **antes** de la vigencia de ley. Es decir, la apelación se presenta **antes** de la vigencia de la ley, pero el Tribunal la admite y ordena el reenvío **después** de su entrada en vigencia.*

Vista las cosas desde el prisma constitucional, más que un conflicto de normas en el tiempo, estamos ante otra arista: si una ley, que es más favorable para el imputado, debe o no aplicársele. Con otro ribete constitucional: de si la ley más favorable solo aplica en relación con la normativa sustantiva o también es posible extender ese beneficio a la normativa procesal o adjetiva. Sobre el primer extremo, no hay discusión de que la ley más favorable debe aplicarse a favor del imputado. El segundo punto, es más debatible, toda vez que ha sido tesis de la Corte Plena, cuando fungió como juez constitucional, que frente a las normas de orden público -entre las cuales incluye la normativa procesal-, no es posible alegar derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. Esta postura se ha seguido en el tiempo, y se ha afirmado que ante la vigencia de una norma procesal la persona no tiene derecho a exigir que su asunto o causa se tramite bajo la normativa anterior o la nueva; este es un extremo que corresponde definir al legislador a través de la normativa transitoria.

Por otra parte no es posible desconocer que la Sala Constitucional, en el voto N.º 4397-99, de las 16:08 horas, del 8 de junio de 1999 expresamente dispuso que la ley más favorable para el imputado solo aplica para la ley sustantiva. En efecto: "(...) En cuanto al principio de la aplicación de la norma más favorable, es importante reiterar que es un elemento integrante del debido proceso, y que por lo tanto tiene rango constitucional, como lo ha señalado en forma reiterada este Tribunal Constitucional (entre otras, ver sentencia número 0821-98, de las dieciséis horas cincuenta y un minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho). Sin embargo, debe hacerse la aclaración de que este principio es de aplicación exclusiva de la ley sustantiva, y referido al imputado únicamente, según se regula en los tratados internacionales de derechos humanos (...)" (Considerando VII). La Sala se refiere al numeral 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficia de ello. Y también al artículo 15 de Pacto de Derechos Civiles y Políticos que sigue idéntica

redacción. Conforme a la doctrina está normativa supone, entre otras cosas, lo siguiente:

1) Si se dicta una nueva ley que despenaliza la conducta -un hecho tipificado por una ley anterior- es aplicable con efecto retroactivo por tratarse de la norma más benigna. “Se aplica a las causas judiciales concluidas, a las pendientes de iniciación y a las que están en trámite.

2) La ley nueva que establece penas o condiciones menos severas de punición que una ley anterior se aplica con efecto retroactivo a las causas penales concluidas o pendientes y a las que están en trámite. Este principio se aplica en la hipótesis de reducción de las penas, de la transformación de la pena privativa de libertad en la pena de multa, a las causas de justificación o imputabilidad o culpabilidad, a los plazos de prescripción de las acciones penales y demás condiciones que resulten más benignas”. (Véase a: Badeni, Gregorio. La aplicación de la ley penal más benigna y los delitos de lesa humanidad. <http://www.derecho.uba.ar> > revistas > la-aplicacio...).

Resulta lógico de que no resulte aplicable la doctrina de la ley más benigna a favor del imputado cuando se trata de normas procesales, no solo porque son normas de orden público, sino porque tales normas de caracterizan por ser objetivas, toda vez que deben garantizar el principio de igualdad de armas entre las partes. En otras palabras, si una norma procesal estableciera una ventaja para una de las partes, evidentemente se estaría vulnerando el principio de igualdad en el ámbito procesal, la garantía de que las partes se encuentran en una situación igual, lo que debe ser garantizado por las normas procesales.

*Empero, la postura de que frente a la normativa procesal no es posible aplicar la ley más favorable o benigna para el imputado, en este **caso específico**, en este **asunto atípico**, que se sale de la normalidad, no resulta aplicable por varias razones. En primer lugar, porque evidentemente se está ante una norma más favorable para el imputado -no es lo mismo para él que exista la regla del doble conforme a que no la haya y, en este supuesto, haya un número ilimitado de reenvíos-. En cada juicio oral y público al que es sometido el imputado está de por medio su libertad, toda vez que a causa de las distintas integraciones del Tribunal, la forma en que se evacúa la prueba, la estrategia de la Fiscalía, la víctima y la defensa, etc.,*

*no hay certeza que en la tercera ocasión la sentencia será absolutoria. En segundo término, aun y cuando en la tercera, cuarta, quinta... ocasión se le absuelva, el someterlo a un proceso penal más allá de la segunda absolutoria le provoca un daño emocional, físico, familiar, económico -pena de banquillo-, lo que incluso es contrario a principios elementales de lógica y justicia. Es un hecho incuestionable que el proceso penal se caracteriza por la permanente incertidumbre de su resultado. En tercer término, la regla del doble conforme no crea un desequilibrio procesal entre las partes de proceso penal, toda vez que tanto el Ministerio Público como la víctima tienen dos oportunidades -dos juicios orales y públicos- para demostrar la culpabilidad del imputado. Lo que busca la regla del doble conforme es poner un límite al ius puniendi del Estado con el fin de ponerle un límite razonable al proceso penal; la idea es evitar procesos penales interminables, con la consecuencia de vulnerar el principio de seguridad jurídica. Finalmente, si bien es cierto la apelación fue presentada cuando **no estaba vigente** la ley y, por consiguiente, era posible atacar la sentencia en la que se declaró la segunda absolutoria, lo cierto del caso es que cuando se resuelve su admisibilidad la ley **ya estaba vigente** y, tal y como se indicó supra, con base en los principios pro persona, de inocencia y la reglas elementales que deben regir el proceso penal en un sistema democrático, lo que correspondía era declararla inadmisibile por un hecho sobreviviente -la entrada en vigencia de una ley-.*

Estas razones y otras que se podrían adicionar, hace concluir a esta Sala Constitucional que si bien estamos ante una norma adjetiva, procesal, su aplicación para el imputado resulta palmariamente más favorable, por lo que lo que corresponde es su aplicación y ordenar anular las resoluciones que admiten y reenvían el asunto para que se realice un nuevo juicio oral y público”.

Consideraciones aplicables en el *sub lite*. Debe reiterarse que si bien estamos ante una norma adjetiva o procesal –artículo 466 bis del Código Procesal Penal, reformado mediante la Ley No.10200 de 5 de mayo de 2022-, su aplicación para la persona imputada, a favor de quien se hayan dictado dos absolutorias, resulta palmariamente más favorable, en tanto supone reconocer la existencia un límite impuesto por el legislador a la posibilidad de continuar la persecución penal en el proceso, esto es, un límite a la potestad de perseguir y enjuiciar al acusado que se encuentra en tal supuesto de hecho, conforme a la norma reformada.

Ergo, lo que corresponde es acoger el presente recurso contra el Tribunal de Juicio Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, Sede Pérez Zeledón y anular las resoluciones por medio de las cuales se desestimó la solicitud formulada por la defensa de la tutelada a efecto de que se archivara el expediente N° [Valor 002], para que se resuelva conforme a Derecho corresponda, a la luz de lo indicado por esta Sala Constitucional en este pronunciamiento.

Por otra parte, en cuanto al Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, es menester señalar que ese despacho judicial, en aplicación del principio de impugnabilidad objetividad, ha resuelto las gestiones presentadas por la defensa técnica de la tutelada, por lo que no encuentra esta Sala algún acto u omisión que resulte lesiva de los derechos fundamentales.

VI.- CONCLUSIÓN. Bajo este orden de consideraciones, el recurso de hábeas corpus debe ser declarado parcialmente con lugar, solamente respecto al Tribunal de Juicio Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, Sede Pérez Zeledón, en los términos que se dirá en la parte dispositiva. El magistrado Cruz Castro consigna nota. El magistrado Rueda Leal y la magistrada Garro Vargas salvan el voto y declaran sin lugar el recurso. El magistrado Salazar Alvarado salva el voto y declara sin lugar el recurso.

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, estos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de treinta 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 N° 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:

Por mayoría, se declara parcialmente con lugar el recurso, únicamente en contra del Tribunal de Juicio Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, Sede Pérez Zeledón. Se anulan la resolución de las 13:30 horas del 15 de junio de 2022, y la resolución de las 07:40 horas del 1° de julio de 2022, ambas del Tribunal de Juicio Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, Sede Pérez. Se ordena a Carlos Adolfo

Calderón Bogantes, en su condición de Juez del Tribunal de Juicio del Tribunal de Pérez Zeledón, o a quien en su lugar ocupe ese cargo, que lleve a cabo todas las actuaciones que estén dentro del ámbito de su competencia para que se valore nuevamente la solicitud de la defensa técnica de la tutelada tendente a que se disponga el archivo del expediente N° [Valor 002], y se resuelva conforme a Derecho corresponda, a la luz de lo indicado por esta Sala Constitucional en este pronunciamiento. Lo anterior bajo el apercibimiento de que, con base en lo establecido en el artículo 71, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo o de hábeas corpus y no la cumpliere o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado al pago de los 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 cuanto al Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, se declara sin lugar el recurso. El magistrado Cruz Castro consigna nota. El magistrado Rueda Leal y la magistrada Garro Vargas salvan el voto y declaran sin lugar el recurso. El magistrado Salazar Alvarado salva el voto y declara sin lugar el recurso.-

Magistrados Fernando Castillo V., Presidente / Fernando Cruz C. / Paul Rueda L. / Luis Fdo. Salazar A. / Jorge Araya G. / Anamari Garro V. / Roberto Garita N.

Exp: 23-006082-0007-CO

Res. N° 2023008843

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO RUEDA LEAL Y LA MAGISTRADA GARRO VARGAS, CON REDACCIÓN DEL PRIMERO. Respetuosamente, nos separamos del criterio de la mayoría, pues consideramos que corresponde declarar sin lugar el recurso por los siguientes motivos.

Primeramente, advertimos que en la sentencia nro. 2022021423 de las 11:15 horas de 30 de septiembre de 2022, citada por la mayoría, salvamos el voto y declaramos sin lugar el recurso, toda vez que en ese asunto en particular no se alegó alguna lesión o amenaza directa a la libertad de la parte tutelada susceptible de ser declarada en la vía sumaria del habeas corpus. Sin embargo, tal no es la situación del *sub iudice*, donde se cuestiona una orden de detención dictada en contra de la imputada a

los efectos de celebrar un juicio de reenvío que también es reprochado por la parte accionante.

Aclarado lo anterior, adviértase que, en el *sub lite*, lo pretendido por el recurrente es que, ante la orden de captura y el juicio de reenvío pendiente en la sumaria, esta Sala disponga que resulta aplicable el ordinal 466 bis del Código Procesal Penal, que fue reformado en mayo de 2022 a través de la ley nro. 10200.

Concretamente, la reforma al ordinal referido estatuye que: *“El Ministerio Público, el querellante y el actor civil no podrán formular recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal de Juicio que se produzca en juicio de reenvío que reitere la absolucón de la persona imputada dispuesta en un juicio anterior”*. Por ello, el accionante sostiene que, al haber sido absuelta en enero de 2013 y en septiembre de 2015 (antes que la reforma aludida entrara en vigor), los efectos de esa norma deben aplicarse de manera retroactiva a fin de que se defina la imposibilidad de someter a la imputada a un nuevo juicio de reenvío.

Desde este panorama, consideramos que el objeto de este recurso tiene que ver con aspectos derivados de la aplicación de normas ordinarias en el tiempo, pues lo que el accionante solicita es que esta Sala determine si una norma procesal o adjetiva es aplicable o no a situaciones acaecidas antes de su entrada en vigor.

Sobre el punto, resaltamos que este Tribunal ya se ha pronunciado sobre este tipo de planteamiento, respecto de lo cual ha decidido que tal discusión es propia de ser ventilada en la jurisdicción ordinaria competente. Verbigracia, en los asuntos en que se ha alegado ante esta jurisdicción constitucional que una ley posterior derogó el ordinal 2 de la Ley nro. 8754 (Ley Contra la Delincuencia Organizada), esta Cámara ha sostenido que es competencia del juez ordinario determinar los alcances e interpretación relativos a la aplicación de las normas en el tiempo (criterio que, en estos casos concernientes a la discusión sobre la vigencia del ordinal 2 de la citada ley, el infrascrito magistrado suscribió a partir de las sentencias nros. 2022018872 y 2022018928, ambas de las 9:05 horas del 12 de agosto de 2022). Por ejemplo, en la sentencia nro. 2022022919 de las 9:20 horas de 30 de septiembre de 2022, la Sala indicó:

“III.- CASO CONCRETO. En el sub lite, el recurrente pretende a través de este proceso de habeas corpus se ordene al Tribunal Penal de Juicio que tramita el proceso penal no. [Valor 002] otorgarle un cambio de medidas, basado en la derogatoria del artículo No. 2 de la Ley de Crimen Organizado No. 8754. Sobre el particular, debe indicársele al tutelado que a esta Sala Constitucional no le

*corresponde determinar si la Ley No. 8754 está vigente o no, pues no cabe duda que **es al juez ordinario a quien compete determinar los alcances de la interpretación y aplicación de la Ley. Por consiguiente, es esa autoridad jurisdiccional la que debe establecer si la norma está vigente o no.** Debe recordarse que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, **lo referente a si una ley está o no derogada, si se debe aplicar la ley posterior y no la anterior -véase la sentencia 2021-000617-, si hay una errónea aplicación de la ley en el tiempo - véanse las sentencias 2020-012787 y 2020-002579- y la aplicación de las normas en el espacio -véase la sentencia 2019-024787-, no son temas de constitucionalidad, sino de legalidad.** Ergo, corresponde a los tribunales ordinaria y, en última instancia, a las Sala Casación, resolver estas cuestiones, por lo que el agravio supra citado deberá ser residenciado en esas sedes, si a bien lo tiene el tutelado. Finalmente, y, en igual sentido, resulta oportuno aclarar que la pretensión del recurrente también excede la competencia de este Tribunal Constitucional, al solicitarle que revoque y sustituya la medida cautelar de prisión preventiva, pues ello corresponde ser dilucidado en el propio proceso penal.” (En igual sentido las sentencias nros. 2022028485 de las 9:20 horas de 29 de noviembre de 2022 y 2023002295 de las 9:40 horas de 31 de enero de 2023, entre otras).*

Ergo, en consonancia con la línea de este Tribunal en cuanto a la situación de los asuntos de delincuencia organizada, *prima facie* no apreciamos motivo alguno por el cual la postura en el *sub lite* deba ser diferente en relación con el ordinal 466 bis del Código Procesal Penal.

De este modo, a diferencia de lo señalado por la mayoría y en congruencia con el criterio vertido en asuntos análogos, estimamos que no es competencia de esta Sala fijar los alcances que la norma ordinaria aludida tiene dentro del proceso penal, ni establecer si sus efectos pueden aplicarse de manera retroactiva a situaciones acaecidas antes de su vigencia formal. Por consiguiente, si el recurrente estima que el caso concreto de la tutelada se circunscribe dentro del ámbito normativo del ordinal 466 bis del Código Procesal Penal, deberá formular los alegatos que correspondan en el propio proceso penal.

Ahora bien, a los efectos de este recurso de habeas corpus, *a priori* se descarta que la orden de captura vigente en contra de la tutelada sea abiertamente ilegítima, toda vez que esta obedece a la declaratoria de rebeldía dictada por el Tribunal de Juicio de Pérez Zeledón por medio de la resolución de las 14:43 horas de 8 de agosto de 2019,

y al juicio de reenvío aún pendiente de realizar. Empero, se reitera, si el accionante considera que dicho juicio resulta improcedente deberá formular sus alegatos en el propio proceso penal a través de los mecanismos procesales correspondientes.

En consecuencia, salvamos el voto y declaramos sin lugar el recurso.

Paul Rueda L. Anamari Garro V.

EXPEDIENTE 23-006082-0007-CO

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO SALAZAR ALVARADO.

Con el acostumbrado respeto, disiento del criterio de mayoría, en cuanto consideró que, en virtud de los principios *pro persona* y *pro libertate*, debió el Tribunal de Juicio Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, Sede Pérez Zeledón, aplicar la retroactividad de la norma -concretamente el artículo 466 bis, del Código Procesal Penal, reformado mediante la Ley N°10200 del 05 de mayo del 2022-, al momento de resolver la admisión del recurso de apelación presentado por el Ministerio Público, en la causa penal N° [Valor 002]; y, en su lugar, salvo el voto y declaro sin lugar el recurso, por las siguientes razones.

Este Tribunal, mediante la Sentencia N°1999-004397 de las 16:06 horas del 08 de junio de 1999, conoció de una consulta judicial planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la que se abordó, entre otros aspectos, el principio de retroactividad contenido en el artículo 12, del Código Penal, y se estableció con claridad que su empleo versa únicamente sobre normas sustantivas, y no así respecto de preceptos procesales:

“II.- DEL PRINCIPIO LA APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL MÁS FAVORABLE. En cuanto al principio de la aplicación de la norma más favorable, es importante reiterar que es un elemento integrante del debido proceso, y que por lo tanto tiene rango constitucional, como lo ha señalado en forma reiterada este Tribunal Constitucional (entre otras, ver sentencia número 0821-98, de las dieciséis horas cincuenta y un minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho). Sin embargo, debe hacerse la aclaración de que este principio es de aplicación exclusiva a la ley sustantiva, y referido al imputado únicamente, según se regula en los tratados internacionales de derechos humanos, concretamente en el

artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante ley número 4229, de once de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho), que dispone: "[...] Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello", y en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobado mediante ley número 4534, de veintitrés de febrero de mil novecientos setenta): "[...] Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella." Este principio es regulado también en la legislación nacional, según los lineamientos que establecen las transcritas normas internacionales, precisamente en el artículo 12 del Código Penal, el cual dice: "Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue." Debe agregarse que el principio de la norma penal más favorable se aplica únicamente cuando hay un conflicto de normas sustantivas, debiendo el juez -necesariamente- optar por la norma que prevea la sanción menos grave o si es del caso, por la que se despenaliza la conducta: "Con relación a la vigencia temporal de la ley penal, debe decirse que en general, los hechos punibles se han de juzgar de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión. Ello constituye una consecuencia directa de la aplicación del principio de irretroactividad, que se encuentra establecido en el artículo 34 de la Constitución Política que obedece a su vez a los principios de legalidad y seguridad jurídica. No obstante, existe una excepción a ese principio, que es la retroactividad de la ley penal más favorable, la cual se desprende tanto del artículo 34 señalado, como del texto del numeral 12 del Código Penal que indica: «Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resulta más favorable al reo, se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el Tribunal competente modificar la sentencia, de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley.» El fundamento lógico racional de esa aplicación retroactiva, radica en la no necesidad de pena. Se estima que el ordenamiento jurídico, que ha cambiado la valoración de la conducta, ya sea, valorándolo positivamente o valorándolo menos negativamente, ya no le interesa la aplicación de las consecuencias jurídicas que se preveían en los supuestos anteriores. El principio general de libertad, de intervención mínima y en general, la función preventiva del Derecho Penal obligan a considerar la no aplicación

de una norma penal menos favorable en un momento posterior al de su vigencia. Tanto la irretroactividad de la norma penal menos favorable cuanto la retroactividad de la más favorable obedecen al deseo de otorgar mayores espacios de libertad a los ciudadanos. En definitiva, considera esta Sala que la aplicación de la ley penal más favorable sí forma parte del debido proceso, por lo que ante un conflicto de normas, el juez debe necesariamente optar por la norma que prevea la sanción menos grave o si es del caso, por la que despenaliza la conducta. El Tribunal consultante deberá establecer si en el caso que se analiza se infringió o no el principio de aplicación de la ley penal más favorable” (sentencia número 0821-98, de las dieciséis horas cincuenta y un minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho).- En virtud de lo dicho, necesariamente debe concluirse que este principio constitucional (norma penal más favorable), no puede aplicarse en forma retroactiva en relación a las normas procesales (...)” (véase en ese mismo sentido, la Sentencia N°2010-005890 de las 14:53 horas del 24 de marzo del 2010).

En ese mismo sentido, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha sido conteste en confirmar, vía jurisprudencial, la tesis sostenida por esta Jurisdicción Constitucional, señalando:

“III.- En primer lugar debe señalarse que nuestro sistema constitucional establece como principio que los delitos han de juzgarse conforme a la ley vigente a la fecha de los hechos (principio de irretroactividad de la ley), según se desprende de una clara relación de los artículos 34, 39 y 129 de la Constitución Política, pero no se dispone como principio una aplicación retroactiva y obligatoria de la ley más favorable. En este sentido es de resaltar la frase del artículo 39 que exige LEY ANTERIOR como requisito mínimo para que pueda declararse a una persona como autora de un delito y aplicársele una pena. El principio constitucional parte de la necesidad de que se haya promulgado previamente una ley, con fecha anterior al hecho, para resolver el caso concreto. Ese principio constitucional lo reitera el artículo 11 del Código Penal al disponer que “los hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión”. Esta situación resulta conveniente aclararla porque podría pensarse que nuestra Constitución establece como principio la aplicación retroactiva de la ley más favorable, cuando en realidad establece como garantía que los hechos habrán de juzgarse de conformidad con la ley vigente (y en

consecuencia anterior) a la fecha de los hechos. Ciertamente, nuestra Constitución no prohíbe la aplicación retroactiva de una ley posterior, cuando ello pueda resultar favorable al reo. Pero esta falta de prohibición no se traduce en una obligación de aplicar, en todos los casos, la ley posterior más favorable. Lo que nuestra Constitución prohíbe, eso sí, es la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna, de sus derechos patrimoniales o de situaciones jurídicas consolidadas, pero esa norma no establece que las leyes posteriores deben aplicarse retroactivamente cuando resulten más favorables para las personas, para sus derechos patrimoniales o para situaciones jurídicas consolidadas. En realidad en materia penal quien sí establece una aplicación obligatoria y necesaria de la ley posterior más favorable (retroactividad obligatoria) es el Código Penal, al disponer en el artículo 12 que "si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquel se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue". Sin embargo, tratándose de una excepción prevista en una ley, otra ley podría perfectamente disponer lo contrario, y señalar casos en los cuales no habría de ser obligatoria la aplicación de una supuesta ley posterior más favorable, en el evento de que las modificaciones a la cuantía se calificaran como ley posterior más favorable, cosa esta última que también ponemos en duda. Cabe agregar que el Código Procesal Penal no contiene una norma similar al artículo 12 del Código Penal, y por esa razón en materia procesal no existe la obligación de aplicar retroactivamente la ley más favorable, lo que refuerza la tesis de que la aplicación retroactiva de la ley más favorable no se desprende de la Constitución. De lo contrario, si admitiéramos hipotéticamente que las leyes procesales posteriores deben aplicarse a casos anteriores porque así lo ordena la Constitución, habría que admitir la posibilidad de repetir el juzgamiento de otros que fueron condenados sin esas oportunidades, lo cual nos conduciría a un absurdo, pues habría que volver a juzgar a todas las personas que han sido condenadas en toda la historia. [...]" (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 416-1993 de las diez horas y cincuenta minutos del 30 de septiembre de 1993. Ver también en ese mismo sentido las resoluciones N° 883-02 de las trece horas con cuarenta minutos del 12 de septiembre de 2002; N° 115-04 de las diez horas con diez minutos del 20 de febrero de 2004, y; la N° 1422-05 de las diez horas con quince minutos del 07 de diciembre de 2005).

De conformidad con lo anterior, resulta claro para el suscrito, que la posición de mayoría resulta contraria al estimar que la autoridad recurrida debió aplicar la reforma del artículo 466 bis, del Código Procesal Penal, al conocer sobre la admisibilidad del recurso de apelación, pues según ese criterio, el precepto legal se encontraba vigente y resultaba más beneficioso al impedir la apelación, al haber operado la doble conformidad en esa causa.

Mantener esa postura conlleva omitir el principio denominado *tempus regit actum*, el cual establece que la norma a aplicar en el *sub lite*, correspondería a aquella que se encontraba vigente al momento en que el acto se produjo. Esa tesis ha sido adoptada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en un caso reciente con similares planteamientos, en el que se concluyó:

“(C) Sobre la nueva regulación de la doble conformidad según enmienda introducida al artículo 466 bis del Código Procesal Penal. Es necesario acotar que el pasado 31 de mayo de 2022 se publicó en el Diario Oficial La Gaceta (N° 100), la ley N° 10200 del 5 de mayo de 2022. El texto legal en mención contiene un artículo único por medio del cual se reforma el artículo 466 bis de la ley N° 7594 (Código Procesal Penal). La nueva versión de este precepto adjetivo estatuye: “El juicio de reenvío deberá ser celebrado por el mismo tribunal que dictó la sentencia, pero integrado por jueces distintos. **El Ministerio Público, el querellante y el actor civil no podrán formular recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal de Juicio que se produzca en juicio de reenvío que reitere la absolución de la persona imputada dispuesta en un juicio anterior.** En el caso del párrafo anterior, sí se podrán interponer los recursos correspondientes en lo relativo a la acción civil resarcitoria, la restitución y las costas.” (el destacado no corresponde al original). Una interpretación literal – gramatical de la norma permite colegir que la limitación recursiva para el actor penal se presenta ahora para formular un recurso de apelación de sentencia en relación con una segunda absolutoria dictada por un tribunal de juicio. Es decir; a partir de esta regla serán los tribunales de apelación de sentencia los llamados a decretar casuísticamente la verificación de la doble conformidad. Ahora bien, es preciso subrayar que lo anterior en modo alguno afecta la decisión que aquí se adopta, toda vez que la nueva edición del artículo 466 bis de la ordenanza procesal penal posee una naturaleza claramente procesal y, en consecuencia, su aplicación debe regirse por el principio *tempus regit*

actum, el cual ordena la aplicación de las normas en vigor en el momento del hecho juzgado. Ello quiere decir que el precepto jurídico regirá los procedimientos en marcha, o por iniciar, al momento de su entrada en vigencia (situada el 31 de mayo del año en curso), siendo inaplicable la retroactividad” (Sentencia N°00680-2022 de las 10:24 horas del 24 de junio de 2022, emitida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia).

De ahí que, conforme a lo expuesto, considero que esta Sala Constitucional no es una instancia más dentro del proceso penal; y, por ende, no le corresponde definir la normativa que, en el caso concreto, debía ser aplicada por el Tribunal de Juicio Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, Sede Pérez Zeledón. De manera, que cualquier disconformidad debía plantearse y resolverse dentro del propio proceso penal, utilizando para tal los mecanismos que el Código Procesal Penal pone a disposición de las partes.

Luis Fdo. Salazar Alvarado

Magistrado

Exp:23-006082-0007-CO

Res. N° 2023-008843

Nota del Magistrado Cruz C. La dignidad humana en la base de la regla de doble conformidad (límite al ius puniendi del Estado).

Este recurso de hábeas corpus ha sido declarado con lugar en contra del Tribunal de Juicio Penal, en un sentido similar a lo indicado en sentencia n°2022-21423 de las 11:45 horas del 30 de setiembre del 2022, porque esta Sala consideró que, en este caso, resulta procedente la aplicación de la reforma al artículo 466 bis del Código Procesal Penal, mediante la Ley No.10200 de 5 de mayo de 2022 (la cual establece la regla de doble conformidad), respecto de aquellos procesos penales en trámite, anteriores a la entrada en vigencia de tal reforma, conforme al principio de favorabilidad.

En el mismo sentido en que lo hice en la sentencia anteriormente indicada, en este caso he considerado necesario consignar esta nota, a efectos de ratificar que la dignidad humana está en la base de la regla de doble conformidad. La persecución penal debe

tener límites respecto de la pretensión del querellante o la acusación. Este es el principio que debe aplicarse en este caso.

La regla de la doble conformidad tiene como objetivo ponerle un límite al ius puniendi del Estado y establecer un límite razonable al proceso penal, evitando los procesos penales interminables y resguardar con ello el principio de seguridad jurídica. Así se impone a los órganos de la acusación, la imposibilidad de impugnar la absolutoria en un juicio de reenvío cuando este fue igualmente absuelto en un primer debate. En este caso, al denegar la aplicación de tal regla y pretender que la imputada continúe bajo el proceso penal, más allá de las absolutorias, resulta contrario a los principios más elementales de lógica, justicia y con ello, contrario también a la dignidad humana.

Los procesos penales dentro de un sistema democrático, no pueden mantener la pretensión punitiva sin restricción. La judicatura debe aplicar la norma más favorable para el imputado -sea norma sustancial o norma procesal-, y con ello hacer valer, más allá de las formalidades, los principios pro persona, inocencia y el de plena vigencia a la dignidad humana. La represión penal requiere limitaciones, en este caso, debe evitarse que una persona sea sometida a procesos penales interminables, una y otra vez.

Tal como lo indicó esta Sala en sentencia número 2009-007605, el acusador tiene una oportunidad para la demostración de la culpabilidad del acusado, de manera que si se produce una absolutoria en el primer juicio, tiene el derecho de recurrir de la sentencia, pero si se procede de nuevo una absolutoria, no se permite recurrir de nuevo. Se puede impugnar la absolutoria pero solamente una vez. El Estado no puede mantener ad perpetuam su potestad represiva hasta lograr el dictado de una sentencia condenatoria. Sostener lo contrario, sería desconocer las garantías constitucionales que siempre le impone límites al poder represivo del Estado.

El imputado mantiene incólume su carácter de persona y pretender que alguien pueda ser perseguido por el Estado de forma perpetua, no sólo es contrario a los principios más elementales del proceso penal en un Estado democrático, sino principalmente a la dignidad humana, base del reconocimiento de todos los derechos humanos. En cada absolutoria se confirma la presunción de inocencia, por esta razón, los sujetos encargados de la persecución penal, deben tener un límite en la posibilidad de cuestionar la decisión absolutoria. Esta limitación debe aplicarse como parte de las reglas del debido proceso, porque aunque se utilice el formato procesal, recurriendo reiteradamente un fallo absolutorio, tal prolongación del proceso significa un debilitamiento de la presunción de inocencia y del principio de cosa juzgada. La duración del proceso represivo del Estado, debe tener un límite, lo que incluye, por

supuesto, la posibilidad de mantener vigente una pretensión punitiva, a pesar de reiterados fallos absolutorios. Esta garantía, quizás incomprensible desde una visión punitivista, prioriza los derechos individuales frente al “ius puniendi” de la colectividad.

Fernando Cruz C.

Magistrado