

Sentencia: 03179 Expediente: 94-002420-0007-CO
Fecha: 30/06/1994 Hora: 3:15:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo

Redactor: Carlos Manuel Arguedas Ramírez

Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
<p>Exp. No.2420-A-94 No.3179-94 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-</p> <p>San José, a las quince horas quince minutos del treinta de junio de mil novecientos noventa y cuatro.- Recurso de amparo de JORGE ESTEBAN SANCHEZ MONTERO, en su condición de Apoderado Generalísimo sin límite de suma de la empresa COLOR VISION SOCIEDAD ANONIMA, contra el JEFE DEL DEPARTAMENTO DE TERRENOS y el MINISTRO DE OBRAS PUBLICAS y TRANSPORTES.-</p> <p>RESULTANDO</p> <p>1.-</p> <p>Apunta el recurrente en su escrito de interposición del recurso que el 3 de mayo de 1994 solicitó al Ministerio de Obras Públicas y Transportes permiso para fotocopiar el expediente administrativo relacionado con el acuerdo número 48 publicado en La Gaceta # 235 de 9 de diciembre de 1993, referente a permutas de terrenos que afectan los intereses de su representada; que debido a la negativa del Jefe de Terrenos, se insistió ante el jerarca, sin que a la fecha se haya girado orden para lograr fotocopias del expediente; que su representada tiene interés legítimo de estudiar y conocer a fondo el expediente administrativo, toda vez que resultó afectada con la permuta realizada por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y la empresa Sonray S.A., y debe comprobarse si existieron o no anomalías jurídicas que puedan confirmar actuaciones graves que den paso a acciones administrativas y jurisdiccionales; que se han violado los artículos 27, 30, 41 y 49 de la Constitución Política.</p> <p>2.-</p> <p>El Ministro y el Jefe del Departamento de Terrenos del Ministerio de Obras Públicas y Transportes informan que efectivamente como lo indica el accionante el 3 de mayo de 1994 se presentó la solicitud para obtener fotocopias del expediente número 24.229; que el Ministro no ha recibido ninguna gestión de los recurrentes, ya que su labor empezó a partir del 9 de mayo del año en curso; que el Jefe del Departamento de Terrenos no se ha opuesto a que el recurrente tenga acceso al expediente administrativo; que en cuanto al fotocopiado del expediente el accionante no se encuentra en los casos previstos por los artículos 272 y 275 de la Ley General de la Administración Pública, ya que no es parte interesada dentro del citado expediente; que la empresa Color Visión no tiene interés legítimo, pues si bien es cierto durante algún tiempo estuvo utilizando fajas de terreno del Estado, los contratos expiraron</p>

hace varios años y no se produjeron las prórrogas del caso; que no consta que contra el acto o acuerdo No. 48, publicado en La Gaceta No. 235 del 9 de diciembre de 1993 se haya interpuesto en sede administrativa acción recursiva que demuestre que se ostenta derechos subjetivos o interés legítimo.

3.-

En los procedimientos se han observado los términos y prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Arguedas Ramírez; y CONSIDERANDO

I.-

Hechos Probados: De importancia se tienen los siguientes: a) que el 3 de mayo de 1994 el señor Jorge Esteban Sánchez Montero, apoderado generalísimo de la sociedad Color Visión, presentó solicitud ante el Ministerio de Obras Públicas y Transportes tendiente a que se le permitiera fotocopiar el expediente administrativo relacionado con la permuta publicada en La Gaceta número 235 de 9 de diciembre de 1993, según acuerdo 48 de ese Ministerio, alegando un interés legítimo en conocer y estudiar el conjunto de documentos públicos que lo integran (ver folio 6); b) que el 27 de mayo de 1994 el Jefe del Departamento de Terrenos del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, mediante oficio 00459 le comunica al gestionante que puede consultar el expediente administrativo No. 24.229 en el que fueron tramitadas las diligencias de permuta que autorizó el acuerdo No. 48, publicado en la Gaceta No. 235 de 9 de diciembre de 1993 (ver folio 82 del expediente administrativo).

II.-

De la relación de hechos transcrita se determina que la petición del recurrente fue contestada, pues el derecho de petición no implica que la administración deba actuar o responder conforme con lo solicitado, sino que lo importante, al menos en principio, es que la petición sea contestada. Sin embargo, esta contestación no debe ser dentro del plazo que antojadizamente determina la administración, sino el que establece la ley. Si en el presente caso, la gestión para que se permitiera consultar y fotocopiar el expediente administrativo No. 24.229 se presentó ante el funcionario recurrido en fecha 3 de mayo de 1994 y no es sino hasta el 27 del mismo mes que se le contesta, el quebrantamiento a los artículos 27 de la Constitución Política y 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se ha producido, pues los diez días a que hace referencia el segundo de estos artículos fue sobradamente superado. Ahora bien, el recurrente acusa que la denegatoria de la solicitud implica la violación al derecho constitucional establecido en el artículo 30. La administración denegó el fotocopiado del expediente administrativo alegando que el accionante no es parte interesada dentro del citado expediente, y para ello se apoya en los artículos 272 y 275 de la Ley General de Administración Pública. El derecho de información, ha señalado esta Sala, tiene como fundamento el interés de la comunidad de conocer la actividad del funcionario público, así como su buen o mal desempeño en el ejercicio del cargo y las informaciones que siendo de interés público se hayan en las oficinas o departamentos administrativos. No cabe duda, que como toda regla tiene su excepción, la denegatoria se permite cuando sea información confidencial que comprometa la contraparte o confiera un privilegio indebido para dañar ilegítimamente a la Administración dentro o fuera del expediente. No podríamos incluir la situación subexámene, toda vez que la recurrida le permitió al recurrente consultar el expediente, lo que presupone que no existía ninguna información confidencial que comprometiera a la contraparte o pudiera dañar ilegítimamente a la administración. Por otra parte, existía un interés directo, ya que

como lo reconoce la autoridad recurrida, hubo un contrato de la empresa Color Visión S.A. con el Estado, que aunque suspendido o fenecido, podría hacer derivar alguna consecuencia de interés para ésta, que quiere hacer valer ante los órganos administrativos o jurisdiccionales correspondientes. Es por ello que no resulta legítimo el negarse a suministrar las copias del documento que se pidió, y por ende el recurso debe declararse con lugar, no solo por violación al artículo 27 sino también al 30 de la Constitución Política.- POR TANTO

Se declara con lugar el recurso. Se ordena al Departamento de Terrenos del Ministerio de Obras Públicas y Transportes poner a disposición del recurrente el expediente No. 24.229 para que sea fotocopiado. Se condena al Estado al pago de los daños y perjuicios causados, con los hechos a que se refiere esta condenatoria, los que se liquidarán, en su caso, en la vía de ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

Luis Paulino Mora M.

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

Eduardo Sancho G. Carlos Ml. Arguedas R.

José Luis Molina Q. Alejandro Rodríguez V.

JACH/RQS '94

AMPARO 2420-A-94

COLOR VISION S.A.

MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTES

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 28/2/2013
11:27:54 AM

Sentencia: 04235 Expediente: 94-002659-0007-CO
Fecha: 12/08/1994 Hora: 3:03:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Ana Virginia Calzada Miranda
Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
<p>Amparo Fecha: 12/08/1994 RECURSO DE AMPARO N(2659-V-94</p> <p>ARTURO PACHECO MURILLO Y OTRO</p> <p>MUNICIPALIDAD DE SANTA CRUZ.</p> <p>2659-V-94. VOTO N(4235-94.</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas tres minutos del doce de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.</p> <p>Recurso de amparo establecido por Arturo Pacheco Murillo, mayor, casado, perito topógrafo, vecino de Moravia, cédula número 2-280-018 y Mario Flores Arias, mayor, soltero, estudiante, vecino de Santa Cruz, Guanacaste, cédula número 1-806-423 contra el Ejecutivo Municipal de Santa Cruz y el Encargado de la Zona Marítimo Terrestre de esa Municipalidad.</p> <p>RESULTANDO:</p> <p>I.-</p> <p>Los recurrentes establecieron acción de amparo por cuanto la Municipalidad de Santa Cruz, Guanacaste con una actitud a todas luces ilegal y con una total falta al debido proceso, dejaron sin efecto unas solicitudes por ellos presentadas respecto de unas concesiones de unos lotes en Playa Avellanas, y en su defecto otorgarlas a un grupo de amigos. Que al solicitar a los recurridos que se les mostraran las solicitudes de las personas a las cuales se les concedió la concesión, se les informó que no estaban autorizados para mostrar a los ciudadanos particulares dichos documentos, por existir una orden del ejecutivo municipal que así lo estipula. Que en fecha 30 de mayo último, solicitaron por escrito certificación de los documentos que se interesan, gestión que les fue contestada mediante oficio de fecha 03 de julio del año en curso en donde se les indicó que en el Departamento no es recomendable legalmente certificar un expediente de personas a personas ajenas a los intereses que persiguen las segundas o terceras personas. Que lo actuado es violatorio de los artículos 27, 30 y 33 constitucionales y solicitan se declare con lugar el recurso.</p> <p>II.-</p> <p>Los recurridos al rendir el informe solicitado, manifestaron que en ningún momento han negado a los recurrentes información de asuntos en donde tengan interés y sean parte de gestiones que se hayan presentado ante la Municipalidad de Santa Cruz. Que la Municipalidad brinda información a los administrados que la soliciten y estos deben ajustarse a las circulares que al efecto se han dictado para garantizar la custodia de los documentos. Que mediante circular de fecha 20 de mayo de 1994, la Municipalidad estableció que debido a una serie de irregularidades planteadas por el Asesor Municipal ante el Concejo Municipal, se les recomendó observar una serie de directrices respecto a la custodia de los expedientes, así como a quienes se debía dar información. Que dicho acuerdo fue tomado con base a un una serie de recomendaciones dadas por la Sala Segunda en resolución de las catorce horas treinta minutos del trece de abril de mil novecientos noventa y cuatro, así como en las prácticas que al efecto tiene el Poder Judicial. Por lo expuesto, solicitan se declare sin lugar el recurso.</p> <p>III.-</p> <p>Que en los procedimientos se han observado los términos y prescripciones de ley.</p> <p>Redacta la Magistrada Calzada, y;</p> <p>CONSIDERANDO:</p> <p>I. El numeral 30 de la Constitución Política dice literalmente: " Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con el propósito de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado ".</p> <p>II. Como se desprende del informe -que se tiene dado bajo juramento- y de la documentación a él acompañado -que se ha tenido a la vista-, que la Municipalidad recurrida se negó a suministrar la certificación solicitada por los recurrentes en memorial de fecha 30 de mayo del año en curso, según oficio de fecha 03 de junio del mismo año, argumentando su negativa en que para el Departamento no es recomendable certificar un expediente de persona a persona ajenas a los intereses que persiguen las segundas o terceras personas, sin determinar que los recurrentes son interesados directos en el asunto, además de tratarse de información pública, en razón de que el expediente se refiere a trámite de otorgamiento de concesiones. Solo tratándose de procedimientos administrativos contra los administradores o funcionarios de la administración, la información únicamente puede darse a los interesados en el proceso o quienes figuren como parte. Pero, en tratándose de otros trámites administrativos, como, el de este caso tienen un carácter eminentemente público, por lo que cualquier particular sea interesado directo o no, tienen derecho a imponerse de la información que allí conste. Como en este caso, la Municipalidad se negó a expedir la certificación por ellos solicitada, aún tratándose de información pública que no se trata de la excepción contenida en el numeral 30 constitucional, la negativa resulta arbitraria y violatoria de los numerales 27 y 30 de la Constitución Política. En todo caso, la desconformidad que los recurrentes tengan con el otorgamiento de la concesiones dadas, es un asunto de mera legalidad, que como tal, debe ser discutido, como en efecto se está haciendo, no en esta Sala sino en la vía jurisdiccional correspondiente. En consecuencia, el recurso resulta procedente y así debe declararse, y advertir a la Municipalidad recurrida no incurrir en conductas posteriores que hagan aplicable lo dispuesto en artículos 71 y 72 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.</p> <p>POR TANTO:</p> <p>Se declara con lugar el recurso y se restituye a los recurrentes en el pleno goce de sus derechos fundamentales. Proceda la Municipalidad recurrida a expedir la certificación solicitada por los recurrentes, dentro del plazo de quince días, contados a partir de la comunicación de esta resolución. Se advierte a la Institución recurrida no incurrir en conductas posteriores que hagan aplicable lo dispuesto en artículos 71 y 72 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se condena a la Municipalidad de Santa Cruz al pago de las costas, daños y perjuicios causados, los que se liquidarán, en su caso, en la vía de ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.</p> <p>Luis Paulino Mora M.</p>

Presidente.

R. E. Piza E. Jorge E. Castro B.

Luis Fernando Solano C. Eduardo Sancho G.

Carlos Ml. Arguedas R. Ana Virginia Calzada M.

ccg/AVC ??

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 28/2/2013 11:02:59 AM

Sentencia: 02238 Expediente: 96-001314-0007-CO
Fecha: 14/05/1996 Hora: 2:53:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo

Redactor: Eduardo Sancho González

Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
<p>Amparo Fecha: 14/05/1996 Hora: 2:54 PM Redacta: SANCHO GONZALEZ Exp. 1314-E-96 N 2238-96 SALA CONSTITUCIONAL. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SAN JOSÉ, a las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis.</p> <p>Recurso de amparo de LUIS ROBERTO ZAMORA GUARDIA, cédula uno- seiscientos treinta y seis- setecientos noventa y uno y CARLOS ALBERTO ZAMORA GUARDIA, cédula uno- seiscientos treinta y seis- setecientos noventa y dos, contra el PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Ingeniero JOSÉ MARIA FIGUERES OLSEN, el Ministro de Salud, Doctor HERMAN WEINSTOK, el Ministro de Ambiente y Energía Ingeniero RENE CASTRO SALAZAR, el Ministro de Asuntos Específicos Ingeniero VICTOR OJEDA y el Convenio Cooperativo Intermunicipal (COCIM), representado por su presidente, JOHNNY ARAYA MONGE.</p> <p>RESULTANDO</p> <p>1).-</p> <p>En lo fundamental del recurso, indican los recurrentes que el 11 de marzo de 1996, en un anuncio realizado por el Poder Ejecutivo, representado por los ministros HERMAN WEINSTOK, RENE CASTRO SALAZAR, y el Convenio Cooperativo Intermunicipal (COCIM), representado por su presidente, JOHNNY ARAYA MONGE, comunicaron al país la decisión de que la solución del problema de la basura se ubique en Pozos de Santa Ana, a través de la empresa Waste Placement Professionals (W.P.P), empresa que según el COCIM obtuvo la más alta calificación en un proceso de precalificación, o en Ochomogo de Cartago, por medio de la compañía "INDUSTRIAL VALENCIANA DE TECNOLOGIA S.L (INVALTEC), lo que constituye la decisión clara y unívoca del Poder Ejecutivo de ubicar el relleno sanitario en Pozos de Santa Ana. Señalan que la Municipalidad de San José, ese mismo día y adelantándose a los otros concejos municipales, tomó la decisión de enviar la basura a Pozos de Santa Ana, pronunciándose en votación el lunes 11 de marzo a favor del proyecto de Pozos de Santa Ana. Indican que tal decisión es producto de las inconsistencias administrativas señaladas y no goza de los estudios previos mínimos requeridos, ni del sustento técnico necesario, que demuestren su racionalidad, además de que no fue objeto de consulta por el municipio afectado. Afirman que tal decisión viola el principio de protección al derecho a la vida, a la salud, al derecho a la información, el de autonomía municipal, debido proceso, tratado de navegación aérea, derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y el derecho a la propiedad privada. Por lo anterior, solicitan que se ordene a los recurridos, a no utilizar como relleno sanitario nacional ningún sitio localizado en el Cantón de Santa Ana que se encuentre a menos de trece kilómetros a la redonda del Aeropuerto Juan Santamaria; que se ordene a los</p>

recurridos a tomar las medidas necesarias la fin de no utilizar el distrito de Pozos de Santa Ana como tránsito de desechos sólidos, debido al riesgo para la navegación aérea que conlleva y que se declare absolutamente nulo el acuerdo adoptado por el COCIM, de fecha 11 de marzo de 1996, por violar los derechos fundamentales antes expuestos, además de ser absolutamente ilegal.

2°).-

CARLOS VILLALOBOS SZUSTER, en su condición de secretario del Convenio Cooperativo Intermunicipal (COCIM), rindió el informe de ley, en los términos de su escrito de folios 22 a 26 y pide que sea rechazado en toda su extensión, porque en todo momento el COCIM ha actuado apegado a derecho, siguiendo los lineamientos que dictan en la materia la Constitución Política, la Ley de Construcciones, la Ley de Planificación Urbana, el Código Municipal, la Ley General de Administración Pública y demás normativa conexas al caso y de las que derivan las competencias municipales en este campo, por lo que no se dan las alegadas violaciones constitucionales.

3°).-

Por su parte el Ministro de Ambiente y Energía Ingeniero RENE CASTRO SALAZAR, lo hizo en los términos de su escrito de folios 40 a 47, e indica que la comunicación descrita por los recurrentes no tiene la naturaleza que se le pretende atribuir, pues en ningún momento se ha emitido acto de ese Ministerio ni de parte de alguno de los otros recurridos en que se ordene la ubicación o construcción de un relleno sanitario en Santa Ana, dado que éstos solo se han limitado a actuar dentro del marco de sus competencias, sin violentar para nada el ordenamiento jurídico. Por las consideraciones allí descritas, considera que no se dan las violaciones alegadas. Señala que, dado que el amparo está basado en que se ha ordenado o encargado la construcción de un relleno, cosa que no es cierta, y más aún, que escapa de la competencia de ese Ministerio, pide se rechace de plano el recurso.

4°).-

El Ministro de Salud, Doctor HERMAN WEINSTOK WOLFOWICZ, lo hizo en memorial de folios 114 a 139, y solicita que por no haberse violado ningún precepto constitucional ni legal a los recurrentes ni a sus representados (comunidad de Santa Ana), ruega se declare sin lugar en todo sus extremos este recurso incoado en forma temeraria por los señores Zamora Guardia, por improcedente y se desestime la condenatoria en costas solicitada. Por lo expuesto y por la gravedad del problema que se plantea, en su condición de Ministro de Salud, conocedor del grave peligro que en materia de salud correría toda la población del país y de la misma comunidad de Santa Ana, solicita se autorice la ejecución o continuidad de los actos recurridos.

5°).-

En los procedimientos se han observado las prescripciones legales. Redacta el Magistrado Sancho González; y, CONSIDERANDO

I- Ya esta Sala mediante el voto No 2237-96 de las catorce horas cincuenta y un minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis, dispuso en lo que interesa: "...I.-

El presente amparo tiene el mismo fundamento fáctico y jurídico, que el que tramitó

esta Sala bajo expediente 2331-96. Consiguientemente, la recurrente deberá estarse a lo ya resuelto por este tribunal sobre el tema y en la sentencia número 2331-96 de las 14:33 horas del 14 de mayo de 1996 la Sala expresó: "I.-

LEGITIMACION: El tema de la legitimación de los particulares para solicitar la tutela de la jurisdicción constitucional, a fin de amparar sus derechos violados o amenazados, cobra especial interés cuando a la protección del ambiente se refiere. En este caso entrándose de un tema directamente ligado con la protección de derecho relacionado con el medio ambiente, ya este Tribunal Constitucional en sentencia N 3705-93 de las quince horas del treinta de julio pasado, indicó: "Tratándose de la protección jurídica del ambiente, la legitimación de los particulares para actuar judicialmente y lograr la aplicación de las normas que tienen esa finalidad o bien, solicitar la tutela jurisdiccional para amparar sus derechos violados, es de gran importancia. Pero debe analizarse desde varios puntos de vista, es decir, en relación con la naturaleza del proceso, las pretensiones y las partes intervinientes y, también tomando en cuenta que el quebranto de las normas ambientales puede provocarlo con su actuación u omisión tanto un sujeto de derecho privado como de derecho público. Este último, simplemente omitiendo ejercer el control debido sobre la actuación de los sujetos privados, cuando infringen las normas ambientales, ignorando su competencia funcional, que le exige ejercer ese control; o bien, infringiendo directamente con su actuación disposiciones jurídicas destinadas a proteger y conservar el ambiente. Esta Sala en Sentencia Número 2233-93 al señalar que la preservación y protección del ambiente es un derecho fundamental, da cabida a la legitimación para acudir a la vía de amparo. En el derecho ambiental, el presupuesto procesal de la legitimación tiende a extenderse y ampliarse en una dimensión tal, que lleva necesariamente al abandono del concepto tradicional, debiendo entender que en términos generales, toda persona puede ser parte y que su derecho no emana de títulos de propiedad, derechos o acciones concretas que pudiera ejercer según las reglas del derecho convencional, sino que su actuación procesal responde a lo que los modernos tratadistas denominan el interés difuso, mediante el cual la legitimación original del interesado legítimo o aún del simple interesado, se difunde entre todos los miembros de una determinada categoría de personas que resultan así igualmente afectadas por los actos ilegales que los vulneran. Tratándose de la protección del ambiente, el interés típicamente difuso que legitima al sujeto para accionar, se transforma, en virtud de su incorporación al elenco de los derechos de la persona humana, convirtiéndose en un verdadero "derecho reaccional", que, como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para "reaccionar" frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos. Es por ello que la vulneración de ese derecho fundamental, constituye una ilegalidad constitucional, es decir, una causal específica de amparo contra los actos concretos o normas autoaplicativas o, en su caso, en la acción de inconstitucionalidad contra todas las normas o contra los actos no susceptibles de amparo, e incluso, contra las omisiones, categoría ésta que en el caso del derecho al ambiente se vuelve especialmente importante, porque al tratarse de conservar el medio que la naturaleza nos ha dado, la violación más frecuente se produce por la inercia de las autoridades públicas en realizar los actos necesarios para protegerlos. La Jurisdicción Constitucional, como medio jurídicamente idóneo y necesario para garantizar la supremacía del derecho de la Constitución es, además de supremo, de orden público esencial, y ello implica, en general, que una legitimación mucho más flexible y menos formalista, es necesaria para asociar a los ciudadanos al interés del propio Estado de Derecho de fiscalizar y, en su caso, restablecer su propia juridicidad. Ese concepto de "intereses difusos" tiene por objeto desarrollar una forma de legitimación, que en los últimos tiempos ha constituido uno de los principios tradicionales de la legitimación y que se ha venido abriendo paso, especialmente en el ámbito del derecho administrativo, como último ensanchamiento, novedoso pero necesario, para que esa

fiscalización sea cada vez más efectiva y eficaz. Los intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, no pueden ser en nuestra Ley -como ya lo ha dicho esta Sala- los intereses meramente colectivos; ni tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata, entonces, de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos -por ser comunes a una generalidad- e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter. Y precisamente ello es lo que sucede en el presente caso, en el cual el recurrente, evidentemente, tiene un interés individual en el tanto está siendo afectado por la contaminación de que es objeto su comunidad, pero también existe un interés colectivo, ya que la lesión también se produce a la colectividad como un todo. De manera que, en tratándose del Derecho al Ambiente, la legitimación corresponde al ser humano como tal, pues la lesión a ese derecho fundamental la sufre tanto la comunidad como el individuo en particular. Al lado del conjunto de principios que la Constitución dedica a las relaciones económicas, debe situarse una serie de disposiciones de no menos trascendencia encaminadas a asegurar una protección básica a la vida humana considerada como valor en sí, al margen que se haga de los recursos humanos en atención a fines políticos o económicos. Se da así entrada a una nueva dimensión de las garantías constitucionales, cuyo núcleo esencial se halla en la protección de la libertad personal y de los demás derechos fundamentales vinculados de diversas maneras a esa libertad y que se manifiesta, ante todo, en un conjunto de reglas generales tendientes a crear una situación ambiental que facilite, lo más posible, el ejercicio de las libertades y el goce de los derechos fundamentales. Por todo lo expuesto, tratándose de la Jurisdicción Constitucional, la Sala estima que no sólo la legitimación en sí, sino también las condiciones necesarias para ésta en el proceso -ya sea como actor o como demandado- o, en su caso, para gozar o sufrir las consecuencias de la sentencia -como vencedor o vencido-, son y deben ser no sólo lo más amplias que sea posible y prudente reconocer, sino también que en esa amplitud la capacidad misma para ser parte y aún para gestionar judicialmente, como condiciones previas a esa legitimación, debe ser tal que incluso, como en este caso, un menor de edad, estudiante de primaria, pueda gozar de ella, pero también cualquier otra persona con sólo que tenga la de poder articular con claridad su pretensión y su interés." Así, entratándose de intereses difusos, cualquier miembro de la comunidad afectada, como lo son los recurrentes, están legitimados para acudir a la vía de amparo en procura de la protección de sus derechos fundamentales.

II.-

Para los efectos de dictar esta sentencia, en la forma como se dirá, la Sala, con fundamento en los informes rendidos bajo juramento y del expediente, tiene por probada la siguiente secuencia de hechos : a) ante el cierre inminente del sitio actual para la disposición final de la basura, situado en Río Azul, Tirrases, Cantón de Curridabat, el Convenio Cooperativo Intermunicipal, COCIM , del cual forma parte la Municipalidad recurrida en coordinación con el Ministerio del Ambiente y Energía y el Ministerio de Salud, se encargaron de realizar los estudios de alternativas viables para solucionar el problema. El COCIM, que de conformidad con lo que señalan los artículos 14 y siguientes del Código Municipal, es un convenio cooperativo intermunicipal

encargado de administrar un servicio de interés común para doce Municipalidades, sea el manejo del relleno sanitario de Río Azul, carece de personería jurídica y por ello sus decisiones, no pueden ser más que recomendaciones o informativas para las Municipalidades que lo integran. Bajo esta concepción, el Cocim, junto con los Ministerios del Ambiente y Energía y de Salud, promovieron una llamada "Consulta de Precios" con el fin de levantar una lista de proveedores que pudieran hacer verdaderas ofertas a las Municipalidades integrantes, dentro de un procedimiento de contratación administrativa, que cada una de ellas debería promover por separado, ofreciendo el servicio de depósito y tratamiento final de esos desechos. Participaron algunas empresas que ofrecieron el servicio requerido en la consulta, según los requerimientos que para tal efecto había publicado el COCIM. Una vez estudiados los antecedentes presentados y definida la selección, se calificaron como posibles empresas a las que se les podía contratar esos servicios, las firmas Waste Placement Professional (WPP) y la Industrial Valenciana de Tecnología S.L (INVALTEC), quienes, según los parámetros de clasificación utilizados, y de acuerdo a la recomendación efectuada por la comisión de estudio integrada por representantes del Ministro de Salud, del Ministro del Ambiente y Energía y del COCIM, obtuvieron calificaciones de 85% la primera y la segunda con un 72%. Las demás empresas fueron desechadas por diferentes razones. El 11 de marzo del año en curso el Concejo Municipal de San José, recibió el oficio N° 023-COCIM-96 conteniendo el informe técnico sobre la Consulta Pública de Precios 1-95, aprobado por el Convenio Cooperativo Intermunicipal (COCIM), y con base en esta recomendación del COCIM, mediante acuerdo número 3, artículo I de la sesión número 263, dispuso lo siguiente : "Este Concejo Municipal de conformidad con el informe y recomendaciones emitidas por la Comisión Técnica, conformada por representantes del Ministerio de Salud, Ministerio del Ambiente y Energía y el Convenio Cooperativo Intermunicipal, acuerda: acoger las recomendaciones que el mismo contempla y en ese sentido autorizar al Ejecutivo Municipal a realizar los trámites legales correspondientes para contratar los servicios de disposición y tratamiento de los desechos sólidos, producidos en el Cantón Central de San José, con la empresa WPP CONTINENTAL DE COSTA RICA, S.A. de acuerdo a la propuesta presentada por la misma y en el sitio por ella indicado, por ser esta la alternativa más conveniente para la Municipalidad de San José, por la ubicación del lugar, plazo de inicio de las operaciones, además por las otras consideraciones que se señalan en el informe técnico". Ante estos antecedentes los recurrentes interponen el presente amparo, alegando que la Municipalidad de San José ha violado los derechos de la comunidad a la vida, a la salud, a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como su derecho a la información, principio de legalidad y autonomía municipal, el debido proceso y el incumplimiento de tratados internacionales, al disponer que el relleno sanitario se ubicaría en Pozos de Santa Ana.

III.-

De la misma manera, la Sala tiene por no demostrados los siguientes extremos : a) que la Municipalidad del Cantón de San José, haya celebrado, válidamente, algún contrato administrativo de servicios con la firma Waste Placement Professional (WPP); b) que la firma Waste Placement Professional, esté debidamente constituida y en ejercicio de su actividad comercial en el Cantón de Santa Ana, esto es, que cuente con las licencias necesarias para el ejercicio de actividades comerciales, como lo exige el artículo 98 del Código Municipal.

IV.-

Previo a analizar el fondo del recurso, considera la Sala importante recordar lo que en sentencia N. 4423-93, se señaló en un caso similar: "III.- La situación en Costa Rica en cuanto al problema de los desechos es apremiante y abarca diferentes aspectos del

ambiente y de la calidad de vida. Este tema es de gran importancia, ya que somos nosotros los actores y, a la vez, las víctimas del problema ambiental que causan los desechos, pues somos los que los producimos. Buscamos cómo deshacernos de ellos y no tomamos conciencia de cuál es el destino final de los mismos, causando el deterioro de los ecosistemas. Es necesario, en consecuencia, que dentro de las políticas estatales se cuente con una conciencia ambiental que surja desde las bases de la propia sociedad para la protección real del medio, puesto que aunque existiese un nuevo marco jurídico que permitiera concebir su protección real, la necesidad de esa protección para garantizarnos una calidad de vida más apropiada debe surgir de cada uno de nosotros. Dentro del marco de nuestra legislación no tenemos una normativa que regule adecuadamente el problema de los desechos, pues el artículo 169 constitucional lo que establece es únicamente la competencia municipal para la prestación de los servicios locales en general. Entonces es, a criterio de la Sala, importante establecer si la materia de disposición de los desechos es de carácter nacional o regional, y si la planificación de su manejo debe, hacerse a nivel nacional o local, pues inclusive debemos tomar en consideración que los problemas ambientales llegan a tener trascendencia fuera de nuestras fronteras, de allí los convenios que sobre cooperación internacional en relación con el ambiente se han suscrito. Este problema no es nuevo, ya en algunos países, después de haber pasado varias décadas de legislación, se ha puesto atención a los problemas ambientales y económicos presentados por la generación y eliminación de desechos de todo tipo. Los desechos se producen en muchas formas físicas y la mera referencia a ellos como sólidos conduce a error, dado que se presentan no sólo en forma sólida sino también como líquidos, gases semisólidos y como fangos o lodos y la cantidad que de ellos se produce es considerablemente preocupante. La era química ha provocado un cambio en la naturaleza de los desechos: gran parte de ellos son peligrosos y no se degradan, se liberan y plantean amenazas agudas, crónicas y crecientes al ambiente y, en consecuencia, ponen en peligro la salud humana. Existió durante muchos años la suposición general de que botar desechos sólidos en la tierra constituía una solución segura y permanente, lo que al final no resultó cierto, pues se ha comprobado que a través de su filtración en las capas del subsuelo puede producir la contaminación de las aguas subterráneas. Un aspecto importante en el desarrollo de la planificación para el manejo de desechos sólidos es el propósito de orientar en cuanto a la forma de identificar y establecer regiones para llevarlo a cabo, elaborando planes estatales al efecto, cerrando botaderos abiertos y prohibiendo la instalación de otros nuevos, así como impidiendo la contaminación de aguas superficiales y subterráneas. Una consideración esencial en el desarrollo de los desechos sólidos es la marcada distinción que se señala entre el relleno sanitario y el botadero abierto. Debemos entender que para que un botadero sea considerado relleno sanitario debe cumplirse cierto mínimo de requisitos en su instalación y no mantenerlo como un botadero abierto. Al respecto, se han publicado clasificaciones sobre los criterios para definir los rellenos sanitarios; las recomendaciones que conciernen a las llanuras inundables, las especies en peligro, las aguas superficiales y aguas subterráneas. Aquellas instalaciones que no cumplan estos criterios se consideran botaderos o vertederos abiertos. Dentro de la clasificación de los desechos es importante tocar el punto relacionado con los desechos peligrosos, los cuales se definen en forma amplia como un subconjunto de los desechos sólidos. El término desecho peligroso significa un desecho sólido o una combinación de desechos sólidos que, debido a su cantidad, concentración o características físicas -entre ellas su nivel de no degradación-, químicas o infecciosas pueden: A. Producir o contribuir significativamente a un aumento en las enfermedades graves irreversibles o enfermedades reversibles incapacitantes. B. Plantear un riesgo sustancial actual o potencial para la salud humana o para el medio ambiente cuando no se trata en forma adecuada o no se almacena, transporta o elimina debidamente o se maneja en otra forma. Siguiendo esta definición amplia, hay estatutos que establecen procesos mediante los cuales las sustancias individuales se denominan peligrosas y se dan los

criterios para identificar las características del desecho peligroso. Toda sustancia que cumpla la definición de derecho -sic- peligroso está, por consiguiente, sujeta al programa de regulación extensiva.

V.-

Es importante, además, hacer un análisis de la normativa ambiental sobre los desechos en nuestro país. Así por ejemplo, el Reglamento Sobre Manejo de Basuras, Decreto #19049-S, en el artículo 7, dispone que el servicio de recolección, acarreo y disposición de basura está a cargo de las municipalidades, las cuales podrían realizarlo por administración o mediante contratos con empresas o particulares, los que se otorgarán de acuerdo con las formalidades legales y requerirán, para su validez, la aprobación del Ministerio de Salud. Al respecto, el artículo 35 del citado decreto establece: "La disposición sanitaria de las basuras correspondientes al servicio ordinario deberá someterse a las exigencias de la Ley General de Salud y a las normas que dicte el Ministerio de Salud, y realizarse de acuerdo con las técnicas siguientes: A. Relleno Sanitario. B. Enterramientos. Asimismo, el artículo 39 de ese Reglamento dispone: "Todo proyecto para disposición sanitaria de basura en el servicio ordinario deberá presentarse al Ministerio de Salud, adjuntando un estudio de impacto ambiental para su valoración." También, la Ley General de Salud en su artículo 262, señala: "Toda persona, natural o jurídica está obligada a contribuir a la promoción y mantenimiento de las condiciones del medio ambiente natural y de los ambientes artificiales que permitan llenar las necesidades vitales y de salud de la población." Y en su artículo 263 dispone: "Queda prohibida toda acción, práctica u operación que deteriore el medio ambiente natural o que alterando la composición o características intrínsecas (sic.) de sus elementos básicos, especialmente el aire, el agua y el suelo, produzcan una disminución de su calidad y estética, haga tales bienes inservibles para algunos de los usos a que están destinados o cree éstos para la salud humana o para la fauna o la flora inofensiva al hombre. Toda persona está obligada a cumplir diligentemente las acciones, prácticas u obras establecidas en la ley y reglamentos destinadas a eliminar o a controlar los elementos y factores del ambiente natural, físico o biológico y del ambiente artificial, perjudiciales para la salud humana." Debe tenerse en consideración, en relación con los desechos, que mi derecho termina donde comienza el de mi vecino a disfrutar de un ambiente sano y que es obligación de todo ciudadano permitir a las nuevas generaciones disfrutar de él, como lo hemos estado disfrutando nosotros, en mayor o menor medida. Actualmente los desechos de todo tipo son lanzados a las aguas, lo que ha creado nuevos problemas de contaminación y está llevando a la destrucción y deterioro no sólo de nuestras riquezas, incluidas las especies animales y orgánicas, sino también de la salud humana. Nuestras costas sufren este problema; por ejemplo, el Golfo de Nicoya en el mar Pacífico, contiene grados altos de contaminación derivada de materia fecal y otros desechos industriales, químicos y domésticos que son lanzados a los ríos que desembocan en las aguas marinas. Estos desechos alteran y degradan los ecosistemas marinos. La contaminación del mar, en un porcentaje muy alto, tiene su origen en fuentes terrestres, entre las que pueden citarse principalmente: "Primero. Fuentes municipales, industriales o agrícolas, tanto fijas como móviles. A) Por la costa, incluso vertederos -sic- que descargan directamente en el medio marino por escurrimiento. B) Por ríos, canales y otros cursos de agua, incluidos los subterráneos. C) A través de la atmósfera. Segundo. Las fuentes de contaminación marina por actividades llevadas a cabo en instalaciones fijas o móviles fuera de la costa dentro de los límites de la jurisdicción nacional." Se debe tomar en consideración que la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo económico no son desafíos independientes. El desarrollo no puede subsistir en un ambiente de deterioro de la base de recursos y no se puede proteger cuando los planes de crecimiento constantemente hacen caso omiso

de ello. Es preciso optar por el desarrollo sostenible, el cual satisface las necesidades del presente sin comprometer nuestra capacidad para hacer frente a las del futuro. Se trata, en consecuencia, de una política cuyo núcleo es una planificación a largo plazo a través de políticas estatales, las cuales deben cumplir con todos los requisitos exigidos por las normas existentes y que, lógicamente, en este campo deben ser vistos con criterios restringidos, pues si se destruyen o se dañan los recursos naturales por una decisión precipitada o bien cuando las condiciones requeridas no son cumplidas, el desarrollo económico, social y político se afectará y decaerá, trayendo como consecuencia lógica la pérdida de la calidad de vida del ciudadano y, por ende, la pérdida de una riqueza invaluable que bondadosamente la Naturaleza nos ha regalado. Este desarrollo significa reconocer que si deseamos tener acceso continuo a los recursos que posibilitan la vida y si hacemos expandir los beneficios del progreso industrial, tenemos que estar conscientes de las implicaciones y limitaciones que supone tomar ese derrotero." VI.-

Es importante, entonces, vista la repercusión que esta resolución puede ocasionar, dejar establecido que, si bien es cierto el Estado a través de sus órganos constitucionales competentes -particularmente la Asamblea Legislativa y, en menor escala el Poder Ejecutivo- puede establecer una política general en cuanto a prioridades por las necesidades que afronta el país en determinado momento, de acuerdo con nuestro sistema democrático y según lo establece la propia Constitución Política, corresponde a cada municipalidad en su jurisdicción velar por los intereses y servicios locales con exclusión de toda otra interferencia que sea incompatible con el concepto de "lo local", en los términos que fija la Constitución Política; todo lo relativo a la recolección, tratamiento y disposición de las basuras y desechos sólidos pertenece a la esfera de los "intereses y servicios locales", por lo menos mientras no se disponga su "nacionalización" mediante ley formal.

VII.-

Es de todos sabido el problema que envuelve la ubicación de los centros de depósito y de disposición final de los desechos que afronta el país, y el consiguiente problema sanitario que de ello se deriva, según las experiencias vividas por las comunidades de este país, pero no puede esta Sala dejar pasar por alto que todo proyecto a ejecutarse en esta materia, como en el caso que nos atiende, puedan obviarse los trámite y los requisitos derivados de las normas de control de esas actividades, contenidas en la Ley General de Salud, precisamente para proteger la vida y la salud de los habitantes y el medio ambiente. En este sentido proveen las normas legales que regulan el establecimiento y funcionamiento de los rellenos sanitarios de la Ley General de Salud y también, las normas reglamentarias que el Poder Ejecutivo ha emitido en desarrollo de los principios legales generales antes señalados. Es por ello que para autorizar el funcionamiento de un relleno sanitario es imprescindible que se cumplan los requisitos correspondientes, siendo como se dijo en considerandos anteriores, en razón de la especialidad de la materia y de la autoridad de gobierno local, que será entonces al Ministerio de Salud y a la Municipalidad del lugar, a quienes corresponde, una vez revisados los estudios técnicos que deban presentarse al efecto, como por ejemplo el estudio de impacto ambiental, contaminación de aguas y otros, que deban, razonablemente, y tomando en consideración los intereses nacionales y locales, autorizar o no el funcionamiento del proyecto que interesa. En última instancia, es a la Municipalidad de la Jurisdicción a la que corresponde conceder o no la licencia para el ejercicio de actividades comerciales, a la vez que verificar si la actividad es compatible con los usos y limitaciones propias de los planes de desarrollo urbano que pudieran estar vigentes y todo ello, tratándose del funcionamiento de una empresa privada en la venta de servicios. Cuando se trata de la iniciativa de otras administraciones

estatales o de entidades públicas no estatales, es más que evidente, en razón de la autonomía municipal consagrada en texto constitucional, que no se pueden establecer sin la debida coordinación del gobierno local, como lo exigen los artículos 5 y 10 del Código Municipal. Como en el caso concreto, es una empresa privada la que ha ofrecido sus servicios a otras municipalidades del Area Metropolitana, aparentemente sin la intervención de entes públicos, la decisión final, como lo ordena el artículo 169 constitucional, será de la Municipalidad del Cantón de Santa Ana, la que deberá actuar velando y protegiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos de esa localidad, pero en todo caso con apego absoluto al principio de legalidad constitucional.

VII.-

De lo anterior, así como de las pretensiones de los recurrentes y lo manifestado por el representante de la recurrida, -bajo fe de juramento-, esta Sala entiende, que no ha existido a la fecha, acto alguno de la Municipalidad de San José, en el cual disponga que los desechos sólidos, deberán ser depositados en el relleno sanitario que está construyéndose por parte de la empresa WPP en el Cantón de Santa Ana, sino que a la fecha dicha Municipalidad se ha limitado a autorizar a su Ejecutivo Municipal, para que proceda a realizar los trámites legales para contratar a la empresa dicha, para el tratamiento y recolección de la basura, en el entendido de que será dicha empresa la que debe obtener todos los permisos necesarios para que el contrato que suscriba con la Corporación Municipal de San José, entre en vigencia y pueda obtener las aprobaciones correspondientes. Ante este panorama, no encuentra la Sala que exista violación alguna al principio constitucional de autonomía municipal, principio de legalidad debido proceso, o violación a las normas de tratados internacionales, pues como bien reconoce la Municipalidad recurrida, será la propia Municipalidad de Santa Ana, quien emita el acto final de autorización o no para el funcionamiento de un relleno sanitario, otorgando la licencia correspondiente, una vez analizadas las expectativas de la Municipalidad de Santa Ana y la propuesta que la empresa Waste Placement Professional(WPP), efectúe a dicho Municipio.

VIII.-

En cuanto a la alegada violación del derecho a la vida y a la salud, así como a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ya esta Sala ha señalado que estos derechos fundamentales son la base de una sociedad justa y productiva, y que es la piedra angular para que se puedan desarrollar las potencialidades que tienen las personas de realizarse a plenitud, individual y socialmente, debiendo ser enfocados estos derechos en beneficio de la colectividad nacional, pues muchas veces los problemas que de ellos derivan dejan de tener una perspectiva meramente local y será dicho Municipio a quien le corresponda velar por la protección de esos derechos fundamentales de los pobladores de ese lugar, alegados como violados o bien amenazados ante la instalación del relleno sanitario en Pozos de Santa Ana.

A mayor claridad, la Sala considera que esta etapa del procedimiento no puede haberse producido ni violación ni amenaza de esos derechos fundamentales en perjuicio de esa comunidad, por cuanto a quien le corresponde autorizar el funcionamiento del proyecto no ha emitido siquiera acto alguno que pueda implicar, según lo dicho, violación o amenaza alguna al derecho a la vida, a la salud o bien al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

IX.-

Como último aspecto, consideran los recurrentes que ha sido lesionado su derecho a la

información. Sobre este aspecto y por la trascendental importancia que tiene lo alegado en materia de medio ambiente cabe para los efectos de la resolución del mismo señalar, que en el actual Estado Social de Derecho, encontramos como uno de sus principios fundamentales o estructurales el derecho de información y a la información para la efectiva participación de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas. Tradicionalmente se ha conceptualizado el objeto de esta garantía constitucional del derecho de información como el intercambio de ideas que originan una discusión pública donde se forma la opinión personal que junto con las demás conformarán la opinión pública. En materia del medio ambiente debemos trasladar este concepto sobre el derecho de información a una nueva perspectiva que tiene todo individuo o colectividad de solicitar información y de ser informado por cualquier ente estatal que no puede ser obstruida por las instituciones estatales referentes a cualquier proyecto que pueda afectar el goce de su derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es entonces esta, la garantía que le permitirá participar a cualquier individuo o colectividad, haciendo uso de los intereses difusos del acceso a la participación, dentro de los procesos de toma de decisiones que afecten ese derecho, pues de lo contrario sería ilusorio y la norma constitucional resultaría superflua. Es en consecuencia obligación del Estado democrático, preservar esa libre comunicación formadora de la voluntad política del pueblo, y es a través de esa interrelación entre los receptores pasivos de la información o de quienes la demandan, que se realiza no sólo el pluralismo político, sino la intervención de un pueblo en la formación de proyectos que puedan afectar sus derechos fundamentales.

Sin embargo y sin pasar de alto lo señalado anteriormente no encuentra esta Sala, de acuerdo al estudio del expediente y lo expresado por el recurrido bajo fe de juramento, elementos objetivos que le hagan deducir que este derecho le ha sido negado a los recurrentes.

X.-

En cuanto a los demás argumentos referentes al artículo 51 aducidos por la recurrida, por no ser de aplicación de este asunto deben ser rechazados en todos sus extremos.

XI.-

Dicho todo lo anterior, y a manera de conclusión, la Sala tiene por demostrado que no existe un nexo contractual válidamente celebrado entre la Municipalidad de San José y la firma Waste Placement Professional para que ésta le brinde los servicios de depósito y disposición final de la basura; tampoco existe evidencia de que esa empresa esté funcionando en la jurisdicción del Cantón de Santa Ana, dentro de los cánones del Código Municipal, es decir, al amparo de una licencia para el ejercicio de la actividad lucrativa legítimamente expedida; tampoco existe evidencia de que alguna otra Municipalidad del Area Metropolitana haya contratado con la mencionada empresa, por iguales servicios; ni de que el Poder Ejecutivo o alguna otra institución pública, haya dispuesto que el relleno sanitario del Area Metropolitana deberá ubicarse en el Cantón de Santa Ana. De todo ello se concluye que no existen actos materiales que conduzcan a comprobar la violación de los derechos que se acusan en el amparo.

Pareciera, entonces, que para el caso lo que existe es una iniciativa de ubicar el relleno sanitario en esa localidad, pero como tal cosa no es posible sin que se haya obtenido las licencias y autorizaciones municipales, los hechos expuestos en este amparo conducen a que se deba declarar sin lugar el recurso, en los términos que se han expuesto, debiendo tomar nota de lo expuesto en considerandos anteriores la Municipalidad recurrida." II.-

Por las razones que ya han sido expuestas por la Sala en la Jurisprudencia transcrita, y considerando que esos criterios resultan de plena aplicación al presente amparo, el mismo debe rechazarse por el fondo, como en efecto se dispone, confirmándose de esa manera los precedentes citados.- POR TANTO

Se rechaza por el fondo el recurso.

Luis Paulino Mora M.

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

Eduardo Sancho G. Carlos Ml. Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M. José Luis Molina Q.

ES/mmmm/97.

??

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 25/2/2013 3:09:31 PM

Sentencia: 02993 Expediente: 99-002233-0007-CO
Fecha: 23/04/1999 Hora: 12:12:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Carlos Manuel Arguedas Ramírez
Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
<p>Amparo Fecha: 23/04/1999 EXP: 99-002233-007-CO-A.</p> <p>RES: 02993-99</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las doce horas doce minutos del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y nueve.</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por MAURICIO MARTÍNEZ SOTO, cédula número 1-566-928 y HAZEL BARAHONA GUTIÉRREZ, cédula número 1-792-383 contra el MINISTRO DE EDUCACIÓN PÚBLICA.</p> <p>RESULTANDO</p> <p>1.-</p> <p>En memorial presentado a las dieciséis horas diecisiete minutos del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve, los recurrentes, Mauricio Martínez Soto y Hazel Barahona Gutiérrez, interponen este recurso contra el Ministro de Educación Pública y manifiestan que en razón de sus labores en el periódico La Nación, le solicitaron en varias ocasiones a ese funcionario, la última de ellas el dos de marzo de mil novecientos noventa y nueve, una lista de rendimientos de los colegios en mil novecientos noventa y ocho y sobre la promoción y rendimiento nacional de las pruebas de bachillerato, sin que hasta la fecha se haya recibido respuesta alguna.</p> <p>2.-</p> <p>Por resolución de las siete horas cincuenta y dos minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve, notificada a las once horas del ocho de abril de mil novecientos noventa y nueve, se enderezó el recurso contra el Ministro de Educación Pública, de quien se requirió el informe correspondiente.</p> <p>3.-</p> <p>En memorial presentado a las dieciséis horas cuarenta y siete minutos del trece de abril doce mil novecientos noventa y nueve el Ministro de Educación Pública a.i. manifiesta que el dos de marzo de mil novecientos noventa y nueve los recurrentes solicitaron una lista del rendimiento y promoción de las pruebas de bachillerato de los colegios en el curso lectivo de mil novecientos noventa y ocho para realizar una publicación en el periódico La Nación. Sin embargo, debido a que para evacuar la solicitud se requiere una investigación exhaustiva, no fue posible sino hasta hace algunos días concluir el informe solicitado, que fue enviado a los recurrentes en oficio N° DM-1379-99 del doce de abril de mil novecientos noventa y nueve.</p> <p>4.-</p> <p>En memorial presentado a las trece horas del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y nueve la parte recurrente manifiesta que la información suministrada por el Ministro consiste en una lista incoherente de datos que hace imposible la obtención de la información solicitada.</p> <p>5.-</p> <p>En nuevo memorial presentado a las nueve horas cuarenta y seis minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y nueve la parte recurrente manifiesta que la contestación fechada doce de abril de mil novecientos noventa y nueve es una negativa a dar la información solicitada ya que se entrega una lista incoherente de datos sin procesar que no justifica la tardanza en la respuesta 6.-</p> <p>En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.</p> <p>Redacta el Magistrado Arguedas Ramírez; y CONSIDERANDO</p> <p>I. Este asunto lo origina la petición que el dos de marzo de mil novecientos noventa y nueve hicieron los recurrentes, Mauricio Martínez Soto y Hazel Barahona Gutiérrez, al Ministro de Educación Pública, para que les suministrara la lista de rendimiento de los colegios de 1998, y la promoción y rendimiento nacional de las pruebas de bachillerato y undécimo año de 1998. La petición fue hecha con mención expresa del carácter que los recurrentes tenían: el primero de ellos, Editor de Nacionales, y la segunda, periodista, ambos del periódico "La Nación"; además, los petentes manifestaron que la información la requerían "para efectos de una publicación periodística" (véase, a folio 4). Que la petición se hizo en la fecha y términos que dicen los recurrentes, es un hecho admitido por el Ministro de Educación Pública a.i. (véase, a folio 7), y demostrado por copia del documento (a folio 4). La solicitud no había sido atendida a la fecha de interposición del recurso, el veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve, y así está aceptado en el informe del Ministro a.i. (véase, a folio 7). Dado el tiempo transcurrido entre la petición y la interposición del recurso, que excede el plazo fijado por el artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (aplicable en este caso, a falta de otro legalmente señalado), es evidente que para esta última fecha ya se había consumado una lesión al derecho de los accionantes que reconoce el artículo 27 de la Constitución, y garantiza, en una modalidad específica que se adecua a las características de este asunto, el artículo 30 de ese mismo texto.</p> <p>II. Con posterioridad a la interposición del recurso, el doce de abril de mil novecientos noventa y nueve el Ministro accionado remitió a los promoventes el oficio DM-1379-99, con el que envía además lo que llamó una "lista de rendimiento y promoción de las pruebas de bachillerato aplicadas durante el curso lectivo de 1998" (véase, a folio 9). El Ministro dice que esto no se hizo antes debido al volumen y complejidad de lo pedido (véase, a folio 7). Acerca de esta última circunstancia, hay que consignar que el Ministro no hizo del conocimiento de los petentes, con anterioridad al doce de abril, la causa del retardo. Pero -lo más importante- lleva razón el abogado director de los accionantes, quien dice que esa lista no constituye una respuesta idónea, porque la información que contiene es incoherente y no ha sido procesada. La simple lectura del documento de marras persuade de que así es, y a esto cabe agregar que la excusa del funcionario recurrido sobre los motivos del retardo era la necesidad de elaborar una respuesta a partir de datos numerosos y complejos. De aquí se sigue que, en realidad, la omisión del recurrido aun subsiste, y, desde luego, a los petentes no se les ha restituido en su derecho. No produce este efecto el mencionado oficio DM-1379-99.</p> <p>III. Ahora bien: no puede ignorarse ni despreciarse el hecho de que los petentes son, como ya se dijo, una periodista y el editor de nacionales de un periódico, que solicitaban la información, literalmente, "para efectos de una publicación periodística". Dado este hecho, son mayores y por ende más graves los alcances de la omisión en que ha incurrido el Ministro de Educación Pública. Esto se debe, naturalmente, a la función de</p>

intermediación que realizan los medios de comunicación entre los organismos, servidores y funcionarios públicos, y la colectividad en general, y a las consecuencias y efectos de esa determinante función en relación con la percepción, la valuación y el control de los modos de ejercicio del poder público. En esta óptica, el retardo o la omisión en proporcionar información de interés público -que no otro es el caso actual-, entorpece el ejercicio de esa función, que, en lo que a este asunto atañe, tiene como soporte ya no solo el derecho de petición -que es todo lo que alegan los amparados-, sino también la libertad de información.

IV. En consecuencia, es preciso estimar el recurso. Debe el Ministro de Educación Pública restituir de inmediato y sin más dilación el derecho de los amparados. Esto implica, en la especie, proporcionar la información solicitada por ellos, de una manera completa, objetiva y comprensible.

POR TANTO

Se declara con lugar el recurso. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que motivan la declaratoria de con lugar de este recurso, extremos que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

Luis Paulino Mora M.

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

Eduardo Sancho G. Carlos Ml. Arguedas R.

Adrián Vargas B.S. Castro A.

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 25/2/2013 2:51:37 PM

Sentencia: 00367 Expediente: 99-008681-0007-CO
Fecha: 11/01/2000 Hora: 7:42:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Gilbert Armijo Sancho
Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
<p>Contenido de interés 1</p> <p>Exp: 99-008681-0007-CO</p> <p>Res: 2000-00367</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diecinueve horas con cuarenta y dos minutos del once de enero del dos mil.-</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por Jorge Sánchez Montero, portador de la cédula de identidad número 1-567-959; contra el Centro de Atención Institucional de San José.</p> <p style="text-align: center;">Resultando:</p> <p>1.-</p> <p>Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las trece horas y cuarenta y dos minutos del veintitrés de noviembre del año pasado (folio 01), el recurrente interpone recurso de hábeas corpus contra el Instituto Nacional de Criminología y el Juez de Ejecución de la Pena de Alajuela y manifiesta que ingresó a la Unidad de Admisión de San José el seis de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, en su condición de indiciado, por el delito de tentativa de violación en perjuicio de Jackeline Campos León. Agrega que fue condenado en dicha causa por el Tribunal Tercero Penal, Sección Segunda de San José, y puesto a la orden del Instituto Nacional de Criminología, cumpliendo prisión el veintinueve de noviembre de este año y con descuento aproximadamente el veintinueve de noviembre del año pasado, según ficha de información del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y seis, emanada por la Secretaría Técnica del Instituto indicado. Indica que según ficha de información fechada trece de octubre de del año pasado, varía el cumplimiento del descuento aproximado del veintinueve de diciembre del año anterior al tres de febrero de este año, por no haber laborado los períodos de prisión preventiva del seis de setiembre al nueve de ese mismo mes, del once de octubre al veinticinco de ese mismo mes, todos ellos de mil novecientos noventa y cuatro, y del ocho de marzo de mil novecientos noventa y seis al quince de abril de ese mismo año. Afirma que sí laboro esos días, pero como en ese entonces en el Centro de Atención Institucional de San José no se contaba con un control claro y preciso, aparece como períodos no laborados. Señala que esos datos aparecen en las planillas por cuanto se le pagó el incentivo, por lo que su esposa ha tratado de realizar gestiones en dicho centro para que le suministren las mismas, y los funcionarios del mismo se lo han negado aduciendo que necesita un abogado para tal efecto.</p>

2.-

La Sala, mediante resolución número 09288, de las ocho horas cuarenta y ocho minutos del veintiséis de noviembre del año anterior (folio 13), dispuso continuar la tramitación del expediente como recurso de amparo y darle curso como tal en cuanto a la alegada violación al artículo 30 de la Constitución Política, al considerar que la acusada negativa de funcionarios del Instituto recurrido a suministrar las planillas podría provocar una lesión al libre acceso a los departamentos administrativos. En lo demás lo rechazó de plano al estimar que, como lo ha dicho en reiteradas oportunidades, las discrepancias que existan en cuanto al cómputo de la sanción, así como al procedimiento utilizado para su cálculo, son aspectos que deben ventilarse ante el Tribunal de Ejecución de la Pena de conformidad con el artículo 453 del Código Procesal Penal.

3.-

El Presidente de la Sala, por resolución de las ocho horas veintidós minutos del veintinueve de noviembre del año pasado (folio 16), solicitó el informe correspondiente al Centro de Atención Institucional de San José.

4.-

Informa bajo juramento Ileana Conejo Jiménez, en su calidad de Directora a.i. del Centro de Atención Institucional de San José (folio 17), que el recurrente se encuentra a la orden de su representado sentenciado a cinco años de prisión impuesta por el Tribunal Tercero Penal, Sección Segunda de San José. Agrega que del seis al nueve de setiembre y del cuatro al veinticinco de octubre, todos ellos de mil novecientos noventa y cuatro, período durante el cual se mantuvo en prisión preventiva, el recurrente no se incorporó a ninguna labor debido al poco tiempo que estuvo detenido. Manifiesta que en relación con el período del ocho de marzo al quince de abril, ambos de mil novecientos noventa y seis, el recurrente no laboró según ficha de Valoración Técnica emitida por el Consejo de Valoración, acta número 18, del veintitrés de abril de ese mismo año. Afirmar que al recurrente no se le está reconociendo descuento, toda vez que el mismo se hace sobre el trabajo efectivo del privado de libertad, por ello la fecha aproximada de cumplimiento sería el tres de febrero de este año, sujeta a lo que determine el Juzgado de Ejecución de la Pena. Solicita que se desestime el recurso planteado.

5.-

En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado **Armijo Sancho**; y,

Considerando:

I.-

La representante del Instituto Nacional de Criminología en su informe se refiere solamente a la forma de cálculo de la pena con descuento del recurrente, sin hacer mención a la posible lesión al artículo 30 de la Constitución Política al negársele el acceso a la información de las planillas durante los períodos laborados. Al no haberse referido a ese punto en específico, que en el fondo constituye el objeto de la discusión

en este amparo, de conformidad con los artículos 43, 44 y 45 de la Ley que rige ésta Jurisdicción cuando la autoridad recurrida omita injustificadamente informar sobre alguno de los puntos debatidos en el recurso, debe tenerse por cierto lo que al respecto haya manifestado el recurrente. Por ello se debe entrar a estudiar la procedencia del amparo, con la base fáctica expuesta por el amparado, sin que ello implique que automáticamente se acoja el recurso.

II.-

El derecho de petición y de obtener pronta resolución, establecido en el artículo 27 de la Constitución Política no es irrestricto. Por una parte, lo limita el contenido de la información que se procura obtener según lo reglado por el artículo 30 de la Constitución Política que circunscribe ese derecho de petición y de acceso a los dependencias públicas, a la información "*de interés público*"; y por otra la privacidad, de documentos privados protegida por el artículo 24 de la Constitución. De la interpretación armónica de estas tres normas se concluye que aún cuando estén en poder del Estado, algunos documentos conservan su carácter de privados en la medida en que el interesado los ha suministrado a una oficina pública con el fin de producir de la administración algún resultado definido, como lo sería una solicitud de concesión; o por serle exigido para cumplir la ley, como el caso de la información tributaria. La información solicitada por la persona, debe asimismo ser de interés público, entendido como todo asunto relacionado con la marcha de la institución de que se trate, con las salvedades que se dirán. El interés público de la información guardada en una oficina del Estado, evidentemente tiene relación con la actividad ordinaria del órgano u ente de que se trate y esto en relación con los aspectos propios de la función administrativa, excluyéndose los datos sobre actividades privadas desplegadas en relación con el ente público. Así, puede existir información que sólo interesa al ciudadano que en alguna forma se haya relacionado con el Estado o en una de sus dependencias, y que fue suministrada únicamente con un fin determinado, más no para ser difundida a terceros. Sin embargo, de lo dicho hasta aquí importa resaltar que el acceso a la información que consta en despachos públicos es de principio. Partiendo de esta regla es que se puede ir precisando las excepciones, de las cuales, como ya se ha hecho, la más relevante es la impuesta por el derecho de los particulares a la intimidad.

III.-

En este contexto, se tiene que las únicas limitaciones en cuanto al derecho a obtener información pública de los departamentos administrativos serían: **a)** que el asunto de interés público constituya secreto de Estado o **b)** que no configure una información de interés público. Como resultado de lo anterior, la información que puede ser suministrada a cualquier persona, entonces, es aquella en que la colectividad tiene interés por estar vinculada a la marcha de las instituciones estatales; conocer la actividad del funcionario público, así como su buen o mal desempeño en el ejercicio del cargo y las informaciones que, siendo de interés público, se hallen en las oficinas o departamentos administrativos. Es por esto que la naturaleza pública de la información es el elemento cardinal para definir el derecho a solicitarla al órgano o ente público (Sentencia n°6240-93 de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1993).

IV.-

En este asunto la Sala aprecia que no existe ninguna razón para negarle al recurrente el acceso a la información contenida en las planillas, donde él figura por haber laborado durante determinados períodos. Ninguna de las excepciones señaladas en el

considerando anterior -secretos de Estado y asuntos que, por exclusión, no sean de interés público- se da en el caso concreto, por lo que el la omisión del Instituto recurrido, al negar la entrega de los datos solicitados por el recurrente, resulta contraria a la regla del artículo 30 de la Constitución Política. Por las razones anteriores y al existir una lesión a los derechos fundamentales del amparado, el recurso debe ser declarado con lugar ordenando al Director del Centro de Atención Institucional de San José proceder a suministrar la información solicitada por el recurrente en relación con las planillas donde su nombre figura, dentro de los tres días siguientes a la comunicación de esta sentencia.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. En consecuencia debe el Director del Centro de Atención Institucional de San José proceder a suministrar la información solicitada por el recurrente en relación con las planillas donde su nombre figura, dentro de los tres días siguientes a la comunicación de esta sentencia. Se condena al Estado al pago de las costas daños y perjuicios causados, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.-

Luis Fernando Solano C.

Presidente, a.i.

Eduardo Sancho G. Carlos M. Arguedas R.

Adrián Vargas B. Manrique Jiménez M.

Susana Castro A. Gilbert Armijo S.

64**

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 25/2/2013 2:57:54 PM

Sentencia: 02182 Expediente: 00-003939-0007-CO
Fecha: 21/03/2001 Hora: 2:34:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Luis Fernando Solano Carrera
Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
Documentos relacionados: Referencia a otra jurisprudencia
Contenido de interés 1
<p>Exp: 00-003939-0007-CO</p> <p>Res: 2001-02182</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con treinta y cuatro minutos del veintiuno de marzo del dos mil uno.-</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por Olga Magdalena Carrillo Bianchi, mayor de edad, soltera, dirigente sindical, con cédula de identidad número 8-049-373, contra el Gerente de la División Financiera de la Caja Costarricense de Seguro Social.</p> <p style="text-align: center;">Resultando:</p> <p>1.-</p> <p>Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las nueve horas y cincuenta y cuatro minutos del diecisiete de mayo del dos mil (folio 1), la recurrente interpone recurso de amparo contra el Gerente de la División Financiera de la Caja Costarricense de Seguro Social y manifiesta que el veintisiete de abril del dos mil presentó, ante el recurrido, el oficio SM-042-2000 y otros sin número, en los que solicitó información de interés público relativa a los salarios percibidos por los jerarcas de esa Institución, al pago de consultorías y sobre los servicios médicos y contrataciones externas pagados a entidades privadas de salud. No obstante, el recurrido se niega a brindarle la información solicitada, lo que estima violatorio de lo dispuesto en el artículo 27 constitucional. Solicita la recurrente que se declare con lugar el recurso.</p> <p>2.-</p> <p>Informa bajo juramento José Alberto Acuña Ulate, en su condición de Gerente de la División Financiera de la Caja Costarricense de Seguro Social (folio 13), que es cierto que la recurrente, en su condición de Secretaria de la Mujer Trabajadora, por oficio sin número del veinticinco de abril del dos mil, recibido en la Gerencia de la División Financiera de la Caja el veintisiete de abril del dos mil, solicitó información referente al monto del salario y demás (gastos de representación, etc.) devengados por el Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social y otros funcionarios de la Institución, así como en monto de dinero erogado por la Caja Costarricense de Seguro Social en el período comprendido entre el cuatro y el diecinueve de abril del</p>

dos mil, inclusive en publicidad. Por oficio N° 11471 del once de mayo del dos mil esa Gerencia trasladó la solicitud de información al Gerente de la División Administrativa, lo que le fue comunicado a la recurrente. Por oficio N° 9926 del quince de mayo del dos mil, se dio respuesta a la solicitud de información solicitada por la interesada, a quien se le informó que por disposición del artículo 63 de la Ley Constitutiva de la Caja, la Institución se encuentra inhibida de darle la información de orden salarial, pues la norma obliga a la Institución a dar protección a la privacidad de las informaciones y relaciones entre la Caja, los asegurados y los patronos, para los efectos del Seguro Social. Asimismo, en relación con el requerimiento de información en relación con las erogaciones realizadas por la Caja en materia de publicidad, durante el período comprendido entre el cuatro y el diecinueve de abril del dos mil, se solicitó a la recurrente que indicara el interés público que le asiste para requerirla. Por considerar que no existe violación alguna a los derechos fundamentales de la amparada, solicita que se declare sin lugar el recurso planteado.

3.-

En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

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

Considerando:

I.-

Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos:

a) Que el veintisiete de abril del dos mil, la recurrente solicitó al recurrido Gerente de la División Financiera de la Caja Costarricense de Seguro Social, le brindara información referente al monto del salario y demás (gastos de representación, etc.) devengados por el Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social y otros funcionarios de la Institución, así como en monto de dinero erogado por la Caja Costarricense de Seguro Social en el período comprendido entre el cuatro y el diecinueve de abril del dos mil, inclusive en publicidad (informe de folios 13 a 16).

b) Que por oficio N° 11471 del once de mayo del dos mil, la Gerencia de la División Financiera de la Caja Costarricense de Seguro Social trasladó la solicitud de información al Gerente de la División Administrativa, el cual lo recibió el dieciséis de mayo, lo que le fue comunicado a la recurrente por medio de la entrega de copia de dicho oficio (informe citado y copia certificada de oficio de folios 19 y 20).

c) Que por oficio N° 9926 del dieciséis de mayo del dos mil, el Gerente de la División Administrativa de la Caja Costarricense de Seguro Social informó a la recurrente que no podía darle la información relativa al monto del salario y demás (gastos de representación, etc.) devengados por el Presidente Ejecutivo de la Institución y de otros funcionarios por prohibírselo el artículo 63 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social y, en relación con el resto de la información solicitada, le previno que indicara cuál es el interés público que la asiste para pedirla (informe citado y copia certificada de oficio de folio 21).

II.-

Sobre el fondo. El derecho de petición y pronta resolución establecido en el artículo 27 constitucional no es sólo obliga a la Administración a brindar la información dentro del plazo legal establecido, sino que, además, lo informado debe guardar relación con lo solicitado. De manera tal que si no hay respuesta o si ésta es claramente evasiva o impertinente –aún cuando se haya brindado dentro del plazo respectivo– se viola aquel derecho fundamental, lo que a juicio de esta Sala sucede en este caso. En efecto, la Administración recurrida aduce que no puede dar la información que solicitó la recurrente, ya que el artículo N° 63 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social obliga a dar protección a la privacidad de las informaciones y relaciones entre la Caja, los asegurados y los patronos, para los efectos del Seguro Social. Dicho artículo dice a la letra:

"Artículo 63.-

Las Instituciones, oficinas y funcionarios que dictaren disposiciones o resoluciones que se refieran a la aplicación del Seguro Social respecto de su personal subalterno asegurado, deberán enviar a la Gerencia una transcripción de ellas.

La Gerencia no podrá divulgar ni suministrar a particulares, salvo autorización expresa de la Directiva, los datos y hechos referentes a asegurados y patronos de que tenga conocimiento en virtud del ejercicio de sus funciones; pero podrá publicar cualquier información estadística o de otra índole que no se refiera a ningún asegurado o patrono en especial."

Este artículo protege la información privada que se encuentre en poder de la Caja referente a los asegurados o a los patronos, pero en modo alguno impide suministrar la información que sobre aspectos de naturaleza pública tenga la Institución en sus archivos, como lo es el salario y demás rubros que perciban determinados funcionarios. Es claro que la Caja no podría suministrar a un tercero los datos privados que tenga sobre sus empleados, patronos o asegurados, ya que aquéllos son confidenciales y sólo el propio interesado o a quien éste autorice puede imponerse de ellos, excepción hecha de la orden que en tal sentido dicte una autoridad jurisdiccional. Pero la información requerida por la recurrente dista mucho de ser privada, ya que no está pidiendo que se le brinden datos personales de determinados funcionarios, sino aspectos que son propios del cargo público y que, como tales, están sujetos al conocimiento de cualquier habitante de la República que muestre interés en ellos, sin que para obtenerlos deba demostrar alguna legitimación.

Al respecto esta Sala en un asunto similar al de estudio dijo:

"Dos únicas limitaciones contempla el artículo 30 de nuestra Constitución Política en cuanto a obtener información de los departamentos administrativos:

a) que el asunto sobre el que se requiera información sea de interés público, y

b) que no se trate de un secreto de Estado. Desde luego el segundo supuesto -para los efectos del recurso- queda descartado, toda vez que éste solamente se refiere a asuntos de seguridad, de defensa o de relaciones exteriores de la Nación. Para efectos de una correcta resolución, en el caso, cabe advertir que si bien las normas y principios constitucionales atinentes deben apreciarse en su conjunto- ante el planteamiento determinado- y no aisladamente, para su correcta aplicación debe estarse también a la calidad o no de funcionario público que la persona, de quien se solicita información,

tenga. Así el derecho a la información sobre determinada actividad, ventaja o derecho que un particular ostente estaría vedado por lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política, cosa que no sucede en cuanto al funcionario público, por el evidente interés que para la comunidad representa el poder estar debidamente informada de su actividad, del buen o mal desempeño en el ejercicio de su cargo, de las ventajas o no que el nombramiento conlleva y de los derechos que como tal obtiene, fundamentalmente en cuanto éstos sean de índole económica -salarios, en dinero o en especie, pluses, dietas, etcétera- pues en tratándose de fondos públicos son los administrados en general -o como usuarios del servicio- los que los pagan con sus contribuciones y tienen el derecho de saber cómo se administran y se gastan éstos. Toda la actividad del funcionario público es evidentemente de interés público -no sólo en buena lógica- sino por propia definición del artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, ya que el desempeño de sus funciones debe estar encaminado primordialmente a la satisfacción de aquél y en cuanto se separe de aquella finalidad -que le envuelve como tal- estaría faltando a lo que constituye la esencia de su función. Sería conveniente, tal vez, para algunos funcionarios que pasara inadvertida su actividad, para que ésta no pudiera ser calificada así por la colectividad, pero desde la aceptación del cargo ello no es posible pues sobre aquella conveniencia privan los valores de seguridad jurídica y de justicia, no sólo para la comunidad sino también para todos y cada uno de los individuos que la forman -que en todo caso deben ser considerados como representantes de aquélla, de la que el funcionario depende- y acto de justicia es el derecho a saber cómo se emplean y el destino que se da a los recursos que esa colectividad aporta y que hacen posible la retribución por sus servicios al "servidor público". Conlleva pues, lo expuesto, el derecho que tiene todo administrado de obtener información en cuanto se refiera a la actividad del funcionario en el desempeño de sus funciones, de sus emolumentos y de la forma en que se administran los fondos públicos en general y la obligación del servidor público de rendirlos a la comunidad -y a cualquier ciudadano como representante de aquélla- de quien el funcionario depende, con la única salvedad de que se trate de un secreto de Estado o de información suministrada a la administración por particulares, para gestiones determinadas, que conservarán siempre su confidencialidad siempre y cuando ésta esté constitucional o legalmente protegida. Procede así declarar con lugar el amparo y ordenar la entrega de la información solicitada dentro del plazo perentorio indicado en el artículo 53 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional" (sentencia N° 0880-90 de las catorce horas veinticinco minutos del primero de agosto de mil novecientos noventa).

III.-

En el caso en estudio, lo requerido no se trata de una información confidencial que obre en poder de la Administración, sino de una información de carácter público que deber ser suministrada a quien así lo requiera, como son los gastos en publicidad y publicaciones de diversa índole que realiza la Caja, los cuales evidentemente se financian con fondos públicos, de modo tal que cualquier administrado tiene el derecho de saber qué monto invierte la Institución en ese campo. De igual modo, el pago a entidades privadas de salud lo realiza la Caja con fondos públicos, por lo que también esa información debe ser brindada a quien la requiera. Todo habitante de la República tiene el derecho de conocer los destinos que se le dan a los fondos públicos, a fin de ejercer una función fiscalizadora de las actuaciones de los funcionarios públicos, quienes son simples depositarios de la autoridad (artículo 11 de la Constitución Política). Es evidente que la Administración recurrida ha hecho una errónea interpretación del contenido del artículo 63 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social –según lo dicho anteriormente– y del artículo 30 constitucional, interpretación que implica violación al derecho de petición y pronta

resolución de la recurrente. El artículo 30 de la Constitución Política no obliga al administrado a demostrar el interés público que le asiste para obtener determinada información –como erróneamente lo interpreta el recurrido– sino que, por el contrario, garantiza el libre acceso de los administrados a los departamentos administrativos para obtener información sobre asuntos de interés público. Es decir, el calificativo de interés público recae sobre la información en cuestión, no sobre la persona que la solicita. Así las cosas, dado que en el oficio N° 9926 del dieciséis de mayo del dos mil, suscrito por Gerente de la División Administrativa de la Caja Costarricense de Seguro Social, éste, en definitiva, se negó a dar –bajo el argumento erróneo de un impedimento legal– la información de interés público que solicitó en su oportunidad la recurrente, se ha producido la alegada violación a lo dispuesto en el artículo 27 constitucional y, en consecuencia, el recurso resulta procedente y así debe declararse.

Por tanto:

Se declara CON LUGAR el recurso. Se ordena a René Escalante González, en su condición de Gerente de la División Administrativa de la Caja Costarricense de Seguro Social, dar la información solicitada por la recurrente el veintisiete de abril del dos mil, y notificarla de lo resuelto, en el término improrrogable de DIEZ DIAS HABILES, contado a partir de la notificación de esta sentencia. Se condena a la Caja Costarricense de Seguro Social 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. Se advierte a José Alberto Acuña Ulate y a René Escalante González que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de esta jurisdicción, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo, y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Notifíquese esta resolución a José Alberto Acuña Ulate y a René Escalante González **EN FORMA PERSONAL**.

Luis Fernando Solano C.

Presidente, a.i.

Luis Paulino Mora M. Eduardo Sancho G.

Carlos M. Arguedas R. Adrián Vargas B.

José Luis Molina Q. Gilbert Armijo S.

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 25/2/2013 2:53:58 PM

Sentencia: 00754 Expediente: 01-008587-0007-CO
Fecha: 25/01/2002 Hora: 1:00:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo

Redactor: Adrián Vargas Benavides

Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
Documentos relacionados: Referencia a otra jurisprudencia
Contenido de interés 1
<p>Exp: 01-008587-0007-CO</p> <p>Res: 2002-00754</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las trece horas del veinticinco de enero del dos mil dos.-</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por CARLOS ALBERTO MORA MORA, portador de la cédula de identidad número 1-754-284, a favor de sí mismo; contra la empresa ALUDEL LIMITADA, cédula de persona jurídica número 3-102-189003.</p> <p style="text-align: center;">Resultando:</p> <p>1.-</p> <p>Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala el tres de setiembre de dos mil uno (folio 1), el recurrente interpone recurso de amparo contra la empresa Aludel Limitada y manifiesta que la sociedad recurrida se dedica a prestar a sus afiliados un servicio de acceso a una página electrónica denominada "DATUM", en la cual son consignados datos personalísimos e información de carácter privado. Asegura que la recurrida ha manipulado sus datos personales, señalando que tiene una causa pendiente en sede penal. Alega que la información inexacta contenida en dicha página electrónica le causa un grave perjuicio, pues no puede obtener empleo, toda vez que su imagen se encuentra "manchada". Considera lesionados sus derechos constitucionales. Solicita el recurrente que se declare con lugar el recurso.</p> <p>2.-</p> <p>Informa Rodrigo Emilio Mora Arguedas, en su calidad de representante legal de la empresa ALUDEL limitada (folio 5), que es cierto que la empresa recurrida presta servicios a los clientes mediante el acceso a una página electrónica denominada "DATUM". Indica que en esa página no se consignan datos personalísimos ni información de carácter privado, por cuanto todas las fuentes consultadas son públicas. Manifiesta que no es cierto que la empresa ALUDEL manipuló algún tipo de información, ya que la misma se obtiene de los libros de entrada de los distintos despachos del Poder Judicial y se trata de información catalogada como pública por la</p>

misma Corte Suprema de Justicia. Señala que la empresa recurrida ofrece un servicio de información por Internet únicamente a sus clientes, mediante suscripción, la cual es debidamente sistematizada y tiene como fin la protección de crédito. Alega que el recurrente no señala un hecho propiamente, sino más bien emite un juicio de valor, ya que no indica concretamente quiénes son los supuestos empleadores, y atribuye el hecho de que su imagen se encuentre manchada y que no haya podido obtener trabajo a la información suministrada por la recurrida. Indica que en el caso particular del recurrente, el origen de la solicitud proviene de dos de los clientes de la empresa: Servimás Máxima y Geveco Internacional S.A., que en ambos casos consultaron mediante sus departamentos de cobro judicial y cobro administrativo, con lo cual se puede observar que ninguna solicitud proviene del departamento de recursos humanos de dichas empresas. Señala que en el mismo contrato suscrito con el cliente se señala que queda terminantemente prohibido el uso de la información para servicios ajenos a la toma de decisiones de la empresa. Alega que, en cuanto a la validez de la información proporcionada por ALUDEL, en el caso de marras se indica que la certeza es de un 1,16470588235294%, y que este dato está señalado en la misma página de Internet. Indica que la página generada en consulta de juicios, utiliza como llave de entrada el nombre de la persona, por lo cual el resultado podría pertenecer a otra persona con el mismo nombre. Anota que el sistema, en el caso particular, incluyó en su lista el apellido Morales (sic) y registró 85 nombres similares. Señala, además, que la base de datos de ALUDEL es únicamente un índice de consulta, y que para investigar sobre cada caso, el usuario cuenta con una opción que le permite que un abogado del departamento legal realice la verificación de la información. Alega que la información que maneja la empresa recurrida se ofrece en resguardo de los derechos fundamentales a la información, el derecho a la expresión, la libertad de empresa, el derecho a la propiedad y los derechos económicos y de contratación. Asimismo, no se trata de información discriminatoria sino cierta y existente. Indica, además, que expresamente se le advierte al cliente en el respectivo contrato que, por carencias propias de los índices que sirven de base, podría haber problemas de homonimia, que los índices podrían estar desactualizados y que, algunas veces, las mismas fuentes de información tienen limitaciones. Considera que el servicio que ofrece la recurrida no viola ningún derecho fundamental del recurrente, toda vez que la información que ha brindado a terceros ha sido la estrictamente necesaria para los efectos de protección de crédito, sobre lo cual tienen evidente interés las empresas. Afirma que no se ha negado al recurrente el derecho de rectificar la información o de tener acceso a ella, opción que el recurrente ni siquiera ha solicitado. Finalmente, solicita que se desestime el recurso planteado.

3.-

En los procedimientos seguidos han sido observadas las prescripciones legales.

Redacta el magistrado **Vargas Benavides**; y,

Considerando:

I.-

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

a) La empresa Aludel Limitada presta servicios de información a sus clientes mediante

acceso a la página electrónica "<http://www.datum.net>". (Hecho incontrovertido)

b) En los registros contenidos en la dirección <http://www.datum.net> de Internet, a nombre del amparado aparecen en el apartado "consulta referencias crediticias, juicios y casos", los datos de varios procesos civiles y penales en contra de "Carlos Mora Mora" y "Carlos Morales Morales", ninguno de ellos identificado con el respectivo número de cédula. (Copias de folios 13 a 19)

c) Constan dentro de la base de datos DATUM, ochenta y cinco nombres registrados similares al del recurrente, por lo que en la misma página se advierte que la certeza de la información consultada por ese nombre es de un 1,16470588235294% . (Copias de folios 20 a 23)

II.-

Hechos no probados. No se estiman demostrados los siguientes hechos de relevancia para esta resolución:

a) Que el recurrente se haya visto impedido o de cualquier forma obstaculizado en su intento de conseguir trabajo debido a la consulta de información que conste dentro de la página "<http://www.datum.net>". Lo único que consta (copia de folio 20) es la consulta efectuada por los departamentos de cobro de dos empresas.

III.-

De previo a entrar a valorar el fondo del asunto, conviene señalar que a pesar de que el recurrente alega que no ha podido conseguir trabajo en razón de la información existente en la base de datos contenida en la página "<http://www.datum.net>", lo cierto es que no aporta el nombre de las empresas que –según afirma- se han negado a contratarlo, ni prueba alguna de que efectivamente haya una relación de causalidad entre la información suministrada y el hecho de que no haya conseguido trabajo. Por lo anterior, el presente asunto va a ser analizado solamente en cuanto al almacenamiento y manejo que de la información del amparado Carlos Alberto Mora Mora ha efectuado la empresa Aludel Limitada, para así poder determinar si el derecho a la autodeterminación informativa de aquel ha sido efectivamente respetada por parte de la sociedad accionanda mediante la administración de la base de datos en cuestión.

IV.-

Amparo contra sujetos privados. Tratándose de acciones de amparo dirigidas contra sujetos privados, dispone el artículo 57 Ley de la Jurisdicción Constitucional, que esta clase de amparos proceden contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de la misma Ley. En el caso concreto, efectivamente se constata una situación de poder de hecho frente al recurrente, por parte de la empresa recurrida. ALUDEL Limitada, por el tipo de actividad que realiza, que le permite controlar una gran cantidad de información sobre las personas, sin su consentimiento y en muchos casos sin siquiera su conocimiento, la que de ser manipulada indiscriminadamente podría generar un perjuicio sustancial a éstas. En la especie, el gestionante utiliza la vía sumaria del recurso de amparo a fin de hacer valer

su derecho de autodeterminación informativa. No existiendo un mecanismo procesal específico para la protección de este derecho, la Sala considera que se está ante uno de los supuestos genéricos previstos por los artículos 48 de la Constitución Política y 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. El amparo es por ende la vía idónea para discutir la constitucionalidad de este tipo de actuaciones, donde están de por medio la intimidad, el resguardo de datos sensibles -entendidos éstos como aquellos datos que tienen una particular capacidad de afectar la privacidad del individuo o de incidir en conductas discriminatorias- y la no lesividad de su uso; es decir, resguardando el derecho a la autodeterminación informativa antes descrito.

Sobre el fondo.

V.-

Esta Sala en oportunidades anteriores ha desarrollado el contenido esencial del derecho de autodeterminación informativa como una ampliación del ámbito protector del derecho a la intimidad. Específicamente, en la sentencia número 04847-99 de las dieciséis horas con veintisiete minutos del veintidós de junio de mil novecientos noventa y nueve, en lo conducente determinó:

"V. Sobre el derecho a la autodeterminación informativa. Como se indicó líneas atrás, la ampliación del ámbito protector del Derecho a la intimidad surge como una respuesta al ambiente global de fluidez informativa que se vive. Ambiente que ha puesto en entredicho las fórmulas tradicionales de protección a los datos personales, para evolucionar en atención a la necesidad de utilizar nuevas herramientas que permitan garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a decidir quién, cuándo, dónde y bajo qué y cuáles circunstancias tiene contacto con sus datos. Es reconocido así el derecho fundamental de toda persona física o jurídica a conocer lo que conste sobre ella, sus bienes o derechos en cualquier registro o archivo, de toda naturaleza, incluso mecánica, electrónica o informatizada, sea pública o privada; así como la finalidad a que esa información se destine y a que sea empleada únicamente para dicho fin, el cual dependerá de la naturaleza del registro en cuestión. Da derecho también a que la información sea rectificadora, actualizada, complementada o suprimida, cuando la misma sea incorrecta o inexacta, o esté siendo empleada para fin distinto del que legítimamente puede cumplir. Es la llamada protección a la autodeterminación informativa de las personas, la cual rebasa su simple ámbito de intimidad. Se concede al ciudadano el derecho a estar informado del procesamiento de los datos y de los fines que con él se pretende alcanzar, junto con el derecho de acceso, corrección o eliminación en caso el que se le cause un perjuicio ilegítimo.

VI. El derecho de autodeterminación informativa tiene como base los siguientes principios: el de transparencia sobre el tipo, dimensión o fines del procesamiento de los datos guardados; el de correspondencia entre los fines y el uso del almacenamiento y empleo de la información; el de exactitud, veracidad, actualidad y plena identificación de los datos guardados; de prohibición del procesamiento de datos relativos a la esfera íntima del ciudadano (raza, creencias religiosas, afinidad política, preferencias sexuales, entre otras) por parte de entidades no expresamente autorizadas para ello; y de todos modos, el uso que la información se haga debe acorde con lo que con ella se persigue; la destrucción de datos personales una vez que haya sido cumplidos el fin

para el que fueron recopilados; entre otros.

(...)

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

VI.-

Respecto de los datos del amparado. Ha quedado claro que la información que respecto de una persona sea almacenada, además de no poder ser de carácter estrictamente privado, debe ser exacta. Así lo expresó esta Sala en sentencia número 2000-01119, de las dieciocho horas cincuenta y un minutos del primero de febrero de dos mil, en los términos siguientes:

"V.-

*No obstante lo anterior, siendo la exactitud uno de los requisitos de la información que las bases de datos pueden guardar de las personas, la falta de elementos suficientes para identificar unívocamente a la persona investigada, puede ocasionarle graves perjuicios. En ese sentido, el artículo 93 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, número 3504, de diez de mayo de mil novecientos setenta y cinco y sus reformas, confiere a la cédula de identidad ese carácter. **Por lo anterior, considera este tribunal que las empresas administradoras de datos personales tienen la obligación ineludible de verificar que las informaciones almacenadas a nombre de una persona hayan sido obtenidas de forma tal que no quepa duda acerca de la titularidad del afectado, es decir no basta con la advertencia que plantea la empresa recurrida de indicar al afiliado que corre por su cuenta verificar la titularidad de la persona consultada.** En razón de lo que dispone el artículo 140 del Código Procesal Civil, en relación con el 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el sentido de que los abogados y sus asistentes debidamente acreditados tienen acceso a los expedientes judiciales, las empresas encargadas de almacenar datos*

referentes a procesos jurisdiccionales están en la obligación de verificar la exactitud de los datos que registran, estableciendo con claridad –por medio de una revisión del legajo o de una certificación expedida en el despacho- el nombre completo y número de cédula del demandado, y sólo entonces incluirlo en sus registros. Si el afectado solicita por escrito la exclusión de los datos que a su nombre aparezcan y que sean inexactos por indeterminación de la cédula del deudor, la empresa protectora de crédito debe proceder a verificar la exactitud de las informaciones, en los términos antes dichos, o bien a eliminarlos de su base de datos..." (El destacado no es del original)

En el caso concreto, observa la Sala que la información contenida en la página www.datum.net en relación con la existencia de varios procesos judiciales civiles y penales en contra de "Carlos Mora Mora" y "Carlos Morales Morales", puede ser extraída de los libros de entradas de los despachos judiciales (o del Ministerio Público). Sin embargo, tales datos no están respaldados por la remisión al número de cédula del amparado, mecanismo que sí garantizaría la exactitud de los mismos, sino que se basan únicamente en el nombre del recurrente. Según se desprende de las pruebas aportadas por la propia empresa recurrida, de la búsqueda realizada se desplegaron ochenta y cinco nombres similares al del recurrente, de los cuales siete resultan idénticos. Lo anterior no produciría problema alguno si junto con el nombre apareciera el número de cédula u otro documento de identificación, lo cual no ocurre en el presente caso. Es evidente que la información contenida en la base de datos referente al recurrente no cumple con el requisito de exactitud por cuanto varios nombres iguales al suyo y no existe –mediante una consulta a su base de datos- una forma de determinar con certeza si la información hace referencia o no al amparado. Lo anterior evidentemente crea confusión y podría ocasionar un serio perjuicio al recurrente, razón por la cual esta Sala constata la alegada violación a sus derechos fundamentales. No resulta necesario exigir al amparado que haya formulado una expresa solicitud a Aludel Ltda. para que precisara los datos en cuestión, sino que es la empresa usufructuaria de tal información la que está obligada –según fue dicho- a mantener en sus registros únicamente datos verdaderos y exactos. Finalmente, esta Sala debe ordenar que la información a nombre del amparado contenida en la base de datos conocida como DATUM debe ser incrementada con los datos de identificación que la hagan efectivamente exacta y precisa, para así evitar que datos provenientes de la actuación de otros individuos puedan afectar al amparado.

VII.-

Habiendo sido efectuado un inadecuado registro de la información contenida en su base de datos, el cual sin duda ha puesto en evidente peligro el derecho del amparado a la autodeterminación informativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el presente recurso de amparo deberá ser declarado con lugar, como en efecto se hace.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a ALUDEL limitada, que en el plazo improrrogable de DIEZ DIAS contado a partir de la notificación de la presente sentencia, rectifique y aclare la información contenida en la base de datos conocida como DATUM referente al recurrente Carlos Alberto Mora Mora, cédula de identidad número 1-754-284, en los términos expresados en esta sentencia. Se condena a Aludel Limitada al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, las que serán liquidadas en ejecución de sentencia civil.

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Eduardo Sancho G. Carlos M. Arguedas R.

Adrián Vargas B. Susana Castro A.

Alejandro Batalla B. Gilbert Armijo S.

**Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 1/3/2013
7:57:41 AM**

Sentencia: 03074 Expediente: 02-000808-0007-CO
Fecha: 02/04/2002 Hora: 3:24:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Gilbert Armijo Sancho
Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
Sentencia Relevante
Documentos relacionados: Referencia a otra jurisprudencia
Contenido de interés 1 (Relevante)
<p>Exp: 02-000808-0007-CO</p> <p>Res: 2002-03074</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con veinticuatro minutos del dos de abril del dos mil dos.-</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por Carlos Manuel Navarro Gutiérrez, portador de la cédula de identidad número 1-405-1325, en su condición de Secretario General del Sindicato de Empleados del Ministerio de Hacienda, a favor de La Nación Sociedad Anónima, contra Eduardo Lizano Fait en su condición de Presidente Ejecutivo del Banco Central de Costa Rica.</p> <p style="text-align: center;">Resultando:</p> <p>1.-</p> <p>En memorial presentado en la Secretaría de la Sala a las diecisiete horas treinta minutos del veinticinco de enero del dos mil dos, el recurrente interpone recurso de amparo contra el Presidente Ejecutivo del Banco Central de Costa Rica y manifiesta que éste se negó a entregar los resultados del estudio realizado por el Fondo Monetario Internacional en junio pasado, a un periódico nacional. Manifiesta que el Presidente del Banco Central manifestó que, por tradición, estos informes no se entregan, lo que viola el derecho a la información. Considera que la información requerida es de interés de la colectividad y que el Presidente del Banco Central, con su negativa, ha conculcado un derecho fundamental. Indica el petente que, en aras de defender intereses difusos de los habitantes de la República, interpone el presente recurso de amparo. Solicita que se declare con lugar el recurso.</p> <p>2.-</p> <p>En escrito de folio 5 se apersona Otto Guevara Guth, en su condición de Diputado de la Asamblea Legislativa, para referirse a la respuesta que recibió del Presidente del Banco Central de Costa Rica mediante la cual se le negó el acceso a una copia del Informe del Fondo Monetario Internacional. Indica que el veinticinco de enero del dos mil dos,</p>

presentaron una solicitud de información al Presidente del Banco Central donde solicitaron un ejemplar del informe del Fondo Monetario Internacional sobre Costa Rica. Por su parte, mediante oficio DPE-016/2001 del cuatro de febrero del dos mil dos, remitido mediante fax a Jorge Rivel, se les indicó que existe un recurso de amparo planteado por el mismo aspecto, es decir por la negativa de entregar el informe elaborado por el Fondo Monetario Internacional, de manera que lo procedente es esperar que la Sala resuelva. Solicita el gestionante que se le tenga como coadyuvante en el recurso de amparo y que se ordene al Presidente del Banco Central, entregar la información objeto de este recurso de amparo.

3.-

Informa bajo juramento Eduardo Lizano Fait, en su calidad de Presidente del Banco Central de Costa Rica (folio 10), que en una publicación del periódico La Nación del veinticinco de enero del dos mil dos, se publicó una entrevista que le hiciera ese medio de comunicación y según la cual, de parte de ese diario se le solicitó copia de un informe acerca de los resultados del estudio sobre Costa Rica que realizó el Fondo Monetario Internacional (FMI) en junio pasado. Manifiesta que en esa publicación se consignó, entre otras cosas, que en su calidad de Presidente del Banco Central de Costa Rica le indicó a la periodista que simplemente hay una tradición del Banco Central de que la mayor parte de esos informes anuales no se publican; manifestación que afirma haber hecho en su oportunidad. Aclara que en los archivos del Banco Central no hay constancia de que se haya recibido solicitud alguna de parte del diario La Nación, S.A. (empresa amparada en el presente amparo), ni del Sindicato de Empleados del Ministerio de Hacienda, para que se entregue copia de ese informe. Agrega que el informe presuntamente requerido es el relativo al análisis que lleva a cabo cada año el Fondo Monetario Internacional con base en lo dispuesto en el artículo IV del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional y específicamente se refiere al elaborado en junio del dos mil uno. Considera importante destacar que ese artículo IV del Convenio citado, establece que esa clase de informes son resultado del análisis de supervisión llevado a cabo por ese Organismo Internacional en torno a las políticas cambiarias de los países miembros. Indica que tales informes son preparados por funcionarios del Fondo Monetario Internacional con el propósito de elevarlos posteriormente a la consideración del Directorio de esa entidad y no para someterlos directamente al país objeto del estudio. Agrega que de acuerdo con lo estipulado en las secciones 4 y 5 del Artículo IX de ese Convenio, tales informes son de uso exclusivo del Fondo Monetario Internacional y por ello, tienen el carácter de confidenciales e inviolables. Manifiesta que según lo especificado en la sección 8 del artículo XII del aludido convenio, el Fondo Monetario Internacional, por iniciativa propia, puede comunicarle extraoficialmente al país supervisado dicho informe, conservando el documento su carácter de confidencial e inviolable, por lo cual, el país no está facultado para divulgar, por su propia cuenta, el informe en cuestión. Indica que aunque el Fondo Monetario Internacional suministre el informe de supervisión al Estado Costarricense, no significa que ya esté disponible para su publicidad, ello en observancia del principio constitucional de la confidencialidad de los asuntos diplomáticos. Considera que el Banco Central de Costa Rica y el Estado Costarricense están obligados a guardar confidencialidad de los informes de supervisión del Fondo Monetario Internacional hechos con base en el Convenio Constitutivo, pues así fue aprobado, lo que incluye disposiciones de confidencialidad de los informes y archivos de ese Organismo Internacional. Agrega que aún siéndole comunicado extraoficialmente el informe al Estado Costarricense, tal confidencialidad debe ser estrictamente observada, pues para dar publicidad al documento, requeriría estar incorporado en un legajo, formando parte de un informe técnico, como antecedente de un acto propio, válido y eficaz adoptado en la gestión del funcionario público

costarricense, a la luz de la relación de los artículo 9, 10, 214, 215 y 217 de la Ley General de la Administración Pública, interpretados a contrario sensu y en lo que toca al Estado Costarricense, tal situación no se ha presentado con respecto al informe del Fondo Monetario Internacional presuntamente requerido. Manifiesta que la confidencialidad debe ser acatada, en el tanto en que, con base en dichos informes, el funcionario costarricense y específicamente el Banco Central de Costa Rica, no haya adoptado como suyos tales análisis para fundamentar una actuación propia, la cual, en esos casos y por el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos, sí estaría sujeta a publicidad o a ser entregada a cualquier ciudadano que la pida en el territorio de la República, con base en el derecho fundamental establecido por los artículo 27 y 30 de la Constitución Política. Reitera diciendo que no existe petición formal para la entrega del informe y finaliza solicitando que se declare sin lugar el recurso en todos sus extremos.

4.-

En escrito visible en folio 15 se apersona Rosa María Cascante Cascante para solicitar que se le tenga como coadyuvante en el presente recurso de amparo. Indica que el Presidente de la Junta Directiva del Banco Central, Eduardo Lizano, indicó por los diferentes medios de información colectiva que el informe del Fondo Monetario Internacional, no lo proporcionará a ninguna persona. Señala que tanto ella como otras organizaciones de la sociedad civil, está preocupada por la emisión inorgánica de dinero, la inflación y otras variables macroeconómicas que impactan en la calidad de vida del costarricense, así como también por otros indicadores propios de los derechos humanos y el derecho al desarrollo, tales como el pleno empleo. Indica que tanto el derecho de petición como el libre acceso a los departamentos administrativos con propósito de información sobre asuntos de interés público, son derechos tutelados por la Constitución Política y por ello solicita que se declare con lugar el recurso.

5.-

Mediante documento de folio 17 se presenta ante la Sala Rosa María Cascante Cascante para solicitar que, en su condición de coadyuvante, se reconozca el espíritu de respeto del derecho internacional que contiene la Constitución Política y que, por ello, se declare con lugar el recurso de amparo y se solicite al Poder Ejecutivo que negocie ante el Fondo Monetario Internacional, una reserva respecto al inciso B del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional que fue ratificado por ley número 55 del veinticuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

6.-

En resolución de Magistrado Instructor de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del seis de marzo del dos mil dos (folio 22), se solicitó al Director del Periódico La Nación que, como prueba para mejor resolver, se refiriera a los hechos alegados por el recurrente en el amparo.

7.-

En escrito visible en folio 23 se apersona Carlos Manuel Navarro Gutiérrez, en su calidad de Secretario General del Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Hacienda, para referirse al informe presentado por el Presidente Ejecutivo del Banco Central en respuesta a este recurso. Indica que el amparo lo presentaron con fundamento en la noticia difundida por el Periódico La Nación por lo que considera que no es de recibo el

argumento de don Eduardo Lizano en el sentido de que no se hizo petición formal del informe. Manifiesta que para subsanar esa posible omisión, el pasado veinticinco de enero solicitaron formalmente a don Eduardo Lizano, el informe de cita y el siete de marzo del dos mil dos, don Eduardo Lizano contestó en oficio número DPE-040-2002 con fecha seis de marzo, que no brindaría el informe y que se atenderá la petición concreta una vez que cuente con el pronunciamiento de la Sala Constitucional. Considera que el Presidente Ejecutivo del Banco Central está lesionando los derechos constitucionales por lo que reitera la petición inicial para que se declare con lugar el recurso de amparo.

8.-

En documento visible en folio 27 se apersona Eduardo Ulibarri, en su condición de Director del Periódico La Nación, para contestar la audiencia que le fuera conferida como prueba para mejor resolver. Señala que el lunes veintiuno o martes veintidós de enero de este año, sin recordar el día exacto, el editorialista especialista en temas económicos de ese periódico, le hizo saber que al consultar la página de internet del Fondo Monetario Internacional para obtener datos sobre nuestra economía destinados a un editorial, se había encontrado con una referencia según la cual esa institución no divulgaba el informe de su más reciente evaluación sobre la economía costarricense debido a que las autoridades nacionales así lo habían pedido. Indica que como consideraron que la información contenida en ese documento era de gran importancia periodística y de indudable interés público, la periodista Patricia León, redactora de la sección económica, llamó por teléfono, el veintitrés de enero, al Presidente del Banco Central, Dr. Eduardo Lizano y le solicitó el texto del informe; sin embargo, don Eduardo le respondió que no lo darían a conocer. Manifiesta que el veinticuatro de enero, por su solicitud expresa y de la editora de la sección, la periodista Lidiette Brenes, la redactora procedió a llamar nuevamente al Dr. Lizano para consultarle sobre las razones por las cuales el Banco Central había decidido no hacer público el informe e indagar sobre el contenido de éste. Indica que don Eduardo declinó referirse a esto último y sobre las razones para negarse a divulgarlo, manifestó algunos conceptos que fueron recogidos en una información publicada al día siguiente, de la cual adjunta copia. Agrega que al conocer de la negativa tan rotunda de don Eduardo a la solicitud que habían planteado telefónicamente por medio de la periodista del periódico, analizaron la posibilidad de plantear un recurso de amparo como vía para que se diera a conocer el informe del FMI en vista de su interés intrínseco para todos los ciudadanos y de que no se trataba de un tema objeto legítimo de secreto de Estado. Añade que el veintiocho de enero tuvieron conocimiento de que el Sindicato de Empleados del Ministerio de Hacienda por medio de su Secretario General, había presentado un recurso en sentido similar al que habían considerado y por ello se decidió abstenerse de acudir a esta vía.

Indica que sobre la presentación del recurso y sobre la decisión de la Sala Constitucional de acogerlo para su consideración, publicaron sendas informaciones el veintinueve de enero y el dos de febrero pasados. Añade que el catorce de febrero, el diputado electo José Miguel Corrales dio a conocer un resumen del documento el cual es publicó íntegramente en la sección de Foro y además, por la importancia del tema el título principal de la edición de ese día se refirió al contenido del documento a partir del cual, y de las reacciones y contexto del mismo, divulgaron una amplia información en la página 22-A. Hace notar que en la actividad cotidiana del periódico, debido a la premura con que deben obtenerse las informaciones, lo más común es que se presenten solicitudes verbales a los funcionarios, sea directamente o por teléfono y a esta modalidad fue a la que acudieron en los pedidos que formularon al Dr. Eduardo Lizano.

9.-

En los procedimientos seguidos han sido observadas las prescripciones legales.

Redacta el magistrado **Armijo Sancho**; y,

Considerando:

I.-

Cuestiones de Trámite: La señora Rosa María Cascante Cascante se apersonó en documento de folio 15 para solicitar que se le tenga como coadyuvante activa en este amparo en vista de que, en su condición de costarricense, tiene interés directo en las presentes diligencias. En cuanto a la naturaleza jurídica de la coadyuvancia, la Sala en sentencia número 3235-92 de las nueve horas veinte minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa y dos, dijo que:

"La coadyuvancia es una forma de intervención adhesiva que se da cuando una persona actúa en un proceso adhiriéndose a las pretensiones de alguna de las partes principales, como consecuencia está legitimado para actuar como coadyuvante quien ostente un interés directo en el resultado del recurso".

A partir de lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se acepta su gestión. Por su parte, Otto Guevara Guth, en su condición de Diputado de la Asamblea Legislativa, se ha apersonado también para solicitar que se le tenga como coadyuvante activo en este recurso de amparo en vista de que se le ha negado el acceso al informe del Fondo Monetario Internacional sobre Costa Rica. Esta solicitud de coadyuvancia, debe ser aceptada al igual que la anterior por cuanto el gestionante, en su condición de costarricense, deriva un interés directo en las presentes diligencias.

II.-

Objeto del recurso: El recurrente, Carlos Manuel Navarro Gutiérrez, en su condición de Secretario General del Sindicato de Empleados del Ministerio de Hacienda, interpone recurso de amparo porque considera que la negativa del Presidente del Banco Central de Costa Rica de entregar los resultados del estudio realizado por el Fondo Monetario Internacional, conculca el derecho a la información de los costarricenses, solicitando que así se declare.

III.-

Sobre el derecho a la información: El derecho a la información es uno de los derechos del ser humano y está referido a una libertad pública individual cuyo respeto debe ser propiciado por el propio Estado. Este derecho, es a la vez, un derecho social cuya tutela, ejercicio y respeto se hace indispensable para que el ciudadano tome parte activa en las tareas públicas y pueda así participar en la toma de decisiones que afectan a la colectividad. En ese sentido, es un derecho humano inalienable e indispensable en la medida en que se parte de que información significa participación. De esta manera, si la información es requisito para que el ciudadano individualmente considerado adopte decisiones, informar, a la vez, es promover la participación ciudadana. El derecho de la información distingue tres facultades esenciales de quienes

lo ejercen: la facultad de recibir, la facultad de investigar y la facultad de difundir informaciones. La facultad de recibir información se refiere principalmente a la obtención, recepción y difusión de noticias o informaciones, las cuales deben referirse a hechos con trascendencia pública y ser conformes con la realidad, asequible por igual a todos, debiendo referirse a hechos relevantes cuyo conocimiento esté dirigido a formar opinión y a fomentar la participación del ciudadano, siendo requisito esencial que la información sea completa y veraz. La segunda facultad se refiere a la posibilidad de investigación, es decir, al libre y directo acceso a las fuentes de información. Por último está la facultad de difundir, que se trata del derecho del ciudadano a la libre difusión de opiniones e informaciones; facultad que sólo puede ejecutarse en sentido positivo pues no se contempla la posibilidad de "no difundir" informaciones o noticias. Ahora bien, el derecho a la información como tal, está compuesto por dos vertientes o dimensiones: una activa que permite la comunicación de informaciones y otra pasiva que se refiere al derecho de todo individuo o persona, sin ningún tipo de discriminación, a recibir información; información que, en todo caso, deberá ser veraz y que puede ser transmitida por cualquier medio de difusión. A partir de lo anterior se tiene que si bien el derecho a la información tutela en su aspecto pasivo la posibilidad de acceder a fuentes de información con el ánimo de poder participar en la toma de decisiones de la colectividad, también es lo cierto que no se trata de un derecho irrestricto, sino que, por el contrario, está sujeto a límites y entre ellos, el derecho a la intimidad se constituye en un límite para el derecho a la información por cuanto, en la medida en que la información verse sobre asuntos que no sean de relevancia pública, se impone el respeto a la intimidad y opera como límite o barrera frente al derecho a la información. Por el contrario, cuando la información es de relevancia pública, el acceso a la misma y su difusión, se imponen como regla y por ello, cuando se trate de la trascendencia pública del objeto comunicable, se justificaría la intromisión amparándose en el derecho del público a la recepción de noticias y en el derecho del informador a transmitirla, salvo, claro está, cuando se trata de una información que haya sido declarada previamente como secreto de Estado o sea falsa en cuyo caso el tratamiento de la misma, será diferente.

IV.-

En relación con lo anterior, el derecho a la información es considerado como una garantía jurídica indispensable para que los ciudadanos puedan ejercer, en mayor o menor medida, su participación en las tareas públicas y desde este punto de vista, se trata de un derecho público y subjetivo. Es un derecho público por cuanto exige la intervención del Estado para procurar información sobre las actividades que desempeñan los órganos gubernamentales, además, es un derecho subjetivo, por cuanto supone un poder jurídico, susceptible de regulación por el ordenamiento jurídico. Ese derecho a la información, además, tiene un carácter preferente al considerarse que garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre; garantía que reviste una especial trascendencia ya que, de ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de manera responsable en los asuntos públicos, ha de ser informado ampliamente de modo que pueda formar opiniones, incluso contrapuestas, y participar responsablemente en los asuntos públicos. Desde esta perspectiva, el derecho a la información no sólo protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, cual es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político y por ende, de naturaleza colectiva. En ese sentido, la opinión pública libre es contraria a la manipulación de la información, con lo cual, el ciudadano tiene el derecho a recibir y

seleccionar las informaciones y opiniones que desee pues en el momento en que cualquiera de las informaciones existentes o posibles desaparece, cualquiera que sea el agente o la causa de la desaparición, está sufriendo una limitación al derecho a optar como forma de ejercitar el derecho de recibir. El derecho a ser informado es público por cuanto exige la intervención del Estado y es un derecho subjetivo por cuanto supone un poder jurídico, susceptible de ser institucionalizado y regulado por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de fines o intereses de carácter social, basados en la naturaleza misma de la persona humana y en la organización de la sociedad. A su vez, existe un deber de los entes públicos a facilitar la información y para ello, deberán dar facilidades y eliminar los obstáculos existentes. Los profesionales de la información son intermediarios entre los entes públicos y los destinatarios de la información y por ende, tienen igualmente el derecho a obtener información y el deber de transmitirla lo más fielmente posible. El objeto del derecho a la información es la noticia y por tal se ha de entender aquellos hechos verdaderos que puedan encerrar una trascendencia pública.

V.-

Planteamiento del recurrente: En el caso bajo estudio, el recurrente alega que el Presidente del Banco Central de Costa Rica, le negó el acceso al Periódico La Nación Sociedad Anónima, a un informe elaborado por el Fondo Monetario Internacional sobre la situación económica del país y por ende, se ha lesionado el derecho a la información de los costarricenses. Respecto de tal alegato, indica bajo juramento el recurrido que ese informe no puede ser dado a conocer en virtud de lo que dispone el artículo IV del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, según el cual, esa clase de informes son el resultado de análisis de supervisión llevados a cabo por ese organismo internacional en torno a las políticas cambiarias de los países miembros y de conformidad con lo estipulado en las Secciones 4 y 5 del Artículo IX del indicado Convenio, tales informes son de uso exclusivo del Fondo Monetario Internacional y por ello tienen el carácter de confidenciales, incluso, según la Sección 8 del Artículo XII, el Fondo Monetario, puede comunicar extraoficialmente al país el informe, sin embargo, conserva su carácter de confidencial.

VI.-

Análisis del caso concreto: Partiendo de lo dicho en relación con el derecho a la información y visto el caso concreto sometido a estudio de este Tribunal, es posible llegar a la conclusión de que se ha dado una violación al derecho a la información en perjuicio de todos y cada uno de los ciudadanos costarricenses. Para llegar a la anterior conclusión hay que tomar en cuenta varios aspectos. En primer lugar debe partirse, como se indicó supra, de que el derecho a la información es un derecho público que se distingue por su carácter preferente y ello es así por cuanto su objeto, la información, implica participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de la colectividad, con lo cual, en la medida en que se proteja el derecho a la información, se garantiza la formación y existencia de una opinión pública libre que precisamente es el pilar de una sociedad libre y democrática. Ahora bien, si se parte del supuesto de que para poder participar en la toma de decisiones de la colectividad, se requiere estar bien informado, ello lleva necesariamente a la conclusión de que una sociedad en la que se niega la información de relevancia pública, sin estar en un caso de excepción, no se permitiría la conformación de una opinión pública libre y por ende, no se garantizaría de manera efectiva y real la participación ciudadana. Uniendo lo anterior, no cabe la menor duda de que, respecto de todos aquellos asuntos de trascendencia pública, como lo es el informe sobre Costa Rica elaborado por el Fondo Monetario Internacional como órgano externo al país y en el cual no participó ningún ente u

órgano costarricense, existe un evidente interés de parte de todos los ciudadanos, de tener acceso a esa información toda vez que, en la medida en que la ciudadanía en general pueda acceder a esa información, podrá tener conocimiento sobre el contenido de ese informe y, en consecuencia, podrá ejercer con mayor propiedad y conocimiento, su derecho de participación en la toma de decisiones de la colectividad y por ende, podrá también ejercitar los derechos que de ahí se deslignen.

VII.-

Ahora bien, lo dicho anteriormente es el resultado lógico que se deriva de la naturaleza del derecho de que se trata, pero a la par de esto hay que valorar también la otra cara de la moneda que es precisamente la necesaria intervención estatal que se debe dar para garantizar el ejercicio efectivo de ese derecho. En esa medida, el Estado debe procurar que las informaciones que son de carácter y relevancia pública, sean de conocimiento de los ciudadanos y para ello debe propiciar un ambiente de libertad informativa que se inicia dentro de su ámbito de acción. Así el Estado, como punto principal de confluencia de informaciones que tienen relevancia pública, es el primer obligado a facilitar no solo el acceso de esa información, sino también el adecuado conocimiento y difusión de la misma y para ello tiene la obligación de brindar las facilidades que sean necesarias para ello y eliminar los obstáculos existentes.

VIII.-

Por tal razón, en el caso concreto, la Sala estima que se ha lesionado el derecho a la información en vista de que el Banco Central de Costa Rica, como institución autónoma de derecho público, ha tenido conocimiento de un informe sobre Costa Rica que fue elaborado por un organismo internacional como lo es el Fondo Monetario Internacional, sin que en el mismo participara algún órgano del Estado Costarricense y a pesar de que el resultado plasmado en ese informe, sin lugar a dudas, es de la más alta relevancia pública por cuanto afecta intereses de los costarricenses en su generalidad, el Presidente de ese Banco se ha negado a brindarlo a un medio de comunicación que, como tal, es un intermediario entre la fuente informativa y la colectividad. Considera la Sala que ese informe objeto de este amparo, no puede tener una relevancia más pública de la que ya tiene y si ello es así, no se justificaría la negativa del recurrido a entregarlo a un medio de comunicación que, por su naturaleza, será adecuado para darlo a conocer a los costarricenses en su generalidad. En ese sentido, debe recordarse que los medios de comunicación son instrumentos al servicio de la opinión pública y como tales, se constituyen en nuestra sociedad en un mecanismo muy importante y conveniente no solo para el acceso a la información sino también para la formación de esa opinión pública.

IX.-

Considera la Sala que no lleva razón el recurrido al manifestar que el informe elaborado por el Fondo Monetario Internacional no puede ser de conocimiento público en vista de que es un documento confidencial, y en ese sentido, se puede decir que previo estudio del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, la Sala ha observado que ninguno de sus numerales justifica la posición del recurrido. Por el contrario, el Convenio hace alusión a la posibilidad de entregar el informe al Estado interesado, encontrándose establecida la prohibición únicamente respecto de terceros, con lo cual, el Fondo Monetario Internacional, tendría la obligación de mantener la confidencialidad respecto de terceros países pero no así respecto del país interesado en el informe –Costa Rica en este caso-, de manera tal que una vez que se le entrega el estudio al país interesado, el Fondo Monetario Internacional debe mantener la

confidencialidad del documento respecto de terceros países pero no así respecto de Costa Rica. Por el contrario, si la información en él contenida se refiere a un estudio que se hizo por un Organismo Internacional, externo a Costa Rica en el que no ha participado ningún órgano del Estado Costarricense, sobre el estado económico del país, y en el mismo se pueden desvelar situaciones de relevancia nacional, pareciera que no existe duda alguna en cuanto a que ese informe debe ser de conocimiento público por cuanto trata aspectos que afectan a la colectividad nacional en general y por ende, los ciudadanos tienen todo el derecho de conocer la situación real del país, de disfrutar de lo bueno que ahí se resalte pero también el pueblo tiene el correlativo deber de permitir que, con fundamento en el principio democrático, se adopten las medidas que sean necesarias a fin de corregir los puntos que sean negativos. En relación con lo dicho, no lleva razón tampoco el recurrido al interpretar que el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional impide la divulgación del informe que se hizo para Costa Rica pues si ello fuera así, ni siquiera nuestro país tendría acceso al mismo y prueba de ello es la manifestación que hace el Director del Periódico La Nación cuando en su contestación afirma que "al consultar la página de internet del Fondo Monetario Internacional, para obtener datos sobre nuestra economía destinados a un editorial, se había encontrado con una referencia según la cual esa institución no divulgaba el informe de su más reciente evaluación sobre la economía costarricense, debido a que las autoridades nacionales así lo habían pedido"; situación que evidencia que la negativa a suministrar la información no ha venido directamente del Fondo Monetario Internacional sino más bien, de autoridades costarricenses. Por el contrario, considera la Sala que una vez que las instancias públicas correspondientes han sido notificadas del resultado del estudio, precisamente por la materia de que se trata, es obligación del Estado Costarricense, el dar a conocerlas a la ciudadanía en general pues es respecto de ésta que se elabora el estudio y las conclusiones a las que se llega afectarán, en definitiva, a la colectividad nacional.

X.-

Con fundamento en los motivos externados por esta Sala, el recurso debe ser estimado al considerarse que la negativa del Presidente del Banco Central de Costa Rica a entregar el informe sobre Costa Rica elaborado por el Fondo Monetario Internacional, ha lesionado el derecho a la información de los costarricenses y por ello, el recurso se declara con lugar ordenándose al recurrido la entrega inmediata de ese informe a todos los medios de comunicación así como también a cualquier persona que, precisamente por su condición de costarricense, desee tener conocimiento de esa información. En cuanto a los medios de comunicación se aclara que éstos, a su vez, en ejercicio del derecho a comunicar información, deberán informar a la ciudadanía en general de manera objetiva y veraz, sobre el contenido de ese informe.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena al Presidente del Banco Central de Costa Rica la entrega inmediata, a los amparados Carlos Manuel Navarro Gutiérrez, Patricia León, Lidiette Brenes y Otto Guevara Guth, del informe sobre Costa Rica elaborado por el Fondo Monetario Internacional. Se condena al Banco Central de Costa Rica al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán, en su caso, en la vía de ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Comuníquese.-

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Eduardo Sancho G. Carlos M. Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M. Adrián Vargas B.

Susana Castro A. Gilbert Armijo S.

162*

**Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 28/2/2013
11:35:47 AM**

Sentencia: 08996 Expediente: 02-006598-0007-CO
Fecha: 13/09/2002 Hora: 10:38:00 AM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Ana Virginia Calzada Miranda
Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
Documentos relacionados: Referencia a otra jurisprudencia
Contenido de interés 1
<p>Exp: 02-006598-0007-CO</p> <p>Res: 2002-08996</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas con treinta y ocho minutos del trece de setiembre del dos mil dos.-</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por Miguel Gilberto Sánchez Alfaro, portador de la cédula de identidad número 4-990-764, a su favor, contra ALUDEL S.R.L., cédula jurídica número 3-102-189003 en la persona de su representante legal Rodrigo Mora Arguedas cédula de identidad número 1-697-941.</p> <p style="text-align: center;">Resultando:</p> <p>1.-</p> <p>Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las catorce horas y veinticinco minutos del ocho de agosto de dos mil dos (folio 1), el recurrente interpone recurso de amparo contra ALUDEL y manifiesta que la empresa recurrida, se dedica a publicar información mediante una pagina de Internet, en la que se muestra una serie de información sobre la base de datos que tiene el sistema de Administración de Justicia, específicamente sobre casos que se ventilan en los distintos despachos judiciales. Que una vez que se tiene esa información, la misma se publica en la página de Internet de su dominio, conocido bajo el nombre comercial o marca "Datum", que consiste en un grupo de datos sobre personas físicas y jurídicas a disposición de las personas que pagan el servicio mediante el uso de una clave. Que el hecho de que la clave de acceso es prepagada, quiere decir que la información que ellos manejan no es posible de ser controlada por los propietarios de la misma, si no se tiene la respectiva clave, siendo así que la empresa recurrida, lucra con la información personal, y no permite que los propietarios tengan acceso libre a esa información. Que la información que se accede en dicha página consiste en una descripción lacónica del número de expedientes que se encuentran abiertos en los despachos judiciales en contra de una persona jurídica o física, el lugar de competencia donde se encuentra el expediente, el número interno del mismo, las partes vinculadas en el proceso y el tema que se analiza en el juicio, ya sea un delito o una acción civil. Que los principales clientes de la recurrida, son personas que autorizan créditos, los cuales corroboran esa información, siendo que las personas con casos abiertos, automáticamente por disposición del ente financiero,</p>

dejan de ser sujetos de crédito. Que en caso del accionante, la información que se publica no es la correcta, ya que en tres casos que se publican los mismos fueron trasladados por incompetencia del Tribunal donde se debatió, siendo posteriormente cerrados por incompetencia, por lo tanto no se debería mantener el registro. Que el perjuicio que sufrió el amparado está relacionado con solicitudes de crédito realizadas al Banco Banex, Banco de Costa Rica, Interfin, Almacén Font. Al ser consultado la página de información de Datum, aparece implicado en diez casos, todos resueltos por sentencia judicial firme. Que al encontrarse estos registros el banco acreedor negó el crédito, fundamentado la decisión en que "era una persona problemática y no sujeta a crédito por la cantidad de casos abiertos". Que en el registro virtual que ofrece la empresa Datum, no se designa con claridad cual es el estado del expediente, sino que se presenta un "link", donde se ofrece el servicio de investigación del expediente para verificar el estado actual, al darse este sistema se produce una disparidad, ya que para probar que los casos están cerrados se debe pagar a la compañía Aludel para que realice el estudio del caso, o bien, disponer de sus propios recursos para solicitar las respectivas certificaciones de los juzgados y enviarlas a la empresa para que se haga una pequeña anotación en el espacio de observaciones donde indica el estado del expediente, ya que la información no es eliminada del sistema, sino que permanece con la observación. Que la conducta de la recurrida ha violentado, y sigue violentado y amenazando sus derechos fundamentales de intimidad y autodeterminación informativa mientras los controles sobre su obtención o transmisión sean deficientes que permitan la difusión indiscriminada e ilegal de su información particular. Solicita el recurrente que se declare con lugar el recurso, que se ordenen a la empresa recurrida a borrar por completo los archivos existentes y se ordene al pago de daños y perjuicios.

2.-

Informa bajo juramento Arturo Arguedas Pimentel, en su calidad de Apoderado especial judicial (folio 58), que no es cierto que la información que publica en la internet, se obtenga de la base de datos que tiene el sistema de administración de justicia. Sobre el servicio que brinda Aludel manifestó que se da el servicio de recopilación y sistematización de información, que se obtiene de fuentes públicas, únicamente a sus clientes, que en su mayoría son personas que autorizan créditos, y se basan en información pública. Afirma que todos los casos civiles que aparecen en la base de datos sobre el recurrente son verdaderos, identificables por el número de cédula y le pertenecen a su persona, y que es posible que por las limitaciones existentes la información se encuentre desactualizada. Afirma que la información que se consigna en la página es la de los libros de entradas: nombre del actor, nombre del demandado, estrado judicial, fecha de presentación y asunto. Afirma que los libros de entrada no se actualizan en el Despacho Judicial según avanzan los procesos, y afirma que para conocer el desenlace del asunto hay que tener acceso a la información que se encuentra en el expediente. Afirma que la empresa recurrida ofrece a los interesados en la información la posibilidad de corregir, modificar o actualizar la información de su base de datos, como un servicio gratuito. Afirma que cuando se trata de obtener documentación específica y detallada, debe tenerse en cuenta que sólo los interesados pueden tener acceso a dicha información. Las partes, sus abogados o quienes sean expresamente autorizados por ellos. Afirma que si el interesado requiere que sea la empresa la que realice la investigación, y obtenga la información, puede solicitarlo, siempre y cuando los autorice y pague. Alega que la empresa no está en condiciones de brindar en forma gratuita el servicio de investigación y obtención de información actualizada de todos los registros, no sólo por falta de recursos humanos o tecnológicos, sino porque la información proviene de fuentes privadas, y porque se trata de gestiones personalísimas, que sólo el interesado o quien autorice puede

realizar. Afirma que Aludel modifica la información a solicitud del interesado, y hasta la fecha, el recurrente no ha presentado solicitud alguna para modificar los archivos, ni los ha contratado para adquirir dicha información. Afirma que no ha lesionado los derechos fundamentales del amparado porque la información que consta en los archivos sobre él es cierta y correcta, proviene de fuentes públicas, la información resulta identificable por medio del número de cédula, y constituyen datos expresos sobre la posición procesal de los juicios. Que la actividad realizada por su representada se encuentra amparada en la normativa vigente, y por tanto es legal. Solicita que se desestime el recurso planteado.

3.-

En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta la magistrada **Calzada Miranda**; y,

Considerando:

I.-

Sobre la admisibilidad del recurso. Tratándose de acciones de amparo dirigidas contra sujetos de derecho privado la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su artículo 57, señala que esta clase de demandas se conceden contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o, se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de la misma Ley. En el caso concreto, efectivamente se constata una situación de poder de hecho frente al recurrente, por parte de ALUDEL Limitada, quien se tuvo como parte recurrida en el presente amparo, por el tipo de actividad que realiza, que le permite controlar una gran cantidad de información sobre las personas, sin su consentimiento y en muchos casos sin siquiera su conocimiento, la que de ser manipulada indiscriminadamente podría generar un perjuicio sustancial a éstas. En la especie, el gestionante utiliza la vía sumaria del recurso de amparo a fin de hacer valer su derecho de autodeterminación informativa. No existiendo un mecanismo procesal específico para la protección de este derecho, la Sala considera que se está ante uno de los supuestos genéricos previstos por los artículos 48 de la Constitución Política y 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. El amparo es por ende la vía idónea para discutir la constitucionalidad de este tipo de actuaciones, donde están de por medio la intimidad, el resguardo de datos sensibles -entendidos éstos como aquellos datos que tienen una particular capacidad de afectar la privacidad del individuo o de incidir en conductas discriminatorias- y la no lesividad de su uso; es decir, resguardando el derecho a la autodeterminación informativa antes descrito.

II.-

Relación de sentencias de la Sala Constitucional sobre el hábeas data y el derecho a la autodeterminación informativa. Este Tribunal ha reconocido el derecho a la autodeterminación informativa y su garantía procesal, el hábeas data, en varias sentencias a través de las cuales ha tratado de precisar no solo el contenido del derecho, sino la extensión de esa protección. En la sentencia número 1261-90 de las 15:30 horas del 9 de octubre de 1990, la Sala se pronunció sobre la necesidad de

tutelar el ámbito de intimidad de la persona y para ello hace un análisis amplio sobre el derecho a la intimidad, con motivo del tema de las intervenciones telefónicas. Posteriormente en las sentencias 2609–91 y 2680–94 se analizó el problema de la confidencialidad de la información contenida en el Archivo Criminal que el efecto lleva el Organismo de Investigación Judicial. La primera sentencia se refirió al suministro indebido de información por parte del O.I.J. a terceras personas que no son autoridades públicas y por tanto, con un objetivo que no es el que establece la ley. En la segunda, la Sala estimó que dado que la información que consta en ese Archivo es confidencial, no procedía la remoción de aquella, pues ningún daño podía ocasionar su existencia, no obstante que en el caso concreto el recurrente había sido sobreseído en la causa seguida en su contra. Posteriormente la Sala variaría de criterio en ese punto específico en la sentencia 5802–99. Un enfoque más actual del derecho a la autodeterminación informativa se desprende de la sentencia N° 1998–1345 de las 11:36 horas del 27 de febrero de 1998, en la cual se indicó:

"...El derecho a la intimidad. Lo que hoy conocemos como "sociedad informatizada" plantea nuevos retos al concepto clásico del derecho a la intimidad. En la décadas de los ochenta y noventa, en nuestro país, la libertad individual, la personal y la colectiva, estaban relativamente lejos de la influencia de la tecnología.

Así por ejemplo, el ciudadano no se cuestionaba con que fin le eran solicitados sus datos personales, quienes tienen acceso a ellos y con cual objeto. Consecuentemente, el derecho a la protección de la persona frente al procesamiento de sus datos personales es una cuestión que se deja sólo a la academia. Es pronto también para cuestionarse si la manipulación de los datos personales puede vaciar el contenido esencial de algunos de los derechos fundamentales. Menos aún se concibe que el desarrollo informativo pueda implicar alguna forma de violencia. En la actualidad, la doctrina nacional y extranjera, admite que la manipulación de la información posibilita el control sobre el ciudadano como una alternativa real y efectiva. De tal manera que los derechos individuales de los ciudadanos puedan quedar prácticamente sin contenido efectivo. Así ocurre, cuando se desarrollan perfiles de las personas utilizando información aislada y aparentemente inofensiva, como edad, sexo, dirección, educación, estado civil, preferencias, entre otros muchos. En algunas situaciones esta información es factible utilizarla para definir a los "sospechosos" o a aquellos considerados "políticamente inapropiados", lo cual implica, que las personas así catalogadas sean excluidas de un papel activo en la sociedad. La informática, no sólo representa uno de los más grandes avances del presente siglo, sino que pone en evidencia las posibilidades de inspección de la vida interior de las personas, desde este punto de vista, la personalidad de los ciudadanos y su fuero interno cada vez se hacen más transparentes. Esta situación hace necesario que los derechos fundamentales amplíen también su esfera de protección. La esfera privada ya no se reduce al domicilio o a las comunicaciones, sino que es factible preguntarse si es comprensible incluir "la protección de la información" para reconocerle al ciudadano una tutela a la intimidad que implique la posibilidad de controlar la información que lo pueda afectar. Lo expuesto, significa que el tratamiento electrónico de datos, como un presupuesto del desarrollo de nuestra actual sociedad democrática debe llevarse a cabo afianzando los derechos y garantías democráticas del ciudadano (arts. 24, 1, 28, 30, 33 y 41 de la Constitución). Es obvio, que el acceso a la información es un poderoso instrumento de progreso individual,

y para el ejercicio de los derechos políticos y sociales. Pero también debe reconocerse que el progreso no significa que los ciudadanos deban quedar en situación de desventaja frente al Estado o a los particulares. El nuevo derecho a la intimidad, debe ponderar los intereses en conflicto, entre el legítimo interés de la sociedad a desarrollarse utilizando la información, como la también necesidad de tutelar a la persona frente al uso arbitrario de sus datos personales. La tutela a la intimidad implica, la posibilidad real y efectiva para el ciudadano de saber cuales datos suyos están siendo tratados, con que fines, por cuáles personas, bajo que circunstancias, para que pueda ejercer el control correspondiente sobre la información que se distribuye y que lo afecta (arts. 24 de la Constitución y 13 inciso 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos)..."

En cuanto al hábeas data, la primera resolución en que la Sala se pronunció en forma expresa con relación a su existencia y regulación, es la número 4154-97. En ese pronunciamiento lo califica como una garantía de naturaleza procesal, dirigida a tutelar derechos como el honor, la intimidad y la dignidad de la persona:

"IV.– Debe determinarse sin embargo, si la negativa a entregar al amparado copia del informe de la investigación realizada acerca de su persona, lesiona sus derechos fundamentales. El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus párrafos 1 y 2 establece:

"1. Toda persona tiene derecho al respeto a su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación."

*La norma citada consagra los derechos al honor, la intimidad y la dignidad, de los cuales se deriva el derecho de acceso a la información personal. Este consiste en el derecho a saber qué se dice de la persona en los registros que pueda tener el Estado o los particulares y en el derecho a la rectificación de esa información, que consiste en la facultad de corregir datos inexactos que obren en registros públicos o privados, respecto a la edad, antecedentes, cualidades etc. **El recurso de amparo, en la modalidad de hábeas data, tutela el derecho de una persona de conocer o rectificar toda la información pública o privada que exista sobre ella, incluso la que no haya sido utilizada ni haya de serlo en su perjuicio...** La Sala estima que, en ejercicio del derecho de elección de su personal, el patrono puede recabar la información que sea necesaria para determinar si una persona es apta o no para el cargo al que aspira. En el proceso de selección debe ser riguroso, pues de lo contrario podría ser sujeto de responsabilidad objetiva –v.gr. culpa in eligendo–. Sin embargo, en caso de que las personas soliciten acceso a la información que sobre ellas se haya recabado, ésta debe ser suministrada. Las pruebas anónimas, para el fin que sean, violan el derecho fundamental a conocer lo que de la persona se dice o los datos que sobre ella se conservan, lo contrario es inadmisibles en el sistema democrático y a la luz del Derecho de los Derechos Humanos. Por todo lo anterior, la Sala estima que el recurso debe ser declarado con lugar..."(la negrita y el subrayado no son del original).*

Esta es la primera sentencia en que la Sala Constitucional se refiere al concepto "hábeas data" como instrumento de tutela del derecho a la autodeterminación informativa. Es importante señalar que en esta resolución, la Sala acepta la existencia del hábeas data como una modalidad del recurso de amparo, con un objetivo determinado: tutelar el derecho de cualquier persona de conocer o rectificar la información pública o privada que exista sobre ella, con lo que delimita el ámbito de esa tutela. El mismo criterio externado en la sentencia citada fue reiterado en la resolución número 1997-7175 de las 19:30 horas del 16 de julio de 1997. Posteriormente, en la sentencia N° 2000-3820 de las 10:05 horas del 9 de mayo de 2000, la Sala analizó la cuestión del hábeas data con mayor detenimiento, con ocasión de la negativa del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de entregar a un periodista del diario "La Nación" una certificación de los expedientes administrativos y pasaportes de dos extranjeros. En ese caso la Sala resolvió:

"...Hábeas data: La doctrina a definido al Hábeas data como un recurso procedimental de la protección a la esfera de la intimidad. Tutela a las personas por los accesos del poder informático, o sea, a bancos o bases de datos. Es un amparo especial referente a datos registrados en bancos o bases de datos. Asegura el acceso a las bases de datos y demás registraciones que de una persona se tenga, determinando con ello, la posibilidad de suprimir, rectificar, modificar o actualizar la información que ahí se contenga. Por lo que trata de que una persona evite el uso abusivo de la información que de él se tiene, además de evitar la divulgación de esos datos. Comprende el derecho al acceso, cuando un sujeto está registrado de algún modo en un banco o base de datos, tiene derecho a saber lo que consta acerca de su persona. Derecho a la actualización, en este caso se permite que una persona logre que los datos relativos a ella queden puestos al día.

Derecho a la rectificación, el interesado procura que se corrija la información inexacta. Derecho a la confidencialidad, el sujeto exige que la información que ha proporcionado, y que ha sido legalmente requerida permanezca secreta para terceros. Derecho de exclusión, respecto a diversos datos conceptuados como información sensible, de ahí, que la razón de Hábeas data consista en borrar o cancelar esas noticias del banco de datos....El Hábeas data se une al concepto de identidad informática, entendida como el conjunto de datos que permiten reconstruir la imagen moral de su personalidad –elementos de orden biológico, predisposiciones a enfermedades hereditarias, malformaciones físicas, condiciones psíquicas, de carácter, temperamento, aptitudes, datos que recogidos, memorizados y elaborados en un computador electrónico, llegan a ser accesibles inmediatamente y difundibles, y aún susceptibles de mercado o venta. El ejercicio del Hábeas data ha sido calificado de ser un mero recurso procedimental de protección de la esfera de la intimidad. De ahí que podría funcionar en caso que el ciudadano considere que su intimidad fue lesionada por un particular o el Estado. Se garantiza la defensa de la intimidad respecto al tratamiento automatizado de datos personales que se halla garantizada por este cauce procesal. Se concibe a la intimidad como un derecho (status negativo) de defensa frente a cualquier intromisión de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo como un derecho activo de control (status positivo) sobre el flujo de que conciernen a cada sujeto ..."

No obstante lo acotado, fue en la sentencia número 5802-99 de las 15:36 horas del 27

de julio de 1999, donde la Sala abordó en forma amplia el tema del derecho a la intimidad, analizó la figura del hábeas data y los principios que regulan el tratamiento de los datos personales. Es fundamental destacar de esa sentencia, el hecho de que por primera vez la Sala indicó en forma clara la extensión de la tutela del hábeas data, al señalar que comprende el derecho de acceso a la información, de actualización y rectificación de los datos, de confidencialidad y de exclusión. El análisis de fondo de la sentencia abarca cuatro aspectos: el derecho a la intimidad analizado desde una perspectiva totalmente nueva, a partir del concepto de autodeterminación informativa; la necesidad de proteger ese derecho y el instrumento procesal a tal efecto que es el hábeas data; la naturaleza y ámbito de tutela de ese instrumento y las limitaciones al tratar informaciones de carácter personal. Sobre el primer aspecto, –análisis del derecho a la intimidad desde la óptica de la autodeterminación informativa–, la Sala indicó:

"(...) El término intimidad deriva del vocablo latino intimus, que evoca la idea de lo más interno o recóndito, la interioridad de la persona, por lo que se le ha vinculado con la soledad y el aislamiento. Sin embargo, la ciencia jurídica se ha alejado de esta concepción filosófica primaria y la ha trasladado al campo de las relaciones sociales, a la vista de que una intimidad que no trascienda el ámbito interno del individuo carecería de toda relevancia jurídica. A pesar de este cambio de visión, no se ha dejado de apreciar la importancia de una concepción del sujeto como un ser eminentemente individual que requiere de un ámbito de desarrollo propio sin las injerencias injustificadas de otras personas. Al igual que el resto de los derechos fundamentales, el derecho a la intimidad encuentra su primer fundamento en la dignidad de la persona. En este sentido, el derecho a la intimidad tiene una conexión de sentido y función con otras garantías y derechos constitucionales, toda vez que se constituye en una forma de tutela de la persona, en tanto garantía de realización y autodeterminación. Por ello, la doctrina constitucional comparada tiende hoy en día a considerar la necesidad de tutela de la intimidad como un medio de alcanzar la protección de otros derechos como lo son el de la participación política, asociación, expresión y libre desarrollo de la personalidad. Esta tutela resulta necesaria ya que los incesantes cambios tecnológicos ponen en peligro este derecho constitucionalmente consagrado al crear medios para alcanzar perfiles detallados de la personalidad de un ciudadano o ciudadana, que bien pueden convertirlo en un objeto del funcionamiento estatal o de los privados, quienes también poseen en la actualidad medios para alcanzar un control y vigilancia de los ciudadanos en una intensidad desconocida en etapas anteriores del desarrollo de las tecnologías de la comunicación y de la información. Esta objetivización del ciudadano por los medios tecnológicos, para efectos de convertirlo en un ente transparente para cualquier fin estatal, contraría los fundamentos básicos del consenso constitucional de 1949, el cual se basó en un Estado de Derecho de base democrática, tal y como lo establece la conjunción de los artículos 1 y 28, segundo párrafo, de la Constitución Política. Para efectos de alcanzar una tutela de la persona realizable en el estado actual del desarrollo tecnológico, resulta indispensable considerar que los ciudadanos tienen derecho a conservar una facultad de control sobre el flujo de las informaciones personales que circulan en el entorno social. No en vano se ha venido estableciendo una relación biunívoca entre la cantidad de información que circula y la democracia, no sólo como manifestación de la entidad del derecho al acceso a las informaciones como supuesto para el desarrollo humano y social, sino también como un fundamento

indispensable de la democracia, a fin de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la transparencia de la democracia. En la medida en que los ciudadanos puedan alcanzar un control sobre las informaciones que sobre sí mismos circulan en todos los ámbitos, en la misma medida podrá alcanzar las condiciones para evitar que el Estado o los particulares lo conviertan en una mera pieza del engranaje del poder, rebajándolo, en tal supuesto, a gozar de los ámbitos de libertad que el Estado quiera otorgarle y no aquellos que le corresponden como persona titular de una dignidad irreductible. Esto ha producido que la doctrina constitucional se haya ocupado de un viejo derecho con un nuevo ropaje en la era tecnológica; se trata nada menos que del derecho a la privacidad y a la dignidad en el ropaje de la hoy muy discutida y analizada "autodeterminación informativa".

En cuanto a la protección de ese derecho, la Sala señaló:

"(...) La protección del derecho a la intimidad ha evolucionado con el desarrollo de los medios de información y comunicación, cuyo nivel de complejidad ha permitido el archivo de cantidades de datos cada vez más grandes sobre las personas y ha abierto la posibilidad de procesar esa información con un alto grado de precisión y en muy poco tiempo, por lo que, con este avance, sus ataques no sólo se tornan más frecuentes sino también más graves. Actualmente, el desarrollo de la informática ha hecho que los medios con que cuenta el Estado como los particulares en el almacenamiento y transmisión de información adquiera dimensiones que hasta hace poco tiempo eran insospechadas. A la capacidad de almacenamiento debe sumarse la capacidad de manejo de la información, es decir, la posibilidad de que, con el uso de tecnologías de avanzada, se dé una comparación, simplificación y acomodo de datos que era imposible o muy difícil con medios manuales. Los datos reservados y clasificados en bases de datos o en cualquier otra forma de almacenamiento de información pueden ser utilizados con distintos fines, provocándose una lesión a principios básicos constitucionales no sólo por producir nuevos contextos para la información sino por permitir una imposibilidad de control de las informaciones que los ciudadanos han entregado en la confianza que sean utilizados de determinada forma. Este conflicto, que puede ser enmarcado en forma general como un conflicto entre intereses públicos y privados, no puede ser resuelto a partir de la prevalencia del interés general sobre el particular, no sólo porque conduciría a negar al individuo como una parte indispensable de la sociedad sino porque a éste debe dotársele de la posibilidad de controlar la información que sobre él se maneja.

En cuanto a la naturaleza del recurso de hábeas data, manifestó:

"(...) El mecanismo procesal con que cuenta el individuo para la defensa contra lo que considera un almacenamiento o uso inadecuado de la información recabada es el recurso de hábeas data, el que, etimológicamente, y bajo un enfoque similar al del hábeas corpus, literalmente significa "traer los datos", por lo que en un principio fue entendido como un recurso para los casos en que al individuo se le impide acceder a la información registrada, concibiéndose como un recurso que protege el derecho de información en una relación de sentido muy amplia con respecto a la tutela del derecho a la intimidad. El hábeas data no puede

ser considerado como un mecanismo para atacar los archivos de información en general, ni pretende la eliminación de todo tipo de registro o banco de datos, sino que debe ser aplicado en el resguardo de los fines del tratamiento de la información, de la proporcionalidad de uso de las informaciones, de la seguridad, pertenencia y veracidad de los datos recabados, para el resguardo de datos sensibles y para permitir la realización del individuo en la sociedad marcada por el signo tecnológico. Se trata de una herramienta destinada a la defensa de las personas contra toda posible lesión sobre sus derechos constitucionales. El carácter preventivo del hábeas data no le es exclusivo como mecanismo de protección del derecho a la intimidad sino que la totalidad del ordenamiento jurídico debe atender a la protección de los derechos de la persona antes de que la lesión efectivamente se produzca.

Esto es especialmente cierto en el caso de la tutela de un derecho que, con ese avance incesante de la tecnología, puede haber sido lesionado groseramente cuando los órganos jurisdiccionales intervienen y tales lesiones pueden ser de muy difícil reparación. A pesar de que en principio el hábeas data fue concedido en la protección del derecho a la información, el registro de datos considerados sensibles, como los relativos a las inclinaciones políticas, religiosas, al color de piel, a las inclinaciones sexuales, a la salud de la persona interesada o a las afiliaciones sindicales o políticas, si se realizan de manera nugatoria de la autodeterminación informativa podría fomentar tratos discriminatorios, por lo que este instrumento procesal debió ser ampliado como un mecanismo de control efectivo sobre la información que ya ha sido consignada en bancos de datos electrónicos y manuales. La existencia de datos sensibles y la posibilidad de que se manifiesten conductas discriminatorias con su manejo, entendiendo por discriminación el darle un trato a alguien no teniendo en cuenta su situación objetiva sino en función de sus rasgos como el sexo, situación familiar, color de piel, pertenencia o no a una determinada raza, etnia o religión, opinión política o gremial, ideología, origen nacional o social, posición económica, estado civil, condición física, enfermedad, elección sexual o procedimientos judiciales pendientes o finiquitados, ha marcado también un punto importante en la evolución de este instituto."

Sobre el ámbito de tutela de este instrumento, la sentencia indica y analiza de manera amplia cuáles derechos comprende la tutela del hábeas data:

"a.

) Derecho al acceso: cuando un sujeto se encuentra registrado en alguna forma en un banco o base de datos, tiene derecho a saber lo que en él consta acerca de su persona. Es la típica tutela del derecho a la información, a partir de la cual el sujeto puede accionar con el fin de ejercer control sobre los datos que sobre él se encuentran registrados. Este derecho puede descomponerse en dos momentos, uno en el que se manifiesta el derecho de conocer los datos personales que constan en el registro y un derecho de acceso en el que se toma conocimiento del contenido de la información existente.

b.) Derecho a la actualización: permite que los datos relativos a ella sean exactos, de manera que evita la consignación de datos falsos acerca de la persona registrada. Junto con este derecho se debe incluir, lógicamente, el

derecho a la rectificación del dato registrado.

c.) Derecho a la confidencialidad: a través suyo el sujeto exige que la información que él ha proporcionado o que ha sido legalmente requerida permanezca secreta para terceras personas, de forma tal que se controla el cumplimiento de los fines para los que la información es recolectada. En este caso la información recabada puede resultar correcta y haber sido adquirida por medios legítimos, pero se trata de información que no puede ser facilitada indiscriminadamente y tiende a que los datos no sean revelados salvo que obedezca a la solicitud de autoridad competente o del interesado.

d.) Derecho a la exclusión: se refiere a la recolección de la denominada información sensible, de manera que por medio del hábeas data la persona puede solicitar la cancelación de los datos consignados y evitar así los eventuales tratos discriminatorios por parte de las personas que tengan acceso a ella. El sujeto puede solicitar la cancelación del dato registrado cuando su recolección ha sido prohibida, cuando sea impertinente para la finalidad perseguida por la base de datos o en el supuesto de que, por el transcurso de tiempo, no resulte necesario mantener el dato en el registro.

e.) Derecho de inserción: se funda en las circunstancias en que los sujetos tienen un interés preciso en que sus propios datos sean insertados en un determinado banco de datos, los que fueron omitidos, junto a otros datos suyos que pueden modificar su perfil o despejar dudas al respecto.

f.) Derecho a saber del conocimiento de terceros sobre la información recolectada: es el derecho de saber qué información relativa al sujeto ha sido facilitada a terceros: a quién ha sido facilitada y para qué efectos."

Por último, y con relación a los límites que deben observarse al tratar información de naturaleza personal, indicó:

"a.

) La transparencia: la persona debe tener la posibilidad de ser informada de la totalidad de los datos existentes sobre su persona en un determinado archivo, de manera que le permita hacerse una idea integral de la información recopilada. Al mismo tiempo debe ser informada del tipo de tratamiento al que serán sometidas sus informaciones, a fin de que logre determinar si sus datos serán compartidos por otras instituciones o centro de procesamiento de datos.

b.) Especificación de los fines del banco de datos: consiste en la obligación de especificar los fines, contenidos, usuarios autorizados, plazos de caducidad de los datos contenidos en los bancos de datos, requisitos sin los cuales no puede ser autorizado el funcionamiento de este centro de acopio de datos.

c.) Organismo de control: requiere la creación de un órgano de control que vele porque el tratamiento automatizado de los datos se observen preceptos legales que protegen su derecho de los ciudadanos a su autodeterminación informativa.

d.) Limitaciones a la recolección: debe haber una limitación de los datos recogidos para que éstos se adecuen a solo los necesarios para el cumplimiento del fin que se haya especificado en la legislación.

e.) Limitación del uso: la utilización de los datos recogidos debe limitarse a la finalidad para la que fueron recogidos.

f.) Plazos de validez: los datos no pueden permanecer en la base de datos en forma indefinida sino que debe fijarse un plazo, dentro del cual los datos serán mantenidos, así como el fin con que son conservados y el fin con que son guardados, transcurrido este plazo la información debe ser destruida.

g.) Obligación de confidencialidad: debe crearse una obligación jurídica de que los datos que se manejan sean tratados en forma confidencial de manera que se limite el acceso de terceros a la información y la tergiversación de los fines por los que fue creado el registro.

h.) Exigencias relativas a la calidad de los datos: deben crearse los mecanismos para asegurar la máxima veracidad y precisión de las informaciones contenidas en el banco de datos, manteniéndose completas y actualizadas.

i.) Información al interesado sobre la finalidad y uso de los datos así como el derecho de acceso y rectificación de la información que sobre su persona constan en el registro.

j.) Derecho de bloqueo: derecho de la persona registrada a bloquear los datos almacenados, mientras se determina su exactitud o su caducidad.

k.) Justificación social: los datos deben tener un propósito general y de uso específico socialmente aceptable.

l.) Principio de limitación de los medios de recolección: los mecanismos de recolección de información deben ser lícitos, es decir con el consentimiento del sujeto o con la autorización de la ley."

La sentencia parcialmente transcrita contiene un análisis pormenorizado del derecho a la autodeterminación informativa, y de su mecanismo de garantía, el hábeas data. Ha señalado además este Tribunal que la naturaleza de la información determina el grado de protección que aquélla puede recibir. Si la información reviste algún interés público, la Sala ha considerado que no es necesario el consentimiento de la persona para utilizar sus datos, lo que solo sería necesario frente a un interés privado. En este sentido, ha manifestado:

"X.– Sobre la necesidad de que el interesado dé su expreso consentimiento para la recolección y uso de datos referentes a su persona, esta Sala considera que ello es cierto cuando se trata de datos personales de interés meramente privado. No ocurre lo mismo respecto de la información que revele el historial crediticio de una persona, la cual es necesaria para la protección de una actividad mercantil de interés público y necesaria para el desarrollo, como lo es el crédito. En ese sentido, no resultaría lógico exigir que toda persona diera su expreso asentimiento para el almacenamiento de datos suyos referentes a créditos anteriores, pues posiblemente las

personas con problemas de pago estarían renuentes a prestar su datos, y así el sistema perdería el sentido que tiene. Además, procede esta información de transacciones comerciales realizadas por el recurrente, mismas que no obedecen a una obligación de confidencialidad excepto que exista pacto expreso o que así lo indique la Ley. Por lo anterior, también en cuanto a este aspecto considera la Sala que no lleva razón el petente, por lo que deberá ser desestimado el recurso, como en efecto se hace..." (sentencia 4749–99 de las 16:27 horas del 22 de junio de 1999)

Asimismo se ha pronunciado este Tribunal, al conocer sobre recursos de amparo sobre la presunta violación al derecho a la intimidad por parte de empresas que se dedican a sistematizar información diversa que consta en varios registros públicos (a saber, Registro de la Propiedad, Registro de la Propiedad Mueble, Registro Civil, Tribunales de la República), con el objeto de brindarla a terceros que la requieren para determinar, entre otros aspectos, si una persona es sujeto de crédito. En términos generales, la jurisprudencia ha considerado que si la información puesta a disposición proviene de registros públicos y es la necesaria para, por ejemplo, otorgar un crédito, no hay violación del derecho a la intimidad (en este sentido ver sentencias 1999–2563 y 1999–4847). Por el contrario, cuando la información que consta en la base de datos, proviene de una cuyo acceso es privado (por ejemplo la de la C.C.S.S.), la Sala ha estimado necesario contar con el consentimiento de la institución custodiante (sentencia 2000–4147). Recientemente, en la sentencia 2000–1119 por primera vez se analizó el requisito de la exactitud, con relación a la información que maneja ese tipo de empresas. En ese sentido indicó:

"V.– No obstante lo anterior, siendo la exactitud uno de los requisitos de la información que las bases de datos pueden guardar de las personas, la falta de elementos suficientes para identificar unívocamente a la persona investigada, puede ocasionarle graves perjuicios. En ese sentido, el artículo 93 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, número 3504, de diez de mayo de mil novecientos setenta y cinco y sus reformas, confiere a la cédula de identidad ese carácter. Por lo anterior, considera este tribunal que las empresas administradoras de datos personales tienen la obligación ineludible de verificar que las informaciones almacenadas a nombre de una persona hayan sido obtenidas de forma tal que no quepa duda acerca de la titularidad del afectado, es decir no basta con la advertencia que plantea la empresa recurrida de indicar al afiliado que corre por su cuenta verificar la titularidad de la persona consultada. En razón de lo que dispone el artículo 140 del Código Procesal Civil, en relación con el 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el sentido de que los abogados y sus asistentes debidamente acreditados tienen acceso a los expedientes judiciales, las empresas encargadas de almacenar datos referentes a procesos jurisdiccionales están en la obligación de verificar la exactitud de los datos que registran, estableciendo con claridad –por medio de una revisión del legajo o de una certificación expedida en el despacho– el nombre completo y número de cédula del demandado, y sólo entonces incluirlo en sus registros. Si el afectado solicita por escrito la exclusión de los datos que a su nombre aparezcan y que sean inexactos por indeterminación de la cédula del deudor, la empresa protectora de crédito debe proceder a verificar la exactitud de las informaciones, en los términos antes dichos, o bien a eliminarlos de su base de datos. Como en la especie las informaciones referentes a los procesos judiciales que aparecen a nombre del amparado no han sido transmitidos ni tampoco se constata que el recurrente haya solicitado a la empresa accionada su corrección o

eliminación, procede desestimar la presente acción, como en efecto se hace."

Posteriormente, la Sala en la sentencia número 754-2002 de las 13:00 horas del 25 de enero del 2002 dio un paso adelante en la tutela del derecho a la autodeterminación informativa, variando su criterio en cuanto al concepto resaltado en la cita anterior, que sujetaba la procedencia de la acción de amparo a que el afectado hubiera formulado sin éxito una expresa solicitud a la empresa que almacena sus datos para que corrigiera o precisara los datos en cuestión. Este Tribunal señaló en la sentencia 754-2002, que es la empresa usufructuaria de tal información la que está obligada a mantener en sus registros únicamente datos verdaderos y exactos, por lo que el sólo hecho de que permanezcan en la base de datos informaciones inexactas constituye una lesión al derecho a la autodeterminación informativa del amparado.

III.-

El objeto de protección del hábeas data y los principios básicos para la protección de datos. Objeto de protección del hábeas data son los "datos de carácter personal", es decir, cualquier información relativa a una persona física o jurídica identificada o identificable. El grado de protección de los datos dependerá de la naturaleza de los mismos, así, debe el Estado procurar que los datos íntimos (también llamados "sensibles") de las personas no sean siquiera accedidos sin su expreso consentimiento. Se trata de informaciones que no conciernen más que a su titular y a quienes éste quiera participar de ellos, tales como su orientación ideológica, fe religiosa y origen racial, es decir, aquellos aspectos propios de su personalidad, y que como tales escapan del dominio público, integrando parte de su intimidad del mismo modo que su domicilio y sus comunicaciones escritas, electrónicas, etc. En un segundo nivel de restricción se encuentran las informaciones que, aun formando parte de registros públicos o privados, no ostentan el carácter de "públicas", ya que –salvo unas pocas excepciones- interesan solo a su titular, pero no a la generalidad de los usuarios del registro. Ejemplo de este último tipo son los archivos médicos de los individuos, así como los datos estrictamente personales que deban ser aportados a los diversos tipos de expedientes administrativos. En estos casos, si bien el acceso a los datos no está prohibido, sí se encuentra restringido a la Administración y a quienes ostenten un interés directo en dicha información. En un grado menos restrictivo de protección se encuentran los datos que, aun siendo privados, no forman parte del fuero íntimo de la persona, sino que revelan datos de eventual interés para determinados sectores, en especial el comercio. Tal es el caso de los hábitos de consumo de las personas (al menos de aquellos que no quepan dentro del concepto de "datos sensibles"). En estos supuestos, el simple acceso a tales datos no necesariamente requiere la aprobación del titular de los mismos ni constituye una violación a su intimidad, como tampoco su almacenamiento y difusión. No obstante, la forma cómo tales informaciones sean empleadas sí reviste interés para el Derecho, pues la misma deberá ser realizada de forma tal que se garantice la integridad, veracidad, exactitud y empleo adecuado de los datos. Integridad, porque las informaciones parciales pueden inducir a errores en la interpretación de los datos, poniendo en eventual riesgo el honor y otros intereses del titular de la información. Veracidad por el mero respeto al principio constitucional de buena fe, y porque el almacenamiento y uso de datos incorrectos puede llevar a graves consecuencias respecto del perfil que el consultante puede hacerse respecto de la persona. Exactitud, porque los datos contenidos en dichos archivos deben estar identificados de manera tal que resulte indubitable la titularidad de los mismos, así como el carácter y significado de las informaciones. Además, el empleo de tales datos debe corresponder a la finalidad (obviamente lícita) para la que fueron recolectados, y no para otra distinta. En el caso de todas las reglas antes mencionadas, es claro que el

deber de cumplimiento de tales exigencias lo ostenta quien acopie y manipule los datos, siendo deber suyo –y no de la persona dueña de los datos- la estricta y oficiosa observancia de las mismas. Finalmente, se encuentran los datos que, aun siendo personales, revisten un marcado interés público, tales como los que se refieren al comportamiento crediticio de las personas; no son de dominio público los montos y fuentes del endeudamiento de cada individuo, pero sí lo son sus acciones como deudor, la probidad con que haya honrado sus obligaciones y la existencia de antecedentes de incumplimiento crediticio, datos de gran relevancia para asegurar la normalidad del mercado de capitales y evitar el aumento desmedido en los intereses por riesgo. Con respecto a estos datos, también caben las mismas reglas de recolección, almacenamiento y empleo referidos a los anteriores, es decir, la veracidad, integridad, exactitud y uso conforme. El respeto de las anteriores reglas limita, pero no impide a las agencias –públicas y privadas- de recolección y almacenamiento de datos, cumplir con sus funciones, pero sí asegura que el individuo, sujeto más vulnerable del proceso informático, no sea desprotegido ante el poder inmenso que los medios de comunicación e información adquieren día con día.

En una categoría aparte se encuentran aquellos datos de interés general y acceso irrestricto contenidos en archivos públicos, para los cuales la regla a emplear es la del artículo 30 y no la dispuesta en el numeral 24 constitucional. Es decir, que en relación con tales informaciones existe una autorización absoluta de acceso y un deber inexcusable de la Administración de ponerlos al alcance de quienes quieran consultarlos, como un mecanismo de control ciudadano respecto de las actuaciones estatales, derivación necesaria del principio democrático que informa todas las actuaciones públicas y moldea las relaciones entre el Estado y la sociedad civil.

IV.-

Principios básicos para la protección de datos. Ya este Tribunal, en la sentencia 5802–99 de las 15:36 horas del 27 de julio de 1999, citada supra, se refirió a los lineamientos que debe establecer la legislación que regule el tratamiento automatizado de datos personales. A falta de ella, la Sala estima procedente insistir en esas reglas a fin de que se consideren principios básicos para la protección de datos. Entre los fundamentales están:

1.-

El derecho de información en la recolección de datos. Las personas a quienes se soliciten datos de carácter personal deberán ser previamente informadas de modo expreso, preciso e inequívoco directamente o por apoderado con poder o cláusula especial; las personas jurídicas por medio de su representante legal o apoderado con poder o cláusula especial:

1. De la existencia de un fichero automatizado o manual de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
2. Del carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas a las preguntas que se les formulen.
3. De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

4. De la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, actualización, cancelación y confidencialidad.
5. De la identidad y dirección del responsable del fichero.

Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recolección, figurarán en los mismos en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.

2. El consentimiento del afectado. Otro principio de capital importancia es el consentimiento del afectado, según el cual, el titular de los datos deberá dar por sí o por su representante legal o apoderado el consentimiento para la entrega de los datos, salvo que la Ley disponga otra cosa dentro de límites razonables. Es obvio que el consentimiento podrá ser revocado, pero la revocatoria no producirá efectos retroactivos.

3.-

La Calidad de los datos.

1. Sólo podrán ser recolectados, almacenados y empleados datos de carácter personal para su tratamiento automatizado o manual, cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidades legítimos para que se han obtenido.
2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado o manual no podrán utilizarse para finalidades distintas de aquellas para que los datos hubieren sido recogidos.
3. Dichos datos serán exactos y puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado.
4. Si los datos de carácter personal registrados resultaren ser inexactos en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados, actualizados o complementados. Igualmente serán cancelados si no mediare un consentimiento legal y legítimo o estuviere prohibida su recolección.
5. Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser pertinentes o necesarios para la finalidad para la cual hubieren sido recibidos y registrados.
6. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado en un período que sea superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieren sido recabados o registrados.
7. Serán almacenados de forma tal que se garantice plenamente el derecho de acceso por el afectado.
8. Se prohíbe el acopio de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.
9. Se prohíbe registrar o archivar juicios de valor.

10. Se prohíbe tener sobre una persona más datos que los necesarios a los fines del fichero.

4.-

Prohibición relativa a categorías particulares de datos. Los datos de carácter personal de las personas físicas que revelen su origen racial, sus opiniones políticas, sus convicciones religiosas y espirituales, así como los datos personales relativos a la salud, vida sexual y antecedentes delictivos, no podrán ser almacenados de manera automática ni manual en registros o ficheros privados, y en los registros públicos serán de acceso restringido.

5. - El principio de seguridad de los datos.

1. El responsable del fichero deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativa necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal y evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.
2. No se registrarán datos de carácter personal en ficheros automatizados que no reúnan las condiciones que garanticen plenamente su seguridad e integridad y los de los centros de tratamientos, equipos, sistemas y programas.
3. El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del proceso de recolección y tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional.

6.-

Reglas para la cesión de datos.

Los datos de carácter personal conservados en archivos o bases de datos públicos o privados, sólo podrán ser cedidos a terceros para fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, con el previo consentimiento del afectado. Lo independientemente de la titularidad pública o privada del fichero. El consentimiento para la cesión podrá ser revocado pero la revocatoria no tendrá efectos retroactivos.

7.-

Derechos y garantías de las personas.-

1. Cualquier persona puede:
2. Conocer la existencia de un fichero automatizado o manual de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad o sujeto particular encargado del fichero.
3. Obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos, la confirmación

de la existencia de datos suyos en archivos o bases de datos, así como la comunicación de dichos datos en forma inteligible.

4. Obtener, llegado el caso, la rectificación de dichos datos y su actualización o la eliminación de los mismos cuando se hayan tratado con infracción a las disposiciones de la presente Ley.
5. La autoridad o el responsable del fichero deben cumplir con lo pedido gratuitamente y resolver en el sentido que corresponda en el plazo de cinco días contado a partir de la recepción de la solicitud.

8.-

El derecho de acceso a la información. El derecho de acceso a la información garantiza las siguientes facultades del afectado:

- a. A acceder directamente o conocer las informaciones y datos relativos a su persona.
- b. A conocer la finalidad de los datos a él referidos y al uso que se haya hecho de los mismos.
- c. A solicitar y obtener la rectificación, actualización, cancelación o eliminación y el cumplimiento de la garantía de confidencialidad respecto de sus datos personales.
- d. Para obtener en su caso la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que hubieren sido ocasionados en su persona o intereses debido al uso de sus datos personales.

9.-

Excepciones y restricciones al derecho a la autodeterminación informativa del ciudadano. Sólo por ley se podrán establecer excepciones y restricciones en los principios, derechos y garantías aquí enunciados, siempre que aquellas sean justas, razonables y acordes con el principio democrático. Las mencionadas excepciones y restricciones solo podrán plantearse para alcanzar fines legales en alguno de los siguientes campos:

- a. La protección de la seguridad del Estado, de la seguridad pública, de la seguridad económica del Estado o para la represión de las infracciones penales.
- b. La protección de las propias personas concernidas, así como los derechos y libertades de otras personas.
- c. El funcionamiento de ficheros de carácter personal que se utilicen con fines estadísticos o de investigación científica, cuando no existe riesgo de que las personas sean identificadas.

Siempre existirá recurso para que la autoridad judicial decida si en un caso concreto estamos ante una excepción o restricción razonable.

V.-

Sobre los hechos en el caso concreto. LA Sala estima de importancia para la decisión de este asunto, los siguientes hechos que se tienen como demostrados, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

1. En la página www.datum.net existen datos referentes a Sánchez Alfaro Miguel Gilberto: 400990764. Registro de Tarjetas de Crédito; consulta de juicios civiles, penales y casos de la prensa escrita por nombre similar a Sánchez Alfaro Miguel Gilberto, en el que aparecen registros de siete juicios civiles en los que no se indica el estado / destino del proceso; consulta de procesos en Juzgados penales por nombre similar a: Sánchez Alfaro Miguel Gilberto, el que consta un juicio penal cuyo estado cuando fue incluido era DESESTIMADO folios (74-78):
2. El amparado no ha solicitado a la empresa recurrida modificar los archivos relativos a su persona en la base de datos [datum.net](http://www.datum.net), (informe folio 61).

VI.-

Sobre el fondo. El recurrente alega que solicitó créditos en varias instituciones financieras y comerciales, pero le fueron denegados luego de que consultaron la base de datos [Datum.net](http://www.datum.net), alegando que es una persona problemática al figurar como parte en tantos juicios. Asimismo que el registro virtual que ofrece la empresa Datum no establece el estado actual del expediente, sino que se ofrece al usuario la opción de verificarlo, a cambio de un pago. Por su parte, el titular de la información, para probar que los casos están cerrados, debe pagar a O Aludel S.R.L. para que realice el estudio del caso, o bien, solicitar las certificaciones de los juzgados y enviarlas a la empresa para que se haga una anotación acerca del estado del expediente, ya que la información no es eliminada del sistema. Pretende que se declare la infracción de su derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa, porque la información que se consigna sobre su persona es incorrecta e incompleta y que se ordene a la empresa recurrida borrar por completo los archivos existentes. Por su parte el representante de la empresa recurrida afirma que no se ha violado derecho fundamental alguno del amparado, porque la información que consta en los archivos sobre él es cierta y correcta, proviene de fuentes públicas, resulta identificable por medio del número de cédula, y arroja datos expuestos sobre la posición procesal de los juicios en los que figura como parte. Afirma que la información no es actualizada, ya que los libros de entradas de los diversos despachos judiciales no consignan el estado actual del expediente, y les resulta imposible acceder a tal información por ser de carácter privado –el expediente judicial-, por lo que si el interesado requiere que la empresa realice la investigación y obtenga la información, puede solicitarlo, siempre y cuando lo autorice y pague. Afirma que Aludel modifica la información a solicitud del interesado, pero el recurrente no lo ha pedido ni ha contratado sus servicios para adquirir dicha información. Aprecia este Tribunal que a folios 73 a 76, consta la impresión de la información existente en la base de datos [datum.net](http://www.datum.net), acerca de los juicios civiles en los que figura como parte el amparado, o alguien con nombre similar al suyo. La Sala observa que tal y como afirma el recurrente no se indica el estado en que se encuentra el expediente. Según afirma el recurrente todos los juicios están archivados, lo que acredita con documentación visible a folios 21 y siguientes del expediente, hecho que además no es desmentido por la empresa recurrida. Por lo anterior, y con fundamento en los principios de protección de datos detallados en el considerando IV de esta sentencia, en especial el de calidad de los datos que impone al responsable de un

fichero automatizado de datos de carácter personal mantener la base de datos con información exacta, completa y actualizada, es que a juicio de la Sala se ha lesionado el derecho a la autodeterminación informativa del amparado, por el hecho de que se mantengan datos relativos a éste que si bien son verídicos, no son completos y actualizados. Si bien la información contenida en Datum. net en relación con la existencia de varios procesos judiciales en los que figura como parte demandada Miguel Gilberto Sánchez Alfaro es extraída de los libros de entradas de los despachos judiciales (o del Ministerio Público), y esa fuente no incluye información actualizada sobre el estado del expediente, no es cierto que resulte imposible para la empresa obtener la información legítimamente porque ella misma brinda la opción a cualquier usuario de la base de datos (que paga un determinado precio por tener acceso a ella), de que se investigue el estado actual del caso, a cambio de un pago. Es obligación de quien maneja los datos de carácter personal actualizar la información, por lo que pretender que el titular de los datos objeto del tratamiento automatizado o manual deba correr con los gastos a fin de que la información que sobre él consta en la base de datos sea completa y actualizada lesiona también el principio constitucional de proporcionalidad, que tiene aplicación en lo atinente a todos los derechos fundamentales, y por supuesto al derecho a la intimidad del que se deriva el derecho a la autodeterminación informativa. Esta Sala en reiteradas ocasiones ha señalado que el principio de proporcionalidad, consecuencia del Estado Democrático de Derecho, implica que toda medida que represente una injerencia en un derecho fundamental debe ser la "última ratio", de manera que si el fin se puede lograr a través de medios que representen una menor intervención en el derecho fundamental, deben seguirse esos medios. Además, el principio de proporcionalidad exige que en el caso concreto se lleve a cabo un balance de intereses para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa una determinada medida guarda una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. En el caso en estudio, resulta legítima la existencia de bases de datos elaboradas por empresas que se dedican a recopilar y sistematizar información diversa que consta en registros públicos, con el objeto de que terceros, a cambio de un pago, puedan acceder esa información para determinar si una persona es sujeto de crédito. Sin embargo el principio constitucional de proporcionalidad impone que el titular de la información pueda conocer qué datos existen relativos a su persona y exigir que sean veraces, exactos y actualizados, de manera que no se le cause una lesión innecesaria y excesiva. De conformidad con lo anterior, lesiona el principio constitucional de proporcionalidad que el titular de los datos que han sido objeto de tratamiento en desacato de los principios de protección de datos de carácter personal, deba, además de sufrir esa lesión de su derecho fundamental a la intimidad y en concreto la autodeterminación informativa, asumir el costo que implique actualizar la información. Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia número 754-02 de las 13:00 horas del 25 de enero del 2002, no es de recibo el argumento de la recurrida en el sentido de que el recurso debe ser desestimado porque el afectado no ha solicitado la rectificación de la información, ya que en esa sentencia, se dispuso que de constatarse que los datos referidos a personas privadas no cumplen estrictamente con los caracteres esenciales de integridad, veracidad, exactitud y adecuación al fin que la jurisprudencia constitucional ha reconocido como indispensables para el manejo de este tipo de información, el recurso debe ser estimado sin que sea óbice para ello la falta de solicitud de rectificación a la empresa. En consecuencia, y dado que se constata la alegada infracción al derecho a la autodeterminación informativa del amparado, lo procedente es declarar con lugar el recurso, ordenando a la empresa recurrida que actualice la información contenida en la base de datos conocida como DATUM referente al estado de los Juicios en que figura como parte demandada Miguel Gilberto Sánchez Alfaro, cédula de identidad número 4-990-764, en los términos expresados en esta sentencia.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a ALUDEL limitada, que en el plazo improrrogable de DIEZ DIAS contado a partir de la notificación de la presente sentencia, actualice la información contenida en la base de datos conocida como DATUM referente al estado de los Juicios en que figura como parte demandada Miguel Gilberto Sánchez Alfaro, cédula de identidad número 4-990-764, en los términos expresados en esta sentencia. Se condena a Aludel Limitada, al pago de las costas, daños y perjuicios causados, que serán liquidados en ejecución de sentencia de lo civil.

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Carlos M. Arguedas R. Ana Virginia Calzada M.

Gilbert Armijo S. Ernesto Jinesta L.

Susana Castro A. Aldo Milano S.

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 1/3/2013
1:57:13 PM

Sentencia: 00136 Expediente: 02-002774-0007-CO
Fecha: 15/01/2003 Hora: 3:22:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Ernesto Jinesta Lobo
Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
Documentos relacionados: Referencia a otra jurisprudencia
Contenido de interés 1
<p>Exp: 02-002774-0007-CO</p> <p>Res: 2003-00136</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con veintidós minutos del quince de enero del dos mil tres.-</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por JIMENEZ CHINCHILLA GUILLERMO, mayor, casado, comerciante, vecino de San Juan de Tibás, portador de la cédula de identidad número 1-335-573, contra la JUNTA DE EDUCACIÓN DE LA ESCUELA MIGUEL OBREGON LIZANO.</p> <p style="text-align: center;">RESULTANDO:</p> <p>1.-</p> <p>Por escrito recibido por medio del fax de la Secretaría de la Sala a las 10 horas y 40 minutos del 2 de abril de 2002 (folio 1), el recurrente manifiesta que el viernes 8 de febrero de 2002, mediante carta entregada en la secretaría de la Escuela Miguel Obregón Lizano, le solicitó a los miembros de la Junta de Educación de ese Centro un informe financiero de los ingresos y egresos de los períodos 1998 a 2001 inclusive. A pesar de ello, 45 días después de planteada la petición, ésta todavía no había sido respondida. Además de eso, los recurridos le enviaron una nota en la que le solicitaron informaciones que el reclamante estima no estar obligado a suministrar. Solicita el recurrente que se declare con lugar el recurso con las consecuencias de ley.</p> <p>2.-</p> <p>Por estar casada María Cristina Méndez, Presidente de la Junta Administrativa de la Escuela Miguel Obregón Lizano, con un hermano del Magistrado Fernando Solano Carrera, éste se inhibió de su conocimiento.</p> <p>3.-</p> <p>Por error, este asunto fue votado mediante resolución N° 06100 de las 9:10 horas del 21 de junio de 2002, en presencia del Magistrado Solano Carrera (folio 16).</p>

4.-

Por lo anterior, mediante resolución N° 9061 de las 14:43 horas del 18 de septiembre de 2002, se anuló la sentencia N° 06100 de las 9:10 horas del 21 de junio de 2002 (folio 20).

5.-

Por resolución de las 11:02 horas del 24 de setiembre de 2002, el Magistrado Ernesto Jinesta L., Instructor en este asunto, le dio curso al presente amparo (folio 23).

6.-

Informan bajo juramento Guido Rojas Vargas, Marco Calvo Rodríguez y María Cristina Méndez Alfaro, en su calidad de Vicepresidente, Secretario y Vocal de la Junta de Educación de la Escuela Miguel Obregón Lizano de San Juan de Tibás (folio 26) que, en primer lugar, no conforman una Junta Administrativa, sino una Junta de Educación y, por ese motivo, aclaran que la Secretaría de la Escuela no tiene ninguna relación laboral con la Junta que ellos integran. Manifiestan que, a pesar de haber recibido una invitación telefónica, el reclamante se negó a asistir a una reunión con los miembros de la Junta, cuyo propósito era aclararle aspectos de la información que solicitaba. Solicitan que se desestime el recurso planteado.

7.-

En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

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

CONSIDERANDO:**I.-**

TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación-, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de

contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa.

II.-

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los "departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público", derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas. Es menester indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa.

Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas. El contenido del derecho de acceso a la información administrativa es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes: a) acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; b) acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados –bases de datos ficheros-; c) facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, d) facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos; e) derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales y f) derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos.

III.-

TIPOLOGIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) ad extra –fuera- y (b) ad intra –dentro- de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en

acceder una información administrativa determinada –uti universi- y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico –uti singuli-. Este derecho se encuentra normado en la Ley General de la Administración Pública en su Capítulo Sexto intitulado "Del acceso al expediente y sus piezas", Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274. El numeral 30 de la Constitución Política, evidentemente, se refiere al derecho de acceso ad extra, puesto que, es absolutamente independiente de la existencia de un procedimiento administrativo. Este derecho no ha sido desarrollado legislativamente de forma sistemática y coherente, lo cual constituye una seria y grave laguna de nuestro ordenamiento jurídico que se ha prolongado en el tiempo por más de cincuenta años desde la vigencia del texto constitucional. La regulación de este derecho ha sido fragmentada y sectorial, así, a título de ejemplo, la Ley del Sistema Nacional de Archivos No. 7202 del 24 de octubre de 1990, lo norma respecto de los documentos con valor científico y cultural de los entes y órganos públicos –sujetos pasivos- que conforman el Sistema Nacional de Archivos (Poderes Legislativo, Judicial, Ejecutivo y demás entes públicos con personalidad jurídica, así como los depositados en los archivos privados y particulares sometidos a las previsiones de ese cuerpo legal).

IV.-

SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA.

El sujeto activo del derecho consagrado en el artículo 30 de la Carta Magna lo es toda persona o todo administrado, por lo que el propósito del constituyente fue reducir a su mínima expresión el secreto administrativo y ampliar la transparencia y publicidad administrativas. Independientemente de lo anterior, el texto constitucional prevé, también, un acceso institucional privilegiado a la información administrativa como, por ejemplo, del que gozan las comisiones de investigación de la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 23, de la Constitución Política) para el ejercicio de su control político. Debe advertirse que el acceso institucional privilegiado es regulado por el ordenamiento infraconstitucional para otras hipótesis tales como la Contraloría General de la República (artículos 13 de la Ley Orgánica No. 7428 del 26 de agosto de 1994; 20, párrafo 2º, de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, No. 6872 del 17 de junio de 1983 y sus reformas), la Defensoría de los Habitantes (artículo 12, párrafo 2º, de la Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992 y sus reformas), las comisiones para Promover la Competencia y Nacional del Consumidor (artículo 64 de la Ley No. 7274 del 20 de diciembre de 1994), la administración tributaria (artículos 105, 106, y 107 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), etc.. En lo tocante a los sujetos pasivos del derecho de acceso a la información administrativa, debe tomarse en consideración que el numeral 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los "departamentos administrativos", con lo que serán sujetos pasivos todos los entes públicos y sus órganos, tanto de la Administración Central –Estado o ente público mayor- como de la Administración Descentralizada institucional o por servicios –la mayoría de las instituciones autónomas-, territorial –municipalidades- y corporativa –colegios profesionales, corporaciones productivas o industriales como la Liga Agroindustrial de la Caña de Azúcar, el Instituto del Café, la Junta del Tabaco, la Corporación Arrocera, las Corporaciones Ganadera y Hortícola Nacional, etc.-. El derecho de acceso debe hacerse extensivo, pasivamente, a las empresas públicas que asuman formas de organización colectivas del derecho privado a través de las cuales alguna administración pública ejerce una actividad empresarial, industrial o comercial e interviene en la economía y el mercado, tales como la Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (RECOPE), la Compañía Nacional de Fuerza y Luz Sociedad Anónima (CNFL), Radiográfica de Costa Rica Sociedad Anónima (RACSA), Correos de Costa Rica Sociedad Anónima, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia Sociedad

Anónima (EPSH), etc., sobre todo, cuando poseen información de interés público. Por último, las personas privadas que ejercen de forma permanente o transitoria una potestad o competencia pública en virtud de habilitación legal o contractual (munera publica), tales como los concesionarios de servicios u obras públicas, los gestores interesados, los notarios, contadores públicos, ingenieros, arquitectos, topógrafos, etc. pueden, eventualmente, convertirse en sujetos pasivos cuando manejan o poseen información –documentos- de un claro interés público.

V.-

OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El texto constitucional en su numeral 30 se refiere al libre acceso a los "departamentos administrativos", siendo que el acceso irrestricto a las instalaciones físicas de las dependencias u oficinas administrativas sería inútil e insuficiente para lograr el fin de tener administrados informados y conocedores de la gestión administrativa. Consecuentemente, una hermenéutica finalista o axiológica de la norma constitucional, debe conducir a concluir que los administrados o las personas pueden acceder cualquier información en poder de los respectivos entes y órganos públicos, independientemente, de su soporte, sea documental –expedientes, registros, archivos, ficheros-, electrónico o informático –bases de datos, expedientes electrónicos, ficheros automatizados, disquetes, discos compactos-, audiovisual, magnetofónico, etc..

VI.-

LÍMITES INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. En lo relativo a los límites intrínsecos al contenido esencial del derecho de acceso a la información administrativa, tenemos, los siguientes: 1) El fin del derecho es la "información sobre asuntos de interés público", de modo que cuando la información administrativa que se busca no versa sobre un extremo de tal naturaleza el derecho se ve enervado y no se puede acceder. 2) El segundo límite está constituido por lo establecido en el párrafo 2º del ordinal 30 constitucional al estipularse "Quedan a salvo los secretos de Estado". El secreto de Estado como un límite al derecho de acceso a la información administrativa es reserva de ley (artículo 19, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), empero, han transcurrido más de cincuenta años desde la vigencia de la Constitución y todavía persiste la omisión legislativa en el dictado de una ley de secretos de estado y materias clasificadas. Esta laguna legislativa, obviamente, ha provocado una grave incertidumbre y ha propiciado la costumbre contra legem del Poder Ejecutivo de calificar, por vía de decreto ejecutivo, de forma puntual y coyuntural, algunas materias como reservadas o clasificadas por constituir, a su entender, secreto de Estado. Tocante el ámbito, extensión y alcances del secreto de Estado, la doctrina es pacífica en aceptar que comprende aspecto tales como la seguridad nacional (interna o externa), la defensa nacional frente a las agresiones que atenten contra la soberanía e independencia del Estado y las relaciones exteriores concertadas entre éste y el resto de los sujetos del Derecho Internacional Público (vid. artículo 284 del Código Penal, al tipificar el delito de "revelación de secretos"). No resulta ocioso distinguir entre el secreto por razones objetivas y materiales (ratione materiae), referido a los tres aspectos anteriormente indicados (seguridad, defensa nacionales y relaciones exteriores) y el secreto impuesto a los funcionarios o servidores públicos (ratione personae) quienes por motivo del ejercicio de sus funciones conocen cierto tipo de información, respecto de la cual deben guardar un deber de sigilo y reserva (vid. artículo 337 del Código Penal al tipificar y sancionar el delito de "divulgación de secretos"). El secreto de Estado se encuentra regulado en el bloque de legalidad de forma desarticulada, dispersa e imprecisa (v. gr. Ley General de Policía No. 7410 del

26 de mayo de 1994, al calificar de confidenciales y, eventualmente, declarables secreto de Estado por el Presidente de la República los informes y documentos de la Dirección de Seguridad del Estado –artículo 16-; la Ley General de Aviación Civil respecto de algunos acuerdos del Consejo Técnico de Aviación Civil –artículo 303-, etc.). El secreto de Estado en cuanto constituye una excepción a los principios o valores constitucionales de la transparencia y la publicidad de los poderes públicos y su gestión debe ser interpretado y aplicado, en todo momento, de forma restrictiva. En lo concerniente a las limitaciones o límites extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa tenemos los siguientes: 1) El artículo 28 de la Constitución Política establece como límite extrínseco del cualquier derecho la moral y el orden público. 2) El artículo 24 de la Constitución Política le garantiza a todas las personas una esfera de intimidad intangible para el resto de los sujetos de derecho, de tal forma que aquellos datos íntimos, sensibles o nominativos que un ente u órgano público ha recolectado, procesado y almacenado, por constar en sus archivos, registros y expedientes físicos o automatizados, no pueden ser accedidos por ninguna persona por suponer ello una intromisión o injerencia externa e inconstitucional. Obviamente, lo anterior resulta de mayor aplicación cuando el propio administrado ha puesto en conocimiento de una administración pública información confidencial, por ser requerida, con el propósito de obtener un resultado determinado o beneficio. En realidad esta limitación está íntimamente ligada al primer límite intrínseco indicado, puesto que, muy, probablemente, en tal supuesto la información pretendida no recae sobre asuntos de interés público sino privado. Íntimamente ligados a esta limitación se encuentran el secreto bancario, entendido como el deber impuesto a toda entidad de intermediación financiera de no revelar la información y los datos que posea de sus clientes por cualquier operación bancaria o contrato bancario que haya celebrado con éstos, sobre todo, en tratándose de las cuentas corrientes, ya que, el numeral 615 del Código de Comercio lo consagra expresamente para esa hipótesis, y el secreto industrial, comercial o económico de las empresas acerca de determinadas ideas, productos o procedimientos industriales y de sus estados financieros, crediticios y tributarios. Habrá situaciones en que la información de un particular que posea un ente u órgano público puede tener, sobre todo articulada con la de otros particulares, una clara dimensión y vocación pública, circunstancias que deben ser progresiva y casuísticamente identificadas por este Tribunal Constitucional. 3) La averiguación de los delitos, cuando se trata de investigaciones criminales efectuadas por cuerpos policiales administrativos o judiciales, con el propósito de garantizar el acierto y éxito de la investigación y, ante todo, para respetar la presunción de inocencia, el honor y la intimidad de las personas involucradas.

VII.-

En el presente asunto, se encuentra plenamente acreditado que por misiva del 8 de febrero del 2002 el recurrente le solicitó a la Junta de Educación de la Escuela Miguel Obregón Lizano "...UN INFORME FINANCIERO DE LOS INGRESOS Y EGRESOS EN FORMA DETALLADA DE LOS PERIODOS COMPRENDIDOS QUE ABARQUEN DESDE EL AÑO 1998 AL 2001 INCLUSIVE, ESTO CON EL FIN DE APORTARLO AL EXPEDIENTE DE UNA INVESTIGACIÓN" —la mayúscula es del original— (visible a folio 4). Por nota del 20 de marzo del 2002, varios miembros de la Junta de Educación le comunicaron al recurrente que fuera "...más específico y claro en cuanto a qué investigación se refiere, ya que...ésta es una información que no debe manipular cualquier persona" (visible a folio 3).

VIII.-

A este Tribunal no le cabe la menor duda acerca de la naturaleza pública de las Juntas

de Educación, puesto que, a tenor del artículo 9° del Código de Educación les corresponde la competencia de inspeccionar las escuelas públicas –I y II ciclo de la educación general básica- de cada distrito escolar. De otra parte, los ordinales 32 del Código de Educación y 43, párrafo 2°, de la Ley Fundamental de Educación, les otorgan plena personalidad jurídica para adquirir derechos, contraer obligaciones y comparecer ante los Tribunales de la República. Sus miembros son nombrados, a tenor de los numerales 33 del Código de Educación y 41 de la Ley Fundamental de Educación, por el Concejo Municipal del respectivo cantón. Por su parte, el Reglamento General de Juntas de Educación y Administrativas (Decreto Ejecutivo No. 17763-E del 3 de septiembre de 1987) las somete a las directrices y políticas educativas emitidas y trazadas por el Consejo Superior de Educación y el Ministerio de Educación Pública. En lo tocante a los fondos que administran, también, es igualmente evidente su naturaleza pública, puesto que, el artículo 45 de la Ley Fundamental de Educación indica que la distribución e inversión de los dineros que les corresponden se hará de conformidad con las políticas fijadas por el Consejo Superior de Educación y el Ministerio de Educación Pública; de la misma forma, el Reglamento General citado en su artículo 3° preceptúa que en cuanto a la distribución e inversión de sus recursos económicos estarán sujetas a las disposiciones y directrices del Ministerio de Educación Pública. Finalmente, la aprobación de los presupuestos le corresponde a la respectiva Dirección Regional de Enseñanza del Ministerio de Educación Pública (artículos 39 y 75, inciso a, del Reglamento General de Juntas de Educación y Administrativas), siendo que la Sección de Auditoría Interna de Juntas de Educación y Administrativas (artículo 76 ibidem) y el Departamento Financiero (artículo 78 ibidem), ambos órganos del Ministerio de Educación Pública tienen injerencia indirecta en su administración financiera.

IX.-

El recurrente pretende, en esencia, el acceso a los estados o balances financieros de la Junta de Educación de la Escuela Miguel Obregón Lizano correspondientes a los ejercicios presupuestarios de los años 1998 al 2001 inclusive, información que en tanto atañe a un órgano público y a fondos públicos le debe ser suministrada al impugnante, sin que se encuentre cubierta por ningún tipo de reserva o de acceso restringido. El recurrente no tiene por qué indicarle a la Junta de Educación la investigación a la que se refiere en su solicitud inicial, puesto que, tal extremo no es una condición para el goce y ejercicio pleno del derecho contenido en el ordinal 30 de la Constitución Política. Para los efectos de resolver este recurso, no tiene trascendencia ninguna la circunstancia de haber invitado al recurrente a una reunión con los miembros de la Junta de Educación para clarificarle algunos aspectos concernientes a la información que oportunamente solicitara y la negativa de éste a asistir, puesto que, desde un principio pudieron brindársela sin necesidad de mayores explicaciones.

X.-

En mérito de lo expuesto, se impone declarar con lugar el recurso de amparo interpuesto, ordenarle a la Junta de Educación de la Escuela Miguel Obregón Lizano de Tibás, en la persona de su Vice-presidente, Guido Rojas Vargas que le suministre, inmediatamente, al recurrente toda la información que le solicitará por misiva del 8 de febrero del 2002, bajo los apercibimientos de ley. De la misma forma, se debe condenar al ente recurrido al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso de amparo. Proceda de forma inmediata la Junta de Educación de la Escuela Miguel Obregón Lizano de Tibás, a través de su Vicepresidente, Guido Rojas Vargas, o de quien ocupe su cargo, a suministrarle a Guillermo Jiménez Chinchilla la información que este le solicitara oportunamente por misiva del pasado 8 de febrero del 2002, la cual consiste en un informe financiero de los ingresos y egresos, en forma detallada, de los períodos que abarcan del año 1998 al 2001 inclusive. Todo lo anterior bajo el apercibimiento que de conformidad con el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá pena de prisión de tres meses a dos años o de veinte a sesenta días multa a quien reciba una orden de esta Sala que deba cumplir o hacer cumplir y la inobserve, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a la Junta de Educación de la Escuela Miguel Obregón Lizano de Tibás al pago de las costas, los daños y perjuicios ocasionados los que se liquidarán, en su caso, en ejecución de sentencia en la vía contencioso administrativa. Notifíquese la presente resolución a Guido Rojas Vargas o a quien ocupe ese puesto en su lugar en forma personal.

Carlos M. Arguedas R.

Presidente

Ana Virginia Calzada M. Adrián Vargas B.

Ernesto Jinesta L. José Luis Molina Q.

Fabián Volio E. Aldo Milano S.

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 28/2/2013 11:51:07 AM

Sentencia: 02120 Expediente: 02-008855-0007-CO
Fecha: 14/03/2003 Hora: 1:30:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Ernesto Jinesta Lobo
Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
Documentos relacionados: Referencia a otra jurisprudencia
Contenido de interés 1
<p>Exp: 02-008855-0007-CO</p> <p>Res: 2003-02120</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las trece horas con treinta minutos del catorce de marzo del dos mil tres.-</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por SEGNINI PICADO GIANNINA, cédula número 1-784-295 y ROBERT BONILLA DANIEL, cédula de identidad número 1-499-126, a favor de "GRUPO LA NACION GN, SOCIEDAD ANONIMA", contra la JUNTA DIRECTIVA DE LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL.</p> <p style="text-align: center;">Resultando:</p> <p>1.-</p> <p>Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 14:00 horas del 23 de octubre de 2002 (folio 1), los recurrentes manifiestan que, el 13 de setiembre de este año, Giannina Segnini Picado le solicitó a la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social que se le facilitara una copia en formato digital de la base de datos actualizada que contiene los beneficiarios del Régimen no Contributivo de Pensiones, incluyendo como variables los números de cédula, los montos de las pensiones y los motivos por los que fueron asignadas. No obstante, la referida Junta Directiva, en el artículo 6° de la sesión número 7687, celebrada el 19 de setiembre de 2002, resolvió denegar la petición, pues consideró que lo solicitado era información relacionada con terceros, respecto de los cuales la Caja, por mandato legal, debía guardar confidencialidad. Los accionantes, inconformes con lo resuelto, interpusieron un recurso ordinario de revocatoria ante el órgano jerárquico correspondiente, pero éste, nuevamente, rechazó la petición mediante el acto N° 31.215 de 14 de octubre de 2002, bajo argumentos similares. Consideran los reclamantes que la ocultación de esta información, que estiman de interés público y carente del carácter de Secreto de Estado, lesiona el artículo 30 de la Constitución Política y el ejercicio de la libertad de prensa. Solicitan que se declare con lugar el recurso, ordenándosele a los recurridos entregar la información requerida.</p> <p>2.-</p>

Por resolución de las 14:02 horas del 25 de octubre de 2002, la Presidencia de esta Sala le dio curso al presente amparo (folio 36).

3.-

Informa bajo juramento Rodrigo Cordero Fernández, en su calidad de Apoderado Judicial General de la Caja Costarricense de Seguro Social (folio 38), que tanto en los artículos 6° de la sesión número 7687, celebrada el 19 de setiembre de 2002, como en el 35 de la Sesión N° 7692 del 3 de octubre de 2002, la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social le indicó claramente a los recurrentes que, si bien está anuente a suministrar información estadística que no se refiera a ningún beneficiario en particular, no puede acceder a las peticiones de los reclamantes, ya que lo solicitado es información que goza de especial protección legal en términos de privacidad, pues está relacionada con terceros, respecto de los cuales, la Caja, por imperativo legal establecido en los artículos 20 y 63 de la Ley Constitutiva de la CCSS, y constitucional —artículo 24 de la Carta Fundamental—, debe guardar confidencialidad, y solo puede suministrar por autorización expresa del propio interesado o por mandato judicial. Lo anterior se fundamenta también en la reiterada jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, como la Sentencia N° 29 de las 14:30 horas del 13 de abril de 1984 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Solicita que se desestime el recurso planteado.

4.-

En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

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

Considerando:

1.-

TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público —entes públicos— están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación —publicación y notificación—, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas

para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa.

II.-

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los "departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público", derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas. Es menester indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa.

Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas. El contenido del derecho de acceso a la información administrativa es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes: a) acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; b) acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados –bases de datos ficheros-; c) facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, d) facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos; e) derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales y f) derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos.

III.-

TIPOLOGIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) ad extra –fuera- y (b) ad intra –dentro- de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder una información administrativa determinada –uti universi- y el segundo,

únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico –uti singuli-. Este derecho se encuentra normado en la Ley General de la Administración Pública en su Capítulo Sexto intitulado "Del acceso al expediente y sus piezas", Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274. El numeral 30 de la Constitución Política, evidentemente, se refiere al derecho de acceso ad extra, puesto que, es absolutamente independiente de la existencia de un procedimiento administrativo. Este derecho no ha sido desarrollado legislativamente de forma sistemática y coherente, lo cual constituye una seria y grave laguna de nuestro ordenamiento jurídico que se ha prolongado en el tiempo por más de cincuenta años desde la vigencia del texto constitucional. La regulación de este derecho ha sido fragmentada y sectorial, así, a título de ejemplo, la Ley del Sistema Nacional de Archivos No. 7202 del 24 de octubre de 1990, lo norma respecto de los documentos con valor científico y cultural de los entes y órganos públicos –sujetos pasivos- que conforman el Sistema Nacional de Archivos (Poderes Legislativo, Judicial, Ejecutivo y demás entes públicos con personalidad jurídica, así como los depositados en los archivos privados y particulares sometidos a las previsiones de ese cuerpo legal).

IV.-

SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA.

El sujeto activo del derecho consagrado en el artículo 30 de la Carta Magna lo es toda persona o todo administrado, por lo que el propósito del constituyente fue reducir a su mínima expresión el secreto administrativo y ampliar la transparencia y publicidad administrativas. Independientemente de lo anterior, el texto constitucional prevé, también, un acceso institucional privilegiado a la información administrativa como, por ejemplo, del que gozan las comisiones de investigación de la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 23, de la Constitución Política) para el ejercicio de su control político. Debe advertirse que el acceso institucional privilegiado es regulado por el ordenamiento infraconstitucional para otras hipótesis tales como la Contraloría General de la República (artículos 13 de la Ley Orgánica No. 7428 del 26 de agosto de 1994; 20, párrafo 2º, de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, No. 6872 del 17 de junio de 1983 y sus reformas), la Defensoría de los Habitantes (artículo 12, párrafo 2º, de la Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992 y sus reformas), las comisiones para Promover la Competencia y Nacional del Consumidor (artículo 64 de la Ley No. 7274 del 20 de diciembre de 1994), la administración tributaria (artículos 105, 106, y 107 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), etc.. En lo tocante a los sujetos pasivos del derecho de acceso a la información administrativa, debe tomarse en consideración que el numeral 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los "departamentos administrativos", con lo que serán sujetos pasivos todos los entes públicos y sus órganos, tanto de la Administración Central –Estado o ente público mayor- como de la Administración Descentralizada institucional o por servicios –la mayoría de las instituciones autónomas-, territorial –municipalidades- y corporativa –colegios profesionales, corporaciones productivas o industriales como la Liga Agroindustrial de la Caña de Azúcar, el Instituto del Café, la Junta del Tabaco, la Corporación Arrocera, las Corporaciones Ganadera y Hortícola Nacional, etc.-. El derecho de acceso debe hacerse extensivo, pasivamente, a las empresas públicas que asuman formas de organización colectivas del derecho privado a través de las cuales alguna administración pública ejerce una actividad empresarial, industrial o comercial e interviene en la economía y el mercado, tales como la Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (RECOPE), la Compañía Nacional de Fuerza y Luz Sociedad Anónima (CNFL), Radiográfica de Costa Rica Sociedad Anónima (RACSA), Correos de Costa Rica Sociedad Anónima, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia Sociedad Anónima (EPSH), etc., sobre todo, cuando poseen información de interés público. Por

último, las personas privadas que ejercen de forma permanente o transitoria una potestad o competencia pública en virtud de habilitación legal o contractual (munera pubblica), tales como los concesionarios de servicios u obras públicas, los gestores interesados, los notarios, contadores públicos, ingenieros, arquitectos, topógrafos, etc. pueden, eventualmente, convertirse en sujetos pasivos cuando manejan o poseen información –documentos- de un claro interés público.

V.-

OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El texto constitucional en su numeral 30 se refiere al libre acceso a los "departamentos administrativos", siendo que el acceso irrestricto a las instalaciones físicas de las dependencias u oficinas administrativas sería inútil e insuficiente para lograr el fin de tener administrados informados y conocedores de la gestión administrativa. Consecuentemente, una hermenéutica finalista o axiológica de la norma constitucional, debe conducir a concluir que los administrados o las personas pueden acceder cualquier información en poder de los respectivos entes y órganos públicos, independientemente, de su soporte, sea documental –expedientes, registros, archivos, ficheros-, electrónico o informático –bases de datos, expedientes electrónicos, ficheros automatizados, disquetes, discos compactos-, audiovisual, magnetofónico, etc..

VI.-

LÍMITES INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. En lo relativo a los límites intrínsecos al contenido esencial del derecho de acceso a la información administrativa, tenemos, los siguientes: 1) El fin del derecho es la "información sobre asuntos de interés público", de modo que cuando la información administrativa que se busca no versa sobre un extremo de tal naturaleza el derecho se ve enervado y no se puede acceder. 2) El segundo límite está constituido por lo establecido en el párrafo 2º del ordinal 30 constitucional al estipularse "Quedan a salvo los secretos de Estado". El secreto de Estado como un límite al derecho de acceso a la información administrativa es reserva de ley (artículo 19, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), empero, han transcurrido más de cincuenta años desde la vigencia de la Constitución y todavía persiste la omisión legislativa en el dictado de una ley de secretos de estado y materias clasificadas. Esta laguna legislativa, obviamente, ha provocado una grave incertidumbre y ha propiciado la costumbre contra legem del Poder Ejecutivo de calificar, por vía de decreto ejecutivo, de forma puntual y coyuntural, algunas materias como reservadas o clasificadas por constituir, a su entender, secreto de Estado. Tocante el ámbito, extensión y alcances del secreto de Estado, la doctrina es pacífica en aceptar que comprende aspecto tales como la seguridad nacional (interna o externa), la defensa nacional frente a las agresiones que atenten contra la soberanía e independencia del Estado y las relaciones exteriores concertadas entre éste y el resto de los sujetos del Derecho Internacional Público (vid. artículo 284 del Código Penal, al tipificar el delito de "revelación de secretos"). No resulta ocioso distinguir entre el secreto por razones objetivas y materiales (ratione materiae), referido a los tres aspectos anteriormente indicados (seguridad, defensa nacionales y relaciones exteriores) y el secreto impuesto a los funcionarios o servidores públicos (ratione personae) quienes por motivo del ejercicio de sus funciones conocen cierto tipo de información, respecto de la cual deben guardar un deber de sigilo y reserva (vid. artículo 337 del Código Penal al tipificar y sancionar el delito de "divulgación de secretos). El secreto de Estado se encuentra regulado en el bloque de legalidad de forma desarticulada, dispersa e imprecisa (v. gr. Ley General de Policía No. 7410 del 26 de mayo de 1994, al calificar de confidenciales y, eventualmente, declarables

secreto de Estado por el Presidente de la República los informes y documentos de la Dirección de Seguridad del Estado –artículo 16-; la Ley General de Aviación Civil respecto de algunos acuerdos del Consejo Técnico de Aviación Civil –artículo 303-, etc.). El secreto de Estado en cuanto constituye una excepción a los principios o valores constitucionales de la transparencia y la publicidad de los poderes públicos y su gestión debe ser interpretado y aplicado, en todo momento, de forma restrictiva. En lo concerniente a las limitaciones o límites extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa tenemos los siguientes: 1) El artículo 28 de la Constitución Política establece como límite extrínseco del cualquier derecho la moral y el orden público. 2) El artículo 24 de la Constitución Política le garantiza a todas las personas una esfera de intimidad intangible para el resto de los sujetos de derecho, de tal forma que aquellos datos íntimos, sensibles o nominativos que un ente u órgano público ha recolectado, procesado y almacenado, por constar en sus archivos, registros y expedientes físicos o automatizados, no pueden ser accedidos por ninguna persona por suponer ello una intromisión o injerencia externa e inconstitucional. Obviamente, lo anterior resulta de mayor aplicación cuando el propio administrado ha puesto en conocimiento de una administración pública información confidencial, por ser requerida, con el propósito de obtener un resultado determinado o beneficio. En realidad esta limitación está íntimamente ligada al primer límite intrínseco indicado, puesto que, muy, probablemente, en tal supuesto la información pretendida no recae sobre asuntos de interés público sino privado. Íntimamente ligados a esta limitación se encuentran el secreto bancario, entendido como el deber impuesto a toda entidad de intermediación financiera de no revelar la información y los datos que posea de sus clientes por cualquier operación bancaria o contrato bancario que haya celebrado con éstos, sobre todo, en tratándose de las cuentas corrientes, ya que, el numeral 615 del Código de Comercio lo consagra expresamente para esa hipótesis, y el secreto industrial, comercial o económico de las empresas acerca de determinadas ideas, productos o procedimientos industriales y de sus estados financieros, crediticios y tributarios. Habrá situaciones en que la información de un particular que posea un ente u órgano público puede tener, sobre todo articulada con la de otros particulares, una clara dimensión y vocación pública, circunstancias que deben ser progresiva y casuísticamente identificadas por este Tribunal Constitucional. 3) La averiguación de los delitos, cuando se trata de investigaciones criminales efectuadas por cuerpos policiales administrativos o judiciales, con el propósito de garantizar el acierto y éxito de la investigación y, ante todo, para respetar la presunción de inocencia, el honor y la intimidad de las personas involucradas.

VII.-

En el presente asunto, se encuentra plenamente acreditado que el 13 de septiembre del 2002, la periodista Giannina Segnini, en su condición de Coordinadora de la Unidad de Investigación del Periódico la Nación, le solicitó a la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social una copia en formato digital, preferiblemente disco compacto, de la base de datos actualizada que contiene los beneficiarios del Régimen no Contributivo de Pensiones, con inclusión de variables tales como el número de cédula, el monto de pensión y el motivo por el cual fue asignada (visible a folio 16). La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, mediante acuerdo tomado en la Sesión No. 7687 del 19 de septiembre del 2002, artículo 6°, le denegó el acceso a la información solicitada, por tratarse de "información que goza de especial protección legal en términos de su privacidad, pues está relacionada con terceros respecto de los cuales la Caja por mandato legal ha de guardar su confidencialidad ...artículos 20° y 63° de la Ley Constitutiva de la Caja..."

y le comunicó a la periodista que estaba "...en disposición de proporcionarle

información estadística que no se refiera a ningún beneficiario en particular..." (visible a folio 17). Finalmente, ante el recurso de reposición interpuesto por los aquí recurrentes (visible a folios 18-29), la Junta Directiva en la Sesión No. 7692 del 3 de octubre del 2002, lo rechazó aduciendo, nuevamente, la confidencialidad de la información solicitada (visible a folios 30-33).

VIII.-

Pese a los argumentos sostenidos por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social y su asesoría legal, este Tribunal estima que la información solicitada, en su oportunidad, por la periodista Giannina Segnini es de interés público, puesto que, como bien lo apuntan los recurrentes en el libelo de interposición del presente recurso, el fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares se compone, mayormente, por un aporte de un 5% de los sueldos y salarios que los patronos públicos y privados les pagan mensualmente a sus trabajadores –con algunas excepciones- y, luego, de ese fondo un 20% se destinó, por ley, crear un capital para financiar un programa no contributivo de pensiones por monto básico a favor de los ciudadanos que teniendo necesidad de amparo económico inmediato no hayan cotizado para ninguno de los regímenes contributivos existentes o no hayan cumplido con el número de cuotas reglamentarias o los plazos de espera respectivos. Siendo que los fondos del programa no contributivo de pensiones son públicos y que, por consiguiente, es de interés público la forma de distribución del capital que lo conforma, no puede la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social negar el acceso a la información solicitada por la aquí co-recurrente. Ninguno de los extremos que solicitó, en su momento, la periodista Giannina Segnini a la Junta Directiva del ente recurrido se encuentra amparado por el derecho a la intimidad o la confidencialidad, puesto que, se trata de un programa público –régimen no contributivo de pensiones por monto básico- desarrollado, por razones de solidaridad y justicia sociales, por un ente público –Caja Costarricense de Seguro Social- que se financia con fondos públicos –Fondo de Desarrollo Social y de Asignaciones Familiares-, por lo que cualquier ciudadano está legitimado para acceder toda la información concerniente a su implementación y ejecución, lo que incluye, desde luego, hasta la identidad de las personas actual o potencialmente beneficiarias.

IX.-

En mérito de lo expuesto, se impone declarar con lugar el recurso de amparo interpuesto, ordenarle a la Caja Costarricense de Seguro Social, en la persona de su Presidente Ejecutivo, que le suministre, inmediatamente, a la co-recurrente Segnini Picado, a su costo, toda la información que le solicitará el 13 de septiembre del 2002 bajo los apercibimientos de ley. De la misma forma, se debe condenar al ente recurrido al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso de amparo. Proceda de forma inmediata la Caja Costarricense de Seguro Social, a través de su Presidente Ejecutivo, Eliseo Vargas García, o de quien ocupe su cargo, a suministrarle a Giannina Segnini Picado, a costo de ésta, la información que le solicitara oportunamente a la Junta Directiva de esa entidad el pasado 13 de septiembre del 2002, la cual consiste en una copia en formato digital, preferiblemente disco compacto, de la base de datos actualizada que contiene los beneficiarios del Régimen no Contributivo de Pensiones con inclusión de las variables número de cédula, monto de pensión y el motivo de la asignación. Todo lo anterior bajo el apercibimiento que de conformidad con el artículo 71 de la Ley de la

Jurisdicción Constitucional, se impondrá pena de prisión de tres meses a dos años o de veinte a sesenta día multa a quien reciba una orden de esta Sala que deba cumplir o hacer cumplir y la inobserve, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a la Caja Costarricense de Seguro Social al pago de las costas, los daños y perjuicios ocasionados los que se liquidarán, en su caso, en ejecución de sentencia en la vía contencioso administrativa. Notifíquese la presente resolución a Eliseo Vargas García o a quien ocupe su cargo en forma personal. La Magistrada Calzada concurre con el voto de mayoría excepto en el motivo por el cual fue otorgada la pensión del régimen no contributivo.

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Luis Paulino Mora M. Carlos M. Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M. Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S. Ernesto Jinesta L.

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 25/2/2013 2:37:45 PM

Sentencia: 01790 Expediente: 03-003141-0007-CO
Fecha: 20/02/2004 Hora: 9:01:00 AM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo

Redactor: Ernesto Jinesta Lobo

Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
Contenido de interés 1
<p>Exp: 03-003141-0007-CO</p> <p>Res: 2004-01790</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas con un minuto del veinte de febrero del dos mil cuatro.-</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por AUGUSTO BOIRIVANT ARCE, portador de la cédula de identidad número 2-330-544, a favor de UNION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA CAJA Y LA SEGURIDAD SOCIAL, contra el DIRECTOR REGIONAL BRUNCA DE LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL.</p> <p style="text-align: center;">Resultando:</p> <p>1.-</p> <p>Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 11:10 hrs. del 27 de febrero de 2003 (folio 1), el recurrente interpone recurso de amparo contra el Director Regional Brunca de la Caja Costarricense de Seguro Social y manifiesta que Ricardo López Bolaños, representante sindical de UNDECA, en reiteradas ocasiones ha solicitado al Dr. Walter Aguirre Saldaña, Director de la Región Brunca de la Caja Costarricense de Seguro Social, información relacionada con el Informe de Auditoria N° OAA.048-12-2002, para hacerlo del conocimiento de la organización sindical que representa. En oficio 1356-02 el recurrido contestó lo solicitado. Al considerar que la respuesta no satisfacía su pretensión, reiteró la solicitud. Solicita el recurrente que se declare con lugar el recurso con las consecuencias que ello implica. Además que se ordene al accionado brindarle la certificación que le interesa.</p> <p>2.-</p> <p>Informa bajo juramento Walter A. Aguirre Saldaña, en su condición de Director Región Brunca de la Caja Costarricense de Seguro Social (folio 16), que el 17 de octubre de 2002, Ricardo López Bolaños, en su calidad de coordinador regional de la Unión Nacional de Empleados de la Caja, en nota dirigida a la Dirección Regional solicitó certificación del informe de auditoria referido sobre las presuntas irregularidades en compras tramitadas mediante fondos de caja chica en el Área de Salud de Corredores. El 21 de ese mismo mes y año, mediante oficio 1298-02 se le solicitó al petente que</p>

indicara con detalle que tipo de trámite es el que solicita cuando se refiere a certificar. El 29 de octubre de 2002, el peticionario aclara que la solicitud se refiere a la certificación del expediente OAA.048-R-2002. El 30 de ese mismo mes, mediante oficio 1356-02, se le comunicó al petente que luego de las consultas a la Asesoría Legal, y en aras de garantizar el derecho a la privacidad de los investigados, se consideró que no era prudente que tales documentos sean expuestos a terceros sin que medie una autorización por escrito, que avale el suministro de las copias. El 7 de noviembre de 2002, en nota dirigida a la Dirección Regional, el Coordinador Regional indicó que el informe de auditoría posee carácter de interés público, por lo cual su organización requiere del mismo. Ese mismo día, la Dirección Médica solicitó a la Asesoría Legal su criterio al respecto. El 21 de noviembre de ese mismo año, se recibió el criterio legal solicitado. El 28 de ese mes y año, en oficio 1457-02 se le dio contestación al petente, y se le indicó que apegándose al criterio emitido por la Asesoría Legal se ratificaba lo expuesto en el oficio 1356-02. Manifiesta además que el informe N° OAA-048-R-2002 se refiere a un estudio de Auditoría que revela irregularidades en compras tramitadas mediante el fondo de Caja Chica del Área de Salud de Corredores, que revela severas deficiencias de control interno, que evidencias actuaciones al margen de la normativa institucional que regulan los procedimientos de caja chica de los administradores titular e interino del Área citada. De otra parte, se presume la participación de personas externas a la institución quienes presuntamente tramitaron y cobraron facturas en forma irregular. Dicho informe recomienda determinar y establecer responsabilidades contra funcionarios de dicha Área, y del Director Médico. Además de remitir denuncia al Ministerio Público a fin de determinar si existe responsabilidad de orden penal por parte de los proveedores externos, estableciendo la posibilidad de una acción civil resarcitoria para la recuperación de los fondos aparentemente pagados de manera irregular. En pleno acatamiento de las recomendaciones de la Auditoría Interna se procedió a conformar el órgano director del procedimiento administrativo disciplinario el cual a la fecha de la solicitud realizara por Ricardo López se encontraba cursando la fase investigativa. Asimismo, se procedió a plantear la denuncia ante el Ministerio Público para lo de su cargo. Solicita que se desestime el recurso planteado.

3.-

En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

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

Considerando:

I.-

OBJETO DEL RECURSO. El recurrente demandó la tutela del derecho de acceso a la información administrativa de la Unión Nacional de Empleados de la Caja y la Seguridad Social. En el presente asunto el recurrente formula como agravio la negativa del Director Regional Brunca de la Caja Costarricense de Seguro Social a brindarle a la amparada información de interés público.

II.-

HECHOS PROBADOS. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos: **1) El 17 de octubre de**

2002, Ricardo López Bolaños, en su calidad de Coordinador Regional de la Unión Nacional de Empleados de la Caja, en nota dirigida a la Dirección Regional Brunca solicitó certificación del informe de auditoría AOO-048-12-2002, sobre las presuntas irregularidades en compras tramitadas mediante fondos de caja chica en el Área de Salud de Corredores (copia a folio 10); **2)** Mediante oficio 1298-02, de **21 de octubre de 2002**, se le solicitó al petente que indicara con detalle que tipo de trámite es el que solicita (copia a folio 9); **3)** El **29 de octubre de 2002**, el Coordinador de la Unión Nacional de Empleados de la Caja y la Seguridad Social le aclaró al recurrido su petición (copia a folio 8); **4)** Mediante oficio 1356-02 del **30 de octubre de 2002**, se le comunicó al petente que se consideró prudente que el Informe de Auditoría que requirió, no sea expuesto a terceros sin que medie una autorización por escrito, que avale el suministro de las copias (copia a folio 7); **5)** El **7 de noviembre de 2002**, el Coordinador Regional de UNDECA acusó recibo de oficio. Asimismo, le indicó al recurrido que el informe de auditoría posee carácter de interés público (copia a folio 6); **6)** Ese mismo día, la Dirección Médica solicitó a la Asesoría Legal su criterio al respecto (copia a folio 23); **7)** El **21 de noviembre de 2002**, la Dirección Regional Brunca recibió el criterio legal que solicitó (copia a folio 4); **8)** Por oficio 1457-02, de **28 de noviembre de 2002**, se le dio contestación al petente, y se le indicó que apegándose al criterio emitido por la Asesoría Legal se ratificaba lo expuesto en el oficio 1356-02 (copia a folio 3).

III.-

TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación-, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa.

IV.-

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”, derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la

de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas. Es menester indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas. El contenido del derecho de acceso a la información administrativa es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes: a) acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; b) acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados –bases de datos ficheros-; c) facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, d) facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos; e) derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales y f) derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos.

V.-

TIPOLOGIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) ad extra –fuera- y (b) ad intra –dentro- de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder una información administrativa determinada –uti universi- y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico –uti singuli-. Este derecho se encuentra normado en la Ley General de la Administración Pública en su Capítulo Sexto intitulado “Del acceso al expediente y sus piezas”, Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274. El numeral 30 de la Constitución Política, evidentemente, se refiere al derecho de acceso ad extra, puesto que, es absolutamente independiente de la existencia de un procedimiento administrativo. Este derecho no ha sido desarrollado legislativamente de forma sistemática y coherente, lo cual constituye una seria y grave laguna de nuestro ordenamiento jurídico que se ha prolongado en el tiempo por más de cincuenta años desde la vigencia del texto constitucional. La regulación de este derecho ha sido fragmentada y sectorial, así, a título de ejemplo, la Ley del Sistema

Nacional de Archivos No. 7202 del 24 de octubre de 1990, lo norma respecto de los documentos con valor científico y cultural de los entes y órganos públicos –sujetos pasivos- que conforman el Sistema Nacional de Archivos (Poderes Legislativo, Judicial, Ejecutivo y demás entes públicos con personalidad jurídica, así como los depositados en los archivos privados y particulares sometidos a las previsiones de ese cuerpo legal).

VI.-

SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El sujeto activo del derecho consagrado en el artículo 30 de la Carta Magna lo es toda persona o todo administrado, por lo que el propósito del constituyente fue reducir a su mínima expresión el secreto administrativo y ampliar la transparencia y publicidad administrativas. Independientemente de lo anterior, el texto constitucional prevé, también, un acceso institucional privilegiado a la información administrativa como, por ejemplo, del que gozan las comisiones de investigación de la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 23, de la Constitución Política) para el ejercicio de su control político. Debe advertirse que el acceso institucional privilegiado es regulado por el ordenamiento infraconstitucional para otras hipótesis tales como la Contraloría General de la República (artículos 13 de la Ley Orgánica No. 7428 del 26 de agosto de 1994; 20, párrafo 2º, de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, No. 6872 del 17 de junio de 1983 y sus reformas), la Defensoría de los Habitantes (artículo 12, párrafo 2º, de la Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992 y sus reformas), las comisiones para Promover la Competencia y Nacional del Consumidor (artículo 64 de la Ley No. 7274 del 20 de diciembre de 1994), la administración tributaria (artículos 105, 106, y 107 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), etc.. En lo tocante a los sujetos pasivos del derecho de acceso a la información administrativa, debe tomarse en consideración que el numeral 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos”, con lo que serán sujetos pasivos todos los entes públicos y sus órganos, tanto de la Administración Central –Estado o ente público mayor- como de la Administración Descentralizada institucional o por servicios –la mayoría de las instituciones autónomas-, territorial –municipalidades- y corporativa –colegios profesionales, corporaciones productivas o industriales como la Liga Agroindustrial de la Caña de Azúcar, el Instituto del Café, la Junta del Tabaco, la Corporación Arrocera, las Corporaciones Ganadera y Hortícola Nacional, etc.-. El derecho de acceso debe hacerse extensivo, pasivamente, a las empresas públicas que asuman formas de organización colectivas del derecho privado a través de las cuales alguna administración pública ejerce una actividad empresarial, industrial o comercial e interviene en la economía y el mercado, tales como la Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (RECOPE), la Compañía Nacional de Fuerza y Luz Sociedad Anónima (CNFL), Radiográfica de Costa Rica Sociedad Anónima (RACSA), Correos de Costa Rica Sociedad Anónima, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia Sociedad Anónima (EPSH), etc., sobre todo, cuando poseen información de interés público. Por último, las personas privadas que ejercen de forma permanente o transitoria una potestad o competencia pública en virtud de habilitación legal o contractual (munera publica), tales como los concesionarios de servicios u obras públicas, los gestores interesados, los notarios, contadores públicos, ingenieros, arquitectos, topógrafos, etc. pueden, eventualmente, convertirse en sujetos pasivos cuando manejan o poseen información –documentos- de un claro interés público.

VII.-

OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA.

El texto constitucional en su numeral 30 se refiere al libre acceso a los “departamentos administrativos”, siendo que el acceso irrestricto a las instalaciones físicas de las dependencias u oficinas administrativas sería inútil e insuficiente para lograr el fin de tener administrados informados y conocedores de la gestión administrativa. Consecuentemente, una hermenéutica finalista o axiológica de la norma constitucional, debe conducir a concluir que los administrados o las personas pueden acceder cualquier información en poder de los respectivos entes y órganos públicos, independientemente, de su soporte, sea documental –expedientes, registros, archivos, ficheros-, electrónico o informático –bases de datos, expedientes electrónicos, ficheros automatizados, disquetes, discos compactos-, audiovisual, magnetofónico, etc..

VIII.-

LÍMITES INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. En lo relativo a los límites intrínsecos al contenido esencial del derecho de acceso a la información administrativa, tenemos, los siguientes: 1) El fin del derecho es la “información sobre asuntos de interés público”, de modo que cuando la información administrativa que se busca no versa sobre un extremo de tal naturaleza el derecho se ve enervado y no se puede acceder. 2) El segundo límite está constituido por lo establecido en el párrafo 2º del ordinal 30 constitucional al estipularse “Quedan a salvo los secretos de Estado”. El secreto de Estado como un límite al derecho de acceso a la información administrativa es reserva de ley (artículo 19, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), empero, han transcurrido más de cincuenta años desde la vigencia de la Constitución y todavía persiste la omisión legislativa en el dictado de una ley de secretos de estado y materias clasificadas. Esta laguna legislativa, obviamente, ha provocado una grave incertidumbre y ha propiciado la costumbre contra legem del Poder Ejecutivo de calificar, por vía de decreto ejecutivo, de forma puntual y coyuntural, algunas materias como reservadas o clasificadas por constituir, a su entender, secreto de Estado. Tocante el ámbito, extensión y alcances del secreto de Estado, la doctrina es pacífica en aceptar que comprende aspecto tales como la seguridad nacional (interna o externa), la defensa nacional frente a las agresiones que atenten contra la soberanía e independencia del Estado y las relaciones exteriores concertadas entre éste y el resto de los sujetos del Derecho Internacional Público (vid. artículo 284 del Código Penal, al tipificar el delito de “revelación de secretos”). No resulta ocioso distinguir entre el secreto por razones objetivas y materiales (*ratione materiae*), referido a los tres aspectos anteriormente indicados (seguridad, defensa nacionales y relaciones exteriores) y el secreto impuesto a los funcionarios o servidores públicos (*ratione personae*) quienes por motivo del ejercicio de sus funciones conocen cierto tipo de información, respecto de la cual deben guardar un deber de sigilo y reserva (vid. artículo 337 del Código Penal al tipificar y sancionar el delito de “divulgación de secretos”). El secreto de Estado se encuentra regulado en el bloque de legalidad de forma desarticulada, dispersa e imprecisa (v. gr. Ley General de Policía No. 7410 del 26 de mayo de 1994, al calificar de confidenciales y, eventualmente, declarables secreto de Estado por el Presidente de la República los informes y documentos de la Dirección de Seguridad del Estado –artículo 16-; la Ley General de Aviación Civil respecto de algunos acuerdos del Consejo Técnico de Aviación Civil –artículo 303-, etc.). El secreto de Estado en cuanto constituye una excepción a los principios o valores constitucionales de la transparencia y la publicidad de los poderes públicos y su gestión debe ser interpretado y aplicado, en todo momento, de forma restrictiva. En lo concerniente a las limitaciones o límites extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa tenemos los siguientes: 1) El artículo 28 de la Constitución Política establece como límite extrínseco del cualquier derecho la moral y el orden público. 2) El artículo 24 de la Constitución Política le garantiza a todas las personas

una esfera de intimidad intangible para el resto de los sujetos de derecho, de tal forma que aquellos datos íntimos, sensibles o nominativos que un ente u órgano público ha recolectado, procesado y almacenado, por constar en sus archivos, registros y expedientes físicos o automatizados, no pueden ser accedidos por ninguna persona por suponer ello una intromisión o injerencia externa e inconstitucional. Obviamente, lo anterior resulta de mayor aplicación cuando el propio administrado ha puesto en conocimiento de una administración pública información confidencial, por ser requerida, con el propósito de obtener un resultado determinado o beneficio. En realidad esta limitación está íntimamente ligada al primer límite intrínseco indicado, puesto que, muy, probablemente, en tal supuesto la información pretendida no recae sobre asuntos de interés público sino privado. Íntimamente ligados a esta limitación se encuentran el secreto bancario, entendido como el deber impuesto a toda entidad de intermediación financiera de no revelar la información y los datos que posea de sus clientes por cualquier operación bancaria o contrato bancario que haya celebrado con éstos, sobre todo, en tratándose de las cuentas corrientes, ya que, el numeral 615 del Código de Comercio lo consagra expresamente para esa hipótesis, y el secreto industrial, comercial o económico de las empresas acerca de determinadas ideas, productos o procedimientos industriales y de sus estados financieros, crediticios y tributarios. Habrá situaciones en que la información de un particular que posea un ente u órgano público puede tener, sobre todo articulada con la de otros particulares, una clara dimensión y vocación pública, circunstancias que deben ser progresiva y casuísticamente identificadas por este Tribunal Constitucional. 3) La averiguación de los delitos, cuando se trata de investigaciones criminales efectuadas por cuerpos policiales administrativos o judiciales, con el propósito de garantizar el acierto y éxito de la investigación y, ante todo, para respetar la presunción de inocencia, el honor y la intimidad de las personas involucradas.

IX.-

CASO CONCRETO. El informe de auditoria solicitado por el Coordinador Sindical de la Región Brunca de la Unión Nacional de Empleados de la Caja y la Seguridad Social se refiere a las presuntas irregularidades en el manejo del Fondo de Caja Chica del Área de Salud de Corredores y, presume la participación y responsabilidad de algunos funcionarios y de personas externas de la Caja Costarricense de Seguro Social en los hechos anómalos que el estudio evidencia, sobre los cuales el informe recomienda determinar y establecer responsabilidades administrativas, disciplinarias e incluso penales. En pleno acatamiento de las recomendaciones de la Auditoria Interna se dispuso el procedimiento administrativo disciplinario y la denuncia penal correspondiente. Precisamente, por esas razones, en criterio de este Tribunal, la negativa del Director Regional Brunca de la Caja Costarricense de Seguro Social de brindarle al petente los documentos que requirió, en aras de garantizar el derecho a la privacidad e inocencia de las personas involucradas en las supuestas anomalías señaladas en dicho informe, no vulnera sus derechos fundamentales de la Unión Sindical amparada. El Estado debe proteger a los administrados contra las ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, familia, honra o reputación. Lo que estima la Sala se garantizó limitando el acceso a la información administrativa requerida. Distinto sería la situación si una de las personas directamente involucradas en el informe requiere su acceso para imponerse de las eventuales faltas o irregularidades que se le endilgan. Un informe preliminar en el que se recomienda incoar los procedimientos administrativos y penales para lograr establecer la verdad real de las diferentes irregularidades cometidas por funcionarios o terceros ajenos al servicio no tiene el carácter de interés público, debiendo ser manejado de forma reservada para evitar lesionar la presunción de inocencia, la honra y el honor objetivo de las personas que involucra.

IX.-

En mérito de lo expuesto, se impone desestimar el recurso, como en efecto se dispone.-

Por tanto:

Se declara sin lugar el recurso.-

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

José Miguel Alfaro R.

Fernando Cruz C.

Teresita Rodríguez A.

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 28/2/2013
2:19:01 PM

Sentencia: 09234 Expediente: 04-002802-0007-CO
Fecha: 25/08/2004 Hora: 3:42:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Susana Castro Alpizar
Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
Documentos relacionados: Referencia a otra jurisprudencia
Contenido de interés 1
<p>Exp: 04-002802-0007-CO</p> <p>Res: 2004-09234</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con cuarenta y dos minutos del veinticinco de agosto del dos mil cuatro.-</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por MAURICIO MONTERO MONTANARI, mayor, Licenciado en Administración de Empresas, portador de la cédula de identidad número 1-636-625, a favor de FUNDACIÓN PRO AYUDA Y DESARROLLO AL INMIGRANTE NICARAGÜENSE EN COSTA RICA, contra el PRESIDENTE DEL CONSEJO NACIONAL DE MIGRACIÓN Y OTRO.</p> <p style="text-align: center;">Resultando:</p> <p>1.-</p> <p>Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las quince horas treinta y un minutos del veinticinco de marzo de dos mil cuatro, el recurrente interpone recurso de amparo contra el Presidente del Consejo de Migración y el Director General de Migración y Extranjería y manifiesta que la “Fundación Pro Ayuda al Inmigrante Nicaragüense” desarrolla desde hace mas de cinco años un Programa de Asesoría Legal. Dicho programa tiene como objeto asesorar a los extranjeros en materia laboral, Migratoria, de familia, etcétera. La Fundación cuenta con un cuerpo de Profesionales en Derecho, asistentes y estudiantes de Derecho que, de manera voluntaria y gratuita, asesoran a los extranjeros en esas y otras áreas del Derecho costarricense. Sostiene que en aras de dar soluciones a los continuos problemas que se han presentado en la tramitación de Cédulas de Residencia a lo interno de la Dirección General de Migración, así como para enfrentar las frecuentes inconsistencias mostradas en el análisis de expedientes de Trámites de Permisos de trabajo, Solicitudes de residencias, Deportaciones y otros, la Institución solicitó al Director General de Migración que se le permitiera observar las actas del Consejo Nacional de Migración del período comprendido entre el 08 de mayo de 2002 a la fecha en que presentó la solicitud. Tal solicitud fue planteada porque, supuestamente, los personeros de la fundación se enteraron de que en algunos procedimientos particulares tramitados para la aprobación del estatus migratorio de personas de origen asiático, se siguieron pautas que, a criterio del recurrente, podrían</p>

ser discriminatorias para los extranjeros de otras nacionalidades que se encuentran en igualdad de condiciones. Refiere que el 16 de setiembre 2004, mediante oficio A-JUR-1347-2003-MGC, el señor Director General de Migración los remitió a la señora Mercedes Bevacqua, asesora del Consejo recurrido, a fin de concertar una cita para los efectos pretendidos. Así, el 22 de setiembre siguiente, mediante Oficio 2003-dgme-009, la fundación le solicitó a la funcionaria supra indicada que le permitiera analizar las actas del Consejo; todo ello, de conformidad con lo indicado días antes por el propio Director General de Migración. El 22 de octubre de ese año, mediante oficio sin número, la Señora Mercedes Bevacqua les solicitó demostrar el interés legítimo y específico, o legitimidad que los personeros de la Fundación tenían para accionar al respecto, y cuál era el objetivo de la solicitud. En respuesta a lo solicitado, éstos le remitieron el oficio sin número de fecha 04/11/2004 en el que expusieron sus motivos. El 12 de enero de 2004, sea casi 120 días después de planteada la solicitud original, los personeros de la Fundación recibieron en las Ventanillas del Departamento de Residencias de esa Dirección el Oficio número 143-01-04-CM, en el que la Jefe A.I. del Consejo Nacional de Migración les remitió una fotocopia casi ilegible del Oficio número AJ-1690-2003-JM emitido por el Lic. Jhonny Marín, Jefe del Departamento Legal de esa Dependencia, y una fotocopia casi ilegible del Acuerdo del Consejo de Migración número 54-03-CM de la sesión 95-2003 del 09 de diciembre de 2003. En el primer documento, el Jefe del Departamento Legal de esa Dependencia realizó un análisis subjetivo de la petición y recomendó al Consejo denegar lo solicitado. En el acuerdo 54-03-CM únicamente se indicó que el Consejo acogió en todos sus extremos el Oficio AJ1690-2003 del 10 de noviembre de 2003 emitido por el Licenciado Marín. Señala que, inconforme con lo resuelto, la parte recurrente le envió a los recurridos el Oficio número 2004-DGME 001 del 09 enero de 2004, en el que manifestaron que la solicitud tiene su asidero legal en los artículos 252, 253, 255, siguientes y concordantes de la Ley General de Administración Pública. Mediante oficio recibido en las oficinas de la Fundación Pro Ayuda al Inmigrante Nicaragüense el día 20 de enero de 2004 y numerado AJ-110-2004-JM, el Director General de Migración reiteró el rechazo de la solicitud. Considera que la información solicitada es pública. Por esa razón, en criterio del reclamante, lo resuelto por los recurridos quebranta los artículos 11, 30, 39 y 41 de la Constitución Política, y también -indirectamente- el numeral 33 de esa Carta Fundamental. Solicita el recurrente que se declare inconstitucional el acuerdo del Consejo Nacional de Migración 54-03-CM y se obligue a dicho órgano a mostrar a los funcionarios representantes de su organización las actas solicitadas.

2.-

Informa bajo juramento MARCO BADILLA CHAVARRÍA, en su calidad de DIRECTOR GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA (folio 26), que no tiene conocimiento de que la citada fundación exista desde hace más de cinco años, ni que parte de su interés sea el brindar asesoría legal a los inmigrantes. Acepta que el recurrente presentó ante la Dirección General de Migración y Extranjería solicitud para que se le otorgara acceso a las actas de las sesiones del Consejo Nacional de Migración en el período comprendido entre el ocho de mayo a la fecha. Señala que es falso que esa representación otorgue un trato discriminatorio por un lado para la mayoría de los extranjeros que presentan solicitudes de residencia en el país y mucho menos que dé un trato preferencial a un grupo de foráneos provenientes de oriente. Acepta que al recurrente se le entregó fotocopia del oficio 1690-2003-JM, con el fin de dejar bien enterado al amparado de los motivos por los cuales no es factible el acceso a las actas de las sesiones del Consejo Nacional de Migración. Niega que las actuaciones del Departamento de Asesoría Jurídica de esa Dirección General, estén cargadas de subjetividad, sino que la misma consideró que no es procedente el acceso irrestricto a las actas del Consejo Nacional de Migración, toda vez que en ellas se deja constancia

del análisis y discusión de múltiples peticiones de residencia y otros temas diversos, en los que un individuo o una asociación no puede ser considerado como parte. No comparte los argumentos del recurrente en la nota del cuatro de noviembre de dos mil tres en la que intenta justificar el interés legítimo. Refiere que finalmente, el Consejo Nacional de Migración en su sesión ordinaria n° 095-2003-CM celebrada el 9 de diciembre de 2003 en su artículo 54 conoció sobre el oficio precitado, procediendo a acoger la recomendación otorgada por el Departamento de la Asesoría Jurídica de esa Dirección General, al encontrar en su redacción y citas legales una concordancia jurídica apegada a derecho ya que al no haber demostrado el amparado que le mueve un interés legítimo, no era factible dar acceso a todas las actas sobre los diversos puntos que se tratan en las sesiones del Consejo Nacional de Migración. Solicita que se desestime el recurso planteado.

3.-

En memorial recibido en la Secretaría de la Sala el 3 de abril de 2004, rinde informe bajo juramento BELISARIO SOLANO SOLANO, en su condición de PRESIDENTE DEL CONSEJO NACIONAL DE MIGRACIÓN, y reitera lo informado por el Director General de Migración y Extranjería (folios 56 a 68).

4.-

En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta la Magistrada **Castro Alpízar**; y,

Considerando:

I.-

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

a) El 23 de setiembre de 2003 el recurrente en su condición de Presidente de la Fundación Pro-Ayuda al Inmigrante Nicaragüense, presentó una nota ante la Dirección General de Migración y Extranjería para solicitar la posibilidad de examinar las actas del Consejo Nacional de Migración del periodo entre mayo de 2002 hasta esa fecha. (Copia a folio 12).

b) Mediante oficio 143-01-04-CM del 12 de enero de 2004 el Jefe a.i. del Consejo Nacional de Migración le comunicó al recurrente la decisión del Consejo Nacional de Migración de acoger la recomendación de la Asesoría Jurídica, para rechazar su gestión. (Copias a folios 16 a 20).

II.-

Hechos no probados. No existen de relevancia para la resolución del presente asunto.

III.-

Objeto del recurso. El recurrente plantea la vulneración de los derechos constitucionales de sus representados en la Fundación Pro Ayuda y Desarrollo al Inmigrante en Costa Rica, pues las autoridades de la Dirección General de Migración y Extranjería se niegan sin ningún fundamento a permitirles el acceso a las actas del Consejo Nacional de Migración.

IV.-

Acceso a los departamentos públicos con propósitos de información. El artículo 30 de la Constitución Política garantiza el derecho de toda persona, a tener acceso a las oficinas públicas, ya sea personalmente o por medio de solicitud escrita, para obtener información sobre asuntos de interés público, siempre que no se trate de un secreto de Estado o de información suministrada a la Administración por particulares, cuya confidencialidad se encuentre constitucional o legalmente protegida. Por otra parte, el derecho establecido en el artículo 27 de la Constitución Política hace referencia a la facultad que posee todo ciudadano para dirigirse a cualquier funcionario público o entidad oficial, con el fin de exponer un asunto de su interés o formular una petición, libertad que se ve complementada con el derecho a obtener justicia administrativa pronta y cumplida. Este principio de acceso a la información administrativa que conjuga los derechos mencionados, ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional, en los términos que a continuación se enuncian:

“III.-

TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público —entes públicos— están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación —publicación y notificación—, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa.

IV.-

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”, derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los

archivos y registros administrativos, sin embargo la denominación más acertada debe ser la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas. Es menester indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas. El contenido del derecho de acceso a la información administrativa es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes: a) acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; b) acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados —bases de datos ficheros—; c) facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, d) facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos; e) derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales y f) derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos.

V.-

TIPOLOGIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA.

Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) ad extra —fuera- y (b) ad intra —dentro— de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder una información administrativa determinada —uti universi— y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico —uti singuli—. Este derecho se encuentra normado en la Ley General de la Administración Pública en su Capítulo Sexto intitulado “Del acceso al expediente y sus piezas”, Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274. El numeral 30 de la Constitución Política, evidentemente, se refiere al derecho de acceso ad extra, puesto que, es absolutamente independiente de la existencia de un procedimiento administrativo. Este derecho no ha sido desarrollado legislativamente de forma sistemática y coherente, lo cual constituye una seria y grave laguna de nuestro ordenamiento jurídico que se ha prolongado en el tiempo por más de cincuenta años desde la vigencia del texto constitucional. La regulación de este derecho ha sido

fragmentada y sectorial, así, a título de ejemplo, la Ley del Sistema Nacional de Archivos No. 7202 del 24 de octubre de 1990, lo norma respecto de los documentos con valor científico y cultural de los entes y órganos públicos —sujetos pasivos— que conforman el Sistema Nacional de Archivos (Poderes Legislativo, Judicial, Ejecutivo y demás entes públicos con personalidad jurídica, así como los depositados en los archivos privados y particulares sometidos a las previsiones de ese cuerpo legal).

VI.-

SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El sujeto activo del derecho consagrado en el artículo 30 de la Carta Magna lo es toda persona o todo administrado, por lo que el propósito del constituyente fue reducir a su mínima expresión el secreto administrativo y ampliar la transparencia y publicidad administrativas. Independientemente de lo anterior, el texto constitucional prevé, también, un acceso institucional privilegiado a la información administrativa como, por ejemplo, del que gozan las comisiones de investigación de la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 23, de la Constitución Política) para el ejercicio de su control político. Debe advertirse que el acceso institucional privilegiado es regulado por el ordenamiento legal o infraconstitucional para otras hipótesis tales como la Contraloría General de la República (artículos 13 de la Ley Orgánica No. 7428 del 26 de agosto de 1994; 20, párrafo 2º, de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, No. 6872 del 17 de junio de 1983 y sus reformas), la Defensoría de los Habitantes (artículo 12, párrafo 2º, de la Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992 y sus reformas), las comisiones para Promover la Competencia y Nacional del Consumidor (artículo 64 de la Ley No. 7274 del 20 de diciembre de 1994), la administración tributaria (artículos 105, 106, y 107 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), etc.. En lo tocante a los sujetos pasivos del derecho de acceso a la información administrativa, debe tomarse en consideración que el numeral 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos”, con lo que serán sujetos pasivos todos los entes públicos y sus órganos, tanto de la Administración Central —Estado o ente público mayor— como de la Administración Descentralizada institucional o por servicios —la mayoría de las instituciones autónomas—, territorial —municipalidades— y corporativa —colegios profesionales, corporaciones productivas o industriales como la Liga Agroindustrial de la Caña de Azúcar, el Instituto del Café, la Junta del Tabaco, la Corporación Arrocera, las Corporaciones Ganadera y Hortícola Nacional, etc.—. El derecho de acceso debe hacerse extensivo, pasivamente, a las empresas públicas que asuman formas de organización colectivas del derecho privado a través de las cuales alguna administración pública ejerce una actividad empresarial, industrial o comercial e interviene en la economía y el mercado, tales como la Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (RECOPE), la Compañía Nacional de Fuerza y Luz Sociedad Anónima (CNFL), Radiográfica de Costa Rica Sociedad Anónima (RACSA), Correos de Costa Rica Sociedad Anónima, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia Sociedad Anónima (EPSH), etc., sobre todo, cuando poseen información de interés público. Por último, las personas privadas que ejercen de forma permanente o transitoria una potestad o competencia pública en virtud de habilitación legal o contractual (munera publica), tales como los concesionarios de servicios u obras públicas, los gestores interesados, los notarios, contadores públicos, ingenieros, arquitectos, topógrafos, etc. pueden, eventualmente, convertirse en sujetos pasivos cuando manejan o poseen información —documentos— de un claro interés público.

VII.-

OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El

texto constitucional en su numeral 30 se refiere al libre acceso a los “departamentos administrativos”, siendo que el acceso irrestricto a las instalaciones físicas de las dependencias u oficinas administrativas sería inútil e insuficiente para lograr el fin de tener administrados informados y conocedores de la gestión administrativa. Consecuentemente, una hermenéutica finalista o axiológica de la norma constitucional, nos debe conducir a concluir que los administrados o las personas pueden acceder cualquier información en poder de los respectivos entes y órganos públicos, independientemente, de su soporte, sea documental —expedientes, registros, archivos, ficheros—, electrónico o informático —bases de datos, expedientes electrónicos, ficheros automatizados, diskettes, discos compactos—, audiovisual, magnetofónico, etc..

VIII.-

LÍMITES INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA.

En lo relativo a los límites intrínsecos al contenido esencial del derecho de acceso a la información administrativa, tenemos, los siguientes: 1) El fin del derecho que es la “información sobre asuntos de interés público”, de modo que cuando la información administrativa que se busca no versa sobre un extremo de tal naturaleza el derecho se ve enervado y no se puede acceder. 2) El segundo límite está constituido por lo establecido en el párrafo 2º del ordinal 30 constitucional al estipularse “Quedan a salvo los secretos de Estado”. El secreto de Estado como un límite al derecho de acceso a la información administrativa es reserva de ley (artículo 19, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), empero, han transcurrido más de cincuenta años desde la vigencia de la Constitución y todavía persiste la omisión legislativa en el dictado de una ley de secretos de estado y materias clasificadas. Esta laguna legislativa, obviamente, ha provocado una grave incertidumbre y ha propiciado la costumbre contra legem del Poder Ejecutivo de calificar, por vía de decreto ejecutivo, de forma puntual y coyuntural, algunas materias como reservadas o clasificadas por constituir, a su entender, secreto de estado. Tocante el ámbito, extensión y alcances del secreto de Estado, la doctrina es pacífica en aceptar que comprende aspecto tales como la seguridad nacional (interna o externa), la defensa nacional frente a las agresiones que atenten contra la soberanía e independencia del Estado y las relaciones exteriores concertadas entre éste y el resto de los sujetos del Derecho Internacional Público (vid. artículo 284 del Código Penal, al tipificar el delito de “revelación de secretos”). No está por demás distinguir entre el secreto por razones objetivas y materiales (*ratione materiae*), referido a los tres aspectos anteriormente indicados (seguridad, defensa nacionales y relaciones exteriores) y el secreto impuesto a los funcionarios o servidores públicos (*ratione personae*) quienes por motivo del ejercicio de sus funciones conocen cierto tipo de información, respecto de la cual deben guardar un deber de sigilo y reserva (vid. artículo 337 del Código Penal al tipificar y sancionar el delito de “divulgación de secretos”). El secreto de estado se encuentra regulado en el bloque de legalidad de forma desarticulada, dispersa e imprecisa (v. gr. Ley General de Policía No. 7410 del 26 de mayo de 1994, al calificar de confidenciales y, eventualmente, declarables secreto de Estado por el Presidente de la República los informes y documentos de la Dirección de Seguridad del Estado —artículo 16—; la Ley General de Aviación Civil respecto de algunos acuerdos del Consejo Técnico de Aviación Civil —artículo 303—, etc.). El secreto de Estado en cuanto constituye una excepción a los principios o valores constitucionales de la transparencia y la publicidad de los poderes públicos y su gestión debe ser interpretado y aplicado, en todo momento, de forma restrictiva. En lo concerniente a las limitaciones o límites extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa tenemos los siguientes: 1) El artículo 28 de la Constitución Política establece como límite extrínseco del cualquier derecho la moral y el orden

público tal y como han sido definidos sus contornos por esta Sala en los Votos números 1635-90 de las 17:00 horas del 14 de noviembre de 1990, 1420-91 de las 09:00 horas del 24 de julio de 1991, 3550-92 de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1992, 3004-92 de las 14:30 horas del 9 de octubre de 1992, 0138-93 de las 15:55 horas minutos del 12 de enero de 1993 y 3173-93 de las 14:57 horas con del 6 de julio de 1993, entre otros. 2) El artículo 24 de la Constitución Política le garantiza a todas las personas una esfera de intimidad intangible para el resto de los sujetos de derecho, de tal forma que aquellos datos íntimos, sensibles o nominativos que un ente u órgano público ha recolectado, procesado y almacenado, por constar en sus archivos, registros y expedientes físicos o automatizados, no pueden ser accedidos por ninguna persona por suponer ello una intromisión o injerencia externa e inconstitucional. Obviamente, lo anterior resulta de mayor aplicación cuando el propio administrado ha puesto en conocimiento de una administración pública información confidencial, por ser requerida, con el propósito de obtener un resultado determinado o beneficio. En realidad esta limitación está íntimamente ligada al primer límite intrínseco indicado, puesto que, muy, probablemente, en tal supuesto la información pretendida no recae sobre asuntos de interés público sino privado. Íntimamente ligados a esta limitación se encuentran el secreto bancario, entendido como el deber impuesto a toda entidad de intermediación financiera de no revelar la información y los datos que posea de sus clientes por cualquier operación bancaria o contrato bancario que haya celebrado con éstos, sobre todo, en tratándose de las cuentas corrientes, ya que, el numeral 615 del Código de Comercio lo consagra expresamente para esa hipótesis, y el secreto industrial, comercial o económico de las empresas acerca de determinadas ideas, productos o procedimientos industriales y de sus estados financieros, crediticios y tributarios. Habrá situaciones en que la información de un particular que posea un ente u órgano público puede tener, sobre todo considerada en conjunto con la de otros particulares, tiene una clara dimensión y vocación pública, circunstancias que deben ser progresiva y casuísticamente identificadas por este Tribunal Constitucional. 3) La averiguación de los delitos, cuando se trata de investigaciones criminales efectuadas por cuerpos policiales administrativos o el judicial, con el propósito de garantizar el acierto y éxito de la investigación y, ante todo, para respetar la presunción de inocencia, el honor y la intimidad de las personas involucradas.

IX.-

En el presente asunto, se encuentra plenamente acreditado que por misiva del 27 de octubre de 2003, los recurrentes le solicitaron al Director recurrido, copia de los oficios No. DEE-0036-03 del 23 de enero de 2003, y DEPP-793-2003 del 17 de marzo de 2003. No obstante, la autoridad accionada se negó a suministrar esa información por considerar que los amparados no habían acreditado que dicha información fuese de interés público. Sobre el particular, estima esta Sala que, en esencia, lo que los accionantes pretenden es el acceso a la información que, en tanto atañe a un órgano público y a la aprobación de un proyecto de interés de todos los estudiantes del colegio -sin que se encuentre cubierta por ningún tipo de reserva o de acceso restringido-, debe serles suministrada.

X.-

En mérito de lo expuesto, se impone declarar con lugar el recurso de amparo interpuesto, ordenarle al Director del Liceo Teodoro Picado Michalsky que le suministre, inmediatamente, a los recurrentes toda la información que le solicitaron por oficio del 27 de octubre de 2003, bajo los apercibimientos de ley. De la misma forma, se debe condenar al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios

ocasionados. (Sentencia número 2004-05693 de las quince horas con treinta y seis minutos del veintiséis de mayo del dos mil cuatro).

V.-

Caso concreto. A la luz de las consideraciones expuestas, considera este Tribunal Constitucional que la omisión de las autoridades recurridas de permitirle el acceso a la información que el recurrente solicitó, constituye una violación a su derecho de acceso a los departamentos públicos con propósitos de información, pues aprecia la Sala que la información que ha solicitado no está cubierta por alguna de las prohibiciones indicadas en la sentencia parcialmente trascrita. Corolario de lo anterior, se impone la estimatoria de este proceso, con las consecuencias que se disponen en la parte dispositiva.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Marco Badilla Chavarría, en su condición de Director General de Migración y Extranjería, y a Belisario Solano Solano, en su condición de Presidente del Consejo Nacional de Migración, o a quienes en su lugar ejerzan esos cargos, que permitan al recurrente observar las actas del Consejo Nacional de Migración del período comprendido entre el 08 de mayo de 2002 en adelante, de forma inmediata, 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 y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de fundamento a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese ésta resolución a Marco Badilla Chavarría, en su condición de Director General de Migración y Extranjería, y a Belisario Solano Solano, en su condición de Presidente del Consejo Nacional de Migración, o a quienes en su lugar ejerzan esos cargos, EN FORMA PERSONAL.-

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Susana Castro A.

Rosa María Abdelnour G.

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 28/2/2013 2:09:51 PM

Sentencia: 09707 Expediente: 03-010002-0007-CO
Fecha: 31/08/2004 Hora: 6:56:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Ana Virginia Calzada Miranda
Clase de Asunto: Recurso de amparo
Tiene voto salvado

Texto de la sentencia
Contenido de interés 1
<p>Exp: 03-010002-0007-CO</p> <p>Res: 2004-09707</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciocho horas con cincuenta y seis minutos del treinta y uno de agosto del dos mil cuatro.-</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por Gerardo González Esquivel, portador de la cédula de identidad número 2-406-189, en su condición de diputado a la Asamblea Legislativa de la República contra Federico Albert y William Delgado, GERENTE GENERAL Y VICEPRESIDENTE DE OPERACIONES DEL BANCO BANEX, SOCIEDAD ANÓNIMA.</p> <p style="text-align: center;">Resultando:</p> <p>1.-</p> <p>Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las quince horas y cincuenta minutos del veinticuatro de setiembre de 2003 (folio 1), el recurrente interpone recurso de amparo contra Federico Albert y William Delgado, GERENTE GENERAL Y VICEPRESIDENTE DE OPERACIONES DEL BANCO BANEX, SOCIEDAD ANÓNIMA y manifiesta que el dos de setiembre anterior, remitió los oficios JF 227-K Y JF 232-K, al Gerente General recurrido, a título personal y como miembro de la Comisión que investiga el Financiamiento de los Partidos Políticos y las Contribuciones que hayan recibido sus candidatos presidenciales durante la pasada campaña electoral, mediante los cuales solicitaba información acerca de la cuenta denominada "Proyecciones del Nuevo Siglo RAMM", número 112-989, todo ello amparado en la sentencia número 2003-03489 de la Sala Constitucional. El pasado diez de setiembre, el Vicepresidente de Operaciones del Banco recurrido le responde que el banco que representa está en contra de brindar la información requerida, porque no existe la demostración idónea para establecer que un partido político haya recibido contribuciones en la cuenta sobre la que se pide información; la apertura de dicha cuenta tiene que ser autorizada por los tribunales de justicia. El recurrente estima arbitraria la decisión del banco por transgredir el derecho de petición y de acceso a la información, además de contradecir la jurisprudencia de esta Sala. Solicita que se acoja en todos sus extremos el recurso de amparo y se ordene a los recurridos entregar la información requerida.</p> <p>2.-</p> <p>Informan bajo juramento Federico Albert Garaizabal y William Delgado Pacheco, en su condición de Gerente General y Vicepresidente de Operaciones, ambos del Banco Banex S.A. (folio 26), que no cuentan con legitimación pasiva en este recurso, puesto que son sujetos privados que no están actuando en ejercicio de funciones públicas ni se encuentran en una posición de poder con respecto a lo alegado, sino en la del cumplimiento del deber legalmente impuesto a preservar el ámbito de intimidad del cuentacorrentista. En cuanto a los hechos, afirman que el recurrente envió las notas JF 227-K y JF 232-K, pero en éstas omite que la resolución mencionada expresa que respecto a las demás personas (distintas a los partidos políticos) sigue vigente el principio de la intimidad que prohíbe divulgar sus datos, el cual solo se puede exceptuar por la demostración fehaciente de que contengan las cuentas de un partido político, lo cual solo puede ser resuelto por una autoridad judicial. Indican que ninguna autoridad judicial ha dado como comprobado que las cuentas del partido relacionado y las de Proyecciones del Nuevo Siglo RAMM S.A., son una y la misma cosa, por lo que no pueden resolver respecto a lo que interesa con base en supuestos hechos. Alegan que ellos no son los competentes para resolver un diferendo planteado por él contra el partido político y la sociedad indicada. Reiteran que mientras una autoridad judicial no resuelva el levantamiento del secreto bancario no pueden entregar la información solicitada, puesto que de lo contrario faltarían a sus obligaciones legales. De esta forma, mientras no se presente una orden judicial en el sentido indicado, su representada está en estricta obligación legal de negar el acceso que se pretende. Solicita que se desestime el recurso planteado.</p> <p>3.-</p> <p>En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.</p> <p>Redacta la Magistrada Calzada Miranda; y,</p> <p style="text-align: center;">Considerando:</p> <p>1.-</p> <p>Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:</p> <p>a) El 13 de setiembre de 1999, se giró a favor de Rolando Araya Monge el cheque del Banco Cathay No. 1325-0, que un día después fue depositado en el Banco Banex en una cuenta perteneciente a la sociedad Proyecciones del Nuevo Siglo RAMM S.A. (folio 13).</p> <p>b) El 25 de enero del 2002, se giró a favor de Proyecciones del Nuevo Siglo RAMM S.A. un cheque de Lafise Bank Limited, No. 679, que fue depositado por Emilio Baharet Shields en el Banco de Costa Rica a favor del Fideicomiso Partido Liberación Nacional (folios 14 y 15).</p> <p>c) Moisés Fachler fue nombrado vicepresidente de la Sociedad Proyecciones del Nuevo Siglo RAMM S.A., cédula jurídica 3-101-244669, cuando ésta constituyó (folio 16).</p> <p>d) El 28 de agosto del 2003, Moisés Fachler reconoció ante la prensa nacional que Proyecciones del Nuevo Siglo RAMM S.A. abrió una cuenta en el Banco Banex con el fin de captar recursos y donaciones para la campaña política del Partido Liberación Nacional (folios 18 y 20).</p> <p>e) El 29 de agosto del 2003, mediante la nota No. JF-227-k, el diputado Gerardo González Esquivel solicitó al Gerente General del Banco BANEX la siguiente información respecto a la Sociedad Anónima Proyecciones Del Nuevo Siglo RAMM S.A.: Si existen cuentas a nombre de la Sociedad Anónima Proyecciones del Nuevo Siglo RAMM S.A. En caso afirmativo: copia de los estados financieros de esas cuentas desde su apertura, nombre</p>

de quién gestionó su apertura y quiénes están autorizados para operarla y copia de los cheques que respaldan los eventuales depósitos, entre otros datos (folio 11).

f) El 10 de setiembre del 2003, el Vicepresidente de Operaciones de BANEX, William Delgado, contestó la solicitud referida en el punto anterior, negándose a dar la información solicitada porque la demostración fehaciente de la transferencia de dineros de un partido político a una persona de derecho privado corresponde determinarla a los tribunales de justicia y no al Banco Banex, por que facilitaría la información en el momento en que por esa vía se produzca el levantamiento del secreto bancario expresamente respecto a dicha empresa (folio 23).

II.-

Objeto del recurso. El recurrente interpuso el amparo porque el Banco Banex S.A. se niega a brindarle información sobre las cuentas pertenecientes a la sociedad Proyecciones del Nuevo Siglo RAMM S.A., a pesar de que —según alega— se utilizaron para captar recursos para la campaña política del Partido Liberación Nacional. Estima que la información es de interés público y, por ende, el banco está en la obligación de revelarla.

III.-

Sobre la legitimación pasiva. Al respecto la Ley de la Jurisdicción Constitucional en su artículo 57 dispone que esta clase de demandas se conceden contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o, se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de la misma Ley. Los representantes del banco recurrido alegan que el amparo es inadmisibile, porque el Banco Banex S.A. no actúa en ejercicio de funciones públicas ni está en una posición de poder, como exige el artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional sino que por el contrario, tiene el deber de preservar el ámbito de intimidad del cuentacorrentista, cuyo incumplimiento está incluso sancionado penalmente. A juicio de la Sala el recurso es admisible, pues al custodiar dineros que —según se alega— estuvieron destinados a financiar una campaña política, los interesados en conocer las cuentas son todas las personas. Entre el recurrente y el banco recurrido no hay nexo jurídico alguno y, por ende, el último puede negarse a atender las peticiones formuladas sin que el interesado cuente con un medio judicial expedito para hacer valer, en caso de que los tenga, sus derechos. Esta posibilidad del Banco de rehusarse a atender una solicitud, sin estar sujeto a reprensión alguna, y sin que exista procedimiento ágil en la jurisdicción común para reclamar contra la decisión, lo coloca en una posición de poder, lo cual hace del recuso de amparo un medio idóneo para analizar si el derecho fundamental a la información del amparado fue o no violentado.

IV.-

Sobre el patrimonio de los partidos políticos y la publicidad de las contribuciones privadas. El artículo 96 de la Constitución Política ha sido desarrollado por la Sala en la sentencia No. 2003-03489, del 2 de mayo del 2003, donde dijo:

“El patrimonio de los partidos políticos está conformado por las contribuciones de sus partidarios, los bienes y recursos que autoricen sus estatutos no prohibidos por la ley y la contribución del Estado en la forma y proporción establecidas en el ordinal 96 de la Constitución Política. Evidentemente, los fondos aportados por el Estado –por su origen y destino- están sujetos a los principios constitucionales de publicidad y transparencia y, en lo que se refiere a las aportaciones privadas, por aplicación del texto constitucional y legal, acontece lo mismo, dada la sujeción de los partidos políticos a un régimen de derecho público una vez que entran en funcionamiento y operación. En efecto, el párrafo 3° del artículo 96 constitucional dispone con meridiana claridad que “Las contribuciones privadas a los partidos políticos estarán sometidas al principio de publicidad y se regularán por la ley”, con lo que sobre este particular el constituyente no admite que ninguna agrupación política puede escudarse en un supuesto secreto financiero o bancario para evitar el conocimiento público del origen y los montos de las contribuciones privadas. La sujeción de tales aportes al principio de publicidad trae causa de la naturaleza de interés público de la información atinente a los mismos, puesto que, el fin de la norma constitucional es procurar la licitud, sanidad financiera y transparencia de los fondos con que se financia una campaña política por cuyo medio el electorado designa a las personas que ocuparán los puestos de elección popular desde donde serán adoptados y trazados los grandes lineamientos de la política institucional del país. En desarrollo de lo dispuesto por la norma fundamental y de la remisión a la ley efectuada por el numeral 96 de la Constitución Política, el Código Electoral le impone a los partidos políticos la obligación de diseñar y establecer en sus estatutos los mecanismos normativos que permitan "...conocer públicamente el monto y origen de las contribuciones privadas, de cualquier clase, que el partido reciba y la identidad de estos contribuyentes" (artículo 58, inciso m). De otra parte, el artículo 176 bis del cuerpo legal citado establece una serie de límites y condiciones a las aportaciones privadas tales como las siguientes: a) la prohibición de aceptar o recibir, directa o indirectamente, contribuciones, donaciones, préstamos o aportes en dinero o especie de personas físicas o jurídicas extranjeras para sufragar los gastos de administración y de campaña electoral, siendo admisible, únicamente, sus aportes para fines de capacitación, formación e investigación; b) las personas físicas o jurídicas nacionales podrán destinar aportes, en dinero o en especie, a los partidos políticos hasta por un monto anual equivalente a 45 veces el salario base mínimo menor mensual que figure en la Ley de Presupuesto Ordinario de la República vigente al momento de la contribución y c) se prohíbe los aportes privados en nombre de otra persona. Finalmente, el párrafo 6° de ese artículo le impone a los tesoreros de los partidos políticos la obligación de informar periódicamente (trimestralmente y mensualmente entre la convocatoria y la fecha de elección) al Tribunal Supremo de Elecciones acerca de las contribuciones recibidas. El Reglamento Sobre el pago de los gastos de los Partidos Políticos emitido por el Tribunal Supremo de Elecciones, establece, también para tales organizaciones una serie de deberes en aras del principio de publicidad, así en el ordinal 11° les obliga a llevar un registro de los aportes autorizados en el numeral 176 bis del Código Electoral para las personas físicas o jurídicas extranjeras, donde se consigne los montos, nombres, calidades y número de identificación de los contribuyentes y la apertura de, al menos, una cuenta corriente bancaria, para el depósito de estas contribuciones. Para el caso de los contribuyentes nacionales, el artículo 13 de ese reglamento les exige llevar un registro individual, en forma cronológica, de los aportes recibidos, con nombres y número de cédula. Finalmente, el artículo 14 obliga a los tesoreros de los partidos a informar trimestralmente o mensualmente al Tribunal Supremo de Elecciones (a) los nombres y números de cédulas de los contribuyentes -tratándose de personas jurídicas, se debe adjuntar certificación de su personería- y (b) el monto del aporte.”

V.-

Secreto bancario y publicidad de las cuentas privadas para captar fondos para financiar campañas políticas.

Con base en las razones expuestas, no cabe duda alguna de la publicidad de las cuentas donde se hayan depositado fondos destinados a financiar campañas políticas. Desde el momento en que una cuenta se utiliza a captar fondos para un partido político, deja de ser sólo del interés privado de su titular. El recurrido alega que la decisión del banco no solo es legítima, sino que es una obligación derivada del secreto bancario e invoca artículo 615 del Código de Comercio. Efectivamente, el secreto bancario obliga a los bancos, pero en relación con los fondos privados. Si una norma de mayor rango, en este caso el artículo 96 constitucional, somete al principio de publicidad las contribuciones a los partidos, no es aceptable aducir una norma de rango inferior, como el secreto bancario, para impedir esta publicidad. En la sentencia antes citada (No. 2003-03489), la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse, de la manera siguiente, sobre el punto.

“... este Tribunal estima que el número de cuentas corrientes que posea una persona jurídica u organización colectiva del Derecho Privado - Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Fundación, Asociación, etc.-, sus movimientos y sus balances, en tesis de principio, si están cubiertas por el derecho a la intimidad, puesto que, en esta hipótesis no opera la limitación constitucional expresa establecida para las contribuciones de los partidos políticos. En tal supuesto, rige, además, el instituto legislativo del secreto bancario contemplado en el artículo 615 del Código de Comercio para el contrato de cuenta corriente. La regla anterior tiene como excepción la demostración fehaciente e idónea que un partido político le ha transferido a una de tales personas jurídicas parte de sus aportaciones privadas, puesto que, de ser así la información dejaría de ser privada -propia de una relación meramente contractual- y se tornaría de interés público.”

Igualmente en la sentencia número 2004-09705 de las 18:54 horas de hoy este Tribunal reiteró que el origen de los fondos recibidos por los partidos públicos debe ser de conocimiento de las autoridades fiscalizadoras, con el objeto de hacer valer las normas del Código Electoral que

regulan el origen, finalidad y monto de las contribuciones privadas a los partidos y además que, para hacer efectivo el derecho de libre acceso a la información de interés público reconocido en el artículo 30 constitucional, en todos aquellos casos en que cuentas bancarias hubieran sido empleadas para la recepción o administración de fondos de dichas agrupaciones, el derecho a acceder se extiende a todos los ciudadanos. Únicamente así se podría garantizar un amplio espectro de control ciudadano en una materia de esencial relevancia como ésta.

VI.-

Sobre el caso concreto. Ahora bien, el problema planteado en este amparo gira en torno a la publicidad de las cuentas de una persona particular que —según se alega— se utilizaron para captar fondos a favor de un partido político. El punto es determinar si se demostró de manera fehaciente e idónea que un partido político utilizó una cuenta privada para captar recursos. En el caso concreto, la Sala considera que efectivamente las cuentas de la sociedad Proyecciones del Nuevo Siglo RAMM S.A. se usaron para tales efectos pues se tiene por probado, según consta a folio 13, que un cheque girado a favor del entonces candidato presidencial del Partido Liberación Nacional, Rolando Araya Monge, se depositó en una cuenta perteneciente a la sociedad indicada. Por otra parte, otro cheque, según puede verse a folio 14, girado a favor de esa sociedad, fue depositado a favor del fideicomiso del Partido Liberación Nacional. Finalmente, la persona designada como vicepresidente al constituirse la sociedad Proyecciones del Nuevo Siglo RAMM S.A., Moisés Fachler, reconoció públicamente que las cuentas de esta compañía se utilizaron para captar recursos y donaciones (folios 18 y 20). En consecuencia, al haber recibido contribuciones privadas para financiar la campaña de Rolando Araya Monge, las cuentas de la sociedad tantas veces citada están sometidas al principio de publicidad contemplado los artículos 30 y 96 inciso 4) de la Constitución Política, por lo que se exceptúa la cobertura que el numeral 615 del Código de Comercio hace de las cuentas corrientes para asegurar su confidencialidad. Por consiguiente, la actuación del banco recurrido, que está tan obligado a guardar el secreto bancario como a respetar la Constitución Política, no es legítima. El Banco Banex estaba obligado a brindar acceso a los solicitantes, respecto de las cuentas abiertas por aquella sociedad, a los movimientos efectuados contra las cuentas dichas antes de la última elección presidencial. Por tratarse de una persona jurídica privada, y con el objeto de preservar la confidencialidad de las actividades que haya realizado y que no se relacionen con el objeto de este recurso, es decir, de sus actos netamente privados, que no tengan relación alguna con la financiación de actividades electorales o de partidos o aspirantes a cargos de elección popular, debe el banco recurrido dar acceso a tales cuentas, pero el actor únicamente podrá recolectar, almacenar y de cualquier forma emplear, datos relacionados (en forma demostrada o mediante indicios graves) con el financiamiento de la campaña o precampaña electoral. Todos aquellos datos referentes al giro comercial de la empresa y que no guarden relación con este extremo deben ser necesariamente preservados, para lo cual el recurrente Gerardo González es directamente responsable del uso que haga de la información a que se le va a permitir acceder. Así las cosas, en cuanto a este extremo, el presente recurso debe ser declarado con lugar. Con el voto salvado de la Magistrada Castro, que ordena abrir solo la cuenta 112989.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Federico Albert Garaizabal y a William Delgado Pacheco, o a quienes ocupen los cargos respectivamente de Gerente General y Vicepresidente de Operaciones, ambos del Banco Banex S.A., suministrar de forma inmediata al recurrente la información requerida acerca de las cuentas pertenecientes a la sociedad Proyecciones del Nuevo Siglo RAMM S.A. Se le advierte a Federico Albert Garaizabal y a William Delgado Pacheco, o a quines ocupen sus cargos, que de conformidad con el artículo 71 de la Ley de esta jurisdicción se impondrá prisión de tres meses a dos años o de veinte a sesenta días multa, a quien reciba una orden que deba cumplir dictada en un recurso de amparo y no la cumpla o haga cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a Banco Banex 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 la vía civil de ejecución de sentencia. Notifíquese de manera personal a Federico Albert Garaizabal y a William Delgado Pacheco, o a quienes ocupen los cargos respectivamente de Gerente General y Vicepresidente de Operaciones, ambos del Banco Banex S.A. La Magistrada Castro salva el voto y ordena abrir solo la cuenta número 112989.

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Ana Virginia Calzada M.

Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Susana Castro A.

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 25/2/2013 3:04:05 PM

Sentencia: 08996 Expediente: 02-006598-0007-CO
Fecha: 13/09/2002 Hora: 10:38:00 AM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo

Redactor: Ana Virginia Calzada Miranda

Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
Documentos relacionados: Referencia a otra jurisprudencia
Contenido de interés 1
<p>Exp: 02-006598-0007-CO</p> <p>Res: 2002-08996</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas con treinta y ocho minutos del trece de setiembre del dos mil dos.-</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por Miguel Gilberto Sánchez Alfaro, portador de la cédula de identidad número 4-990-764, a su favor, contra ALUDEL S.R.L., cédula jurídica número 3-102-189003 en la persona de su representante legal Rodrigo Mora Arguedas cédula de identidad número 1-697-941.</p> <p style="text-align: center;">Resultando:</p> <p>1.-</p> <p>Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las catorce horas y veinticinco minutos del ocho de agosto de dos mil dos (folio 1), el recurrente interpone recurso de amparo contra ALUDEL y manifiesta que la empresa recurrida, se dedica a publicar información mediante una pagina de Internet, en la que se muestra una serie de información sobre la base de datos que tiene el sistema de Administración de Justicia, específicamente sobre casos que se ventilan en los distintos despachos judiciales. Que una vez que se tiene esa información, la misma se publica en la página de Internet de su dominio, conocido bajo el nombre comercial o marca "Datum", que consiste en un grupo de datos sobre personas físicas y jurídicas a disposición de las personas que pagan el servicio mediante el uso de una clave. Que el hecho de que la clave de acceso es prepagada, quiere decir que la información que ellos manejan no es posible de ser controlada por los propietarios de la misma, si no se tiene la respectiva clave, siendo así que la empresa recurrida, lucra con la información personal, y no permite que los propietarios tengan acceso libre a esa información. Que la información que se accede en dicha página consiste en una descripción lacónica del número de expedientes que se encuentran abiertos en los despachos judiciales en contra de una persona jurídica o física, el lugar de competencia donde se encuentra el expediente, el número interno del mismo, las partes vinculadas en el proceso y el tema que se analiza en el juicio, ya sea un delito o una acción civil. Que los principales clientes de la recurrida, son personas que autorizan créditos, los cuales corroboran esa información, siendo que las</p>

personas con casos abiertos, automáticamente por disposición del ente financiero, dejan de ser sujetos de crédito. Que en caso del accionante, la información que se publica no es la correcta, ya que en tres casos que se publican los mismos fueron trasladados por incompetencia del Tribunal donde se debatió, siendo posteriormente cerrados por incompetencia, por lo tanto no se debería mantener el registro. Que el perjuicio que sufrió el amparado está relacionado con solicitudes de crédito realizadas al Banco Banex, Banco de Costa Rica, Interfin, Almacén Font. Al ser consultado la página de información de Datum, aparece implicado en diez casos, todos resueltos por sentencia judicial firme. Que al encontrarse estos registros el banco acreedor negó el crédito, fundamentado la decisión en que "era una persona problemática y no sujeta a crédito por la cantidad de casos abiertos". Que en el registro virtual que ofrece la empresa Datum, no se designa con claridad cual es el estado del expediente, sino que se presenta un "link", donde se ofrece el servicio de investigación del expediente para verificar el estado actual, al darse este sistema se produce una disparidad, ya que para probar que los casos están cerrados se debe pagar a la compañía Aludel para que realice el estudio del caso, o bien, disponer de sus propios recursos para solicitar las respectivas certificaciones de los juzgados y enviarlas a la empresa para que se haga una pequeña anotación en el espacio de observaciones donde indica el estado del expediente, ya que la información no es eliminada del sistema, sino que permanece con la observación. Que la conducta de la recurrida ha violentado, y sigue violentado y amenazando sus derechos fundamentales de intimidad y autodeterminación informativa mientras los controles sobre su obtención o transmisión sean deficientes que permitan la difusión indiscriminada e ilegal de su información particular. Solicita el recurrente que se declare con lugar el recurso, que se ordenen a la empresa recurrida a borrar por completo los archivos existentes y se ordene al pago de daños y perjuicios.

2.-

Informa bajo juramento Arturo Arguedas Pimentel, en su calidad de Apoderado especial judicial (folio 58), que no es cierto que la información que publica en la internet, se obtenga de la base de datos que tiene el sistema de administración de justicia. Sobre el servicio que brinda Aludel manifestó que se da el servicio de recopilación y sistematización de información, que se obtiene de fuentes públicas, únicamente a sus clientes, que en su mayoría son personas que autorizan créditos, y se basan en información pública. Afirma que todos los casos civiles que aparecen en la base de datos sobre el recurrente son verdaderos, identificables por el número de cédula y le pertenecen a su persona, y que es posible que por las limitaciones existentes la información se encuentre desactualizada. Afirma que la información que se consigna en la página es la de los libros de entradas: nombre del actor, nombre del demandado, estrado judicial, fecha de presentación y asunto. Afirma que los libros de entrada no se actualizan en el Despacho Judicial según avanzan los procesos, y afirma que para conocer el desenlace del asunto hay que tener acceso a la información que se encuentra en el expediente. Afirma que la empresa recurrida ofrece a los interesados en la información la posibilidad de corregir, modificar o actualizar la información de su base de datos, como un servicio gratuito. Afirma que cuando se trata de obtener documentación específica y detallada, debe tenerse en cuenta que sólo los interesados pueden tener acceso a dicha información. Las partes, sus abogados o quienes sean expresamente autorizados por ellos. Afirma que si el interesado requiere que sea la empresa la que realice la investigación, y obtenga la información, puede solicitarlo, siempre y cuando los autorice y pague. Alega que la empresa no está en condiciones de brindar en forma gratuita el servicio de investigación y obtención de información actualizada de todos los registros, no sólo por falta de recursos humanos o tecnológicos, sino porque la información proviene de fuentes privadas, y porque se

trata de gestiones personalísimas, que sólo el interesado o quien autorice puede realizar. Afirma que Aludel modifica la información a solicitud del interesado, y hasta la fecha, el recurrente no ha presentado solicitud alguna para modificar los archivos, ni los ha contratado para adquirir dicha información. Afirma que no ha lesionado los derechos fundamentales del amparado porque la información que consta en los archivos sobre él es cierta y correcta, proviene de fuentes públicas, la información resulta identificable por medio del número de cédula, y constituyen datos expresos sobre la posición procesal de los juicios. Que la actividad realizada por su representada se encuentra amparada en la normativa vigente, y por tanto es legal. Solicita que se desestime el recurso planteado.

3.-

En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta la magistrada **Calzada Miranda**; y,

Considerando:

I.-

Sobre la admisibilidad del recurso. Tratándose de acciones de amparo dirigidas contra sujetos de derecho privado la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su artículo 57, señala que esta clase de demandas se conceden contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o, se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de la misma Ley. En el caso concreto, efectivamente se constata una situación de poder de hecho frente al recurrente, por parte de ALUDEL Limitada, quien se tuvo como parte recurrida en el presente amparo, por el tipo de actividad que realiza, que le permite controlar una gran cantidad de información sobre las personas, sin su consentimiento y en muchos casos sin siquiera su conocimiento, la que de ser manipulada indiscriminadamente podría generar un perjuicio sustancial a éstas. En la especie, el gestionante utiliza la vía sumaria del recurso de amparo a fin de hacer valer su derecho de autodeterminación informativa. No existiendo un mecanismo procesal específico para la protección de este derecho, la Sala considera que se está ante uno de los supuestos genéricos previstos por los artículos 48 de la Constitución Política y 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. El amparo es por ende la vía idónea para discutir la constitucionalidad de este tipo de actuaciones, donde están de por medio la intimidad, el resguardo de datos sensibles -entendidos éstos como aquellos datos que tienen una particular capacidad de afectar la privacidad del individuo o de incidir en conductas discriminatorias- y la no lesividad de su uso; es decir, resguardando el derecho a la autodeterminación informativa antes descrito.

II.-

Relación de sentencias de la Sala Constitucional sobre el hábeas data y el derecho a la autodeterminación informativa. Este Tribunal ha reconocido el derecho a la autodeterminación informativa y su garantía procesal, el hábeas data, en varias sentencias a través de las cuales ha tratado de precisar no solo el contenido del derecho, sino la extensión de esa protección. En la sentencia número 1261-90 de las

15:30 horas del 9 de octubre de 1990, la Sala se pronunció sobre la necesidad de tutelar el ámbito de intimidad de la persona y para ello hace un análisis amplio sobre el derecho a la intimidad, con motivo del tema de las intervenciones telefónicas. Posteriormente en las sentencias 2609–91 y 2680–94 se analizó el problema de la confidencialidad de la información contenida en el Archivo Criminal que el efecto lleva el Organismo de Investigación Judicial. La primera sentencia se refirió al suministro indebido de información por parte del O.I.J. a terceras personas que no son autoridades públicas y por tanto, con un objetivo que no es el que establece la ley. En la segunda, la Sala estimó que dado que la información que consta en ese Archivo es confidencial, no procedía la remoción de aquella, pues ningún daño podía ocasionar su existencia, no obstante que en el caso concreto el recurrente había sido sobreseído en la causa seguida en su contra. Posteriormente la Sala variaría de criterio en ese punto específico en la sentencia 5802–99. Un enfoque más actual del derecho a la autodeterminación informativa se desprende de la sentencia N° 1998–1345 de las 11:36 horas del 27 de febrero de 1998, en la cual se indicó:

"...El derecho a la intimidad. Lo que hoy conocemos como "sociedad informatizada" plantea nuevos retos al concepto clásico del derecho a la intimidad. En la décadas de los ochenta y noventa, en nuestro país, la libertad individual, la personal y la colectiva, estaban relativamente lejos de la influencia de la tecnología.

Así por ejemplo, el ciudadano no se cuestionaba con que fin le eran solicitados sus datos personales, quienes tienen acceso a ellos y con cual objeto. Consecuentemente, el derecho a la protección de la persona frente al procesamiento de sus datos personales es una cuestión que se deja sólo a la academia. Es pronto también para cuestionarse si la manipulación de los datos personales puede vaciar el contenido esencial de algunos de los derechos fundamentales. Menos aún se concibe que el desarrollo informativo pueda implicar alguna forma de violencia. En la actualidad, la doctrina nacional y extranjera, admite que la manipulación de la información posibilita el control sobre el ciudadano como una alternativa real y efectiva. De tal manera que los derechos individuales de los ciudadanos puedan quedar prácticamente sin contenido efectivo. Así ocurre, cuando se desarrollan perfiles de las personas utilizando información aislada y aparentemente inofensiva, como edad, sexo, dirección, educación, estado civil, preferencias, entre otros muchos. En algunas situaciones esta información es factible utilizarla para definir a los "sospechosos" o a aquellos considerados "políticamente inapropiados", lo cual implica, que las personas así catalogadas sean excluidas de un papel activo en la sociedad. La informática, no sólo representa uno de los más grandes avances del presente siglo, sino que pone en evidencia las posibilidades de inspección de la vida interior de las personas, desde este punto de vista, la personalidad de los ciudadanos y su fuero interno cada vez se hacen más transparentes. Esta situación hace necesario que los derechos fundamentales amplíen también su esfera de protección. La esfera privada ya no se reduce al domicilio o a las comunicaciones, sino que es factible preguntarse si es comprensible incluir "la protección de la información" para reconocerle al ciudadano una tutela a la intimidad que implique la posibilidad de controlar la información que lo pueda afectar. Lo expuesto, significa que el tratamiento electrónico de datos, como un presupuesto del desarrollo de nuestra actual sociedad democrática debe llevarse a cabo afianzando los derechos y garantías democráticas del ciudadano (arts. 24, 1, 28, 30, 33 y 41 de la Constitución). Es obvio, que el

acceso a la información es un poderoso instrumento de progreso individual, y para el ejercicio de los derechos políticos y sociales. Pero también debe reconocerse que el progreso no significa que los ciudadanos deban quedar en situación de desventaja frente al Estado o a los particulares. El nuevo derecho a la intimidad, debe ponderar los intereses en conflicto, entre el legítimo interés de la sociedad a desarrollarse utilizando la información, como la también necesidad de tutelar a la persona frente al uso arbitrario de sus datos personales. La tutela a la intimidad implica, la posibilidad real y efectiva para el ciudadano de saber cuales datos suyos están siendo tratados, con que fines, por cuáles personas, bajo que circunstancias, para que pueda ejercer el control correspondiente sobre la información que se distribuye y que lo afecta (arts. 24 de la Constitución y 13 inciso 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos)..."

En cuanto al hábeas data, la primera resolución en que la Sala se pronunció en forma expresa con relación a su existencia y regulación, es la número 4154-97. En ese pronunciamiento lo califica como una garantía de naturaleza procesal, dirigida a tutelar derechos como el honor, la intimidad y la dignidad de la persona:

"IV.– Debe determinarse sin embargo, si la negativa a entregar al amparado copia del informe de la investigación realizada acerca de su persona, lesiona sus derechos fundamentales. El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus párrafos 1 y 2 establece:

"1. Toda persona tiene derecho al respeto a su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación."

*La norma citada consagra los derechos al honor, la intimidad y la dignidad, de los cuales se deriva el derecho de acceso a la información personal. Este consiste en el derecho a saber qué se dice de la persona en los registros que pueda tener el Estado o los particulares y en el derecho a la rectificación de esa información, que consiste en la facultad de corregir datos inexactos que obren en registros públicos o privados, respecto a la edad, antecedentes, cualidades etc. **El recurso de amparo, en la modalidad de hábeas data, tutela el derecho de una persona de conocer o rectificar toda la información pública o privada que exista sobre ella, incluso la que no haya sido utilizada ni haya de serlo en su perjuicio...** La Sala estima que, en ejercicio del derecho de elección de su personal, el patrono puede recabar la información que sea necesaria para determinar si una persona es apta o no para el cargo al que aspira. En el proceso de selección debe ser riguroso, pues de lo contrario podría ser sujeto de responsabilidad objetiva –v.gr. culpa in eligendo–. Sin embargo, en caso de que las personas soliciten acceso a la información que sobre ellas se haya recabado, ésta debe ser suministrada. Las pruebas anónimas, para el fin que sean, violan el derecho fundamental a conocer lo que de la persona se dice o los datos que sobre ella se conservan, lo contrario es inadmisibles en el sistema democrático y a la luz del Derecho de los Derechos Humanos. Por todo lo anterior, la Sala estima que el recurso debe ser declarado con lugar..."(la negrita y el subrayado no son del original).*

Esta es la primera sentencia en que la Sala Constitucional se refiere al concepto "hábeas data" como instrumento de tutela del derecho a la autodeterminación informativa. Es importante señalar que en esta resolución, la Sala acepta la existencia del hábeas data como una modalidad del recurso de amparo, con un objetivo determinado: tutelar el derecho de cualquier persona de conocer o rectificar la información pública o privada que exista sobre ella, con lo que delimita el ámbito de esa tutela. El mismo criterio externado en la sentencia citada fue reiterado en la resolución número 1997–7175 de las 19:30 horas del 16 de julio de 1997. Posteriormente, en la sentencia N° 2000–3820 de las 10:05 horas del 9 de mayo de 2000, la Sala analizó la cuestión del hábeas data con mayor detenimiento, con ocasión de la negativa del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de entregar a un periodista del diario "La Nación" una certificación de los expedientes administrativos y pasaportes de dos extranjeros. En ese caso la Sala resolvió:

"...Hábeas data: La doctrina a definido al Hábeas data como un recurso procedimental de la protección a la esfera de la intimidad. Tutela a las personas por los accesos del poder informático, o sea, a bancos o bases de datos. Es un amparo especial referente a datos registrados en bancos o bases de datos. Asegura el acceso a las bases de datos y demás registraciones que de una persona se tenga, determinando con ello, la posibilidad de suprimir, rectificar, modificar o actualizar la información que ahí se contenga. Por lo que trata de que una persona evite el uso abusivo de la información que de él se tiene, además de evitar la divulgación de esos datos. Comprende el derecho al acceso, cuando un sujeto está registrado de algún modo en un banco o base de datos, tiene derecho a saber lo que consta acerca de su persona. Derecho a la actualización, en este caso se permite que una persona logre que los datos relativos a ella queden puestos al día.

Derecho a la rectificación, el interesado procura que se corrija la información inexacta. Derecho a la confidencialidad, el sujeto exige que la información que ha proporcionado, y que ha sido legalmente requerida permanezca secreta para terceros. Derecho de exclusión, respecto a diversos datos conceptuados como información sensible, de ahí, que la razón de Hábeas data consista en borrar o cancelar esas noticias del banco de datos....El Hábeas data se une al concepto de identidad informática, entendida como el conjunto de datos que permiten reconstruir la imagen moral de su personalidad –elementos de orden biológico, predisposiciones a enfermedades hereditarias, malformaciones físicas, condiciones psíquicas, de carácter, temperamento, aptitudes, datos que recogidos, memorizados y elaborados en un computador electrónico, llegan a ser accesibles inmediatamente y difundibles, y aún susceptibles de mercado o venta. El ejercicio del Hábeas data ha sido calificado de ser un mero recurso procedimental de protección de la esfera de la intimidad. De ahí que podría funcionar en caso que el ciudadano considere que su intimidad fue lesionada por un particular o el Estado. Se garantiza la defensa de la intimidad respecto al tratamiento automatizado de datos personales que se halla garantizada por este cauce procesal. Se concibe a la intimidad como un derecho (status negativo) de defensa frente a cualquier intromisión de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo como un derecho activo de control (status positivo) sobre el flujo de que conciernen a cada sujeto ..."

No obstante lo acotado, fue en la sentencia número 5802–99 de las 15:36 horas del 27

de julio de 1999, donde la Sala abordó en forma amplia el tema del derecho a la intimidad, analizó la figura del hábeas data y los principios que regulan el tratamiento de los datos personales. Es fundamental destacar de esa sentencia, el hecho de que por primera vez la Sala indicó en forma clara la extensión de la tutela del hábeas data, al señalar que comprende el derecho de acceso a la información, de actualización y rectificación de los datos, de confidencialidad y de exclusión. El análisis de fondo de la sentencia abarca cuatro aspectos: el derecho a la intimidad analizado desde una perspectiva totalmente nueva, a partir del concepto de autodeterminación informativa; la necesidad de proteger ese derecho y el instrumento procesal a tal efecto que es el hábeas data; la naturaleza y ámbito de tutela de ese instrumento y las limitaciones al tratar informaciones de carácter personal. Sobre el primer aspecto, –análisis del derecho a la intimidad desde la óptica de la autodeterminación informativa–, la Sala indicó:

"(...) El término intimidad deriva del vocablo latino intimus, que evoca la idea de lo más interno o recóndito, la interioridad de la persona, por lo que se le ha vinculado con la soledad y el aislamiento. Sin embargo, la ciencia jurídica se ha alejado de esta concepción filosófica primaria y la ha trasladado al campo de las relaciones sociales, a la vista de que una intimidad que no trascienda el ámbito interno del individuo carecería de toda relevancia jurídica. A pesar de este cambio de visión, no se ha dejado de apreciar la importancia de una concepción del sujeto como un ser eminentemente individual que requiere de un ámbito de desarrollo propio sin las injerencias injustificadas de otras personas. Al igual que el resto de los derechos fundamentales, el derecho a la intimidad encuentra su primer fundamento en la dignidad de la persona. En este sentido, el derecho a la intimidad tiene una conexión de sentido y función con otras garantías y derechos constitucionales, toda vez que se constituye en una forma de tutela de la persona, en tanto garantía de realización y autodeterminación. Por ello, la doctrina constitucional comparada tiende hoy en día a considerar la necesidad de tutela de la intimidad como un medio de alcanzar la protección de otros derechos como lo son el de la participación política, asociación, expresión y libre desarrollo de la personalidad. Esta tutela resulta necesaria ya que los incesantes cambios tecnológicos ponen en peligro este derecho constitucionalmente consagrado al crear medios para alcanzar perfiles detallados de la personalidad de un ciudadano o ciudadana, que bien pueden convertirlo en un objeto del funcionamiento estatal o de los privados, quienes también poseen en la actualidad medios para alcanzar un control y vigilancia de los ciudadanos en una intensidad desconocida en etapas anteriores del desarrollo de las tecnologías de la comunicación y de la información. Esta objetivización del ciudadano por los medios tecnológicos, para efectos de convertirlo en un ente transparente para cualquier fin estatal, contraría los fundamentos básicos del consenso constitucional de 1949, el cual se basó en un Estado de Derecho de base democrática, tal y como lo establece la conjunción de los artículos 1 y 28, segundo párrafo, de la Constitución Política. Para efectos de alcanzar una tutela de la persona realizable en el estado actual del desarrollo tecnológico, resulta indispensable considerar que los ciudadanos tienen derecho a conservar una facultad de control sobre el flujo de las informaciones personales que circulan en el entorno social. No en vano se ha venido estableciendo una relación biunívoca entre la cantidad de información que circula y la democracia, no sólo como manifestación de la entidad del derecho al acceso a las informaciones como supuesto para el desarrollo humano y social, sino también como un fundamento

indispensable de la democracia, a fin de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la transparencia de la democracia. En la medida en que los ciudadanos puedan alcanzar un control sobre las informaciones que sobre sí mismos circulan en todos los ámbitos, en la misma medida podrá alcanzar las condiciones para evitar que el Estado o los particulares lo conviertan en una mera pieza del engranaje del poder, rebajándolo, en tal supuesto, a gozar de los ámbitos de libertad que el Estado quiera otorgarle y no aquellos que le corresponden como persona titular de una dignidad irreductible. Esto ha producido que la doctrina constitucional se haya ocupado de un viejo derecho con un nuevo ropaje en la era tecnológica; se trata nada menos que del derecho a la privacidad y a la dignidad en el ropaje de la hoy muy discutida y analizada "autodeterminación informativa".

En cuanto a la protección de ese derecho, la Sala señaló:

"(...) La protección del derecho a la intimidad ha evolucionado con el desarrollo de los medios de información y comunicación, cuyo nivel de complejidad ha permitido el archivo de cantidades de datos cada vez más grandes sobre las personas y ha abierto la posibilidad de procesar esa información con un alto grado de precisión y en muy poco tiempo, por lo que, con este avance, sus ataques no sólo se tornan más frecuentes sino también más graves. Actualmente, el desarrollo de la informática ha hecho que los medios con que cuenta el Estado como los particulares en el almacenamiento y transmisión de información adquiera dimensiones que hasta hace poco tiempo eran insospechadas. A la capacidad de almacenamiento debe sumarse la capacidad de manejo de la información, es decir, la posibilidad de que, con el uso de tecnologías de avanzada, se dé una comparación, simplificación y acomodo de datos que era imposible o muy difícil con medios manuales. Los datos reservados y clasificados en bases de datos o en cualquier otra forma de almacenamiento de información pueden ser utilizados con distintos fines, provocándose una lesión a principios básicos constitucionales no sólo por producir nuevos contextos para la información sino por permitir una imposibilidad de control de las informaciones que los ciudadanos han entregado en la confianza que sean utilizados de determinada forma. Este conflicto, que puede ser enmarcado en forma general como un conflicto entre intereses públicos y privados, no puede ser resuelto a partir de la prevalencia del interés general sobre el particular, no sólo porque conduciría a negar al individuo como una parte indispensable de la sociedad sino porque a éste debe dotársele de la posibilidad de controlar la información que sobre él se maneja.

En cuanto a la naturaleza del recurso de hábeas data, manifestó:

"(...) El mecanismo procesal con que cuenta el individuo para la defensa contra lo que considera un almacenamiento o uso inadecuado de la información recabada es el recurso de hábeas data, el que, etimológicamente, y bajo un enfoque similar al del hábeas corpus, literalmente significa "traer los datos", por lo que en un principio fue entendido como un recurso para los casos en que al individuo se le impide acceder a la información registrada, concibiéndose como un recurso que protege el derecho de información en una relación de sentido muy amplia con respecto a la tutela del derecho a la intimidad. El hábeas data no puede

ser considerado como un mecanismo para atacar los archivos de información en general, ni pretende la eliminación de todo tipo de registro o banco de datos, sino que debe ser aplicado en el resguardo de los fines del tratamiento de la información, de la proporcionalidad de uso de las informaciones, de la seguridad, pertenencia y veracidad de los datos recabados, para el resguardo de datos sensibles y para permitir la realización del individuo en la sociedad marcada por el signo tecnológico. Se trata de una herramienta destinada a la defensa de las personas contra toda posible lesión sobre sus derechos constitucionales. El carácter preventivo del hábeas data no le es exclusivo como mecanismo de protección del derecho a la intimidad sino que la totalidad del ordenamiento jurídico debe atender a la protección de los derechos de la persona antes de que la lesión efectivamente se produzca.

Esto es especialmente cierto en el caso de la tutela de un derecho que, con ese avance incesante de la tecnología, puede haber sido lesionado groseramente cuando los órganos jurisdiccionales intervienen y tales lesiones pueden ser de muy difícil reparación. A pesar de que en principio el hábeas data fue concedido en la protección del derecho a la información, el registro de datos considerados sensibles, como los relativos a las inclinaciones políticas, religiosas, al color de piel, a las inclinaciones sexuales, a la salud de la persona interesada o a las afiliaciones sindicales o políticas, si se realizan de manera nugatoria de la autodeterminación informativa podría fomentar tratos discriminatorios, por lo que este instrumento procesal debió ser ampliado como un mecanismo de control efectivo sobre la información que ya ha sido consignada en bancos de datos electrónicos y manuales. La existencia de datos sensibles y la posibilidad de que se manifiesten conductas discriminatorias con su manejo, entendiendo por discriminación el darle un trato a alguien no teniendo en cuenta su situación objetiva sino en función de sus rasgos como el sexo, situación familiar, color de piel, pertenencia o no a una determinada raza, etnia o religión, opinión política o gremial, ideología, origen nacional o social, posición económica, estado civil, condición física, enfermedad, elección sexual o procedimientos judiciales pendientes o finiquitados, ha marcado también un punto importante en la evolución de este instituto."

Sobre el ámbito de tutela de este instrumento, la sentencia indica y analiza de manera amplia cuáles derechos comprende la tutela del hábeas data:

"a.

) Derecho al acceso: cuando un sujeto se encuentra registrado en alguna forma en un banco o base de datos, tiene derecho a saber lo que en él consta acerca de su persona. Es la típica tutela del derecho a la información, a partir de la cual el sujeto puede accionar con el fin de ejercer control sobre los datos que sobre él se encuentran registrados. Este derecho puede descomponerse en dos momentos, uno en el que se manifiesta el derecho de conocer los datos personales que constan en el registro y un derecho de acceso en el que se toma conocimiento del contenido de la información existente.

b.) Derecho a la actualización: permite que los datos relativos a ella sean exactos, de manera que evita la consignación de datos falsos acerca de la persona registrada. Junto con este derecho se debe incluir, lógicamente, el

derecho a la rectificación del dato registrado.

c.) Derecho a la confidencialidad: a través suyo el sujeto exige que la información que él ha proporcionado o que ha sido legalmente requerida permanezca secreta para terceras personas, de forma tal que se controla el cumplimiento de los fines para los que la información es recolectada. En este caso la información recabada puede resultar correcta y haber sido adquirida por medios legítimos, pero se trata de información que no puede ser facilitada indiscriminadamente y tiende a que los datos no sean revelados salvo que obedezca a la solicitud de autoridad competente o del interesado.

d.) Derecho a la exclusión: se refiere a la recolección de la denominada información sensible, de manera que por medio del hábeas data la persona puede solicitar la cancelación de los datos consignados y evitar así los eventuales tratos discriminatorios por parte de las personas que tengan acceso a ella. El sujeto puede solicitar la cancelación del dato registrado cuando su recolección ha sido prohibida, cuando sea impertinente para la finalidad perseguida por la base de datos o en el supuesto de que, por el transcurso de tiempo, no resulte necesario mantener el dato en el registro.

e.) Derecho de inserción: se funda en las circunstancias en que los sujetos tienen un interés preciso en que sus propios datos sean insertados en un determinado banco de datos, los que fueron omitidos, junto a otros datos suyos que pueden modificar su perfil o despejar dudas al respecto.

f.) Derecho a saber del conocimiento de terceros sobre la información recolectada: es el derecho de saber qué información relativa al sujeto ha sido facilitada a terceros: a quién ha sido facilitada y para qué efectos."

Por último, y con relación a los límites que deben observarse al tratar información de naturaleza personal, indicó:

"a.

) La transparencia: la persona debe tener la posibilidad de ser informada de la totalidad de los datos existentes sobre su persona en un determinado archivo, de manera que le permita hacerse una idea integral de la información recopilada. Al mismo tiempo debe ser informada del tipo de tratamiento al que serán sometidas sus informaciones, a fin de que logre determinar si sus datos serán compartidos por otras instituciones o centro de procesamiento de datos.

b.) Especificación de los fines del banco de datos: consiste en la obligación de especificar los fines, contenidos, usuarios autorizados, plazos de caducidad de los datos contenidos en los bancos de datos, requisitos sin los cuales no puede ser autorizado el funcionamiento de este centro de acopio de datos.

c.) Organismo de control: requiere la creación de un órgano de control que vele porque el tratamiento automatizado de los datos se observen preceptos legales que protegen su derecho de los ciudadanos a su autodeterminación informativa.

d.) Limitaciones a la recolección: debe haber una limitación de los datos recogidos para que éstos se adecuen a solo los necesarios para el cumplimiento del fin que se haya especificado en la legislación.

e.) Limitación del uso: la utilización de los datos recogidos debe limitarse a la finalidad para la que fueron recogidos.

f.) Plazos de validez: los datos no pueden permanecer en la base de datos en forma indefinida sino que debe fijarse un plazo, dentro del cual los datos serán mantenidos, así como el fin con que son conservados y el fin con que son guardados, transcurrido este plazo la información debe ser destruida.

g.) Obligación de confidencialidad: debe crearse una obligación jurídica de que los datos que se manejan sean tratados en forma confidencial de manera que se limite el acceso de terceros a la información y la tergiversación de los fines por los que fue creado el registro.

h.) Exigencias relativas a la calidad de los datos: deben crearse los mecanismos para asegurar la máxima veracidad y precisión de las informaciones contenidas en el banco de datos, manteniéndose completas y actualizadas.

i.) Información al interesado sobre la finalidad y uso de los datos así como el derecho de acceso y rectificación de la información que sobre su persona constan en el registro.

j.) Derecho de bloqueo: derecho de la persona registrada a bloquear los datos almacenados, mientras se determina su exactitud o su caducidad.

k.) Justificación social: los datos deben tener un propósito general y de uso específico socialmente aceptable.

l.) Principio de limitación de los medios de recolección: los mecanismos de recolección de información deben ser lícitos, es decir con el consentimiento del sujeto o con la autorización de la ley."

La sentencia parcialmente transcrita contiene un análisis pormenorizado del derecho a la autodeterminación informativa, y de su mecanismo de garantía, el *habeas data*. Ha señalado además este Tribunal que la naturaleza de la información determina el grado de protección que aquélla puede recibir. Si la información reviste algún interés público, la Sala ha considerado que no es necesario el consentimiento de la persona para utilizar sus datos, lo que solo sería necesario frente a un interés privado. En este sentido, ha manifestado:

"X.– Sobre la necesidad de que el interesado dé su expreso consentimiento para la recolección y uso de datos referentes a su persona, esta Sala considera que ello es cierto cuando se trata de datos personales de interés meramente privado. No ocurre lo mismo respecto de la información que revele el historial crediticio de una persona, la cual es necesaria para la protección de una actividad mercantil de interés público y necesaria para el desarrollo, como lo es el crédito. En ese sentido, no resultaría lógico exigir que toda persona diera su expreso asentimiento para el almacenamiento de datos suyos referentes a créditos anteriores, pues posiblemente las

personas con problemas de pago estarían renuentes a prestar su datos, y así el sistema perdería el sentido que tiene. Además, procede esta información de transacciones comerciales realizadas por el recurrente, mismas que no obedecen a una obligación de confidencialidad excepto que exista pacto expreso o que así lo indique la Ley. Por lo anterior, también en cuanto a este aspecto considera la Sala que no lleva razón el petente, por lo que deberá ser desestimado el recurso, como en efecto se hace..." (sentencia 4749–99 de las 16:27 horas del 22 de junio de 1999)

Asimismo se ha pronunciado este Tribunal, al conocer sobre recursos de amparo sobre la presunta violación al derecho a la intimidad por parte de empresas que se dedican a sistematizar información diversa que consta en varios registros públicos (a saber, Registro de la Propiedad, Registro de la Propiedad Mueble, Registro Civil, Tribunales de la República), con el objeto de brindarla a terceros que la requieren para determinar, entre otros aspectos, si una persona es sujeto de crédito. En términos generales, la jurisprudencia ha considerado que si la información puesta a disposición proviene de registros públicos y es la necesaria para, por ejemplo, otorgar un crédito, no hay violación del derecho a la intimidad (en este sentido ver sentencias 1999–2563 y 1999–4847). Por el contrario, cuando la información que consta en la base de datos, proviene de una cuyo acceso es privado (por ejemplo la de la C.C.S.S.), la Sala ha estimado necesario contar con el consentimiento de la institución custodiante (sentencia 2000–4147). Recientemente, en la sentencia 2000–1119 por primera vez se analizó el requisito de la exactitud, con relación a la información que maneja ese tipo de empresas. En ese sentido indicó:

"V.– No obstante lo anterior, siendo la exactitud uno de los requisitos de la información que las bases de datos pueden guardar de las personas, la falta de elementos suficientes para identificar unívocamente a la persona investigada, puede ocasionarle graves perjuicios. En ese sentido, el artículo 93 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, número 3504, de diez de mayo de mil novecientos setenta y cinco y sus reformas, confiere a la cédula de identidad ese carácter. Por lo anterior, considera este tribunal que las empresas administradoras de datos personales tienen la obligación ineludible de verificar que las informaciones almacenadas a nombre de una persona hayan sido obtenidas de forma tal que no quepa duda acerca de la titularidad del afectado, es decir no basta con la advertencia que plantea la empresa recurrida de indicar al afiliado que corre por su cuenta verificar la titularidad de la persona consultada. En razón de lo que dispone el artículo 140 del Código Procesal Civil, en relación con el 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el sentido de que los abogados y sus asistentes debidamente acreditados tienen acceso a los expedientes judiciales, las empresas encargadas de almacenar datos referentes a procesos jurisdiccionales están en la obligación de verificar la exactitud de los datos que registran, estableciendo con claridad –por medio de una revisión del legajo o de una certificación expedida en el despacho– el nombre completo y número de cédula del demandado, y sólo entonces incluirlo en sus registros. Si el afectado solicita por escrito la exclusión de los datos que a su nombre aparezcan y que sean inexactos por indeterminación de la cédula del deudor, la empresa protectora de crédito debe proceder a verificar la exactitud de las informaciones, en los términos antes dichos, o bien a eliminarlos de su base de datos. Como en la especie las informaciones referentes a los procesos judiciales que aparecen a nombre del amparado no han sido transmitidos ni tampoco se constata que el recurrente haya solicitado a la empresa accionada su corrección o

eliminación, procede desestimar la presente acción, como en efecto se hace."

Posteriormente, la Sala en la sentencia número 754-2002 de las 13:00 horas del 25 de enero del 2002 dio un paso adelante en la tutela del derecho a la autodeterminación informativa, variando su criterio en cuanto al concepto resaltado en la cita anterior, que sujetaba la procedencia de la acción de amparo a que el afectado hubiera formulado sin éxito una expresa solicitud a la empresa que almacena sus datos para que corrigiera o precisara los datos en cuestión. Este Tribunal señaló en la sentencia 754-2002, que es la empresa usufructuaria de tal información la que está obligada a mantener en sus registros únicamente datos verdaderos y exactos, por lo que el sólo hecho de que permanezcan en la base de datos informaciones inexactas constituye una lesión al derecho a la autodeterminación informativa del amparado.

III.-

El objeto de protección del hábeas data y los principios básicos para la protección de datos. Objeto de protección del hábeas data son los "datos de carácter personal", es decir, cualquier información relativa a una persona física o jurídica identificada o identificable. El grado de protección de los datos dependerá de la naturaleza de los mismos, así, debe el Estado procurar que los datos íntimos (también llamados "sensibles") de las personas no sean siquiera accedidos sin su expreso consentimiento. Se trata de informaciones que no conciernen más que a su titular y a quienes éste quiera participar de ellos, tales como su orientación ideológica, fe religiosa y origen racial, es decir, aquellos aspectos propios de su personalidad, y que como tales escapan del dominio público, integrando parte de su intimidad del mismo modo que su domicilio y sus comunicaciones escritas, electrónicas, etc. En un segundo nivel de restricción se encuentran las informaciones que, aun formando parte de registros públicos o privados, no ostentan el carácter de "públicas", ya que –salvo unas pocas excepciones- interesan solo a su titular, pero no a la generalidad de los usuarios del registro. Ejemplo de este último tipo son los archivos médicos de los individuos, así como los datos estrictamente personales que deban ser aportados a los diversos tipos de expedientes administrativos. En estos casos, si bien el acceso a los datos no está prohibido, sí se encuentra restringido a la Administración y a quienes ostenten un interés directo en dicha información. En un grado menos restrictivo de protección se encuentran los datos que, aun siendo privados, no forman parte del fuero íntimo de la persona, sino que revelan datos de eventual interés para determinados sectores, en especial el comercio. Tal es el caso de los hábitos de consumo de las personas (al menos de aquellos que no quepan dentro del concepto de "datos sensibles"). En estos supuestos, el simple acceso a tales datos no necesariamente requiere la aprobación del titular de los mismos ni constituye una violación a su intimidad, como tampoco su almacenamiento y difusión. No obstante, la forma cómo tales informaciones sean empleadas sí reviste interés para el Derecho, pues la misma deberá ser realizada de forma tal que se garantice la integridad, veracidad, exactitud y empleo adecuado de los datos. Integridad, porque las informaciones parciales pueden inducir a errores en la interpretación de los datos, poniendo en eventual riesgo el honor y otros intereses del titular de la información. Veracidad por el mero respeto al principio constitucional de buena fe, y porque el almacenamiento y uso de datos incorrectos puede llevar a graves consecuencias respecto del perfil que el consultante puede hacerse respecto de la persona. Exactitud, porque los datos contenidos en dichos archivos deben estar identificados de manera tal que resulte indubitable la titularidad de los mismos, así como el carácter y significado de las informaciones. Además, el empleo de tales datos debe corresponder a la finalidad (obviamente lícita) para la que fueron recolectados, y no para otra distinta. En el caso de todas las reglas antes mencionadas, es claro que el

deber de cumplimiento de tales exigencias lo ostenta quien acopie y manipule los datos, siendo deber suyo –y no de la persona dueña de los datos- la estricta y oficiosa observancia de las mismas. Finalmente, se encuentran los datos que, aun siendo personales, revisten un marcado interés público, tales como los que se refieren al comportamiento crediticio de las personas; no son de dominio público los montos y fuentes del endeudamiento de cada individuo, pero sí lo son sus acciones como deudor, la probidad con que haya honrado sus obligaciones y la existencia de antecedentes de incumplimiento crediticio, datos de gran relevancia para asegurar la normalidad del mercado de capitales y evitar el aumento desmedido en los intereses por riesgo. Con respecto a estos datos, también caben las mismas reglas de recolección, almacenamiento y empleo referidos a los anteriores, es decir, la veracidad, integridad, exactitud y uso conforme. El respeto de las anteriores reglas limita, pero no impide a las agencias –públicas y privadas- de recolección y almacenamiento de datos, cumplir con sus funciones, pero sí asegura que el individuo, sujeto más vulnerable del proceso informático, no sea desprotegido ante el poder inmenso que los medios de comunicación e información adquieren día con día.

En una categoría aparte se encuentran aquellos datos de interés general y acceso irrestricto contenidos en archivos públicos, para los cuales la regla a emplear es la del artículo 30 y no la dispuesta en el numeral 24 constitucional. Es decir, que en relación con tales informaciones existe una autorización absoluta de acceso y un deber inexcusable de la Administración de ponerlos al alcance de quienes quieran consultarlos, como un mecanismo de control ciudadano respecto de las actuaciones estatales, derivación necesaria del principio democrático que informa todas las actuaciones públicas y moldea las relaciones entre el Estado y la sociedad civil.

IV.-

Principios básicos para la protección de datos. Ya este Tribunal, en la sentencia 5802–99 de las 15:36 horas del 27 de julio de 1999, citada supra, se refirió a los lineamientos que debe establecer la legislación que regule el tratamiento automatizado de datos personales. A falta de ella, la Sala estima procedente insistir en esas reglas a fin de que se consideren principios básicos para la protección de datos. Entre los fundamentales están:

1.-

El derecho de información en la recolección de datos. Las personas a quienes se soliciten datos de carácter personal deberán ser previamente informadas de modo expreso, preciso e inequívoco directamente o por apoderado con poder o cláusula especial; las personas jurídicas por medio de su representante legal o apoderado con poder o cláusula especial:

1. De la existencia de un fichero automatizado o manual de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
2. Del carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas a las preguntas que se les formulen.
3. De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

4. De la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, actualización, cancelación y confidencialidad.
5. De la identidad y dirección del responsable del fichero.

Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recolección, figurarán en los mismos en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.

2. El consentimiento del afectado. Otro principio de capital importancia es el consentimiento del afectado, según el cual, el titular de los datos deberá dar por sí o por su representante legal o apoderado el consentimiento para la entrega de los datos, salvo que la Ley disponga otra cosa dentro de límites razonables. Es obvio que el consentimiento podrá ser revocado, pero la revocatoria no producirá efectos retroactivos.

3.-

La Calidad de los datos.

1. Sólo podrán ser recolectados, almacenados y empleados datos de carácter personal para su tratamiento automatizado o manual, cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidades legítimos para que se han obtenido.
2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado o manual no podrán utilizarse para finalidades distintas de aquellas para que los datos hubieren sido recogidos.
3. Dichos datos serán exactos y puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado.
4. Si los datos de carácter personal registrados resultaren ser inexactos en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados, actualizados o complementados. Igualmente serán cancelados si no mediare un consentimiento legal y legítimo o estuviere prohibida su recolección.
5. Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser pertinentes o necesarios para la finalidad para la cual hubieren sido recibidos y registrados.
6. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado en un período que sea superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieren sido recabados o registrados.
7. Serán almacenados de forma tal que se garantice plenamente el derecho de acceso por el afectado.
8. Se prohíbe el acopio de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.
9. Se prohíbe registrar o archivar juicios de valor.

10. Se prohíbe tener sobre una persona más datos que los necesarios a los fines del fichero.

4.-

Prohibición relativa a categorías particulares de datos. Los datos de carácter personal de las personas físicas que revelen su origen racial, sus opiniones políticas, sus convicciones religiosas y espirituales, así como los datos personales relativos a la salud, vida sexual y antecedentes delictivos, no podrán ser almacenados de manera automática ni manual en registros o ficheros privados, y en los registros públicos serán de acceso restringido.

5. - El principio de seguridad de los datos.

1. El responsable del fichero deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativa necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal y evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.
2. No se registrarán datos de carácter personal en ficheros automatizados que no reúnan las condiciones que garanticen plenamente su seguridad e integridad y los de los centros de tratamientos, equipos, sistemas y programas.
3. El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del proceso de recolección y tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional.

6.-

Reglas para la cesión de datos.

Los datos de carácter personal conservados en archivos o bases de datos públicos o privados, sólo podrán ser cedidos a terceros para fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, con el previo consentimiento del afectado. Lo independientemente de la titularidad pública o privada del fichero. El consentimiento para la cesión podrá ser revocado pero la revocatoria no tendrá efectos retroactivos.

7.-

Derechos y garantías de las personas.-

1. Cualquier persona puede:
2. Conocer la existencia de un fichero automatizado o manual de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad o sujeto particular encargado del fichero.
3. Obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos, la confirmación

de la existencia de datos suyos en archivos o bases de datos, así como la comunicación de dichos datos en forma inteligible.

4. Obtener, llegado el caso, la rectificación de dichos datos y su actualización o la eliminación de los mismos cuando se hayan tratado con infracción a las disposiciones de la presente Ley.
5. La autoridad o el responsable del fichero deben cumplir con lo pedido gratuitamente y resolver en el sentido que corresponda en el plazo de cinco días contado a partir de la recepción de la solicitud.

8.-

El derecho de acceso a la información. El derecho de acceso a la información garantiza las siguientes facultades del afectado:

- a. A acceder directamente o conocer las informaciones y datos relativos a su persona.
- b. A conocer la finalidad de los datos a él referidos y al uso que se haya hecho de los mismos.
- c. A solicitar y obtener la rectificación, actualización, cancelación o eliminación y el cumplimiento de la garantía de confidencialidad respecto de sus datos personales.
- d. Para obtener en su caso la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que hubieren sido ocasionados en su persona o intereses debido al uso de sus datos personales.

9.-

Excepciones y restricciones al derecho a la autodeterminación informativa del ciudadano. Sólo por ley se podrán establecer excepciones y restricciones en los principios, derechos y garantías aquí enunciados, siempre que aquellas sean justas, razonables y acordes con el principio democrático. Las mencionadas excepciones y restricciones solo podrán plantearse para alcanzar fines legales en alguno de los siguientes campos:

- a. La protección de la seguridad del Estado, de la seguridad pública, de la seguridad económica del Estado o para la represión de las infracciones penales.
- b. La protección de las propias personas concernidas, así como los derechos y libertades de otras personas.
- c. El funcionamiento de ficheros de carácter personal que se utilicen con fines estadísticos o de investigación científica, cuando no existe riesgo de que las personas sean identificadas.

Siempre existirá recurso para que la autoridad judicial decida si en un caso concreto estamos ante una excepción o restricción razonable.

V.-

Sobre los hechos en el caso concreto. LA Sala estima de importancia para la decisión de este asunto, los siguientes hechos que se tienen como demostrados, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

1. En la página www.datum.net existen datos referentes a Sánchez Alfaro Miguel Gilberto: 400990764. Registro de Tarjetas de Crédito; consulta de juicios civiles, penales y casos de la prensa escrita por nombre similar a Sánchez Alfaro Miguel Gilberto, en el que aparecen registros de siete juicios civiles en los que no se indica el estado / destino del proceso; consulta de procesos en Juzgados penales por nombre similar a: Sánchez Alfaro Miguel Gilberto, el que consta un juicio penal cuyo estado cuando fue incluido era DESESTIMADO folios (74-78):
2. El amparado no ha solicitado a la empresa recurrida modificar los archivos relativos a su persona en la base de datos [datum.net](http://www.datum.net), (informe folio 61).

VI.-

Sobre el fondo. El recurrente alega que solicitó créditos en varias instituciones financieras y comerciales, pero le fueron denegados luego de que consultaron la base de datos [Datum.net](http://www.datum.net), alegando que es una persona problemática al figurar como parte en tantos juicios. Asimismo que el registro virtual que ofrece la empresa Datum no establece el estado actual del expediente, sino que se ofrece al usuario la opción de verificarlo, a cambio de un pago. Por su parte, el titular de la información, para probar que los casos están cerrados, debe pagar a O Aludel S.R.L. para que realice el estudio del caso, o bien, solicitar las certificaciones de los juzgados y enviarlas a la empresa para que se haga una anotación acerca del estado del expediente, ya que la información no es eliminada del sistema. Pretende que se declare la infracción de su derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa, porque la información que se consigna sobre su persona es incorrecta e incompleta y que se ordene a la empresa recurrida borrar por completo los archivos existentes. Por su parte el representante de la empresa recurrida afirma que no se ha violado derecho fundamental alguno del amparado, porque la información que consta en los archivos sobre él es cierta y correcta, proviene de fuentes públicas, resulta identificable por medio del número de cédula, y arroja datos expuestos sobre la posición procesal de los juicios en los que figura como parte. Afirma que la información no es actualizada, ya que los libros de entradas de los diversos despachos judiciales no consignan el estado actual del expediente, y les resulta imposible acceder a tal información por ser de carácter privado –el expediente judicial-, por lo que si el interesado requiere que la empresa realice la investigación y obtenga la información, puede solicitarlo, siempre y cuando lo autorice y pague. Afirma que Aludel modifica la información a solicitud del interesado, pero el recurrente no lo ha pedido ni ha contratado sus servicios para adquirir dicha información. Aprecia este Tribunal que a folios 73 a 76, consta la impresión de la información existente en la base de datos [datum.net](http://www.datum.net), acerca de los juicios civiles en los que figura como parte el amparado, o alguien con nombre similar al suyo. La Sala observa que tal y como afirma el recurrente no se indica el estado en que se encuentra el expediente. Según afirma el recurrente todos los juicios están archivados, lo que acredita con documentación visible a folios 21 y siguientes del expediente, hecho que además no es desmentido por la empresa recurrida. Por lo anterior, y con fundamento en los principios de protección de datos detallados en el considerando IV de esta sentencia, en especial el de calidad de los datos que impone al responsable de un

fichero automatizado de datos de carácter personal mantener la base de datos con información exacta, completa y actualizada, es que a juicio de la Sala se ha lesionado el derecho a la autodeterminación informativa del amparado, por el hecho de que se mantengan datos relativos a éste que si bien son verídicos, no son completos y actualizados. Si bien la información contenida en Datum. net en relación con la existencia de varios procesos judiciales en los que figura como parte demandada Miguel Gilberto Sánchez Alfaro es extraída de los libros de entradas de los despachos judiciales (o del Ministerio Público), y esa fuente no incluye información actualizada sobre el estado del expediente, no es cierto que resulte imposible para la empresa obtener la información legítimamente porque ella misma brinda la opción a cualquier usuario de la base de datos (que paga un determinado precio por tener acceso a ella), de que se investigue el estado actual del caso, a cambio de un pago. Es obligación de quien maneja los datos de carácter personal actualizar la información, por lo que pretender que el titular de los datos objeto del tratamiento automatizado o manual deba correr con los gastos a fin de que la información que sobre él consta en la base de datos sea completa y actualizada lesiona también el principio constitucional de proporcionalidad, que tiene aplicación en lo atinente a todos los derechos fundamentales, y por supuesto al derecho a la intimidad del que se deriva el derecho a la autodeterminación informativa. Esta Sala en reiteradas ocasiones ha señalado que el principio de proporcionalidad, consecuencia del Estado Democrático de Derecho, implica que toda medida que represente una injerencia en un derecho fundamental debe ser la "última ratio", de manera que si el fin se puede lograr a través de medios que representen una menor intervención en el derecho fundamental, deben seguirse esos medios. Además, el principio de proporcionalidad exige que en el caso concreto se lleve a cabo un balance de intereses para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa una determinada medida guarda una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. En el caso en estudio, resulta legítima la existencia de bases de datos elaboradas por empresas que se dedican a recopilar y sistematizar información diversa que consta en registros públicos, con el objeto de que terceros, a cambio de un pago, puedan acceder esa información para determinar si una persona es sujeto de crédito. Sin embargo el principio constitucional de proporcionalidad impone que el titular de la información pueda conocer qué datos existen relativos a su persona y exigir que sean veraces, exactos y actualizados, de manera que no se le cause una lesión innecesaria y excesiva. De conformidad con lo anterior, lesiona el principio constitucional de proporcionalidad que el titular de los datos que han sido objeto de tratamiento en desacato de los principios de protección de datos de carácter personal, deba, además de sufrir esa lesión de su derecho fundamental a la intimidad y en concreto la autodeterminación informativa, asumir el costo que implique actualizar la información. Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia número 754-02 de las 13:00 horas del 25 de enero del 2002, no es de recibo el argumento de la recurrida en el sentido de que el recurso debe ser desestimado porque el afectado no ha solicitado la rectificación de la información, ya que en esa sentencia, se dispuso que de constatarse que los datos referidos a personas privadas no cumplen estrictamente con los caracteres esenciales de integridad, veracidad, exactitud y adecuación al fin que la jurisprudencia constitucional ha reconocido como indispensables para el manejo de este tipo de información, el recurso debe ser estimado sin que sea óbice para ello la falta de solicitud de rectificación a la empresa. En consecuencia, y dado que se constata la alegada infracción al derecho a la autodeterminación informativa del amparado, lo procedente es declarar con lugar el recurso, ordenando a la empresa recurrida que actualice la información contenida en la base de datos conocida como DATUM referente al estado de los Juicios en que figura como parte demandada Miguel Gilberto Sánchez Alfaro, cédula de identidad número 4-990-764, en los términos expresados en esta sentencia.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a ALUDEL limitada, que en el plazo improrrogable de DIEZ DIAS contado a partir de la notificación de la presente sentencia, actualice la información contenida en la base de datos conocida como DATUM referente al estado de los Juicios en que figura como parte demandada Miguel Gilberto Sánchez Alfaro, cédula de identidad número 4-990-764, en los términos expresados en esta sentencia. Se condena a Aludel Limitada, al pago de las costas, daños y perjuicios causados, que serán liquidados en ejecución de sentencia de lo civil.

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Carlos M. Arguedas R. Ana Virginia Calzada M.

Gilbert Armijo S. Ernesto Jinesta L.

Susana Castro A. Aldo Milano S.

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 1/3/2013
1:57:13 PM



Sentencia: 09469 Expediente: 07-005632-0007-CO
Fecha: 03/07/2007 Hora: 10:00:00 AM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Adrián Vargas Benavides
Clase de Asunto: Consulta legislativa
Tiene voto salvado

Texto de la sentencia
Sentencia Relevante
Documentos relacionados: Referencia a otra jurisprudencia
Contenido de interés 1 (Relevante)
* 070056320007CO *
Exp: 07-005632-0007-CO
Res. N° 2007-09469
SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas y cero minutos del tres de julio del dos mil siete.
Consultas acumuladas número 07-005632-0007-CO y 07- 007153-0007-CO interpuestas respectivamente por Lisbeth Quesada Tristán y los diputados Rafael Elías Madrigal Brenes, Alberto Salom Echeverría, José Merino del Río, Ronald Solís, Marvin Rojas Rodríguez, José Joaquín Salazar, Nidia M. González, Leda Zamora Chaves, Andrea Morales, Sadie Bravo de Maroto, Grettel Ortiz Alvarez, Patricia Quirós Quirós, Francisco Molina Gamboa, Lesvia Villalobos Salas, José Rosales, Olivier Pérez González, Oscar López, Elizabeth Fonseca y Orlando Murillo, respecto del proyecto de aprobación del “Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos”.
Resultando:
1.-
La consulta presentada por la Defensoría de los Habitantes se recibió en la Secretaría de la Sala el veintisiete de abril de dos mil siete. Por resolución de la Presidencia de la Sala de las quince horas treinta minutos del diez de mayo de dos mil siete, se dio curso a dicha consulta y se previno a la Defensora de los Habitantes para que dentro del octavo día aportara una copia certificada del Tratado consultado (folio 144), lo cual fue cumplido el dieciséis de mayo siguiente (folio 146).
2.-
La consulta presentada por las y los diputados, fue recibida el veinticuatro de mayo de dos mil siete (folio 224) y mediante resolución de la Presidencia a.i de la Sala número

2007-07896 de las veintiún horas cinco minutos del treinta y uno de mayo de dos mil siete, se acumuló al expediente 07- 005632-0007-CO (folio 362). En esa misma resolución se solicitó al Presidente de la Asamblea Legislativa, que en el plazo de ocho días remitiera el expediente legislativo 16.047 o copia certificada del mismo.

3.-

La copia del expediente legislativo fue presentada en esta Sala el cuatro de junio de dos mil siete, y mediante resolución de las nueve horas del día siguiente se tuvo por recibida, ordenándose como acto previo a la designación del magistrado instructor, verificar los veintiocho mil folios del expediente presentado. (Folio 368)

4.-

Por resolución de la Presidencia a.i de la Sala de las ocho horas veinte minutos del ocho de junio de dos mil siete, se tuvo por realizada la verificación de los folios que conforman la copia certificada del expediente, y se ordenó pasar el asunto al Magistrado Adrián Vargas Benavides (folio 817). Por ello, el plazo para evacuar la consulta vence el día ocho de julio de dos mil siete.

5.-

Consulta la Defensora de los Habitantes si el proyecto de aprobación del “Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana” quebranta los artículos 1, 2, 5, 6, 7, 10, 21, 22, 33, 34, 41, 43, 45, 46, 48, 50, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 66, 67, 73, 74, 105, 121, 123, 139, 140, 152 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, el texto íntegro de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los textos íntegros de los Pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Texto Íntegro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Considera que en caso concreto existe un vicio de forma en el procedimiento legislativo por omisión de la consulta preceptiva de constitucionalidad, pues la Asamblea Legislativa aprobó un Decreto Legislativo mediante el cual solicitó de forma mancomunada con el Poder Ejecutivo, la realización de un Referéndum, sin que haya planteado previamente la consulta preceptiva estipulada en el artículo 10 de la Constitución Política. Señala que en el eventual escenario de una aprobación vía referéndum vinculante del texto consultado, y de la posterior interposición de una acción de inconstitucionalidad planteada en su contra, en la que se señalare la ausencia de la consulta preceptiva ordenada en el artículo 10 de la Carta Magna, la Sala Constitucional se vería forzada, en razón del texto expreso de la Constitución Política y de su extensa pero unívoca jurisprudencia en cuanto a los efectos de este vicio de procedimiento, a declarar la inconstitucionalidad por la forma, situación que golpearía la institucionalidad del país, pues si bien jurídicamente su accionar estaría plenamente apegado al ordenamiento, socialmente se podría interpretar que se está dejando sin efecto una norma aprobada directamente por el pueblo, en la manifestación más pura de la democracia participativa, como lo es el referéndum. Por ello, la omisión del Directorio de la Asamblea Legislativa o la ya anunciada negativa del Tribunal Supremo de Elecciones de realizar la consulta preceptiva de constitucionalidad, requerida expresamente en el texto de la Constitución Política de Costa Rica, en su artículo 10, no sólo constituye un serio y grosero vicio de constitucionalidad, sino que sus efectos podrían afectar la propia institucionalidad del Estado costarricense. Asimismo, considera que la regulación del arbitraje, como medio de solución alterna de conflictos dentro del Tratado de Libre Comercio, constituye uno de los contenidos de dicho instrumento comercial que, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, vulnera derechos

fundamentales de los habitantes y violenta el artículo 43 de la Constitución Política. Lo anterior, por cuanto faculta al inversionista a acudir al proceso arbitral y someter de manera obligatoria y genérica al Estado a dicho proceso, violentándose la potestad soberana del Estado para decidir si acude o no y qué asuntos someterá al proceso arbitral que propone el inversionista de una Parte. Señala que Costa Rica, mediante la Ley N° 7332 aprobó como ley de la República el “Convenio para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” (Convenio CIADI). Dicho instrumento, a diferencia del Tratado de Libre Comercio, concede la posibilidad de que las controversias que surjan entre los Estados y los inversionistas puedan ser sometidas a conocimiento y resolución de un arbitraje internacional, ello en el tanto como condición obligatoria ambas partes en conflicto, exterioricen por escrito su consentimiento de someterse al proceso arbitral y agoten los recursos internos. Asimismo, se restringe la participación ciudadana y la intervención activa de grupos organizados quienes podrían considerarse legitimados para intervenir en un proceso arbitral, tal es el caso de controversias que surjan en materia ambiental. En dicho instrumento comercial, únicamente se regula de manera residual la posibilidad que tiene una Parte, no contendiente, para presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal arbitral con respecto a la interpretación de este Tratado. Estima la Defensoría que como consecuencia del Tratado, se genera una subordinación de la voluntad estatal a la decisión de otros Estados Partes, ello por cuanto en caso de darse la denuncia del Tratado, ésta surtiría efectos: *“seis meses después de notificar por escrito a las otras Partes su intención de hacerlo ”*; sin embargo, esa misma norma establece como condicionante que no exista un acuerdo en contrario de las demás Partes del Tratado, todo lo cual implicaría una transferencia de las potestades exclusivas otorgadas por nuestra Carta Política al Estado en los artículos 1 y 2 constitucionales, en los cuales desde su preámbulo se proclama que nuestro país es una República democrática e independiente, cuya soberanía reside en la Nación. Sobre otro tema, señala la Defensoría que el tratado consultado, crea un órgano colegiado supranacional que puede supeditar al Estado costarricense a las decisiones de ese órgano, aún en contra de su voluntad, lo cual implica una violación flagrante a la soberanía del Estado. Por ello, la figura de la Comisión de Libre Comercio como un ente supranacional es inconstitucional por violación a los artículos 2 (soberanía), 9 (atribuciones de los funcionarios públicos), 10 y 48 (prevalencia de los Tratados de Derechos Humanos), 121 inciso 4 (funciones del Legislativo), 140 inciso 3 (funciones del Ejecutivo) y 153 (jurisdicción interna) de la Constitución Política y a los principios pro homine, soberanía y razonabilidad y proporcionalidad de los fines perseguidos, porque se ve al mercado y sus requerimientos por encima del ser humano y sus necesidades, lo que implica una violación profunda a la Constitución Política. Por otro lado, indica que el Tratado dispone en los artículos 10.9.3 y 9.14 que el Estado podrá adoptar o mantener medidas (leyes, reglamentos, procedimientos, requisitos o prácticas -Art. 2.1) *“... necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal y vegetal ... siempre y cuando dichas medidas no se apliquen en forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes cuando existan las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio entre las Partes” (9.14.1 (b)), o, “... siempre que tales medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales” (10.9.3. (c))*. Estima que el problema principal que se deriva de esta cláusula es que las personas que inviertan o inicien relaciones comerciales en Costa Rica podrían interpretar que el ejercicio de una política pública para proteger la salud y la vida de los y las habitantes constituye una barrera o restricción encubierta al comercio. Ello, por cuanto la cláusula citada constituye una restricción al Estado costarricense y una eventual superposición del comercio y la inversión sobre el Derecho a la Salud y a la Vida, por cuanto permite o autoriza a particulares que se consideren discriminados a denunciar al Estado costarricense y activar los mecanismos de resolución de controversias en el momento en que el Estado varíe normativas o adopte decisiones administrativas que de alguna forma “constituyan

una violación encubierta al comercio o inversión internacionales". En cuanto al tema de la salud, señala que las negociaciones de tratados de libre comercio con Estados Unidos no respetan las decisiones de la Organización Mundial del Comercio en materia de salud pública (acuerdos ADPIC), sino que por el contrario, se amplía mucho más la protección en el tema de patentes, estableciendo un "ADPIC PLUS". Con ello, existe una Limitación de licencias obligatorias, Prohibición de comercio de productos más baratos que se vendan en otro lugar o importación paralela, hay mayor duración de las patentes, aumento de la protección de los datos de las pruebas con un período de exclusividad para la comercialización (5 años para productos farmacéuticos y 10 años para productos químicos agrícolas) y una Vinculación patente-registro, con lo cual estima que existirá un serio problema en materia de acceso a los medicamentos, afectando directamente el funcionamiento de la Caja Costarricense de Seguro Social por el alto costo. Asimismo, señala que durante la negociación del Tratado, no se contó con la participación de expertos en materia de salud, por lo que no logra evitarse la violación a los derechos fundamentales, además que en el proceso de negociación existió dificultad de acceso a la información sobre el contenido del texto en discusión. Otro tema que plantea la Defensoría es que en la negociación del Tratado, los demás países centroamericanos y el mismo Estados Unidos establecieron: "una reserva general, aplicable a cualquier sector para proteger su derecho a adoptar o mantener [dentro del anexo II "medidas a futuro"] cualquier medida incompatible con las obligaciones de Trato Nacional (en servicios e inversiones), *"que otorgue derechos o preferencias a las minorías social o económicamente en desventaja*. Costa Rica no hizo reserva alguna en ese sentido, lo que significa que no protegió la capacidad del Estado para aplicar medidas que choquen con las de Trato Nacional, quedando con ello más expuesto que el resto de los países centroamericanos y del mismo Estados Unidos a las obligaciones que establece el Proyecto y desprotegiendo a las poblaciones más vulnerables. Costa Rica no podrá adoptar acciones que protejan a sectores como las y los campesinos, cooperativistas, los sectores económicamente deprimidos; o bien, poblaciones tales como las personas adultas mayores, las personas menores de edad, las mujeres jefas de hogar, los pueblos indígenas, etc. Guatemala y Nicaragua fueron más allá, pues expresamente incluyeron dentro de estos grupos a los pueblos indígenas y autóctonos, lo cual no se hizo en Costa Rica. Asimismo, señala la Defensoría que conforme al pie de página del Capítulo XIII sobre "*Telecomunicaciones*", Costa Rica debe asumir los compromisos específicos estipulados en el Anexo XIII y no en el Capítulo

citado. En el Anexo XIII se establece que: "*Costa Rica permitirá a los proveedores de servicios de otras Partes suministrar servicios de telecomunicaciones en términos y condiciones no menos favorables que aquellas establecidas por u otorgadas de conformidad con la legislación nacional vigente al 27 de enero del 2003*". Considera que esta cláusula contrasta con lo dispuesto en el artículo 34 de la Constitución Política, que señala: "*A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas*". Lo anterior, por cuanto esta cláusula confiere, con carácter retroactivo, beneficios para los "*nuevos operadores privados*" semejantes a los beneficios de los cuales gozaban a esa fecha (27 de enero del 2003) las instituciones del Estado. En este caso se otorgan beneficios a los proveedores del servicio por encima de los intereses colectivos de la Nación y afecta directamente la implementación de una nueva normativa destinada al fortalecimiento de la institución prestataria de este servicio. Sobre otro tema, señala que el Tratado en análisis habla de expropiaciones indirectas, pero cabe destacar que la expropiación como institución de Derecho Público, en virtud de la cual se actúa a favor de una causa de utilidad pública o de interés social, a los fines de trasladar el derecho del propietario sobre la misma en un derecho a la justa indemnización, es una potestad del Estado. Como garantía del derecho a la propiedad

privada, no sólo se establece el límite de las expropiaciones en virtud de la utilidad pública, sino que también se protege este derecho prohibiendo la “*confiscación*”. Considera entonces la Defensoría que existen importantes vulneraciones al Derecho a la Propiedad garantizado y tutelado en la Carta Magna y éstas se encuentran básicamente en las cláusulas del Tratado de Libre Comercio número 1.4, 13.1, 13.3 y 13.10, ya que implican el quebrantamiento de este derecho fundamental. La interpretación armónica de las citadas cláusulas permitiría que una empresa extranjera, cuyo mercado y giro comercial sea el de telecomunicaciones, solicitare al proveedor dominante del servicio (que en el caso nacional corresponde a una institución autónoma del Estado, sea, el Instituto Costarricense de Electricidad) para que practique las respectivas diligencias de expropiación a un particular, el cual por su ubicación, situación o medida, represente para el inversionista una propiedad estratégica para la mejor prestación del servicio privado que implementará en nuestro país. Precisamente por estar en juego intereses privados en el negocio, y no un interés público, se rompería la regla de la limitación por función social que tiene la propiedad, reconocida en el artículo 45 de nuestra Constitución Política, ya que se está considerando un interés privado como público o de la colectividad. Manifiesta que varios artículos del Proyecto de Ley 16047, específicamente los numerales 17.13, 17.1, 17.2.1 y 17.5 atentan contra el derecho al ambiente, pues establecen una definición restrictiva del término “legislación ambiental” dentro del tratado. Señala que dichos artículos no hacen ninguna referencia a la prohibición de contaminantes, productos químicos o desechos tóxicos, sino tan sólo a su control. Asimismo, la definición de legislación ambiental planteada en el Tratado deja por fuera temas cruciales ya contemplados en la legislación ambiental costarricense, como la conservación y uso del agua, la protección y aprovechamiento del suelo y la administración de los recursos energéticos, entre otros, debilitando la garantía constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. De igual forma, resultan igualmente inconstitucionales por omisión o modificación las preocupantes exclusiones expresas a las regulaciones ambientales relacionadas directamente con la seguridad o salud de los trabajadores (que tampoco son expresamente consideradas en el capítulo 16), la administración o explotación comercial de recursos naturales, lo cual deja por fuera el ámbito de leyes como la Ley Forestal, Ley de Hidrocarburos, Ley de Regulación del uso racional de la energía, Ley de Biodiversidad, Ley de aguas, Ley de uso, manejo y conservación de suelos, entre otras. El capítulo 17, referido a la legislación ambiental del Tratado, no incluye ninguna ley ni regulación o disposición cuyo propósito principal sea la administración, recolección o explotación de recursos naturales. En resumen, considera que el capítulo ambiental crea un dualismo entre la “legislación ambiental en el marco del tratado” y la “legislación ambiental interna de cada país”. La primera es sumamente restrictiva y puede dar origen a un proceso de disputa y a eventuales multas y sanciones, siempre y cuando se afecte el comercio entre las Partes. Con respecto a la segunda es que se establece un conjunto de exhortaciones vagas y sin fuerza de ley orientadas a proteger el ambiente y a lograr su debido cumplimiento. En cuanto al tema del ambiente, también señala que el tratado crea el llamado Consejo de Asuntos Ambientales (CAA), pero excluye la representación ciudadana en general y de las organizaciones ambientales en particular. Asimismo, la participación ciudadana contemplada va en la línea de la “consulta” y el “diálogo”, sin efectivos poderes reales en la toma de decisiones. Asimismo, una de las mayores críticas que se realiza a este Consejo es que excluye la representación ciudadana en su conformación; mientras que nuestra Ley Orgánica del Ambiente establece en el capítulo II la participación ciudadana en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente y, a tono con ello, crea los Consejos Regionales Ambientales que promueven la participación de la población en el análisis de las políticas ambientales. En cuanto a la materia laboral, señala que el tratado enumera una lista de derechos en una base mínima, que ni siquiera está en correlación con los derechos plasmados en la Constitución Política. Por ejemplo, este listado no reconoce

el derecho al paro y a la huelga (artículo 61 de la Constitución Política) o el derecho a indemnización por despido sin justa causa (artículo 63 de la Constitución Política), preparación técnica de las y los trabajadores (artículo 67); tampoco reconoce los derechos específicos reconocidos a la mujer trabajadora lactante o a las personas mayores de 15 y menores de 18 años. Tampoco reconoce la larga y extensa lista de derechos derivados de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo suscritos por Costa Rica. Por otro lado, las asimetrías que se puedan presentar en los costos de producción en los diferentes países ante la ausencia de una armonización de los estándares laborales, pueden llegar a provocar una desventaja competitiva a nuestro país al contar con algunos estándares laborales más altos que otros países centroamericanos. El Proyecto no incentiva el mejoramiento de las condiciones laborales de los países al establecerse una definición de legislación laboral restrictiva, partiendo del cumplimiento de la Declaración de Principios de la OIT, y no de otros convenios ratificados en su mayoría por los países centroamericanos y no así por Estados Unidos. Alega la Defensoría que en el Tratado, Costa Rica modificó la forma de negociación que se venía pactando dentro del marco del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para la determinación de cuáles sectores y actividades se les aplica las obligaciones del Tratado y cuáles quedan exentas de dicho acuerdo. Las listas positivas que funcionan en la OMC y del cual Costa Rica ha sido parte, estipulan que sólo serán objeto de liberalización aquellos servicios o actividades explícitamente mencionados en el Tratado. Sin embargo, el Tratado cambia radicalmente y sin ninguna justificación técnica o de conveniencia para el país, el mecanismo de negociación de listas positivas concretado en los acuerdos comerciales dentro de los procesos de la OMC. Mediante este mecanismo de negociación, las obligaciones del Capítulo 11 "Comercio Transfronterizo de Servicio y del Capítulo 10 "Inversión", son aplicables a todas las actividades que califiquen como servicios o inversiones, independientemente de si son mencionados o no en el Tratado, con la única excepción de aquellas que explícitamente se encuentran incorporadas en los Anexos; es decir, si una medida, servicio o inversión no se encuentran expresamente limitados en el Tratado, se debe asumir que cumplen con las obligaciones de apertura y desregulación que el instrumento comercial impone. Costa Rica no incluyó una reserva en el Anexo II que le permitiera mantener o adoptar cualquier medida en materia de acceso a mercados (artículo 11.4) situación que sí fue reservada por los Estados Unidos; con lo cual, dicha Parte no está obligada a aplicar lo negociado en el capítulo de Comercio Transfronterizo de Servicios y especialmente en acceso a mercados, mientras que tales disposiciones para el caso de Costa Rica sí resultan de acatamiento obligatorio. Como ejemplo o derivación de los perjuicios ocasionados para Costa Rica sobre la forma de negociación mediante el mecanismo de listas negativas, señala que mediante la negociación del Tratado, se afecta la potestad de Costa Rica para prohibir o limitar la fabricación e importación de armas. Al hecho de que Costa Rica no introdujera la Ley de Armas como una medida disconforme a las disposiciones del Tratado, debe correlacionarse el hecho de que en el Anexo 3.3 "Lista de Desgravación Arancelaria", Costa Rica incluyó una serie de armas de guerra de carácter militar; las cuales, muchas de ellas generan un conflicto directo con las prohibiciones de armamento que regula la Ley N° 7530. Pese a que la Asamblea Legislativa incorporó una cláusula interpretativa intentando delimitar el alcance de dichas disposiciones y a la vez, el Poder Ejecutivo emitió una directriz que impide el establecimiento bajo el régimen de zona franca, a todas aquellas empresas que se dediquen al ensamblaje o fabricación de armas y municiones con fines militares; lo cierto es que ninguna de esas disposiciones se encuentra jurídicamente por encima de lo negociado en el Tratado. Por otro lado, indica que el capítulo IX del Tratado, al regular la materia de contratación pública, establece un procedimiento especial para esta actividad cuando se realice en el marco de su aplicación, lo anterior considerando que la normativa costarricense vigente en esta materia no fue denunciada en su momento como medida

disconforme ni existe una remisión expresa a las normas nacionales. No se trata de una flexibilización de la regulación nacional sino que en la práctica implica el debilitamiento de los controles públicos destinados a garantizar el correcto uso de los fondos públicos y, de especial importancia para la Defensoría, garantizar que a través de ellas el Estado efectivamente cumpla con sus funciones ante la población. En el Tratado, la omisión más relevante en materia de controles es la incertidumbre en que se coloca el control ejercido por la Contraloría General de la República. Al igual que Ley General de la Contratación Administrativa, La ley Orgánica de la Contraloría General de la República no fue incluida en el Tratado como una de las medidas disconformes, por lo cual existen dudas sobre la posibilidad de intervención de la Contraloría en las contrataciones que se realicen en aplicación de este. En el Tratado además, se presenta una ampliación de los supuestos en los que podría excluirse la licitación o, como se denomina en éste, contratación abierta. pues el artículo 9.9.2 estipula la posibilidad de adjudicar las contrataciones empleando procedimientos distintos a la contratación abierta, en algunos supuestos. Si bien la reforma realizada a la Ley de Contratación Administrativa mediante la Ley No. 8511 recoge, en buena medida, los supuestos de excepción contenidos en el Tratado, sujeta la aplicación de un procedimiento especial de contratación a la autorización de la Contraloría General de la República. De esta forma, la intervención del ente contralor se constituye en garantía del interés público, al realizarse una verificación de las condiciones objetivas que llevan a la necesidad en el empleo de la contratación directa. Esta participación no se encuentra contemplada en el Tratado. Por todo lo anterior, solicita que se declare la inconstitucionalidad del proyecto consultado.

6.-

Consultan los señores diputados si el proyecto de aprobación del “Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos” quebranta lo dispuesto en la Constitución Política. Consideran que durante el trámite del proyecto en cuestión se quebrantó el principio de publicidad y participación política (artículos 9, 76 y 105 de la Constitución Política), por cuanto señalan que el acuerdo que comunicó la Asamblea Legislativa al Tribunal Supremo de Elecciones, no coincide con lo solicitado por el Poder Ejecutivo, toda vez que se indicó que se sometería a referéndum la aprobación o improbación del dictamen rendido por la Comisión Permanente, cuando en realidad hay tres dictámenes diversos entre sí y plenamente válidos. Asimismo, señalan que el Tratado que se pretende aprobar, contiene varias páginas en idioma inglés, lo cual resulta violatorio de lo dispuesto en el numeral 76 de la Constitución Política, así como el principio de certeza. En cuanto a procedimiento, también reclaman la ausencia de poderes plenos en el expediente y la inclusión de nueve cláusulas interpretativas que consideran exceden la potestad de la Asamblea Legislativa en esta materia, toda vez que en realidad constituyen verdaderas reservas que debieron ser negociadas por el Poder Ejecutivo. En cuanto al fondo del proyecto, estiman que la definición de territorio ahí establecida resulta violatoria de lo dispuesto en los numerales 5 y 6 de la Constitución Política, toda vez que en el texto originalmente “negociado” se omitió toda referencia a los alcances del territorio reconocido a nuestro país en relación con la Isla del Coco, con las implicaciones negativas que este hecho entraña en cuanto a la extensión del mar territorial y especialmente en cuanto a la Zona Económica Exclusiva a partir de esa porción del territorio nacional que constituye esa Isla y que hace que nuestro país sea inmensamente mayor en el mar que en el continente. Para Costa Rica la definición del territorio en el Anexo 2.1 del TLC sigue siendo omisa en forma expresa al zócalo insular, al suelo y al subsuelo sobre los mares adyacentes en una extensión de 200 millas a partir de la línea de pleamar en relación con el territorio continental por una parte, y en relación con la Isla del Coco por otra, la cual invisibilizaron del todo y que

luego con una nota al pie de página -mucho menos que un anexo- pretendieron rescatar. De igual forma, señalan que la definición de territorio reconocida a los Estados Unidos de América, favorece a dicho país y desconoce el derecho interno costarricense. Señalan que la afectación del territorio costarricense por la superposición de lo que Estados Unidos califica como su territorio, implica no solo una amenaza directa a nuestro mar patrimonial sino que incide frontalmente en el tema de que éste Tratado toca la integridad territorial (párrafo 2º del artículo 7 de la Constitución Política), lo cual deviene en una evidente inconstitucionalidad. Reclaman que lo dispuesto en el artículo 7.6 del Tratado resulta violatorio de lo dispuesto en el artículo 140 de la Constitución Política, pues se incorporan reglamentos técnicos extranjeros al ordenamiento jurídico interno, sin pasar por los requisitos jurídicos de acatamiento obligatorio. Asimismo, señalan que el arbitraje establecido en el Tratado resulta inconstitucional, por cuanto se trata de un mecanismo de arbitraje internacional de carácter obligatorio y vinculante para el Estado costarricense, además que modifica las reglas del CIADI, por cuanto no sólo no contempla el requisito de agotamiento de los remedios internos, sino que expresamente lo elimina al requerir para ir al arbitraje que el inversionista no haya iniciado procedimientos en los tribunales de la Parte demandada (artículo 10.18.4) A su vez, elimina la discrecionalidad del Estado para decidir si se somete o no al arbitraje pues no sería necesaria la previa existencia de una cláusula compromisoria suscrita entre el inversionista y el Estado al momento de entablar una relación contractual específica. Tampoco la realización de una manifestación de voluntad -para cada caso concreto- del órgano o ente del Estado cuyas actuaciones son objeto de la controversia, en la que exprese su aceptación del procedimiento arbitral. Asimismo, señalan que bajo este mecanismo los inversionistas pueden llevar a arbitraje cualquier reclamo donde aleguen que el Estado ha incumplido un “*acuerdo escrito*” que les otorga “*derechos*” sobre asuntos tan sensibles como recursos naturales con carácter de bienes demaniales controlados por el Estado y activos controlados por el Estado. Señalan que el mecanismo no contempla la participación ciudadana en materias como el ambiente, por lo que las organizaciones sociales y ecologistas, las comunidades y las personas habitantes en general que tienen un interés directo en el resultado de este tipo de controversias, quedarían totalmente excluidas de los procesos arbitrales. No tendrían posibilidad alguna de participar en los mismos, como sí lo pueden hacer hoy en día en los tribunales locales. Asimismo, las partes únicamente tienen la posibilidad de presentar *amicus curiae*, lo cual consiste en la presentación de escritos o informaciones que pueden servir de asistencia o apoyo al trabajo de los jueces, pero de ninguna manera resulta equiparable al derecho de participación con que actualmente cuenta la población en procesos relacionados con la afectación del ambiente, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 50 de la Constitución Política. Lo anterior, se agrava con el hecho de que el panel puede constituirse en otro país limitando esa participación. De igual forma, señalan que los artículos 10.22.3 y 10.23.2 establecen que las decisiones que emita la Comisión de Libre Comercio sobre la interpretación de cualquier disposición del tratado o específicamente sobre los Anexos de “*Medidas Disconformes*” serán *obligatorias* para los tribunales arbitrales creados con base en la Sección B del Capítulo 10. Además disponen que los laudos que estos emitan en el ejercicio de sus competencias deberán ser compatibles con tales interpretaciones, lo cual a su criterio violenta el principio de independencia, pues se trata de función jurisdiccional. En cuanto al tema de telecomunicaciones, señalan que de acuerdo con la nota al pie de página, en relación con el capítulo XIII “*Telecomunicaciones*”, Costa Rica asumirá los compromisos específicos estipulados en el Anexo XIII y no así en el capítulo citado. A su vez, el Numeral III, Artículo 1 del Anexo 13, establece que “*(...) Costa Rica permitirá a los proveedores de servicios de otras Partes suministrar servicios de telecomunicaciones en términos y condiciones no menos favorables que aquellas establecidas por u otorgadas de conformidad con la legislación nacional vigente al 27 de enero del 2003*”. Por ello, consideran que esta cláusula confiere, con carácter

retroactivo, beneficios para los *“nuevos operadores privados”* semejantes a los beneficios de los cuales gozaban a esa fecha (27 de enero del 2003) las Instituciones del Estado. Señalan que de conformidad con estas previsiones, el ICE -operador importante- estaría obligado a suministrar servicios a la competencia en términos y condiciones de igualdad, con tarifas basadas en el costo, mientras que, en lo concerniente a los servicios de información, nuestro país no podría exigir a los inversionistas de las otras Partes que justifiquen sus tarifas de acuerdo a sus costos, ni registren las tarifas para tales servicios (IV,7(a) (ii) (iii)), lo cual consideran discriminatorio. Asimismo, consideran que el Anexo 13 contraviene el artículo 182 de la Constitución Política, y los principios y parámetros constitucionales sobre la contratación pública, por cuanto obliga a que Costa Rica emita licencias a proveedores directamente sin ningún tipo de procedimiento licitatorio o de concurso para usar el espectro electromagnético. En cuanto al tema de la propiedad intelectual, consideran que el artículo 15.11.5 dispone que, en procesos penales relacionados con derechos de autor y derechos conexos, las autoridades costarricenses deberán establecer una presunción de que, en ausencia de prueba en contrario, *“el derecho de autor o derecho conexo subsiste en esa materia”*. Lo anterior, estima que contraviene el Principio de Inocencia, ya que impone la carga de la prueba al imputado sobre un elemento objetivo del tipo penal: la demostración de la subsistencia del derecho afectado. Al disponer que se *“presumirá”*, en ausencia de prueba en contrario, que ese elemento subsiste, está relevando a la parte acusadora de su deber de probar tal cosa en el proceso y le está trasladando esa responsabilidad a la persona imputada. En consecuencia, será a ella a quién le corresponderá aportar la *“prueba en contrario”*, para desvirtuar tal presunción y si no logra aportar dicha prueba, se le podrá condenar. Asimismo, esta norma establece que, en procesos penales sobre delitos contra derechos de autor, Costa Rica deberá establecer una *“presunción”* en el sentido de que, la persona *“cuyo nombre es indicado como el autor, productor, interprete o ejecutante o editor”* de una obra u otro material protegido; es el *“titular designado”* de los derechos sobre dicha obra o material. Lo anterior, lo consideran inadmisibles en materia penal, porque implica trasladar al imputado la carga de la prueba en demostrar, por ejemplo, si quién afirma haber sufrido un daño es realmente o no el titular legítimo del derecho. Consideran que lo dispuesto en el numeral 15.11.12 resulta violatorio del derecho a la intimidad, y específicamente de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política, por cuanto permite que en los procedimientos civiles judiciales relativos a la observancia de derechos de propiedad intelectual, el juez ordene a sujetos privados (presuntos infractores de tales derechos) que proporcionen *“cualquier información que posean”* en relación con una serie de asuntos vinculados con el objeto de tales procedimientos y que proporcionen dicha información a los titulares de los derechos cuya afectación se discute. Con lo anterior, se estaría incluyendo *“documentos privados”* que posean las personas que figuren como demandados en estos procesos civiles, además que se otorga al juez civil una potestad que no está en nuestra legislación nacional. Agregan que el capítulo 15 *“Derechos de Propiedad Intelectual”* del Tratado, relacionadas con patentes sobre medicamentos transgreden los artículos 21, 50, 73 en relación con el 74 de la Constitución Política; todos los parámetros constitucionales y la jurisprudencia dirigida al derecho a la salud, sobre todo el derecho de acceso a las medicinas de importantes grupos de pacientes o enfermos. Consideran que existen una serie de artículos en el Tratado que ocasionarán un impacto negativo en el servicio brindado por la Caja Costarricense de Seguro Social, además de la imposibilidad de acceder a medicamentos genéricos o a precios accesibles. Se incrementaría así indebidamente el costo de los medicamentos, y con ello, por incapacidad económica, la posibilidad de satisfacer las demandas de la Caja Costarricense de Seguro Social y del sistema general de salud del país. Al ser indebido el mayor costo pretendido, se violaría el derecho a la salud, como derecho humano fundamental constitucionalmente tutelado. Consideran que el Tratado propuesto concede beneficios monopolistas indebidos a las medicinas de patente y a los

agroquímicos de marca, de modo que se rompe ilícitamente además con el principio de la libre competencia, que en el sistema de mercado mantiene los precios en su nivel apropiado. El artículo 15.10 dispone la “exclusividad de datos de prueba”, lo cual impediría imponer licencias obligatorias durante ese plazo de exclusividad. Asimismo, se establece una vinculación patente-registro que se obliga a las autoridades a negar la inscripción de medicamentos genéricos que tienen protección mediante patentes, impidiendo un efectivo acceso a éstos. El artículo 15.11.19 establece una presunción sobre la validez de las patentes, lo cual incluye los casos de medidas cautelares. El artículo 20.2.c permite que el Capítulo 15 sea llevado al mecanismo de solución de controversias Estado- Estado, lo cual podría incluir lo relativo a medicamentos en contravención con la Declaración de Doha. El tratado no aclara qué conductas “que no contravienen el tratado” pueden ser calificadas como causantes de “anulación o menoscabo”, según el Anexo 20.2, todo lo cual puede incidir negativamente en el acceso al servicio de salud por parte de la población. En cuanto a la Comisión de Libre Comercio creada en el Tratado, señala que ésta asume competencias legislativas en cuanto a la creación normativa e interpretación auténtica de las Leyes. También tendrá capacidad reglamentaria propia de frente al Poder Ejecutivo y en materia jurisdiccional específicamente en materia interpretativa toda vez que tal “Comisión de Libre Comercio” tendrá potestades para interpretar, modificar, controlar y ejecutar los alcances normativos del Tratado. En suma, considera que se afectan las atribuciones, facultades y competencias de los tres órganos del Estado en aspectos concretos. Lo anterior, con el agravante de que no existirá control constitucional, sea mediante el control judicial o por acción directa de inconstitucionalidad vía artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, toda vez que la Ley de la Jurisdicción Constitucional no aparece dentro de las denominadas “Medidas Disconformes”. Asimismo, señalan que los artículos 10.22.3 y 10.23.2 establecen que las decisiones que emita la Comisión de Libre Comercio sobre la interpretación de cualquier disposición del tratado o específicamente sobre los Anexos de “Medidas Disconformes” serán obligatorias para los tribunales arbitrales, lo cual estima violatorio de su independencia pues quedan obligados a resolver de acuerdo con el criterio de la Comisión, a pesar de tratarse de función jurisdiccional. De igual forma, manifiestan que esta Comisión de Libre Comercio toma sus decisiones por consenso, a menos que decida otra cosa (19.1.5), de manera que no existe seguridad de que las decisiones que adopte cuenten en todos los casos con el voto favorable del Estado costarricense. Además que se trata de un órgano supranacional que se impone a la voluntad de los Estados, por lo que estiman que resulta inconstitucional. En cuanto al capítulo Laboral, señalan que el concepto de legislación laboral ahí establecido es de carácter restrictivo en relación con la normativa constitucional y legal vigente. Señalan que se trata de una lista “*numerus clausus*”, que no admite la inclusión de otros derechos. Por lo tanto, no es conteste con nuestros derechos constitucionales relativos a las Garantías Sociales y laborales del Título V, Capítulo Único de la Constitución Política, que más bien consigna un “*numerus apertus*”. En cuanto a la materia de contratación pública, señalan que se establece un procedimiento que podría ser paralelo al establecido por la normativa constitucional pues queda al margen de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, y a espaldas de la Ley de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos. El mecanismo ideado no da contenido a los principios de contratación derivados de nuestra jurisprudencia y queda corto respecto a las especiales y escrupulosas normas que se derivan del artículo 182 de la Constitución Política sobre compras y licitaciones de la Administración. Señalan que en ningún sitio del Tratado se mantiene el control por parte de la Contraloría General de la República y no hay medidas disconformes en cuanto a los controles constitucionales y potestades de fiscalización, de refrendo y de revisión en el proceso de contratación pública ejercidos por la Contraloría. Asimismo, lo dispuesto en el artículo 9.10.3 demuestra que el tema de las nulidades administrativas no está contenido en el Capítulo Diez del Tratado, lo que repercute indiscutiblemente en la vulneración del interés público, de la defensa de las instituciones y del país, ante

acciones y controversias que se plantearían, por cuanto la inteligencia de las normas del Tratado omite el derecho de la administración al acceso a los procedimientos que conduzcan a eventuales nulidades. Asimismo, permite saltar de un procedimiento de licitación abierta a uno de contratación directa sin control y fiscalización, lo cual viola en esencia el artículo 182 y 184 de la Constitución. Específicamente, se refieren a la posibilidad de la contratación directa en relación con los *“servicios adicionales de construcción”*, pues dicha figura podría prestarse para abusos y así evadir el procedimiento de licitación. En cuanto a la materia municipal, consideran que el Tratado socavaría directamente la autonomía política y normativa de las municipalidades, lo cual no deriva simplemente de que sean incorporadas en el tratado (Capítulos 9, 10, 11, y 12), sino específicamente, de que los términos de esta incorporación transgrede la autonomía municipal garantizada por la Constitución. Consideran que el Tratado no debería tener ingerencia en el ámbito municipal, además que al incluirse a las Municipalidades como entidades gubernamentales a nivel subcentral se les obliga a someterse a las reglas de contratación del Tratado. Estiman que los principios de trato nacional y nación más favorecida impiden a las Municipalidades negar la compra de bienes y servicios de un país que viola la legislación laboral, ambiental o los derechos humanos, además que se prohíbe establecer compensaciones especiales a favor de empresas locales para estimular el desarrollo (art 9.2.4). Reclaman que lo dispuesto en el artículo 9.7.1 no permite rehusarse a aceptar una oferta de un proveedor extranjero cuando cree un obstáculo innecesario al comercio, con lo cual no pueden tomarse en cuenta otros criterios como el desarrollo. Señalan que todas las medidas futuras en materia municipal deben ser conformes al Tratado, convirtiéndose en una *“súper ley”* que inhibe las competencias municipales. Asimismo, con el Tratado los acuerdos municipales podrían ser impugnados en paneles arbitrales internacionales, lo cual atenta contra su soberanía. Finalmente, reclaman que el secretariado del Consejo de Asuntos Ambientales se inmiscuye en competencias que le corresponden a las municipalidades (artículo 17.7), todo lo cual se agrava con el hecho de que no se incorporaron medidas disconformes a nivel municipal. Por otro lado, los consultantes consideran que lo dispuesto en el numeral 11.7 del Tratado, obliga a que un Estado extranjero participe en el procedimiento de formación de la ley cuando la materia tenga relación con alguna norma del acuerdo, lo cual es un procedimiento irregular o no contemplado en la Constitución. Finalmente, consideran que el Tratado resulta inconstitucional, por cuanto los Estados Unidos, mediante el *“Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement Implementation Act”* de Agosto 2, 2005 (Public Law 109-53, 109th Congress), no solo enmendó aspectos comerciales del Tratado, sino que incluyó, desde la ley unilateral estadounidense, el concepto de *“certificación”*, no de reglas de origen, como sería lo propio en un Tratado de esa naturaleza, sino certificación política de cumplimiento de requisitos en la aprobación de legislación del país. Lo anterior, considera que constituye una subordinación unilateral en perjuicio de Costa Rica. Por lo anterior, solicitan que se declare la inconstitucionalidad de los puntos consultados, para lo cual además solicitan fijar una fecha para realizar una vista oral.

7.-

A folios 163, 169, 217, 365, 372, 754, 820, 906, 948 y 954 del expediente, constan las manifestaciones de distintas personas de la sociedad civil y de funcionarios públicos, sobre las consultas planteadas.

8.-

Por escrito presentado en la Secretaría de la Sala el diecinueve de junio de dos mil siete, las y los diputados consultantes solicitan a la Sala que se amplíe la consulta

presentada, para lo cual cuestionan varios aspectos de procedimiento y uno de fondo, que no fueron previamente alegados. (Folio 841)

9.-

Por escrito visible a folio 929 del expediente, los diputados y diputadas consultantes señalan que el escrito presentado por el Ministro de Comercio Exterior no debe ser admisible, por cuanto la Sala no le otorgó traslado alguno dentro de la presente consulta.

10.-

El veintiocho de junio de dos mil siete, la Defensora de los Habitantes se apersonó a la Sala para referirse a los documentos aportados al expediente por ASE-TLC y COMEX. (Folio 966)

11.-

El veintiuno de junio de dos mil siete, el Presidente de la Asamblea Legislativa comunicó que el Directorio Legislativo, como redactor del acuerdo legislativo 63260607, resolvió mediante acuerdo 18-07-08, modificar y publicar nuevamente ese texto con el objeto de disipar cualquier duda relativa a la consistencia entre éste y la convocatoria a referéndum propuesta por el Poder Ejecutivo mediante Decreto 33.717. (Folio 1129)

12.-

El veintiocho de junio de dos mil siete, varios diputados de la Asamblea Legislativa se apersonaron a respaldar los argumentos del Poder Ejecutivo y del Ministro de Comercio Exterior, considerando que las objeciones de constitucionalidad no son de recibo. (Folio 1136)

13.-

El tres de julio de dos mil siete, el Presidente a.i del Tribunal Supremo de Elecciones se apersonó a la Sala para aportar un lugar para recibir notificaciones y una copia de un oficio remitido por el Presidente de la Asamblea Legislativa. (Folio 1158)

14.-

En los procedimientos se han acatado las disposiciones del artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y esta resolución se dicta dentro del término que establece el artículo 101 *ibidem*.

Redacta el Magistrado **Vargas Benavides**; y,

Considerando:

I.-

Cuestiones previas. Previamente a entrar al análisis de las consulta acumuladas, esta Sala debe señalar que no resulta admisible la gestión que corre agregada a folio

841 del expediente, mediante la cual las y los diputados consultantes pretenden ampliar los argumentos de la consulta a otros aspectos no consultados en su escrito inicial. Lo anterior, no sólo por la inexistencia de una norma legal que los faculte para realizar dicha ampliación, sino además, porque el plazo de un mes con el que cuenta este Tribunal para pronunciarse, se haría imposible de cumplir si se permitiera que en cualquier momento se presenten nuevos argumentos o aspectos a evacuar. Nótese que los consultantes no acuden por aspectos sobrevinientes acaecidos con posterioridad a la presentación del documento inicial, sino que pretenden que la Sala valore nuevos argumentos que no presentaron inicialmente, lo cual es improcedente por las razones indicadas. De igual forma, no ha lugar a la realización de la vista solicitada, por cuanto la misma no está prevista en los casos de consultas de constitucionalidad. Finalmente, cabe indicar que no resultan admisibles los escritos presentados por miembros de la sociedad civil y por algunos funcionarios públicos, por no existir la figura de la coadyuvancia en materia de consultas legislativas.

II.-

Sobre la legitimación de la Defensoría de los Habitantes y de los señores Diputados para plantear la consulta. Según lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, existen dos tipos de control previo de constitucionalidad: el que se ejerce a través de la consulta preceptiva de constitucionalidad y aquel que se ejerce mediante la consulta facultativa. El inciso a) de dicho artículo es el que regula lo relativo a la consulta preceptiva de constitucionalidad pues establece como obligatoria la consulta de los proyectos de reformas constitucionales, de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales. Asimismo, los incisos b), c), y ch), regulan lo relativo a la consulta facultativa, pues legitima a ciertos funcionarios públicos por el cargo que ostentan a presentar la consulta sobre proyectos de ley si estiman que violentan algún principio o valor constitucional. En el caso de que un proyecto de ley se encuentre en la corriente legislativa, los artículos 97 y 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional son claros al indicar que la consulta debe presentarse una vez aprobado el proyecto en primer debate. Sin embargo, el pronunciamiento de la Sala es vinculante únicamente en cuanto se establezca la existencia de trámites inconstitucionales y no por razones de fondo. Lo anterior tiene sentido, pues en el seno legislativo tanto la Constitución como el Reglamento de la Asamblea Legislativa garantizan una serie de derechos a las y los diputados que no pueden quebrantarse durante el trámite de aprobación de la ley. Sin embargo, en el caso concreto en el que el trámite legislativo ha sido abandonado para dar paso a un proceso de referéndum autorizado por el Tribunal Supremo de Elecciones, surge la duda de cuál es el momento oportuno para plantear la consulta de constitucionalidad, pues no existe norma alguna que establezca esa posibilidad frente a un proceso de consulta popular. Ante la laguna normativa sobre la admisibilidad de la consulta formulada por la Defensoría de los Habitantes y los Diputados, este Tribunal Constitucional en aras de los principios de la supremacía constitucional contenido en los artículos 10 de la Constitución Política y 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, de la eficacia directa e inmediata de la Constitución, de acuerdo con el cual no es necesario el desarrollo legislativo de los principios, valores y preceptos constitucionales, de la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico y de la seguridad, opta por admitirlas para que sean evacuadas en los extremos que más adelante serán determinados. La jurisdicción constitucional debe ser reflejo de la textura abierta y flexible del Derecho de la Constitución y su interpretación debe ser espiritual y no formal. Sobre el particular, el artículo 14 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que *“(…) A falta de disposición expresa, se aplicarán los principios del Derecho Constitucional, así como los del Derecho Público y Procesal*

generales (...)". Es claro que el pueblo como soberano debe someterse a la Constitución Política, y es por ello que frente a la existencia de un referéndum esta Sala no pierde su competencia para realizar el respectivo control de constitucionalidad, según lo establecido en el artículo 10 de la Carta Fundamental. No podría interpretarse de manera restrictiva esta competencia, tomando en consideración el principio de supremacía constitucional. Por lo anterior, este Tribunal estimó procedente dar curso a las consultas de constitucionalidad presentadas, por cuanto ante la existencia del vacío legal, debe interpretarse en favor de la posibilidad de control, para evitar que el pueblo acuda a las urnas sin tener claros los aspectos de constitucionalidad.

El Magistrado Mora salva el voto y considera inadmisibles ambas consultas presentadas. La Magistrada Calzada salva el voto únicamente en cuanto a la procedencia de la consulta de las señoras y señores diputados consultantes y en su lugar, la declara inadmisibile.

III.-

Sobre la improcedencia de revisar los vicios legislativos de procedimiento. En lo que respecta al procedimiento seguido en el caso concreto, es evidente que al haberse suspendido el trámite legislativo en razón de la convocatoria que realizará el Tribunal Supremo de elecciones donde la ciudadanía decidirá la aprobación o rechazo del proyecto en consulta, no debe esta Sala entrar a revisar las actuaciones llevadas a cabo en el seno de la Comisión de Asuntos Internacionales y Comercio Exterior de la Asamblea Legislativa y en general durante el procedimiento legislativo abandonado. Nótese que la voluntad de la Asamblea Legislativa no se ha manifestado, pues al no haberse aprobado el proyecto en primer debate lo único que existe en cuanto a procedimiento, es lo relativo a las actuaciones preliminares de la Comisión, sin que el Plenario haya acogido dichas actuaciones. Por tal razón, cualquier eventual vicio existente en el seno de la Comisión podría ser enmendado durante la discusión en el Plenario si ésta se llegara a dar. Por ello, la posibilidad de revisar el procedimiento queda reservada únicamente en el caso de que el referéndum que se realizará no logre alcanzar el porcentaje requerido para ser vinculante, y en consecuencia, la discusión retorne al trámite legislativo, pues en este caso se encuentra prevista la consulta preceptiva ante la Sala una vez aprobado en primer debate. A pesar de lo anterior, tal como se indicó, esta Sala no desconoce que también el pueblo como soberano debe someterse a la Constitución Política, y es por ello que aun frente a la existencia de una consulta popular esta Sala no pierde su competencia para realizar el respectivo control de constitucionalidad. Por esta razón, en la presente consulta se analizarán únicamente los temas de fondo consultados, sin embargo, en lo que respecta al procedimiento, la Sala no encuentra nada que revisar, pues esa posibilidad no existe desde el momento en que se abandona el trámite legislativo. Por supuesto, que ello no enerva la posibilidad, de que este Tribunal revise el procedimiento llevado a cabo en el caso de que el referéndum convocado no logre alcanzar el porcentaje requerido para ser vinculante, y en consecuencia, la discusión retorne al trámite legislativo, pues en este caso se encuentra prevista la consulta preceptiva ante la Sala una vez aprobado en primer debate. Es por lo anterior, que este Tribunal descarta el alegato de la Defensoría de los Habitantes al indicar que se produjo un vicio de procedimiento al no consultarse preceptivamente el Tratado por parte del Directorio de la Asamblea Legislativa, pues es claro que la Ley de la Jurisdicción Constitucional, al establecer la consulta preceptiva de constitucionalidad, otorga competencia al Directorio, una vez realizada la votación del instrumento en primer debate (artículo 98). Aun cuando a partir de lo dispuesto en el artículo 10 inciso b) de la Constitución Política, se establece la competencia de la Sala para conocer las consultas planteadas sobre tratados internacionales, no existe norma legal alguna que confiera la competencia al Directorio

de la Asamblea Legislativa para plantear la consulta en los casos en que una ley está siendo sometida al trámite del referéndum, por lo que ante la ausencia de norma que le otorgue la competencia en estos casos, no puede considerarse que se produce un vicio invalidante del procedimiento, pues las autoridades públicas sólo están autorizadas a realizar aquello que esté expresamente previsto, sin perjuicio de la obligación que tiene el Directorio de consultar preceptivamente, en caso de que el asunto vuelva a la corriente legislativa. Tampoco resulta competencia de la Sala analizar si existió o no un error en la comunicación de la aprobación de la convocatoria por parte del Directorio Legislativo, pues esto es competencia del Tribunal Supremo de Elecciones, al tratarse de un asunto directamente relacionado con la realización del referéndum y enmarcarse dentro de las competencias establecidas en el numeral 102 inciso 9) de la Constitución Política y en la Ley Sobre la Regulación del Referéndum.

Por lo anterior, la mayoría de esta Sala estima que no debe analizarse lo relativo a la supuesta ausencia de poderes plenos en el expediente, la existencia de una parte del texto del tratado en idioma inglés, ni lo alegado en cuanto a las cláusulas interpretativas, pues tales reclamos forman parte del procedimiento legislativo, y por tal motivo no cabe pronunciamiento alguno.

Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y consideran procedente referirse a los aspectos de procedimiento.

IV.-

Observaciones en cuanto al fondo del proyecto. El Tratado de Libre Comercio sometido a consulta tiene como finalidad la creación de un área de libre comercio entre los países de Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América, para estimular la expansión del comercio a través de la eliminación de obstáculos, y la circulación transfronteriza de mercancías y servicios entre los territorios de las Partes. El acuerdo crea reglas comunes para regir la relación comercial entre dichos países, mediante un programa de desgravación arancelaria paulatino, y fija las pautas para el intercambio comercial y de inversiones. El Tratado de Libre Comercio, contiene veintidós capítulos con sus respectivos anexos, con disposiciones generales, así como otras específicas en materia de acceso a mercados, reglas de origen, administración aduanera, medidas sanitarias y fitosanitarias, obstáculos técnicos al comercio, defensa comercial, contratación pública, inversión, comercio transfronterizo de servicios, servicios financieros, telecomunicaciones, comercio electrónico, propiedad intelectual, derecho laboral, ambiente y transparencia. Asimismo, establece una Comisión de Libre Comercio como encargada de realizar la administración del tratado, y mecanismos para solucionar las controversias que puedan surgir entre los Estados o entre un inversionista y un Estado, con ocasión de la aplicación del tratado. Como se trata de un acuerdo multilateral, las obligaciones y derechos contenidos en el Tratado de Libre Comercio pueden ser oponibles a todos los países partes (salvo disposición en contrario), sin que ello implique desconocer los compromisos asumidos en el marco de la Organización Mundial del Comercio, ni que los países centroamericanos no puedan mantener sus instrumentos de integración o adopten nuevos. Sobre los temas específicos de fondo consultados, esta Sala estima pertinente entrar a analizar cada uno de los vicios de fondo planteados por los consultantes, advirtiendo que por tratarse del control previo de constitucionalidad, no resulta vinculante este pronunciamiento. En virtud de que la presentación de la consulta por parte de la Defensoría ocurrió primero en el tiempo, se analizarán los argumentos de fondo según fueron presentados por dicha entidad, advirtiendo que aquellos que no queden incluidos en ese listado y que fueron presentados por los diputados consultantes, serán analizados posteriormente en su respectivo apartado.

V.-

Advertencia Previa. Deslinde entre los aspectos de oportunidad o conveniencia económica o socio-política y cuestiones de constitucionalidad del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados unidos. Este Tribunal Constitucional, por las atribuciones constitucional y legalmente que tiene conferidas, las que se resumen en el fin o propósito de garantizar la supremacía de la Constitución (artículo 10 de la Constitución y 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), no tiene competencia para ponderar la oportunidad, conveniencia o mérito de un Tratado de Libre Comercio. Son los órganos constitucionales que tienen a su cargo la dirección política o de gobierno y la responsabilidad de trazar e implementar las principales políticas públicas de carácter social y económico los principales llamados a efectuar esa valoración. Es así, como el Poder Ejecutivo en sentido estricto -Presidente y Ministro del sector-, de previo a ejercer la atribución contenida en el artículo 140, inciso 10), de la Constitución de celebrar convenios y tratados públicos, es el que debe efectuar ese análisis. Del mismo modo, la Asamblea Legislativa, en ejercicio de la potestad legislativa -la cual reside en el pueblo y es delegada en ésta por medio del sufragio, artículo 105, párrafo 1°, de la Constitución- es un órgano llamado, antes de ejercer su competencia del artículo 121, inciso 4°, de aprobar o improbar los convenios o tratados públicos, de valorar la oportunidad y conveniencia social, económica y política de un instrumento de esa naturaleza, ponderación que, dadas las circunstancias imperantes -al haberse admitido por el Tribunal Supremo de Elecciones un referéndum mancomunado sobre el Tratado de Libre Comercio objeto de la consulta-, no podrá efectuar. De otra parte, de cara a las reformas fundamentales introducidas al texto constitucional con el propósito de crear una democracia semi-directa, debe tomarse en consideración que, tal y como lo enuncia el artículo 9°, párrafo 1°, de la Constitución Política -después de la reforma parcial por Ley No. 8364 de 1° de julio de 2003-, el gobierno de la República, además de participativo y responsable, no solo lo ejerce el Poder Ejecutivo y Legislativo sino, también, el Pueblo. De manera que será el Pueblo costarricense, a través del referéndum (artículo 105, párrafo 2°, de la Constitución), el que tiene, en último término, el deber y la responsabilidad de ponderar la oportunidad y conveniencia de un Tratado de Libre Comercio con República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos. En suma, a este Tribunal Constitucional le compete, única y exclusivamente, a la luz del texto del Tratado suscrito por el Poder Ejecutivo determinar si existe alguna norma o disposición que violente el Derecho de la Constitución, entendiendo por tal los principios, valores, preceptos y jurisprudencia constitucionales. Este Tribunal está constitucionalmente inhabilitado e impedido, por la propia distribución de competencias y organización que dispone la Constitución Política, para determinar si un instrumento internacional resulta social, económica y políticamente conveniente y oportuno para el país, puesto que, el objeto de la jurisdicción constitucional, tal y como lo establece el artículo 1° de la ley que la regula, 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 consagrado en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”*. Esta Sala tiene muy claro el debate que ha surgido en la opinión pública sobre la conveniencia o no de la aprobación del Tratado en estudio, y sobre todo la polarización que existe en la población sobre este tema. Y es por esta razón como se indicó, que no es en esta sede donde debe enfocarse la discusión sobre las ventajas o desventajas que un acuerdo comercial como éste puede traer a nuestro país, o el eventual impacto que pueda traer sobre sectores determinados. Más aun, cuando se ha tomado la decisión de que un asunto como este siga la vía del referéndum como mecanismo de consulta popular, a través del cual el pueblo de Costa Rica se abocaría de sus representantes la discusión de oportunidad y

conveniencia del tratado en cuestión. Es por esa razón, que esta Sala no puede suplantar esa soberanía, sino únicamente realizar su función como garante e intérprete de la Constitución Política. Por ello, ante las consultas presentadas, únicamente serán analizados los aspectos que de alguna forma pueden generar dudas de constitucionalidad, dejando claro que todo lo relativo a la conveniencia o no de la aprobación, así como los aspectos económicos que envuelven al Tratado, no son extremos que puedan discutirse en esta vía. Sobre este punto, ya esta Sala se pronunció con ocasión de la aprobación del Tratado de Libre Comercio suscrito con México, indicando lo siguiente:

“CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD VS. CONVENIENCIA O INCONVENIENCIA DEL TRATADO . En el caso del Tratado que ahora analizamos, la cuestión constitucional no se presenta clara, no obstante la profusa literatura y publicaciones generales que acerca de él se disponen. Muchas cosas se leen o escuchan en relación con la materia que regula. Cosas positivas y negativas, ventajas y desventajas, pros y contras. Y no se presenta clara, agregamos, porque ***cosas positivas atribuibles a un tratado, no necesariamente significan cosas constitucionalmente legítimas***, ni por el contrario, que lo ***negativo que de él se predique sea a la vez inconstitucional***, para apenas referirnos a dos tipos de criterios aducidos con relación a un mismo tratado como este de Libre Comercio con México. ***La Sala debe centrar su análisis en la materia estrictamente constitucional, de modo que su opinión deje de lado los criterios de mera conveniencia u oportunidad***, generalmente envueltos en una sola discusión, cuando se trata de proyectos de tan vasto alcance.

Esto se indica con tanto énfasis, porque una revisión de los propósitos del tratado y la lectura de sus cláusulas , nos enseña que se inscribe dentro de la tendencia cada día mas patente, de la liberalización y de apertura de las economías y mercados. Incluso, puede agregarse que este Tratado, típico del momento actual (inspirado en el que a su vez suscribieron México y Estados Unidos de América y paralelo al que suscribió ese país con Venezuela y Colombia, o como el que está por concluir con Chile), es consecuencia de todo un proceso de liberalización de las economías, surgido cerca de diez años atrás, experiencia sin la cual no podría concebirse ni realizarse hoy. Por supuesto que no todo ha sido marcado con el sello de la liberalización y la apertura, y el mejor ejemplo está en materia tan sensible como la agricultura, en donde se dan vacíos, omisiones o insuficiencias muy pronunciados, pero totalmente explicables a la luz de los intereses de los distintos países, que defienden ciertas áreas o sectores. Se menciona la situación de la agricultura, en este tipo de tratados (GATT incluido), porque los productos agrícolas constituyen la principal fuente de exportación de los países en desarrollo (entre el 50 y el 100%), mientras que a los países desarrollados apenas les significan un 3% de su Producto Nacional Bruto. Pero irónicamente, los países desarrollados controlan la industrialización y la comercialización de este tipo de productos (por ser los mayores compradores). Puestas así las cosas, nos explicamos por qué es que países desarrollados y en vías de desarrollo, experimentan tantos roces en el tema de los productos agrícolas.

A su vez, cuando dos estados soberanos negocian un instrumento de este tipo, no resultan igualmente beneficiados, o derivan de él idénticos beneficios. Siempre habrá un Estado con mayor capacidad negociadora, o que haya podido defender su status productor o industrial, de modo que aun cuando no se perciba en el documento mismo, se pueda evidenciar ya en la fase de ejecución del convenio. Mas, las quejas o reclamos acerca de las desventajas que en tal o cual aspecto significan para el Estado, determinadas cláusulas, no entrañan una infracción constitucional en sí mismas. Es cierto que en nuestra Carta Fundamental encontramos el artículo 50, que entre otras

cosas dice:

"El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza".

*Sin embargo, desde el punto que nos interesa señalar ahora, eso significa que el Estado, o más propiamente, los órganos que tienen a su cargo competencias estrictamente políticas y de gestión, deben actuar siempre en función de estimular la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Ha de entenderse, pues, que el Poder Ejecutivo ha negociado este Tratado, teniendo como norte esos objetivos constitucionales. Y ha de entenderse, también, que el Poder Legislativo, al conocer el fondo del instrumento dicho, actuará de conformidad con los mismos objetivos. Por eso es que podemos concluir, en principio, que **las ventajas o desventajas que tenga para algún sector el Tratado como tal, o algunas de sus previsiones, discutidas y discutibles, no necesariamente entrañan un aspecto de constitucionalidad**, en el sentido que debe pronunciar la Sala, pues radican en el nivel de la mera conveniencia u oportunidad. Por ejemplo, algunos señalan que no obstante la bondad de este tipo de instrumentos comerciales, un país no derivaría ventajas inmediatas o en el corto plazo, si coinciden en él el viejo modelo (de sustitución de importaciones, de subsidios), y el nuevo modelo de apertura comercial. Por eso es que a este respecto, algunos expertos estiman que México lleva ventaja a Costa Rica por cuanto sus aranceles han sido rebajados en grado mayor y mucho tiempo antes de que nuestro país se iniciara en ello. Pero aún así, siguen diciendo, a Costa Rica le conviene el tratado, por cuanto se le abrirá un espectro de inversiones muy importantes, de transferencia de tecnología y creación de empleos, que dinamizarán su economía y, adicionalmente, porque le pondrá en un nivel de exigencia competitiva que necesita para adaptarse a una posible incorporación a los beneficios del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos de América y Canadá (NAFTA), como aspiración casi inmediata del país, tal y como han expresado responsables del Gobierno central. En otras palabras, el Tratado de Libre Comercio con México se convierte en un escenario indispensable para pasar al siguiente, más complejo y ambicioso. **De toda suerte, la Sala advierte que esos aspectos giran en torno a las políticas que están detrás de la filosofía del Tratado, pero no tienen la connotación constitucional a que la Sala debe circunscribir su opinión.**" (Sentencia No.07005-94 de las nueve horas veintiún minutos del dos de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro). (La negrita no forma parte del original)*

El voto citado anteriormente, resulta de plena aplicación a este caso, pues en esta ocasión tampoco puede existir un pronunciamiento más allá de lo estrictamente constitucional. Aclarado así este extremo, este Tribunal considera prudente referirse a los extremos consultados, siguiendo el orden ya indicado.

VI.-

Sobre el consentimiento en el mecanismo del arbitraje. El Tratado de Libre Comercio establece dos mecanismos de solución de controversias, por un lado aquel destinado a dirimir los conflictos entre Estados, y por otro, el facilitado al inversionista para resolver los conflictos con el Estado donde realiza su inversión. Como la Defensoría y las y los diputados consultantes impugnan únicamente este último, la Sala se referirá sólo a este. Tanto la Defensoría de los Habitantes como las y los diputados consultantes, consideran inconstitucional el mecanismo Inversionista-Estado por cuanto estiman que se desnaturaliza el instituto del arbitraje, en el tanto se faculta al inversionista a acudir al proceso arbitral y someter de manera obligatoria y genérica al Estado costarricense, violentándose la potestad soberana del Estado para decidir si

acude o no y qué asuntos someterá al proceso arbitral que propone el inversionista de una Parte. A demás, señalan que el Tratado varía las condiciones esenciales que fueron negociadas en el "Convenio para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados" (Convenio CIADI), aprobado mediante la Ley N° 7332, toda vez que en éste se incorporó mediante reserva el requisito del consentimiento por escrito de ambas partes e incluso la posibilidad de agotar los remedios internos en forma previa, lo cual no está contemplado en el Tratado en estudio. Sobre el particular, debe indicarse que el mecanismo de resolución de controversias inversionista- Estado se encuentra previsto en la Sección B del Capítulo Diez del tratado, y contempla una fase de consultas y de negociación tales como conciliación y mediación, y en última instancia ante la inexistencia de acuerdo, se prevé el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias sobre inversión. En este último caso, el demandante podrá someter la reclamación a las normas del Convenio del C entro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) si ambos Estados forman parte de dicho Convenio; podrá acudir también a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI si la Parte del demandante o el demandado es parte del Convenio, o podrá tramitarlo de acuerdo a las Reglas del Arbitraje de la C omisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) si no se está en los dos supuestos anteriores. De ello se desprende que en el caso de Costa Rica, en realidad el mecanismo Inversionista-Estado aplica reglas preexistentes, pues nuestro país aprobó el Convenio del CIADI mediante Ley 7332 de abril de 1993, sometiéndose a todas sus disposiciones desde ese momento. Ahora bien, el hecho de que la Constitución Política eleve el arbitraje a rango de derecho fundamental en su artículo 43, no implica que las personas queden vinculadas de tal manera, que esa vía sea obligatoria para ellas. Ello ha sido respaldado por la Sala en varias oportunidades, constituyendo un ejemplo de ello la sentencia número 2005-6851 de las nueve horas cincuenta y siete minutos del primero de junio de dos mil cinco, en la cual señaló en lo conducente:

V.-

ARBITRAJE DERECHO FUNDAMENTAL. *El numeral 43 de la Constitución Política que consagra el derecho de toda persona a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, se encuentra emplazado sistemáticamente bajo el Título IV de la Constitución Política, denominado "Derechos y Garantías individuales", lo cual pone de manifiesto que se trata, en el diseño constitucional trazado por el constituyente originario de 1949, de un derecho fundamental típico o nominado de carácter autónomo. **El contenido esencial de este derecho se traduce en la posibilidad o facultad de toda persona de elegir, para dirimir un conflicto de interés puramente patrimonial o disponible, entre la jurisdicción o tutela judicial (artículo 41 de la Constitución Política) y el arbitraje o, incluso, los otros modos de resolución alterna de conflictos. Esta facultad no se ve siquiera diezmada o restringida aunque penda de ser finalmente conocido y resuelto un litigio ante los Tribunales de la República. A partir de su núcleo esencial queda suficientemente claro que ninguna persona puede ser obligada a renunciar a someter una controversia de interés a un tribunal arbitral o compelido para ello, puesto que, se trata de un derecho de libertad para elegir entre los distintos modos de solución de un diferendo patrimonial. (La negrita no forma parte del original)***

Es por ello que conviene analizar en primer lugar, si el mecanismo de resolución de controversias Inversionista-Estado es un mecanismo obligatorio o forzoso para los particulares, pues en este caso evidentemente se estaría lesionando el derecho de la Constitución. Sobre el particular, debe tenerse claro que el proceso arbitral contenido en el Tratado de Libre Comercio, constituye la última etapa del proceso de resolución

de controversias Inversionista-Estado, pues antes de ello como se indicó, existe una fase previa de consultas y negociaciones, lo cual puede incluir mecanismos de resolución de controversias como la conciliación y la mediación. Ahora bien, aun llegándose a la etapa del arbitraje, no considera esta Sala que se establezca un mecanismo forzoso de resolución de controversias, toda vez que al inversionista en ningún momento se le está obligando a acudir necesariamente al proceso arbitral, pues siempre tiene la posibilidad de acudir a los tribunales internos del país en el cual invirtió, según lo dispuesto en el artículo 10.18.4 del Tratado. Como se desprende de la sentencia citada, esta Sala ha tutelado el derecho fundamental de **toda persona** de decidir en qué vía va a dirimir sus conflictos patrimoniales, lo cual no es la excepción en este caso, pues al inversionista se le está otorgando la posibilidad, si quisiera, de acudir a la vía interna del país donde invirtió, o por el contrario, acudir al arbitraje internacional, que podría ser un procedimiento más expedito y especializado. Lo que no se podría es negar al inversionista la posibilidad de acudir a la jurisdicción interna si así lo desea, pues con ello se lesionaría el principio de tutela judicial efectiva. Sin embargo, en este caso el consentimiento lo da el inversionista al decidir a cuál jurisdicción acudir, por lo que no puede hablarse de un mecanismo forzoso.

Sin embargo, en el caso del Estado demandado, no puede considerarse que éste sea el titular del derecho fundamental a la “tutela judicial efectiva”, pues como se indicó, es al inversionista al que no podría negársele la posibilidad de escoger a cuál vía acudir. El hecho de que el Estado demandado tenga que defenderse en la vía que escoja el inversionista, no implica que esté renunciando a su soberanía, ni lo hace un mecanismo forzoso o inconstitucional en nuestro país. El Estado demandado al suscribir voluntariamente el Tratado, consiente previamente llegar a dirimir este tipo de controversias en un panel arbitral, lo cual ocurre igual en el mecanismo Estado-Estado, en el que el demandante es quien fija la vía donde se dirimirá una controversia (CAFTA vrs OMC), y no por ello se entiende que se trate de un mecanismo forzoso para el demandado. En ambos mecanismos, existe una cláusula compromisoria previamente pactada a través de un acuerdo de voluntades entre Estados, que de ninguna manera puede entenderse de suscripción obligatoria, pues siempre queda la posibilidad de que Costa Rica rechace la aprobación del tratado si no está de acuerdo con dicha cláusula, ya sea en el ámbito legislativo por los representantes de la soberanía popular, o a través del referéndum, donde el pueblo tomará tal decisión. Nótese que si el Tratado es finalmente aprobado por nuestro país, se están aceptando cada una de las cláusulas del acuerdo comercial, entre ellas el consentimiento establecido en el numeral 10.7.1 que señala que: *“Cada una de las partes consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado”*. Por ello, no puede alegarse que se trate de un mecanismo impuesto obligatoriamente contra la voluntad de Costa Rica. En todo caso, debe agregarse que el artículo 43 constitucional no prejuzga sobre la forma o el momento específico en que debe otorgarse el consentimiento para el arbitraje. Su único mandato es que lo sea con sujeción a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que el hecho de que el Estado otorgue su consentimiento a través de una cláusula compromisoria previa no resulta contrario a los valores y principios constitucionales. Además, debe tenerse en cuenta que el mecanismo opera en doble vía, ya sea que el Estado costarricense sea el receptor de la inversión, o que un nacional costarricense haya invertido en otro país Parte en el tratado, con lo cual existe un sometimiento en igualdad de condiciones. Sobre la posibilidad de establecer cláusulas compromisorias previas en mecanismos como el analizado, ya esta Sala se pronunció mediante sentencia 2000-10352 de las catorce horas cincuenta y ocho minutos del veintidós de noviembre de dos mil, en la cual indicó en lo conducente:

“... la doctrina más generalizada apunta a que el arbitraje sea voluntario y convenido

libremente por las partes, lo que la Sala comparte plenamente, pero eso sí, sin excluir la posibilidad de que el legislador, para materias y casos concretos o especiales, determine que es el único procedimiento de solución de las controversias que surjan entre las partes, siempre y cuando la decisión legislativa sea razonable, proporcionada a los fines que persigue y compatible con los principios y valores de la Constitución Política. **Es común que el arbitraje se genere por una manifestación de la voluntad de las partes, consistente en incluir en el vínculo contractual, la norma que las compromete a someterse a tal procedimiento o las remite al mismo (cláusula compromisoria), que resulta, entonces, ser un acuerdo bilateral (contractual) en virtud del cual las partes se obligan a someter las cuestiones de índole patrimonial a la decisión de árbitros**, lo que comprende que desde el punto de vista de la doctrina de las obligaciones, sea la manifestación de una voluntad libremente expresada (consentimiento).-

V.-

Características del caso concreto.- Sentadas las bases jurisprudenciales y doctrinarias anteriores, procede el examen del caso concreto en consulta. Se señala en este caso concreto, que el artículo 7 de la Ley de Protección al Distribuidor y Representantes de Casas Extranjeras, es una "disposición inserta dentro de una normativa de carácter especial que regula específicamente los contratos de representación de casas extranjeras. Elevada a rango de ley, el carácter irrenunciable de la jurisdicción de los tribunales costarricenses, ha sido entendida como una disposición especial, que no solo establece la eventual imposibilidad legal del arbitraje internacional, cuando se trata de conflictos de interés entre casas extranjeras y sus representantes en nuestro país, sino que, además, tiene efectos derogatorios sobre las normas generales relativas al arbitraje en controversias de carácter patrimonial y disponible, que se han justificado en la necesidad de proteger al representante de casas extranjeras frente a su representada, en atención a la desigualdad económica que normalmente existe entre uno y otra, normas de arbitraje de raíces constitucionales, también retomadas en el artículo II.1 de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras". Consecuentemente, el Tribunal consultante expresa sus dudas sobre la constitucionalidad del artículo 7, que considera viola los principios derivados del artículo 43 constitucional y II.2 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. De lo que se expresa en la consulta, el tema a dilucidar, entonces, es si ante el presunto conflicto de normas que existe, el artículo 7 citado resulta inconstitucional. **A juicio de la Sala y como tesis de principio, no resultan inconstitucionales las cláusulas contractuales que remitan a procedimientos de arbitraje internacional. La doctrina nacional que ha estudiado el tema, ha reconocido como jurídicamente válida esa posibilidad, cuando las partes están unidas por un contrato internacional (relaciones con efectos en dos o más países); cuando las partes así lo han convenido expresamente, mediante una cláusula de sumisión expresa (desarrollo del contenido del artículo 321 del Código de Bustamante); cuando se da la sumisión a una Cámara de Arbitraje de carácter internacional y por la existencia de convenios internacionales que le otorguen ese carácter respecto de los nacionales de sus respectivos países**. Así, son conocidos, en nuestro medio, los abundantes casos de los convenios de préstamos suscritos directamente por el Estado o por instituciones descentralizadas (Instituto Costarricense de Electricidad, Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, por ejemplo), en estos casos con el aval del Estado, formalizados con Bancos de Desarrollo o de financiamiento internacional para la construcción de proyectos públicos, en los que las instituciones bancarias internacionales incluyen en los respectivos documentos del contrato, como medio para resolver los conflictos, el arbitraje internacional, empréstitos que requieren

de la aprobación legislativa, según lo que dispone el inciso 15) del artículo 121 constitucional. No obstante lo dicho, y a juicio de la Sala, el análisis del artículo 7 mencionado no puede ofrecer la duda de constitucionalidad que señala el Tribunal consultante, puesto que lo que se debe examinar, en el caso concreto de que conoce, **es la validez de la cláusula compromisoria, libremente acordada, a la luz de lo que establece la Constitución Política en su artículo 43 y lo que señala el artículo 7 consultado.** En otras palabras, los artículos 27 y 41 constitucionales estructuran el llamado proceso judicial y ello significa que corresponde al Poder Judicial, en exclusiva, ejercer la iuris dictio, según se desprende de la articulación de esas normas con los artículos 152 y siguientes de la Constitución Política. **Pero no existe conflicto de normas al enfrentar éstas con lo que dispone el artículo 43 idem, puesto que el arbitraje es un procedimiento autónomo, especial, excepcional, si se quiere, pero de igual rango que los procesos judiciales, puesto que conduce a la solución definitiva de los conflictos, con tal de que sean de naturaleza patrimonial. Pero, en esencia, es también ejercicio de poder jurisdiccional. Lo que ocurre, presuntamente y según los términos de la consulta, es que en realidad la cláusula compromisoria, libremente adoptada por las partes, implica una renuncia anticipada a la utilización de los medios procesales de la jurisdicción ordinaria, lo que impide a los jueces comunes conocer de lo que las partes, motu proprio, han reservado para la vía arbitral. Todo esto conduce a interpretar, lógicamente y dentro del contexto que se analiza, que lo que el artículo 7 regula es que no se le pueda imponer, unilateral y forzosamente a nadie, que renuncie a la jurisdicción de los tribunales costarricenses y a los derechos que le corresponden; pero ello no obsta para que válidamente se pueda, por la vía de la cláusula compromisoria, aceptar el arbitraje como fórmula anticipada para solucionar las divergencias patrimoniales que surjan con motivo de una relación comercial como la que se examina y si se está ante una cláusula compromisoria normal, es decir, en el sentido propio de un acuerdo libre de voluntades, evidentemente esa es la respuesta.**” (El resaltado no forma parte del original)

Lo anterior evidentemente aplica al caso concreto, toda vez que con la aprobación del Tratado, nuestro país estaría consintiendo en establecer la cláusula compromisoria previamente pactada en el Tratado de Libre Comercio, y delegando la resolución de ciertos conflictos a un panel arbitral internacional cuando el inversionista de otro Estado así lo decida previo intento de resolución de la controversia mediante el mecanismo de la conciliación o de la mediación (véase el artículo 10.15), lo cual es viable desde el punto de vista constitucional, pues como se indicó no se trata de un mecanismo forzoso, sino voluntario. El precedente transcrito es claro al indicar que dichas cláusulas son válidas cuando se establecen para regular una relación comercial (tal como la que se pretende con el Tratado de Libre Comercio), sin que se limite dicha posibilidad a un contrato específico, pudiéndose aprobar también a través de convenios internacionales, como el que se estudia. Piénsese también lo que esto significa para el inversionista costarricense que requiera demandar a un Estado extranjero por el incumplimiento del Tratado, convirtiéndose el panel arbitral en la garantía para él de que por más poderoso que sea su contraparte, podrá contar con un mecanismo objetivo en el cual designa a uno de los representantes (artículo 10.16.6), evitándose acudir a los procedimientos complejos de las legislaciones internas. Establecer una cláusula compromisoria previa otorga seguridad jurídica al inversionista costarricense, pues no va a estar sujeto al capricho de un Estado extranjero si éste puede decidir en cada caso concreto si acude o no al arbitraje. Es por esta razón que el compromiso anticipado no hace más que poner las reglas del juego claras, sin que quede al antojo de los Estados eludir el mecanismo de acuerdo a sus intereses. Si nuestro país no está dispuesto a aceptar los términos de la cláusula propuesta, simplemente puede decidir

no participar en la relación jurídica donde la misma regirá, como bien apuntan las y los diputados consultantes, y en consecuencia, negarse a aprobar el Tratado. Si la preocupación de los consultantes es por el alcance del arbitraje analizado, deben tener en consideración que a la luz de lo dispuesto en el numeral 10.2 del Tratado, el Capítulo de Inversión -donde se encuentra regulado el arbitraje- cede frente a los demás capítulos en la medida que sean contradictorios, con lo cual quedan resguardados los intereses de nuestro país ante una eventual controversia. Además, debe destacarse en cuanto a este punto, que el mecanismo de resolución de controversias Inversionista- Estado, no es un instrumento innovador en el ámbito de las relaciones comerciales establecidas entre Costa Rica y otros países, pues existen una serie de instrumentos previamente aprobados por nuestro país que lo contienen en forma muy similar, sobre todo desde el punto de vista de la cláusula compromisoria previa. Ese es el caso de los instrumentos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmados con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (artículo VIII), República Checa (artículo 8), Suiza (artículo 9), Alemania (artículo 10), Argentina (artículo 12), Canadá (artículo XII), Chile (artículo IX), Corea (artículo 8), España (artículo XI), República Francesa (artículo 8), Países Bajos (artículo 9), entre otros. Además, del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y la Comunidad del Caribe (artículo XII) y el Tratado de Libre Comercio con México (artículo 13-23 y 13-24). Todos ellos, fueron analizados en su oportunidad por esta Sala, sin que se haya observado vicio alguno en cuanto al mecanismo en cuestión. Así las cosas, considerar este mecanismo de resolución de controversias inconstitucional, implicaría desconocer los múltiples instrumentos comerciales vigentes en nuestro país, que ya establecen dicha figura.

Finalmente, debe indicarse que el hecho de que en el Tratado de Libre Comercio se establezcan a criterio de los consultantes algunas reglas distintas al CIADI en cuanto al consentimiento o al agotamiento de los recursos internos, no significa que el mecanismo sea inconstitucional, pues ambos son compromisos adquiridos por el Estado en el ámbito internacional, y ello no incide en principios o valores constitucionales. En todo caso, el CIADI establece la regla del consentimiento por escrito pero no regula la forma en que debe manifestarse ese consentimiento, por lo que la cláusula compromisoria en cuestión basta para cumplir dicho requerimiento. Por lo anterior, este argumento tampoco es de recibo.

Los Magistrados Mora y Jinesta, con redacción del segundo, dan razones diferentes al resolver que no se observan vicios de constitucionalidad en cuanto a la figura del arbitraje inversionista-Estado.

Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y consideran inconstitucional el mecanismo del arbitraje.

VII.-

Sobre los demás aspectos consultados con relación al arbitraje. Por otro lado, los consultantes también reclaman que el arbitraje Inversionista-Estado resulta inconstitucional por cuanto incluye materias de orden público, además, estiman que el Tratado impone de forma regresiva una limitación al acceso a la justicia, ya que se incorpora una restricción para que los habitantes puedan participar en el proceso de arbitraje con posibilidades reales de intervenir en el criterio del Tribunal y con una aportación activa dentro del proceso. Sobre este aspecto, también reclaman los diputados consultantes que la participación ciudadana se ve limitada por cuanto el panel arbitral puede realizarse incluso fuera del país. Además, la Defensoría reclama que una vez que se escoge el foro para la solución de la controversia (arbitraje), dicha

decisión excluye la posibilidad de seleccionar otro tipo de foro para dirimir el conflicto, con lo cual estima se suprime la posibilidad de acudir a la jurisdicción nacional como medio de solución de las controversias, violentándose el "principio de tutela judicial efectiva". Al respecto, debe mencionarse que el proceso arbitral limitado a los derechos patrimoniales, no quiebra el principio del monopolio jurisdiccional del Estado, puesto que es una garantía de rango constitucional, que por sus efectos y dimensiones, es también función jurisdiccional. Esto significa que de conformidad con lo que dispone el artículo 43 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho de acudir a la vía arbitral, para resolver sus conflictos patrimoniales, sin que ello signifique que los árbitros deban ser necesariamente nacionales. Los consultantes consideran que el Tratado es inconstitucional por permitir el arbitraje en materias de orden público, sin embargo esta Sala estima que no llevan razón, pues tal posibilidad ha sido avalada por esta jurisdicción, siempre y cuando no se comprometan potestades de imperio. Ejemplo de ello es la sentencia 2005-15095 de las quince horas con un minuto del dos de noviembre del dos mil cinco, en la cual la Sala dispuso:

*"la acción es inadmisibile por improcedente, en tanto los accionantes pretenden que se declare inconstitucional la posibilidad de acudir a mecanismos alternos de resolución de conflictos para los sujetos de Derecho Público, por tratarse "directa o indirectamente de asuntos regulados por el Derecho Público." En primer término debe hacerse notar que esta pretensión, escapa del contenido de la contratación en cuestión, que se refiere a una de las facultades que la propia Constitución Política -en su numeral 43- tiene reconocida, de manera genérica, tanto para particulares como para sujetos de derecho público, en tanto se reconoce respecto de "toda persona" a fin de que puedan "terminar sus diferencias patrimoniales, por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente", esto es, a recurrir a formas alternativas para arreglar las diferencias patrimoniales de naturaleza disponible, como lo son el diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación el arbitraje y otras técnicas similares. **Así, la única condición o limitación que se establece lo es que se trate de asuntos patrimoniales disponibles, lo cual implica que no resulta posible la aplicación de este mecanismo cuando implique o comprometa el ejercicio de potestades de imperio.** En este sentido es importante resaltar que la cláusula impugnada no tiene el contenido que alegan los accionantes, en tanto en modo alguno faculta acudir al arbitraje ni para disponer ni comprometer potestades de imperio, ni tampoco para disponer del aeropuerto en su condición de bien demanial, toda vez que se establece únicamente para "resolver las controversias que se produzcan con motivo de la **interpretación, aplicación, ejecución**" del contrato suscrito, según lo dispone la cláusula 23.2.1 de esta negociación" (La negrita no forma parte del original)*

En el caso del Tratado de Libre Comercio analizado al igual que en el precedente citado, no se comprometen las potestades de imperio del Estado, pues el arbitraje únicamente se establece para que el inversionista pueda cobrar una indemnización por el daño causado por el Estado (artículo 10.26), con lo cual no se va más allá de ámbito patrimonial protegido en el numeral 43 de la Constitución Política. Si bien a los diputados consultantes les preocupa que un inversionista extranjero pueda llevar a un panel arbitral materias como el agua, recursos naturales y en general bienes de dominio público, esto no significa que el Estado esté cediendo su titularidad sobre los mismos, o que previamente no pueda limitar el otorgamiento de permisos de explotación de dichos recursos, siempre y cuando lo haga en igualdad de condiciones a todas las empresas, sean nacionales o extranjeras. El Estado conserva la potestad de otorgar permisos y autorizaciones según su legislación interna (artículo 10.28.g), por lo que es lógico que si decide autorizar una inversión ya sea mediante acuerdo o autorización, debe asumir su responsabilidad en caso de dejar sin efecto esa relación, pues con su actuación le otorgó derechos al inversionista. De ahí la importancia de que

el Estado actúe en forma diligente y no autorice un acuerdo o una autorización de inversión si ésta resulta lesiva de los intereses públicos. Desde luego que siempre deberá destacarse la responsabilidad personal del funcionario público frente a la Administración, sea esta civil, penal o administrativa.

Ahora bien, ello no significa que el Estado no pueda ejercer control del cumplimiento de su legislación interna por parte del inversionista, tales como regulaciones ambientales, laborales, de planificación, entre otros. En todo caso, aun si se trata de una causa sobrevenida no imputable al inversionista, el Estado tiene la posibilidad de realizar una expropiación de inversiones por razones de interés público, a la luz de lo dispuesto en el numeral 10.7 del mismo Tratado, según se ahondará más adelante. Finalmente, sobre este punto conviene agregar que el representante de Costa Rica en la Comisión de Libre Comercio tendrá la obligación de participar en la toma de decisiones que se adopten con la finalidad de interpretar cualquier disposición del Tratado, las cuales además deberán ser acatadas por el tribunal arbitral que se conforme, según lo dispone el numeral 10.22.3 del Tratado de Libre Comercio, presumiendo esta Sala que quedarán protegidos los intereses de nuestro país. Además, ello no enerva la posibilidad de que esta Sala controle en cada caso concreto actuaciones del Estado o las del inversionista que se consideren que violan o amenazan violar un derecho fundamental de éste o de la colectividad. Por lo anterior, tampoco se observa inconstitucionalidad alguna en cuanto a este extremo.

Otro aspecto consultado tanto por la Defensoría como por las señoras y señores diputados, es en cuanto a la participación ciudadana, pues consideran que con el mecanismo de resolución de controversias analizado se restringe la intervención activa de personas y grupos organizados, quienes podrían considerarse legitimados para intervenir en un proceso arbitral, en casos como el ambiente. Dicho reclamo tampoco lo considera esta Sala de recibo, por los motivos que se analizarán. Tal como reconocen los propios consultantes, el mismo tratado prevé la intervención de cualquier persona o entidad que no sea Parte, a través de la figura de *amicus curiae* (artículo 10.20.3), lo cual no es ajeno a los paneles y tribunales internacionales que resuelven incluso en materia de derechos humanos, que en muchos casos únicamente reconocen este tipo de figuras para la intervención de terceros. Ello garantiza que cualquier persona pueda apersonarse a manifestar los alegatos que estime pertinentes para resolver el caso concreto, por lo que no es cierto que la participación ciudadana esté excluida del panel arbitral contemplado en el Tratado analizado. Asimismo, el artículo 10.21.2 del Tratado, obliga al panel arbitral a realizar audiencias abiertas al público, por lo que a través de las mismas también se garantiza la participación ciudadana. Ahora bien, el hecho de que esos terceros no sean considerados formalmente como parte del proceso, no significa que el mecanismo se convierta en inconstitucional, máxime que sí tienen la posibilidad de apersonarse. Aun el ejemplo del coadyuvante que señalan los diputados consultantes, tiene su capacidad limitada dentro del proceso, pues no existe pronunciamiento alguno a su favor y se trata de una simple colaboración para las partes, sin que vincule a ningún tribunal su manifestación. En todo caso, aun en la eventualidad de que no existiera dentro del proceso arbitral participación ciudadana, ello no impide que dicha participación pueda darse en la etapa previa a dicho proceso, cuando el Estado tenga que otorgar un permiso, licencia o concesión a un inversionista que desee operar en nuestro país, pues ello lo hace según su legislación interna (artículo 10.28.g). De igual forma, el tratado no impide que una persona denuncie violaciones al ambiente o a cualquier otro derecho fundamental por parte de un inversionista, pues el arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias entre Estados o entre un inversionista y un Estado, pero no deroga las disposiciones internas en materia ambiental, de salud y otras, sino que por el contrario las refuerza, estableciendo incluso en su artículo 17.6 oportunidades de participación

pública en materia ambiental, tal como se analizará más adelante. Por estos mismos argumentos tampoco resulta de recibo lo manifestado por los diputados consultantes en el sentido de que la participación ciudadana se restringe por la posibilidad de que el panel arbitral se realice incluso en el exterior, pues como se indicó independientemente de la forma o el lugar en que se realice el arbitraje, las normas y regulaciones ambientales existentes en nuestro derecho interno siguen vigentes. En todo caso, a la luz de lo dispuesto en el numeral 10.20 del Tratado, son las Partes las que deciden en qué lugar realizar el arbitraje, y ante la ausencia de acuerdo, se fijará un lugar siempre que se encuentre en el territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York, la cual ya fue suscrita por Costa Rica.

Finalmente, la Defensoría reclama que "El Tratado indica que escogido el foro para la solución de la controversia (arbitraje), dicha decisión excluye la posibilidad de seleccionar otro tipo de foro para dirimir el conflicto; en ese sentido, se suprime la posibilidad de acudir a la jurisdicción nacional como medio de solución de las controversias, lo cual sin lugar a dudas violenta lo que en doctrina del derecho constitucional ha denominado "principio de tutela judicial efectiva". Dicha disposición se encuentra regulada en el Capítulo 20 referente al mecanismo de resolución de controversias Estado-Estado, específicamente en el artículo 20.3, que otorga a la Parte reclamante la posibilidad de elegir el foro (CAFTA vrs OMC). Lejos de ser inconstitucional, esta Sala considera que dicha disposición refuerza el principio de seguridad jurídica, por la inconveniencia de que un mismo asunto se tramite en dos jurisdicciones diferentes, con las complicaciones que ello puede acarrear. Incluso esto opera de igual forma en la vía interna, pues si una persona decide acudir a un arbitraje nacional, dicha vía también resulta excluyente de la jurisdicción ordinaria. Por lo anterior, este reclamo tampoco es de recibo.

Por los razonamientos anteriormente expuestos, este Tribunal no observa inconstitucionalidad alguna en lo relativo a los mecanismos de resolución de controversias existentes en el Tratado de Libre Comercio.

Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y consideran inconstitucional todo el mecanismo del arbitraje.

VIII.-

Sobre la denuncia del Tratado. La Defensora de los Habitantes señala que lo dispuesto en el artículo 22 del Tratado en estudio, atenta contra la soberanía de nuestro país, pues al referirse a la vigencia del tratado, establece que para su denuncia las demás partes deben estar de acuerdo para que se haga efectiva, con lo cual se impone una condicionante para que la voluntad de la Parte denunciante se cumpla. Considera que en este tema se genera una subordinación de la voluntad estatal a la decisión de otros Estados Partes, lo cual resulta inconstitucional. Sobre el particular, conviene citar lo dispuesto en la norma que reclama la consultante, la cual dispone:

"Artículo 22.7 Denuncia

1.-

Cualquier Parte podrá denunciar este Tratado notificando por escrito su denuncia al Depositario. El Depositario informará sin demora a las Partes sobre esta notificación.

2.-

*La denuncia surtirá efectos seis meses después de que una Parte realice por escrito la notificación a la que se refiere el párrafo 1, **a menos que las Partes acuerden otro plazo**. Cuando una Parte lo haya denunciado, el Tratado permanecerá en vigor para las otras Partes."*

De lo anterior, se desprende que el principio general en el Tratado es que la denuncia del mismo por alguna de las Partes entrará a regir seis meses después de la notificación que realice, sin embargo, se establece como excepción el caso en que *"las Partes acuerden otro plazo"*. Sin embargo, dicha excepción no la entiende esta Sala como la plantea la Defensoría, toda vez que cuando se hace referencia a "las Partes" se entiende que Costa Rica también está incluida, lo cual queda respaldado con la definición establecida en el acuerdo comercial que señala que: **"Parte significa todo Estado respecto del cual haya entrado en vigor este Tratado"**. No puede entenderse el artículo de otra forma, toda vez que si la intención hubiera sido que cualquier Estado Parte del Tratado quedara sometido a la voluntad de los demás Estados firmantes, se habría hecho referencia a "las **demás** Partes" y no a "las Partes" en términos generales. Con lo anterior lo que se pretende es que la denuncia entre a regir seis meses después de la notificación, siempre y cuando por razones de oportunidad y conveniencia no se acuerde otro plazo por todas las Partes del tratado, incluyendo a nuestro país. Esa disposición además, se ha repetido en otros tratados de libre comercio ya analizados por la Sala como el de Canadá (artículo XV.5) y el del CARICOM (Artículo XVII.07) , pretendiendo hacer menos traumática la salida de una Parte si se estima necesario, pero no obliga a Costa Rica sin su consentimiento. Así las cosas, no se observa que en cuanto a este extremo se produzca inconstitucionalidad alguna con lo dispuesto en el tratado.

IX.-

Sobre la Comisión de Libre Comercio. Otro de los aspectos consultados por la Defensora de los Habitantes y las señoras y señores diputados, es el relativo a la Comisión de Libre Comercio establecida en el acuerdo comercial analizado. La Defensoría de los Habitantes manifiesta que dicha Comisión tiene la facultad de interpretar y ejecutar el tratado y puede modificar o alterar su contenido, lo cual conlleva a que un órgano colegiado supranacional supedita al Estado costarricense a las decisiones de ese órgano, aún en contra de su voluntad de decisión, significando una violación a los artículos 2 (soberanía), 9 (atribuciones de los funcionarios públicos), 10 y 48 (prevalencia de los Tratados de Derechos Humanos), 121 inciso 4 (funciones del Legislativo), 140 inciso 3 (funciones del Ejecutivo) y 153 (jurisdicción interna) de la Constitución Política y a los principios pro homine, soberanía y razonabilidad y proporcionalidad de los fines perseguidos, porque se ve al mercado y sus requerimientos por encima del ser humano y sus necesidades, lo que implica una violación profunda a la Constitución Política. Por su parte, los diputados consultantes consideran que dicha Comisión asume competencias legislativas y reglamentarias en cuanto a la creación normativa e interpretación auténtica de las leyes, además de que viola el principio de independencia al someter los árbitros a sus interpretaciones, con el agravante de que puede adoptar sus decisiones por votaciones diferentes al consenso y no existe garantía de que las mismas se ajustarán a lo dispuesto en la Constitución Política, o que puedan ser sometidas al control de constitucionalidad pues la Ley de la Jurisdicción Constitucional no fue incluida dentro de la lista de medidas disconformes. Sobre este punto, se desprende de la lectura del Tratado que la Comisión de Libre Comercio es un órgano colegiado integrado por los representantes de cada Parte a nivel ministerial o por las personas que cada una designe, y tiene como función realizar la supervisión de la ejecución del tratado, supervisar su ulterior desarrollo, resolver las controversias que pudieren surgir de la interpretación o aplicación del tratado,

supervisar la labor de los comités y grupos de trabajo establecidos y conocer cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del acuerdo. Dentro de sus atribuciones también está emitir interpretaciones sobre las disposiciones del tratado, pero no la de modificar su contenido tal como señalan los diputados consultantes. Es claro que tal atribución no fue otorgada en el Tratado según se desprende del artículo 19.1, por lo que no puede esta Sala concluir nada más allá de lo que el texto del acuerdo comercial establece. Además, aun cuando los consultantes consideran que dicha Comisión asume competencias legislativas y reglamentarias, ya esta Sala se ha referido en otras oportunidades a la naturaleza jurídica de las normas emitidas por este tipo de Comisiones, entendiendo que se trata de protocolos de menor rango de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121 inciso 4) de la Constitución Política. Reafirmando lo anterior, el Tratado de Libre Comercio establece en el Anexo 19.1.4 que: *"En el caso de Costa Rica, las decisiones de la Comisión conforme al artículo 19.2.3(b) equivaldrán al instrumento referido en el artículo 121.4, párrafo tercero (protocolo de menor rango), de la Constitución Política de la República de Costa Rica."* Tomando en cuenta esa naturaleza, no puede considerarse que se trate de potestades inconstitucionales y así lo advirtió la Sala en la sentencia 2000-8404 de las diez horas del veintidós de setiembre de dos mil, en la cual indicó:

"V.-

Sobre la Comisión de Libre Comercio: En el artículo 18.01 del Tratado, se establece una Comisión de Libre Comercio que será la encargada de velar por el cumplimiento y la correcta aplicación de las disposiciones de este Tratado; de evaluar los resultados logrados en la aplicación del Tratado; de resolver las controversias que surjan respecto de la interpretación o aplicación del Tratado; de supervisar la labor de los comités establecidos o creados conforme al Tratado y de conocer cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento de ese Tratado. Esta Comisión, señala el artículo, podrá modificar en aras del cumplimiento de los objetivos del Tratado: a) la lista de mercancías de una parte contenida en el anexo 3.04 (Programa de Desgravación Arancelaria) con el objeto de incorporar una o más mercancías excluidas en el Programa de Desgravación Arancelaria; b) los plazos establecidos en el Anexo 3.04 (Programa de Desgravación Arancelaria) a fin de acelerar la desgravación arancelaria; c) las reglas de origen específicas del Anexo 4.03; d) las reglamentaciones uniformes; e) el Anexo 9.01 de sectores o subsectores de servicios con el objeto de incorporar nuevos sectores o subsectores de servicios; f) los anexos I, II y III del Capítulo 11 (Comercio Transfronterizo de Servicios) y la lista de entidades de una Parte contenida en el Anexo 16.01 (Entidades) con el objeto de incorporar una o más entidades al ámbito de aplicación del Capítulo 16 (Contratación Pública). El funcionario de la Comisión, en el caso concreto de Costa Rica, es el Ministro de Comercio Exterior o su sucesor. Ahora bien, en el Anexo 18.01 (4), se establece expresamente que para el caso de Costa Rica, los acuerdos a que lleguen las Partes, equivaldrán al instrumento referido en el artículo 121.4 párrafo tercero de la Constitución Política; instrumento que se ha denominado "Protocolo de Menor Rango". Sobre éste, la Sala ha señalado:

"Los protocolos de menor rango son aquellos que, sin añadir compromisos o limitaciones sustanciales a la actividad de los estados, desarrollan e incluso modifican normas de mero procedimiento que no inciden sobre la sustancia del tratado. Caso típico de protocolos de menor rango son las modificaciones de plazos de cumplimiento y otras medidas semejantes, siempre y cuando esas modificaciones estén, como se dijo, previstas en el tratado principal" (Sentencia No.03388-98 de las dieciséis horas treinta y nueve minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho).

En relación con el caso concreto, estima la Sala que tanto la Comisión de Libre

Comercio que está siendo creada en el Tratado bajo estudio, como las potestades que le han sido otorgadas en el mismo, no son inconstitucionales en la medida en que puedan ser consideradas como protocolos de menor rango en los términos señalados supra, o bien, y en el tanto y en el cuanto mediante el ejercicio de esas potestades, no se estén tomando decisiones sustanciales y de fondo que necesariamente deben ser analizadas por la Asamblea Legislativa de acuerdo con las competencias constitucionales que tiene este Poder de la República. Desde esta perspectiva, no es inconstitucional que el representante de Costa Rica participe y lleve la voz del Gobierno Nacional en los temas relativos al Tratado, siempre y cuando no comprometa al país en decisiones que necesariamente requieren de la aprobación legislativa y por supuesto, del posterior control de constitucionalidad ejercido por la Sala Constitucional. (sentencia No. 2000-8404)

El precedente anterior resulta de plena aplicación al caso concreto, toda vez que la norma analizada es muy similar a la que aquí se discute, lo que lleva a la Sala a concluir que las funciones o atribuciones establecidas para la Comisión de Libre Comercio en el Tratado de Libre Comercio no son en sí mismas inconstitucionales, pues no puede desprenderse del articulado del Tratado que lo que se pretenda es que dicha Comisión pueda alterar sus disposiciones, sino únicamente interpretarlas. Además, que siempre existe como garantía que el representante de Costa Rica no podría de forma alguna comprometer a nuestro país en algún asunto que requiera aprobación legislativa.

Ahora bien, un aspecto que debe analizarse con detenimiento es el acusado por la Defensoría en cuanto a que dicha Comisión puede imponer obligaciones a Costa Rica aun en contra de su voluntad al tratarse de un órgano supranacional. Sobre este particular, debe tenerse en cuenta que a la luz de lo dispuesto en el numeral 19.1.5 del Tratado de Libre Comercio, las decisiones que adopta dicha Comisión se toman por consenso, salvo que la misma decida otra cosa. Si bien el Tratado no clarifica qué se entiende por "consenso", el mismo preámbulo reconoce expresamente el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, el cual sí clarifica el significado de dicho concepto. A la luz de lo dispuesto en el artículo IX, párrafo 1, nota de pie de página1, del Acuerdo de Marrakech "se considera que el órgano de que se trate ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración ~~sin~~ ningún Miembro presente en la reunión en que se adopte la decisión se opone formalmente a ella."

Esto significa que en el ámbito comercial establecido por el Tratado de Libre Comercio y la OMC, se requiere la anuencia de todas las Partes presentes para adoptar una decisión, es decir, existe una especie de veto por más pequeño y débil que sea un país si éste se opone a lo que decidan los demás en contra de su voluntad. Para efectos prácticos, esto significa que ninguna decisión que afecte a Costa Rica se puede adoptar si su representante se opone, con lo cual el Estado no está cediendo su soberanía. Es por ello que tampoco se considera que dicha Comisión se trate de un órgano supranacional, pues no puede imponer obligaciones más allá de la voluntad de los Estados ni en el proceso de "administración" del tratado, ni cuando interviene en el mecanismo de resolución de controversias Estado-Estado, siendo que en este último caso únicamente emite recomendaciones. Sobre un asunto similar, mediante sentencia 1079-93 de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del dos de marzo de mil novecientos noventa y tres, la Sala indicó:

"B) Lo anterior obliga a reconocer la expresión "ordenamiento comunitario", aunque no feliz, sólo adquiere sentido, en el contexto e ese inciso, si se entiende por "comunitaria" aquella normativa que, aunque creada mediante fuentes típicas del

Derecho de Gentes, como son los tratados, en realidad tienen un carácter "supranacional", en cuanto que es capaz de imponer a los Estados Partes obligaciones, deberes, cargas o limitaciones más allá de las pactadas y aún contra su voluntad por ejemplo, mediante decisiones adoptadas por una mayoría; cosa esta completamente diferente que la de los órdenes meramente internacionales, en que los Estados se comprometen solamente a los que se comprometen por tratado, o, si éste crea, además, algún tipo de organismo internacional, las decisiones en ese organismo, o no son vinculantes, o si lo son deben tomarse por unanimidad, es decir, con la aceptación expresa del Estado costarricense, mediante sus legítimos representantes competentes al efecto. Es cierto que la inclusión el concepto "ordenamiento comunitario" en dicha norma constitucional se hizo por la Asamblea Legislativa en función constituyente (por Ley N° 4123 de 30 de mayo de 1968), teniendo en mente el proceso de integración o Mercado Común Centroamericano, pero resultaría contradictorio y, por ende, inconstitucional deducir de ahí que la Constitución imponga un procedimiento agravado para la aprobación de los instrumentos de ese proceso, querido por Costa Rica y más cercano y natural por darse en el ámbito geopolítico e histórico de la Patria Grande Centroamericana, que en otros supuestos más lejanos y menos intensos en que también se asignen o transfieran competencia del Estado costarricense a un ordenamiento extranacional." (La negrita no forma parte del original)

Por lo anterior, y tomando en consideración que las decisiones de la Comisión no pueden ser impuestas más allá de la voluntad de los Estados por ser adoptadas por consenso, esta Sala no encuentra inconstitucionalidad alguna en cuanto a este aspecto.

Aun cuando las y los diputados consultantes reclaman que las decisiones de la Comisión no necesariamente se adoptan por consenso por cuanto el artículo 19.1.5 establece que dicho órgano puede acordar otra forma de votación, tampoco estima la Sala que esto resulte inconstitucional. Es claro que cualquier decisión de la Comisión que pretenda variar la forma de votación, debe ser adoptada por consenso, por lo que no podría variarse el mecanismo de votación si el representante de nuestro país no está de acuerdo, con lo cual obviamente mantiene el poder de garantizar que no se imponga ninguna decisión a Costa Rica en contra de sus intereses. Eso sí, se hace la advertencia que dicho representante no podría autorizar un cambio de la forma de votación si con ello se puede forzar una decisión contraria a la voluntad de nuestro Estado y siempre y cuando no comprometa al país en decisiones que necesariamente requieren de la aprobación legislativa. Por ello, el tema en cuestión radica entonces en las obligaciones y controles que el Estado le imponga a su representante. De igual forma, no es de recibo el argumento de los consultantes en cuanto a que no existe garantía de que las decisiones que tome la Comisión de Libre Comercio sean conforme a la Constitución, pues ahí precisamente radica la importancia de la función que desempeñe nuestro representante, el cual no podría en ningún momento comprometer a nuestro país más allá de lo que permita nuestra Carta Fundamental. En todo caso, si la Ley de Jurisdicción Constitucional no se incluyó como "medida disconforme" no significa que se haya derogado el control de esta Sala previsto en la Constitución Política (artículos 10 y 48), sino que por el contrario no se consideró incompatible con el Tratado, y por lo tanto no era necesaria su inclusión. Deben tener claro los consultantes, tal como se verá a lo largo de esta sentencia, que en la lista de medidas disconformes únicamente se incluye aquella legislación nacional que a pesar de ser contraria a las disposiciones del Tratado, se quieren mantener vigentes. Ello no significa que lo que no esté incluido ahí se entienda como derogado.

Finalmente, las y los diputados consultantes consideran violatorio del principio de independencia que las decisiones de la Comisión de Libre Comercio sean obligatorias

para los árbitros, según lo dispuesto en el artículo 10.22.3 y 10.23.2, pues estiman que se trata de ministros interviniendo en función jurisdiccional. Sobre este punto, tampoco observa la Sala inconstitucionalidad alguna. Nótese que a la luz de lo dispuesto en el numeral 19.1.3.c, la Comisión de Libre Comercio es quien tiene la facultad de realizar interpretaciones sobre las disposiciones del Tratado, sin embargo, ello no significa que pueda avocarse la resolución de un caso concreto, pues esto es competencia exclusiva del panel arbitral a través de los laudos. Lo que hace la Comisión es una interpretación del Tratado, pero nunca indicarle al panel cómo resolver el caso concreto, por lo que no se observa violación al principio de independencia. Lejos de ser inconstitucional, lo considera esta Sala una garantía, toda vez que al existir un representante de Costa Rica en la Comisión de Libre Comercio, intervendrá en cualquier interpretación que se haga del Tratado, con lo cual se garantiza que se respeten los intereses, las leyes y la Constitución de nuestro país y que esto se refleje en el mecanismo de resolución de controversias que tanto preocupa a los consultantes.

Por todo lo anteriormente indicado, esta Sala no observa violación alguna en lo relativo a la Comisión de Libre Comercio establecida en el Tratado.

El Magistrado Vargas pone nota.

Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y declaran inconstitucional la figura de la Comisión de Libre Comercio.

X.-

Sobre lo dispuesto en los artículos 9.14 y 10.9.3 del Tratado. Otro de los aspectos que consulta la Defensoría los Habitantes es lo dispuesto en los artículos 10.9.3 y 9.14 del Tratado analizado, pues estima que se produce una afectación directa al derecho a la vida, y a la salud. Considera que el problema principal que se deriva de estas cláusulas es que las personas que inviertan o inicien relaciones comerciales en Costa Rica podrían interpretar que el ejercicio de una política pública para proteger la salud y la vida de los y las habitantes constituye una barrera o restricción encubierta al comercio, con ello, dichas disposiciones constituirían una restricción al Estado costarricense y una eventual superposición del comercio sobre derechos fundamentales. Manifiesta que existen condiciones sanitarias que provocan reacción de las autoridades de salud en Costa Rica que podrían ser consideradas “arbitrarias”, “injustificadas” o “discriminatorias” por quienes realizan inversiones o tienen relaciones comerciales, ya que esas condiciones sanitarias no las enfrentarían en otros países, además de que se autoriza a particulares que se consideren discriminados, a denunciar al Estado costarricense y a activar los mecanismos de resolución de controversias en el momento en que el Estado varíe normativas o adopte decisiones administrativas que de alguna forma “constituyan una violación encubierta al comercio o inversión internacionales”. Para analizar el reclamo anterior, se estudiarán a continuación cada una de las normas impugnadas:

“Artículo 9.14: Excepciones

1. Siempre y cuando dichas medidas no se apliquen en forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes cuando existan las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio entre las Partes, ninguna disposición de este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o mantenga medidas que sean:

(...)

(b) necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal y vegetal;

(...)”

De lo anterior considera esta Sala que el artículo citado debe ser leído en su contexto y no como lo hace la Defensoría de los Habitantes. Es claro que lo que pretende establecer el Tratado como principio básico es que todas las Partes puedan adoptar o mantener las medidas que estimen necesarias para proteger la salud y la vida humana, animal y vegetal. Por lo anterior, no es cierto que el acuerdo comercial pretenda violentar con dicha disposición el derecho a la vida y a la salud, sino todo lo contrario, pues reserva a las Partes su competencia en esta materia. Ahora bien, el requisito para imponer o mantener esas medidas es que esto se haga con base en argumentos objetivos y no discriminatorios, entendiendo que el Estado costarricense no podría otorgar a los inversionistas extranjeros un trato diferente al que se otorga a sus inversionistas nacionales. Esto no significa que el Estado no pueda establecer las regulaciones que estime necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales comentados, pues el mismo artículo lo que pretende es reconocer a las Partes esa facultad, siempre y cuando se apliquen esas medidas a todos por igual. Tampoco resulta inconstitucional que dicho artículo establezca que las regulaciones en la materia no pueden significar una restricción encubierta al comercio, pues lo que se pretende con dicha disposición no es que el Estado costarricense no pueda imponer regulaciones distintas a las establecidas en otros países, sino que lo que se busca es que no exista un obstáculo al comercio en su territorio al otorgarse beneficios discriminatorios que vayan en detrimento del inversionista extranjero. Por ello, no es que cualquier inversionista vaya a considerarse discriminado con una medida adoptada por el Estado costarricense y en consecuencia pueda activar el mecanismo de resolución de controversias, pues esto únicamente aplicaría si esa medida se le impusiera sólo a él y no a la generalidad de los inversionistas. Ello, lejos de ser inconstitucional pretende la igualdad de trato en el ámbito comercial de las Partes, que esta Sala avala por ser conforme con los principios y valores que informan nuestra Norma Fundamental. Nótese que incluso el artículo 21.1 del Tratado hace remisión expresa a lo dispuesto en el artículo XX del GATT de 1994 y sus notas interpretativas, lo cual incluye *“las medidas en materia ambiental necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal”*, por lo que haciendo una lectura de buena fe del Tratado, no se desconoce la potestad de las partes para imponer medidas en esta materia. Ahora bien, la Defensora de los Habitantes señala que podrían presentarse situaciones en que un Ministerio deba activar mecanismos para restringir las actividades de una empresa transnacional, sin que estas restricciones alcancen empresas nacionales, por ejemplo de acuerdo a las características geográficas, una medida de cierre podría aplicársele a una empresa extranjera ubicada en Limón, pero su competidora nacional podría no verse afectada porque no se encuentra en la misma zona, lo cual esta Sala no estima que resulte contrario a las normas analizadas, pues es claro que dichas empresas no se encuentran en la misma posición de hecho y de derecho y por lo tanto las medidas adoptadas no serían discriminatorias. Nótese que la norma incluso señala que deben existir *“las mismas condiciones”*, por lo que el Estado costarricense siempre tendría la posibilidad de demostrar que la medida que tomó fue justificada y que no responde a motivos arbitrarios.

El segundo artículo impugnado establece en lo conducente:

“(c) Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, y siempre que tales medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o

inversión internacionales, los párrafos 1(b), (c) y (f), y 2(a) y (b) no se interpretarán en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental:

(...)

(ii) necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal;

(...)”

El artículo citado al igual que el ya comentado, establece como principio que todas las Partes pueden adoptar o mantener medidas, específicamente de naturaleza ambiental, para proteger la vida o salud humana, animal y vegetal. De nuevo, establece que dichas medidas no deben aplicarse de manera arbitraria o injustificada ni deben constituir una restricción encubierta al comercio, pues pretende que los Estados no utilicen esta norma de pretexto para crear una discriminación entre el inversionista extranjero y el nacional. Además, debe tenerse en consideración que dichas normas operan también como una garantía para el inversionista costarricense cuando desee ingresar a los mercados de las demás Partes del tratado. Por ello, no considera la mayoría de la Sala que las normas consultadas resulten inconstitucionales.

Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y consideran que los artículos consultados resultan inconstitucionales.

XI.-

Sobre el tema de Propiedad Intelectual en el Tratado. El Tratado bajo estudio contiene un capítulo relativo a Propiedad Intelectual que compromete a las partes a ratificar varios tratados en esta materia, establece regulaciones en cuanto a marcas, indicaciones geográficas, nombres de dominio en Internet, derechos de autor y derechos conexos, señales de satélite codificadas portadores de programas, patentes y medidas relacionadas con ciertos productos regulados. Asimismo, regula procedimientos de observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual para hacer efectivos estos derechos. Ahora bien, a pesar de todas las regulaciones que establece ese capítulo, desde el punto de vista constitucional no todos los aspectos deben ser valorados por esta Sala, pues muchos de ellos no están ligados a la eventual violación a un derecho fundamental. Es por lo anterior, que a pesar de las diversas manifestaciones que realizan los consultantes sobre el tema de propiedad intelectual, el análisis de esta Sala se centrará únicamente desde la perspectiva del Derecho de la Constitución. A continuación se resolverán cada uno de los puntos planteados tanto por la Defensoría como por las y los diputados consultantes.

a) Sobre la violación al principio de inocencia en materia penal. Las diputadas y diputados consultantes, consideran que lo dispuesto en el artículo 15.11.5 del Tratado resulta violatorio del principio de inocencia, pues establece una serie de presunciones que de aplicarse en la sede penal, resultarían violatorias de lo dispuesto en el numeral 39 de la Constitución Política. Dicho artículo establece:

“5. En los procedimientos civiles, administrativos y penales relativos a los derechos de autor y derechos conexos, cada Parte dispondrá que:

*(a) **la persona cuyo nombre es indicado como el autor, productor, interprete o ejecutante o editor de la obra, interpretación o ejecución o fonograma de la manera***

usual, se presumirá, en ausencia de prueba en contrario, como titular designado de los derechos de dicha obra, interpretación o ejecución o fonograma;

(b) se presumirá, en ausencia de prueba en contrario, que el derecho de autor o derecho conexo subsiste en dicha materia.” (La negrita no forma parte del original)

Los consultantes consideran que la norma transcrita resulta inconstitucional, pues al existir una presunción como la ahí establecida no es necesaria la demostración de culpabilidad, sino que por el contrario, se traslada al imputado la carga de la prueba. De la lectura realizada del artículo en cuestión, esta Sala no puede llegar a la misma conclusión de los consultantes. Tal como se desprende de las partes destacadas en negrita, no es que se presume que cualquier persona que denuncie en la vía penal es el titular del derecho y que por tal razón el demandado tiene la carga de la prueba para demostrar lo contrario. Nótese que lo que se presume no es la titularidad del denunciante, sino de quien se cita su nombre “de manera usual” como autor, intérprete, ejecutante o editor. Por ello, no es que la persona que demanda no tenga que demostrar su titularidad, pues al menos para que le aplique la presunción, su nombre debe constar en la obra. En otras palabras, esas personas han venido haciendo uso público y notorio de la obra en cuestión y por tal motivo se presume que son los titulares de la misma; sin embargo, ello no equivale a una presunción de culpabilidad del imputado, pues en el juicio debe demostrarse que efectivamente quebrantó los derechos de propiedad intelectual. Y aquí debe tenerse presente que todas las reglas y garantías del proceso penal costarricense continúan vigentes -y más aun las de rango constitucional como lo es lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política- por lo que no puede entenderse que se desconoce el principio de inocencia, base de nuestro sistema penal. Ello es reconocido en el mismo Tratado, que al inicio de su artículo 15.11 dispone:

“Artículo 15.11: Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual

Obligaciones Generales

1. Cada Parte entiende que los procedimientos y recursos requeridos bajo este artículo para la observancia de los derechos de propiedad intelectual sean establecidos de acuerdo con:

(a) los principios del debido proceso que cada Parte reconozca, y

(b) los fundamentos de su propio sistema legal.

2. Este artículo no impone a las Partes obligación alguna:

(a) de instaurar un sistema judicial para la observancia de los derechos de propiedad intelectual distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general; o

(b) con respecto a la distribución de recursos para la observancia de los derechos de propiedad intelectual y la observancia de la legislación en general.

(...)”

Lo anterior respalda que no existe alteración alguna de los principios que rigen nuestra legislación penal, por lo que no podría en ningún momento desconocerse el principio de

inocencia y de necesaria demostración de culpabilidad, para condenar en esa vía a alguna persona que trasgreda los derechos de propiedad intelectual. Nótese que el mismo Tratado reconoce los principios del debido proceso de cada Parte y los fundamentos de su propio sistema legal, remitiendo a los procedimientos ya existentes en la legislación interna. Por ello, esta Sala no considera que el artículo consultado resulte inconstitucional.

b) Sobre la alegada violación al principio de intimidad. Las señoras y señores diputados consultan lo dispuesto en el artículo 15.11.12 del Tratado, pues consideran que dicho artículo autoriza a las autoridades judiciales de cada Parte a trasladar información confidencial de cualquier persona involucrada en una infracción de propiedad intelectual, al titular del derecho, con lo cual se desconoce lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política, pues no sólo se amplían los supuestos de secuestro, registro y examen existentes en nuestra legislación, sino que además se autoriza al juez civil para realizar esas funciones. Sobre las exigencias en cuanto al manejo de información esta Sala ha indicado:

“el Estado procurar(sic) que los datos íntimos (también llamados “sensibles”) de las personas no sean siquiera accedidos sin su expreso consentimiento. Trátase de informaciones que no conciernen más que a su titular y a quienes éste quiera participar de ellos, tales como su orientación ideológica, fe religiosa, preferencias sexuales, etc., es decir, aquellos aspectos propios de su personalidad, y que como tales escapan del dominio público, integrando parte de su intimidad del mismo modo que su domicilio y sus comunicaciones escritas, electrónicas, etc. En un segundo nivel de restricción se encuentran las informaciones que, aun formando parte de registros públicos o privados no ostentan el carácter de “públicas”, ya que -salvo unas pocas excepciones- interesan solo a su titular, pero no a la generalidad de los usuarios del registro. Ejemplo de este último tipo son los archivos médicos de los individuos, así como los datos estrictamente personales que deban ser aportados a los diversos tipos de expedientes administrativos. En estos casos, si bien el acceso a los datos no está prohibido, sí se encuentra restringido a la Administración y a quienes ostenten un interés directo en dicha información. En un grado menos restrictivo de protección se encuentran los datos que, aun siendo privados, no forman parte del fuero íntimo de la persona, sino que revelan datos de eventual interés para determinados sectores, en especial el comercio. Tal es el caso de los hábitos de consumo de las personas (al menos de aquellos que no quepan dentro del concepto de “datos sensibles”). En estos supuestos, el simple acceso a tales datos no necesariamente requiere la aprobación del titular de los mismos ni constituye una violación a su intimidad, como tampoco su almacenamiento y difusión. No obstante, la forma cómo tales informaciones sean copiadas y empleadas sí reviste interés para el Derecho, pues la misma deberá ser realizada de forma tal que se garantice la integridad, veracidad, exactitud y empleo adecuado de los datos. Integridad, porque las informaciones parciales pueden inducir a errores en la interpretación de los datos, poniendo en eventual riesgo el honor y otros intereses del titular de la información. Veracidad por el mero respeto al principio constitucional de buena fe, y porque el almacenamiento y uso de datos incorrectos puede llevar a graves consecuencias respecto del perfil que el consultante puede hacerse respecto de la persona. Exactitud, porque los datos contenidos en dichos archivos deben estar identificados de manera tal que resulte indubitable la titularidad de los mismos, así como el carácter y significado de las informaciones. Además, el empleo de tales datos debe corresponder a la finalidad (obviamente lícita) para la que fueron recolectados, y no para otra distinta. En el caso de todas las reglas antes mencionadas, es claro que el deber de cumplimiento de tales exigencias lo ostenta quien acopie y manipule los datos, siendo deber suyo - y no de la persona dueña de los datos- la estricta y oficiosa observancia de las mismas. Finalmente, se encuentran los datos que, aun siendo

personales, revisten un marcado interés público, tales como los que se refieren al comportamiento crediticio de las personas; no son de dominio público los montos y fuentes del endeudamiento de cada individuo, pero sí lo son sus acciones como deudor, la probidad con que haya honrado sus obligaciones y la existencia de antecedentes de incumplimiento crediticio, datos de gran relevancia para asegurar la normalidad del mercado de capitales y evitar el aumento desmedido en los intereses por riesgo. Con respecto a estos datos, también caben las mismas reglas de recolección, almacenamiento y empleo referidos a los anteriores, es decir, la veracidad, integridad, exactitud y uso conforme. El respeto de las anteriores reglas limita, pero no impide a las agencias -públicas y privadas- de recolección y almacenamiento de datos, cumplir con sus funciones, pero sí asegura que el individuo, sujeto más vulnerable del proceso informático, no sea desprotegido ante el poder inmenso que la media adquiere día con día. En una categoría aparte se encuentran aquellos datos de interés general y acceso irrestricto contenidos en archivos públicos, para los cuales la regla a emplear es la del artículo 30 y no la dispuesta en el numeral 24 constitucional. Es decir, que en relación con tales informaciones existe una autorización absoluta de acceso y un deber inexcusable de la Administración de ponerlos al alcance de quienes quieran consultarlos, como en mecanismo de control ciudadano respecto de las actuaciones estatales, derivación necesaria del principio democrático que informa todas las actuaciones públicas y moldea las relaciones entre el Estado y la sociedad civil.” (Sentencia 2001-00754, de las trece horas del veinticinco de enero de dos mil uno)

Visto el diferente grado de protección que se ha reconocido en materia de datos personales, esta Sala debe analizar lo dispuesto en la norma consultada, para determinar en definitiva si existe o no un roce con la Constitución Política. Dicho artículo señala:

“12. Cada Parte garantizará que en los procedimientos civiles judiciales relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, sus autoridades judiciales deberán estar facultadas para ordenar al infractor que proporcione cualquier información que posea respecto a cualquier persona(s) involucradas en cualquier aspecto de la infracción y respecto de los medios de producción o canales de distribución para los productos o servicios infractores, incluyendo la identificación de terceras personas involucradas en su producción y distribución y sus canales de distribución, y proporcionarle esta información al titular del derecho. Cada Parte garantizará que sus autoridades judiciales deberán estar facultadas para imponer sanciones, cuando fuere apropiado, a una parte en un procedimiento que incumpla las órdenes válidas impuestas por dichas autoridades.”

Por su parte, el artículo 24 de la Constitución Política señala en lo conducente:

“(…)

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

(…)”

De dicho artículo constitucional, se puede llegar a la conclusión de que los Tribunales

de Justicia en general están autorizados por el Constituyente para ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sean necesarios para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento, siendo el único requisito que la regulación legal que fije las pautas sea aprobada por votación de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa. Por tal razón, el simple hecho de que el Tratado autorice a un juez civil para requerir información en los procedimientos judiciales (aun siendo confidencial), resulta acorde con el artículo constitucional, advirtiendo lógicamente que será mediante ley aprobada por mayoría calificada que se regule todo lo relativo a esta materia. Ahora bien, llevan razón los consultantes al indicar que se trata de una disposición abierta que deja la duda de si el juez civil además de estar facultado para solicitar información confidencial, puede trasladarla al titular del derecho a pesar de la naturaleza de esa información. Sin embargo, de nuevo, considera esta Sala que dicho artículo no puede ser sustraído de las obligaciones generales que establece el Tratado en materia de observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, y a partir de ahí debe ubicarse la norma en cuestión. Como ya se comentó, en el mismo artículo donde se encuentra la disposición consultada (15.11), se reconoce el derecho de cada Parte de mantener sus principios del debido proceso y los fundamentos de su propio sistema legal. Por lo anterior, a la luz de nuestra normativa interna (que reconoce el mismo Tratado), el juez civil no podría en ningún caso trasladar al titular del derecho, aquella información que sea considerada "dato sensible", o que siendo privada, carezca de importancia para efectos de que el titular pueda identificar a los infractores o los medios de producción o canales de distribución utilizados para la infracción, pues evidentemente aquí se desnaturalizaría la intención de la norma consultada, y se vulneraría el Derecho de la Constitución. Por supuesto que aquellos datos que están referidos a personas privadas pero no está impedida su transferencia, deben cumplir estrictamente con los caracteres esenciales de integridad, veracidad, exactitud y adecuación al fin que la jurisprudencia constitucional ha reconocido como indispensables para el manejo de este tipo de información. Por ello, todo lo relativo a esta materia debe estar expresamente establecido en la ley si en la actualidad no existe tal regulación, sin que la disposición genérica del Tratado resulte en sí misma inconstitucional, pues por las razones indicadas, dicha norma debe interpretarse a la luz de las obligaciones generales que contiene el capítulo de propiedad intelectual. No resulta de más indicar, que una norma con sentido similar se encuentra en el A cuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), la cual señala:

"Artículo 47

Derecho de información

Los Miembros podrán disponer que, salvo que resulte desproporcionado con la gravedad de la infracción, las autoridades judiciales puedan ordenar al infractor que informe al titular del derecho sobre la identidad de los terceros que hayan participado en la producción y distribución de los bienes o servicios infractores, y sobre sus circuitos de distribución"

Lo anterior, demuestra que la obligación fue adquirida previamente por Costa Rica al aprobar el ADPIC, y en consecuencia no es un tema innovador en el Tratado de Libre Comercio. Además, el artículo primero del ADPIC, faculta a los Estados a prever en su legislación, una protección más amplia que la exigida en dicho acuerdo, con lo cual el Tratado de Libre Comercio no hace más que desarrollar el contenido de dicha disposición. En consecuencia, con las advertencias hechas, esta Sala no encuentra inconstitucionalidad alguna en cuanto a este punto.

c) Sobre el caso específico de los medicamentos. Sin duda uno de los puntos medulares en materia de propiedad intelectual para efectos de revisión de esta Sala, es el relativo al acceso a los medicamentos. Tanto la Defensoría de los Habitantes como las y los diputados consultantes, establecen una serie de inquietudes en esta materia que se procederán a revisar, advirtiéndolo nuevamente que el enfoque de esta Sala será únicamente desde la perspectiva de su competencia. Sobre este aspecto, señala la Defensoría que con el fin de proteger la salud pública, los Estados miembros de la OMC convinieron en flexibilizar la aplicación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) durante la Conferencia Ministerial de Doha realizada el 20 de noviembre de 2001. Que sin embargo, las negociaciones de tratados de libre comercio con Estados Unidos no respetan esta decisión de la OMC, sino que por el contrario, se devuelve a los ADPIC y se amplía aún más la protección, estableciendo lo que se conoce como "ADPIC PLUS". Considera que este ADPIC-PLUS ocasiona la limitación de licencias obligatorias, la prohibición de comercio de productos más baratos que se vendan en otro lugar o importación paralela, mayor duración de las patentes, aumento de la protección de los datos de las pruebas con un período de exclusividad para la comercialización y una vinculación patente-registro (que también consultan las y los diputados), todo lo cual ocasionará un impacto negativo en el sistema de seguridad social costarricense al aumentar el precio de los medicamentos. Asimismo, reclama que durante la fase de negociación del tratado no se realizaron estudios técnicos ni se tomó la opinión de especialistas en este campo. Por su parte, las señoras y señores diputados señalan como puntos adicionales que el artículo 15.10 del Tratado al disponer la "exclusividad de datos de prueba" impide el acceso a los medicamentos y el establecimiento de licencias obligatorias; el artículo 15.11.19 establece una presunción sobre la validez de las patentes, lo cual incluye los casos de medidas cautelares con el inconveniente que esto trae; el artículo 20.2.c permite que el Capítulo 15 sea llevado al mecanismo de solución de controversias Estado-Estado, lo cual podría incluir lo relativo a medicamentos en contravención con la Declaración de Doha; y el tratado no aclara qué conductas "que no contravienen el tratado" pueden ser calificadas como causantes de "anulación o menoscabo", todo lo cual consideran violatorio del derecho a la salud pues afecta negativamente el sistema de seguridad de la Caja Costarricense de Seguro Social. Al respecto, es evidente que existe preocupación sobre el impacto que podría tener el Tratado en estudio sobre el derecho a la salud de los asegurados y sobre el sistema de seguridad social de la Caja Costarricense de Seguro Social, preocupación que radica principalmente en que el artículo 15.10.1 establece un plazo de al menos cinco años de protección a los datos de prueba, entendiendo éstos como *"aquellos que deben presentarse como condición para el registro de productos farmacéuticos, relacionados con la calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos, así como también información sobre la composición física y las características químicas del producto"*. Se indica que quienes fabriquen medicamentos genéricos tendrán que invertir para tener esos datos de prueba, o por el contrario esperar el periodo de protección de dichos datos, lo cual retrasaría el acceso a los medicamentos de última generación y elevaría el costo de los medicamentos. Por ello, se alega que se produciría un impacto negativo en el servicio de salud, pues la Caja Costarricense del Seguro Social tendría que adquirir medicamentos antiguos o pagar altos precios por los medicamentos protegidos por mecanismos de propiedad intelectual. Además que dicho mecanismo es independiente de las patentes, por lo que nada impide que se aplique cuando éstas no están vigentes. Sobre este primer punto, debe aclararse que la obligación de proteger los datos de prueba en materia de medicamentos, no nace con el Tratado que se analiza, fue establecida desde que Costa Rica aprobó el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), sin embargo, no es sino con el Tratado de Libre Comercio en estudio que se pretende establecer un plazo para dicha protección. De igual forma, el plazo de veinte años de protección en caso de patentes, también fue establecido en dicho acuerdo aprobado en

el ámbito de la Organización Mundial del Comercio y por la reforma a la Ley de Patentes. Una vez realizada esa aclaración, debe indicarse que el periodo de cinco años establecido para la protección de los datos de prueba o incluso el establecido para patentar determinado producto, no resulta violatorio del Derecho de la Constitución, pues a partir de lo dispuesto en el artículo 47 de nuestra Carta Fundamental: *“Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca, nombre comercial, con arreglo a la ley”*. Es por ello que mal haría esta Sala en obviar la propiedad intelectual que se está protegiendo en el Tratado de Libre Comercio en estudio, pues los mismos tienen raigambre constitucional. Sin embargo, es evidente que también existe una obligación de conciliar ese derecho con el derecho a la salud y a la vida, elementales e inherentes a todo ser humano, y sin los cuales todos los demás serían inútiles. En ese sentido, el mismo Tratado en estudio reconoce en su artículo 15.9.3 la posibilidad de los Estados de establecer excepciones a los derechos de propiedad intelectual, siempre que no atenten contra su explotación normal de forma injustificada ni causen perjuicio a los intereses legítimos del titular, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros. Y es aquí donde Costa Rica debe recordar las obligaciones que ha adquirido previamente en materia de acceso a la salud, específicamente en la Declaración de Doha sobre la salud pública, que debe servir de marco de interpretación en este caso por ser parte del sistema de fuentes de la Organización Mundial del Comercio y expresamente reconocido en el preámbulo del Tratado de Libre Comercio. Establece dicha normativa en su artículo 4 que *“el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos.”* De igual forma, sobre licencias obligatorias en medicamentos, la Conferencia de Doha también acordó: *“El Consejo de los ADPIC tiene que encontrar solución*

a los problemas con los que pueden tropezar los países si sus capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes para hacer uso de las licencias obligatorias, y tiene que informar al respecto al Consejo General antes de fines de 2002. La Declaración prorroga asimismo hasta el 1º de enero de 2016 el plazo de que disponen los países menos adelantados para aplicar las disposiciones relativas a las patentes de productos farmacéuticos.” (citado en el informe del Estado de la Nación)

Lo anterior, debe sumarse a la potestad de los Estados de imponer licencias obligatorias en casos de emergencia grave oficialmente declarada (artículo 31 de ADPIC y artículo 5 de la Declaración de Doha sobre la salud pública) y realizar importaciones paralelas por razones de precio o disponibilidad (artículo 6 ADPIC), mecanismos que no prohíbe el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos. Cabe mencionar, que no es competencia de esta Sala analizar si dichos mecanismos son o no suficientes para evitar un aumento en el costo de los medicamentos o si en la práctica funcionan o no, como pretende la Defensoría de los Habitantes, pues ello escapa del matiz constitucional. Sin embargo, basta para la Sala que existan dichos instrumentos para atenuar el impacto del posible aumento de precios de los medicamentos y garantizar su efectivo acceso, sin que se descuide el derecho constitucional del inventor. Aun cuando la Defensoría critica el mecanismo de “licencias obligatorias” por cuanto señala que no se ha definido la forma en que los Estados deberán declarar la “emergencia nacional” para utilizarlas, ello no es más que una ventaja para nuestro país, pues tiene un mayor grado de discrecionalidad siempre y cuando esté amparado en razones objetivas. Por supuesto

dichas medidas deben ser necesarias y fundamentadas de cara al interés público, pues de lo contrario se estaría limitando derechos de rango constitucional (propiedad intelectual) sin que exista justificación. Ello evidencia amplias facultades otorgadas al Estado costarricense, para adoptar medidas en caso que estime que se está ocasionando un perjuicio al sistema de salud brindado por la Caja Costarricense de Seguro Social, y de ahí radica la importancia de que asuma su compromiso respetuoso de los derechos fundamentales de las personas. En el caso de las licencias paralelas, la Defensoría critica que no son mecanismos absolutamente libres y poseen sus restricciones en el sentido de que no permiten la importación de un producto para competir con otro similar (originario o genérico) si el producto importado no está registrado aún en el país, o sea, no posee el correspondiente permiso para la comercialización, lo cual esta Sala estima razonable pues más bien sería un riesgo a la salud no requerir el registro en nuestro país. De igual forma, aun cuando tanto la Defensoría como los Diputados consultantes alegan que el Tratado de Libre Comercio olvida las obligaciones contraídas en la Declaración de Doha, no estima esta Sala que lleven razón, por cuanto no existe norma alguna en el acuerdo comercial que impida tal aplicación y más bien se encuentra en concordancia con el artículo 15.9.3 ya comentado. Aun existiendo dudas sobre el particular, éstas quedan despejadas a partir del entendimiento firmado por las Partes relativo a la materia de salud, que señala lo siguiente:

“ENTENDIMIENTO RELATIVO A ALGUNAS MEDIDAS DE SALUD PÚBLICA

5 de Agosto de 2004

Los Gobiernos de la República de Costa Rica, la República Dominicana, la República de El Salvador, la República de Guatemala, la República de Honduras, la República de Nicaragua, y los Estados Unidos de América alcanzaron los siguientes entendimientos relativo al Capítulo Quince (Derechos de Propiedad Intelectual) del Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos este día (el “Tratado”):

Las obligaciones del Capítulo Quince no afectan la capacidad de una Parte de adoptar medidas necesarias para proteger la salud pública, mediante la promoción del acceso universal a las medicinas, en particular a aquellas para tratar casos de HIV/SIDA, tuberculosis, malaria y otras enfermedades epidémicas así como circunstancias de extrema urgencia o emergencia nacional.

En reconocimiento del compromiso de acceder a medicinas que son suplidas de conformidad con la Decisión del Consejo General del 30 de agosto de 2003 sobre la Implementación del Párrafo Seis de la Declaración de Doha relacionado con el Acuerdo ADPIC y la salud pública (WT/L/540) y la declaración del Presidente del Consejo General de la OMC que acompaña la Decisión (JOB(03)/177, WT/GC/M/82) (conjuntamente, la “Solución ADPIC/Salud”), el Capítulo Quince no impide la efectiva utilización de la Solución ADPIC/Salud.

*En relación con los asuntos mencionados anteriormente, si entra en vigor una enmienda de una disposición del Acuerdo de la OMC sobre Aspectos Relacionados con los Derechos de Propiedad Intelectual (1994) respecto a las Partes y esa enmienda es incompatible con el Capítulo Quince, nuestros Gobiernos deberán consultar **para efectos de adaptar el Capítulo Quince** según corresponda a la luz de la enmienda.” (La negrita no forma parte del original)*

De lo anterior, se desprende que las disposiciones aceptadas por Costa Rica en el

marco de la Organización Mundial del Comercio en esta materia, tienen plena vigencia, y en consecuencia, el Estado costarricense puede adoptar las medidas que se encuentren a su alcance para garantizar el acceso a los medicamentos, incluyendo las licencias obligatorias. De igual forma, se desprende de dicho entendimiento que en caso de reforma en materia de acceso a medicamentos y salud o al ADPIC-SALUD, el Tratado de Libre Comercio queda supeditado a lo que disponga el acuerdo multilateral. Por lo anterior, no es cierto que no se reconozcan los derechos contemplados en la Declaración de Doha sobre Salud Pública como señalan los diputados consultantes. De igual forma, dicha carta de entendimiento hace concluir a esta Sala que el argumento de la Defensoría en cuanto a que se ocasionará un impacto negativo en la salud por ser el Tratado de Libre Comercio un “ADPIC PLUS” no es de recibo, pues las Partes se comprometieron a realizar cualquier enmienda necesaria para hacer compatible el Tratado con los compromisos adquiridos en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio y, de esta forma, lograr un efectivo acceso a los medicamentos. En todo caso, el hecho de que el Tratado de Libre Comercio contemple plazos diferentes o más estrictos que ADPIC, no significa que haya una violación constitucional. Ahora bien, si a pesar de todas esas facultades otorgadas al Estado en materia de salud, la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio incrementara de alguna forma los costos para adquirir un medicamento, esta Sala entiende que el mismo no puede ser cargado al asegurado, en menoscabo de su derecho a la salud. Es claro que un régimen de Derecho puede tener un costo de naturaleza económica, pero éste siempre debe ser asumido por el Estado, incluyendo aquellos generados por sus compromisos internacionales. Es por ello que el Estado costarricense (Poder Ejecutivo-Asamblea Legislativa) deberá garantizar que mediante un giro efectivo de recursos provenientes del presupuesto nacional, la Caja reciba los montos económicos necesarios para hacer frente a cualquier aumento en los medicamentos, de tal manera que los recursos ordinarios que dicha institución destina a la prestación de servicios a ella encomendados, no se vean reducidos. De igual forma, la Caja Costarricense de Seguro Social deberá garantizar un servicio de salud universal, igualitario y protector de todos los derechos fundamentales de los usuarios y usuarias, utilizando los mecanismos a su alcance para que ello suceda. Aun cuando la Defensoría estima que se requieren modificaciones administrativas en la Caja Costarricense de Seguro Social y en la Ley de Contratación Administrativa, aunque ello sea cierto y conveniente, no es un problema del Tratado, ni encierra un vicio de constitucionalidad, sino un aspecto que el Estado costarricense está obligado a implementar y fortalecer. De igual forma, cabe mencionar que a pesar de que la Defensoría presenta el ejemplo de varios países en los que supuestamente ocurrió un incremento en el precio de los medicamentos, para señalar que ocurrirá lo mismo en Costa Rica, eso no es más que una mera hipótesis o eventualidad, y prueba de ello es que también se han realizado estudios que aseguran que no existirá un impacto en los servicios de salud (al respecto ver estudio del Programa Estado de la Nación en Desarrollo Sostenible y el informe denominado “Criterio Institucional sobre los Efectos del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana para la Caja Costarricense del Seguro Social”, redactado por autoridades de dicha entidad). Lo anterior, no lleva más que a concluir que no hay certeza de que vaya a producirse un menoscabo en las finanzas de la Caja, la cual de todas formas no puede alegar razones presupuestarias para desatender el derecho a la salud de las personas, y de ahí la importancia de la actuación que asuma el Estado frente al compromiso que adquirió en el ámbito internacional. Eso no hace al tratado inconstitucional, sino que mantiene el compromiso del Estado de garantizar que ante la eventual ejecución del acuerdo comercial no se producirán violaciones o amenazas a los derechos fundamentales en casos concretos, para lo cual esta Sala conserva toda su competencia.

Otro de los aspectos que consultan tanto la Defensoría como las y los diputados

consultantes es el relativo a la “vinculación patente-registro” establecida en el artículo 15.10.2, pues señalan que la norma pretende impedir que las autoridades sanitarias de las Partes concedan autorizaciones a versiones genéricas de los medicamentos u otros productos farmacéuticos mientras exista una patente vigente. Sin embargo, estima esta Sala que dicho alegato no debe ser revisado en esta vía, por cuanto constituye un aspecto de oportunidad y conveniencia que escapa de todo análisis constitucional, en la medida que lo que se pretende es atacar la forma de protección de las patentes en nuestro país, lo cual evidentemente no reviste un matiz constitucional. Tampoco resulta competencia de esta Sala cuestionar el establecimiento de una presunción de validez de las patentes en el caso de medidas cautelares (15.11.19) pues de nuevo se trata de un asunto que no incide en forma directa sobre derechos fundamentales. Asimismo, el reclamo en cuanto a que el Tratado utiliza una redacción “ambigua” en su Anexo 20.2 o que permite utilizar el mecanismo de resolución de controversias Estado-Estado por violaciones al capítulo de propiedad intelectual no implica necesariamente que se ocasionará una violación al derecho a la salud, pues como se indicó, el Estado tiene amplias facultades conforme al Tratado y a los demás compromisos asumidos en materia de salud, para garantizar la protección de este derecho. Desde el punto de vista constitucional, basta señalar que no obstante las obligaciones contraídas por el Estado costarricense, se habrá de seguir garantizando el efectivo acceso a un sistema de seguridad social universal y solidario, lo cual podría analizar esta Sala en casos concretos. Además, como se analizó con anterioridad, no es cierto que se estén desconociendo los compromisos asumidos por nuestro país en la Declaración de Doha (reconocida en el ámbito de la OMC), pues no sólo el preámbulo del Tratado reconoce la normativa de la Organización Mundial del Comercio, sino que además, debe recordarse la existencia de la carta de entendimiento expresa, que deja a salvo dichos compromisos, y que incluso deja abierta la posibilidad de modificar el Tratado, en caso de que exista discrepancia.

Tampoco podría analizar este Tribunal un eventual impacto que pueda generarse en los precios o en el acceso a los alimentos como consecuencia de las disposiciones del Tratado relativas a los datos de prueba en materia de químicos agrícolas, pues ello excede las competencias de la Sala. Realizar ese análisis significaría ampliar las competencias de la Sala a tal punto, que correspondería a este Tribunal lo relativo al control de los precios de los alimentos.

Finalmente, debe indicarse que el Tratado tampoco se convierte en inconstitucional, por el hecho de que no hayan existido especialistas durante la fase de negociación del Tratado, ni se haya facilitado el acceso a las mesas de negociación tal como señala la Defensoría. Sobre este tema, ya la Sala se había referido en la sentencia 2003-03838 de las once horas con diecisiete minutos del nueve de mayo del dos mil tres:

“Se estima razonable los motivos por los cuales la Administración se negó a entregarle al recurrente la información relativa a las propuestas presentadas por una de las Partes intervinientes en el proceso de negociación del tratado de libre comercio, en razón de que se trata de una fase preparatoria en la que se están negociando las posiciones respecto a los diferentes temas a tratar en el acuerdo que se pretende adoptar. Por esa razón concuerda la Sala con el argumento de la autoridad recurrida, en cuanto a que resulta prematuro exigir información o propuestas concretas de alguno de los países sobre un proceso de negociación que no está firme, de manera que se estima que la participación del ciudadano se puede hacer efectiva con la información brindada por el Ministerio de Comercio Exterior, en el sentido de que se le comunicaron los principales objetivos que se pretenden alcanzar en estas negociaciones previas y a lo largo de las discusiones posteriores. Por el contrario, el dar a conocer las propuestas preliminares de los países participantes, en lugar de promover la participación en la toma de

decisiones, equivaldría a una errónea información sobre el estado de las negociaciones, al encontrarse las mismas en una etapa preliminar.”

Por lo anterior, tampoco se encuentra inconstitucionalidad alguna en cuanto a este extremo.

Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y declaran inconstitucional el Tratado en cuanto a este extremo.

XII.-

Sobre la ausencia de una reserva de Costa Rica en el tema de “Trato Nacional”. La Defensoría también considera inconstitucional, el hecho de que Costa Rica no realizara una reserva en materia de “trato nacional”, lo que significa que no se protegió la capacidad del Estado para aplicar medidas que protejan a sectores como las y los campesinos, cooperativistas, los sectores económicamente deprimidos; o bien, poblaciones tales como las personas adultas mayores, las personas menores de edad, las mujeres jefas de hogar, los pueblos indígenas, entre otros. Considera, que a partir de lo negociado en el tratado el Estado costarricense no tiene posibilidades de brindar un trato preferencial ni a sectores ni a instituciones nacionales, lo cual se confirma aún más con el hecho de no haber hecho la reserva general que sí hicieron los demás países centroamericanos e incluso Estados Unidos, situación que ubica al Estado costarricense en posición de mayor desventaja con respecto al resto de las Partes. Sobre el particular, debe indicarse que no es competencia de esta Sala determinar si los negociadores costarricenses debieron o no firmar alguna reserva diferente a las suscritas en el acuerdo comercial analizado, toda vez que ello es un tema que escapa de la jurisdicción constitucional y se enmarca dentro de las competencias del Poder Ejecutivo en la dirección de las relaciones internacionales y de celebrar tratados (artículo 140, incisos 10 y 12 de la Constitución Política). Lo que sí es claro es que el Tratado de Libre Comercio en estudio, no es incompatible con la legislación interna que protege a grupos menos favorecidos a pesar de lo indicado por la Defensoría. Nótese que en la reserva II-CR-3 Costa Rica se reservó *“el derecho de adoptar o mantener cualquier medida respecto a la ejecución de leyes y al suministro de servicios de **readaptación social** así como los siguientes servicios, en la medida que sean **servicios sociales** que se establezcan o mantengan por un interés público: seguro o seguridad de ingreso, servicios de seguridad social, **bienestar social**, educación pública, capacitación pública, salud, atención infantil, servicios de alcantarillado público y servicios de suministro de agua”* (la negrita no es del original). De lo anterior se desprende que si existen razones de interés público, el Estado costarricense puede adoptar medidas de bienestar social aun cuando sean incompatibles con el tratado, protegiéndose de esta forma a los grupos menos favorecidos. Asimismo, lleva razón la Defensoría cuando señala que respecto de los pueblos indígenas, por la jerarquía del Convenio n.º 169 de la OIT y en virtud de la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, el hecho de que el Estado no haya gestionado una cláusula específica en el Anexo II del Proyecto, no puede ser interpretado como una derogatoria del régimen de protección especial que cubre a esta población, ni tampoco será justificación para cualquier tipo de inactividad administrativa futura ilegítima en lo que atañe a estos pueblos. En conclusión, el hecho de que no se haya incorporado una reserva idéntica a la de los demás países no implica inconstitucionalidad alguna, pues no existe ninguna norma en el tratado que excluya las potestades del Estado en esta materia, y por el contrario, de la reserva II-CR-3 se desprenden amplias facultades. En todo caso, esta Sala siempre conserva el control de constitucionalidad sobre cualquier actuación del Estado que se entienda compromete a los grupos socialmente en desventaja, lo cual deberá analizarse en cada caso concreto, sin que signifique que la ausencia de reserva

específica que señala la Defensoría sea inconstitucional.

El Magistrado Armijo pone nota.

XIII.-

Telecomunicaciones. En las consultas acumuladas se observan tres cuestionamientos en cuanto al tema de telecomunicaciones que se analizarán a continuación: la supuesta violación al principio de no retroactividad, la obligación del Instituto Costarricense de Electricidad de operar al costo y la asignación de licencias a proveedores en forma directa.

a) Sobre la supuesta violación al principio de no retroactividad. Tanto la Defensoría como las y los diputados consultantes destacan que conforme al pie de página del Capítulo XIII sobre "*Telecomunicaciones*", Costa Rica se comprometió a asumir los compromisos específicos estipulados en el Anexo XIII y no en el Capítulo citado. En el Anexo XIII se establece que: "*Costa Rica permitirá a los proveedores de servicios de otras Partes suministrar servicios de telecomunicaciones en términos y condiciones no menos favorables que aquellas establecidas por u otorgadas de conformidad con la legislación nacional vigente*

al 27 de enero del 2003". Consideran que esta cláusula confiere, con carácter retroactivo, beneficios para los "*nuevos operadores privados*" semejantes a los beneficios de los cuales gozaban a esa fecha (27 de enero del 2003) las Instituciones del Estado. Por lo anterior, se otorgan beneficios a los proveedores del servicio por encima de los intereses colectivos de la Nación y afecta directamente la implementación de una nueva normativa destinada al fortalecimiento de la institución prestataria de este servicio. Asimismo, estima la Defensoría que esta "*retroactividad*" a todas luces inconstitucional, impide al Estado determinar cambios que pudieren ser necesarios en materia de Telecomunicaciones a los efectos de prestar, como se debe, el servicio. Sobre el particular, debe indicarse que a partir de lo dispuesto en el artículo 34 de la Constitución Política, el principio de no retroactividad aplica en aquellos casos en se dé a una ley efectos retroactivos en perjuicio de una persona o de sus situaciones jurídicas consolidadas. Así lo dispone dicho numeral que señala:

"Artículo 34

*A ninguna ley se le dará efecto retroactivo **en perjuicio de persona alguna**, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas."* (La negrita no forma parte del original)

Sobre el principio de irretroactividad, lleva razón la Defensoría al indicar que la Sala ha entendido que no es tan sólo formal, sino también y sobre todo material, de modo que resulta violado, no sólo cuando una nueva norma o la reforma de una anterior altera ilegítimamente derechos adquiridos o situaciones consolidadas al amparo de dicha norma anterior, sino también cuando los efectos, la interpretación o la aplicación de esta última **produce un perjuicio irrazonable o desproporcionado al titular del derecho** o situación que ella misma consagra (al respecto sentencias 1147-90 y 1879-94, entre otras). De igual forma, dicho principio impide a las autoridades públicas ir contra sus "actos propios", en la medida que sean actos declarativos de derechos, salvo excepciones rigurosamente reguladas. Sin embargo, también debe tenerse en consideración que la retroactividad en su propio sentido significa que una ley pretende unir consecuencias jurídicas a un presupuesto de hecho **consumado en el pasado**,

por lo que la ley posterior no debe mantener la vigencia de normas anteriores en relación con situaciones que aún no están consolidadas. Y es esto lo que precisamente ocurre en el caso concreto, pues no puede sostenerse que el operador del servicio de telecomunicaciones en Costa Rica (Instituto Costarricense de Electricidad) tenga un derecho adquirido a operar el servicio de una determinada manera o bajo ciertas condiciones, y por lo tanto que resulte ilegítimo que se otorguen condiciones idénticamente favorables a los demás proveedores del servicio a los que se refiere el Tratado de Libre Comercio. Nótese que la fecha veintisiete de enero de dos mil tres tiene sentido, en la medida en que ese día iniciaron formalmente las negociaciones entre las Partes del Tratado (salvo República Dominicana), con lo cual se pretendía la apertura del mercado de telecomunicaciones en los mismos términos existentes a ese momento, no sólo por un tema de seguridad jurídica, sino también para evitar una eventual competencia desleal si se alteraban en forma desventajosa las condiciones ya existentes para acceder al mercado. En todo caso, con la norma consultada no se le están quitando prerrogativas al actual prestatario del servicio (Instituto Costarricense de Electricidad), sino únicamente equiparando éstas a las empresas que eventualmente inviertan, para garantizar igualdad. Ello tampoco significa que el Estado costarricense no pueda a través de la Ley de Modernización del Instituto Costarricense de Electricidad que prevé el mismo tratado o en la Ley General de Telecomunicaciones, establecer las mejores condiciones para la prestación adecuada del servicio, siempre y cuando sean otorgadas en términos de igualdad a todos los proveedores, sean públicos o privados. Es claro entonces, que la norma en cuestión lo que pretende es la competencia en términos de igualdad y que ninguna empresa prevalezca sobre otra, sin que ello signifique que se esté dando un carácter retroactivo a la ley, en los términos dispuestos por el numeral 34 de la Constitución Política.

Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y declaran inconstitucional este extremo.

b) Sobre el alegado trato discriminatorio por la estructura de costos. Las y los diputados consultantes manifiestan que con el Tratado de Libre Comercio se producirá un trato discriminatorio en perjuicio del ICE, toda vez que éste se encuentra obligado a suministrar servicios a la competencia con tarifas basadas en el costo, mientras que a los inversionistas extranjeros no se les podría exigir que justifiquen sus tarifas de acuerdo a sus costos. Sobre este punto, debe reiterarse que el análisis que se hace en esta sentencia es únicamente desde el ámbito del Derecho de la Constitución, sin que esta Sala pueda pronunciarse sobre la oportunidad y conveniencia de abrir este mercado a la competencia, o sobre las implicaciones que esto puede tener en la actividad realizada por el Instituto Costarricense de Electricidad. Sin embargo, analizadas las disposiciones del Anexo 13 del Tratado, no encuentra la Sala que se pueda llegar a la conclusión que señalan los consultantes. Nótese que el compromiso asumido por Costa Rica es realizar la apertura de las telecomunicaciones, pero *“reconociendo su compromiso de fortalecer y modernizar el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) como un participante en un mercado competitivo de telecomunicaciones y asegurando que **el uso de su infraestructura será remunerada** y además desarrollar una entidad reguladora para supervisar el desarrollo del mercado”*. Asimismo, Costa Rica está comprometida a promulgar un nuevo marco jurídico para fortalecer al ICE a través de su modernización apropiada (artículo II del Anexo 13), por lo que a fin de cuentas, cualquier disposición en cuanto a la estructura de costos de dicha institución queda reservada a la ley que se promulgue a lo interno de nuestro país. Significa lo anterior, que el gobierno ha adquirido de cara al pueblo en el anexo 13, unos compromisos orientados a reconocer la naturaleza de política social en materia de telecomunicaciones, con el fin de garantizar que el proceso de apertura en este servicio habrá de hacerse con

fundamento en la Constitución Política. Además, dicho proceso de apertura se orientará para beneficio del usuario, fundándose en principios como la gradualidad, selectividad, regulación y conforme con los objetivos sociales de universalidad y solidaridad en tales servicios. De igual forma, el Estado costarricense se ha comprometido a fortalecer y modernizar el Instituto Costarricense de Electricidad para que, frente al proceso de apertura, se convierta en un participante idóneo en un mercado competitivo, lo cual obliga al Estado a promulgar un marco jurídico para esta institución que le garantice que efectivamente podrá enfrentar la competencia en igualdad de condiciones. Así las cosas, no existe norma alguna en el Tratado que obligue al ICE a seguir operando al costo, y por el contrario, queda reservada cualquier disposición en este sentido a la ley que se emita. Si bien en el Anexo 13.4.5 se pretende alcanzar **tarifas de interconexión** “al costo”, esto no significa que el Instituto Costarricense de Electricidad no pueda generar ganancias por dicho servicio, pues el artículo 13.17 del Tratado al establecer las definiciones señala que *“basado en costos significa basados en costos, y podrá incluir una utilidad razonable, y podrá involucrar diferentes metodologías de cálculo de costo para diferentes instalaciones o servicios”*. Lo anterior, evidencia que lo que pretende la norma es que los proveedores dominantes de los servicios de interconexión de cada Parte, no abusen de su posición al cobrar una tarifa de interconexión desproporcionada a los demás proveedores, lo cual no es más que la aplicación del principio de buena fe a la hora de competir. Además, nótese que dichas previsiones son únicamente en cuanto a las tarifas de interconexión, y no así en cuanto a las demás tarifas que pueda cobrar el Instituto Costarricense de Electricidad como proveedor de cualquier otro servicio de telecomunicaciones. De igual forma, el propio tratado establece la existencia de una entidad reguladora, que se encargará de fiscalizar todo lo relativo a las tarifas y se establecen principios fundamentales contenidos en nuestra Constitución Política, tales como los principios de solidaridad y universalidad en el acceso al servicio de telecomunicaciones, reforzando la capacidad del Estado costarricense de definir el tipo de obligaciones que desee mantener para cumplir con esos principios (Preámbulo del Anexo 13 y punto IV del mismo). Diferente es el supuesto establecido en el Anexo 13 punto IV.7 del Tratado, que se refiere no ya a servicios de telecomunicaciones propiamente dichos, sino a servicios de información, los cuales por su naturaleza no están destinados a ser ofrecidos al público en general, por lo que no se encuentra discriminación alguna en el hecho de que se otorgue a éstos un trato distinto en materia de tarifas. Estos servicios de información no pueden ser equiparados al servicio de telecomunicaciones, tal como se desprende de las propias definiciones del Tratado (artículo 13.17). En todo caso, será la autoridad reguladora creada al efecto, la que determine cuándo un servicio puede ser incluido dentro de esta categoría (ver nota al pie de página del Anexo 13). Es así como el texto del Tratado se convierte en una garantía para los consumidores en materia de telecomunicaciones, que no sólo van a tener la oportunidad de escoger el proveedor de servicios que más les convenga a sus intereses, en atención a lo dispuesto en el numeral 46 de la Constitución Política, sino que además, cuentan con el compromiso de que el Estado seguirá adoptando las medidas necesarias para lograr la universalidad y solidaridad de los servicios que se abran a la competencia, medidas que además serán aplicadas a todos los proveedores y no únicamente al Instituto Costarricense de Electricidad. Es por ello, que esta Sala entiende que la legislación que se emita en el ordenamiento jurídico interno para regular esta apertura, debe contemplar los principios ya comentados de universalidad y solidaridad, para garantizar a los usuarios no sólo una prestación efectiva del servicio, sino también que la finalidad de lucro no rija por encima de los fines sociales que nuestro Estado de Derecho persigue. Por lo anterior, no se observa inconstitucionalidad alguna en cuanto a este punto.

c) Sobre la alegada asignación de licencias en forma directa. Otros de los aspectos que consultan las señoras y señores diputados, es lo relativo al artículo IV.4

sobre la asignación de licencias a proveedores en forma directa, pues consideran que con ello se permite la utilización del espectro electromagnético, sin que se realice el procedimiento licitatorio o de concurso. La norma que se consulta establece lo siguiente:

"4. Asignación y Utilización de Recursos Escasos

*Costa Rica asegurará que los procedimientos para la asignación y utilización de recursos escasos, incluyendo frecuencias, números y los derechos de vía, sean administrados de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria, por una autoridad doméstica competente. **La República de Costa Rica emitirá licencias directamente a los proveedores del servicio para el uso del espectro, de conformidad con el artículo 121, inciso 14 de la Constitución Política de la República de Costa Rica** . (El resaltado no forma parte del original)*

Del artículo anterior se desprende claramente que la interpretación de los consultantes no es acorde con el texto del Tratado. Nótese que si bien el artículo hace referencia a la emisión de licencias directamente a los proveedores para el uso del espectro, también es cierto que se remite a lo dispuesto en el artículo 121 inciso 14) de la Constitución Política para el otorgamiento de dichas licencias. Dicho artículo señala en lo conducente:

"(...)

*Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, **de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado** y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa*

(...)"

Por lo anterior, es evidente que cualquier licencia que se otorgue debe realizarse de acuerdo con la ley o mediante concesión especial, tal como lo reconoce el propio Tratado. Así las cosas, no llevan razón los consultantes al indicar que se violenta lo dispuesto en nuestra Constitución Política por evadirse el procedimiento de licitación.

XIV.-

Sobre el mecanismo de expropiación de inversiones. Otro de los temas que considera inconstitucional la Defensoría de los Habitantes es el hecho de que el Tratado establezca los conceptos de expropiación indirecta y medidas equivalentes a la expropiación, pues considera que con ello se extiende el concepto tradicional de expropiación a ciertas restricciones a la propiedad que en nuestro país se han reconocido como tales pero siempre en razón de intereses sociales o colectivos. Estima que el Tratado permitiría por ejemplo, que una empresa extranjera solicite al proveedor dominante del servicio que practique las respectivas diligencias de expropiación a un particular, el cual por su ubicación, situación o medida, represente para el inversionista una propiedad estratégica para la mejor prestación del servicio privado que implementará en nuestro país, por lo que al estar en juego intereses privados en el negocio, y no un interés público, se rompería la regla de la limitación por función social que tiene la propiedad. Debe indicarse que esta Sala en numerosas oportunidades ha señalado que el derecho de propiedad, como cualquier otro derecho fundamental, no es absoluto, y su ejercicio puede ser objeto de restricciones cuando se

encuentren de por medio intereses superiores, siempre y cuando no se vacíe su contenido. Lo anterior se desprende de lo dispuesto en el artículo 45 constitucional que señala en lo conducente:

*“**Artículo 45.** La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por **interés público** legalmente comprobado, **previa indemnización** conforme a la ley...”* (La negrita no es del original)

Es dentro de este contexto que se enmarca el régimen de expropiación de inversiones establecido en el artículo 10.7 del Tratado de Libre Comercio, el cual estima esta Sala es totalmente compatible con lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución Política. Basta con analizar el texto de dicho tratado para concluir que no existe violación alguna a nuestra Constitución. Señala el artículo 10.7 del Tratado de Libre Comercio:

“Artículo 10.7: Expropiación e Indemnización.

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea:

(a) por causa de un propósito público;

(b) de una manera no discriminatoria;

(c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización de conformidad con los párrafos 2 al 4; y

(d) con apego al principio de debido proceso y al Artículo 10.5.

2. La indemnización deberá:

(a) ser pagada sin demora;

(...)”

De lo anterior, se desprende que el régimen de expropiación que establece el Tratado de Libre Comercio en su artículo 10.7, pretende proteger al inversionista de eventuales arbitrariedades por parte de los Estados Parte, dándole la posibilidad de recibir una **pronta** indemnización (o indemnización previa) en casos que por **utilidad pública** (interés público) se requiera acudir al mecanismo de expropiación. Además, el Tratado establece el principio de igualdad y el derecho al debido proceso como base de cualquier expropiación de inversiones, principios que también están protegidos constitucionalmente. En un caso similar, la Sala indicó:

“...un tema como el de la “expropiación”, a que se refiere el artículo 9.11 y su Anexo, luce apropiadamente desarrollado, pues se dispone allí que aquella no puede decretarse sino cuando medien razones de interés público legalmente comprobado, acompañada de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, que la Sala entiende incluye la “indemnización previa” que impone el artículo cuarenta y cinco de la Constitución Política, por lo que no hay contradicción entre el Tratado y nuestra Ley Fundamental.” (Sentencia 03471-99 de las quince horas con cincuenta y un minutos del once de mayo de mil novecientos noventa y nueve)

Por los motivos indicados, esta Sala no encuentra que el mecanismo de expropiación de inversiones contenido en el artículo 10.7 del Tratado de Libre Comercio resulte incompatible con lo dispuesto en nuestra Constitución Política. Ahora bien, la Defensoría de los Habitantes impugna específicamente lo relativo a lo que ella llama “expropiaciones indirectas”, pues considera que estas otorgan a un inversionista la posibilidad de solicitar la expropiación, mediando intereses privados y desnaturalizando este instituto en contradicción con lo establecido en el numeral 45 de la Constitución Política. Sobre este punto, debe indicarse que esta Sala realiza una lectura diferente del artículo mencionado con relación a lo señalado por la Defensoría de los Habitantes. Nótese que el artículo establece, como regla general, la prohibición de realizar expropiaciones o nacionalizaciones de inversiones salvo, claro está, que exista un propósito público (compatible como se dijo a lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución). Ahora, de dicho artículo no se desprende una posibilidad del particular (inversionista) de solicitar o llevar a cabo una expropiación. Por el contrario, la norma opera como una garantía para ese particular (inversionista), de que el Estado no va a nacionalizar o expropiar su inversión, en forma directa o indirecta, si no existe un interés público de por medio. El artículo pretende proteger la inversión del particular, pero nunca la posibilidad de éste de solicitar una expropiación, la cual siempre debe ser dispuesta por el Estado, cumpliendo los requisitos establecidos en el numeral en cuestión y en los términos dispuestos por el artículo 45 de la Constitución Política. Por ello, no se considera que se esté creando una figura nueva en el ordenamiento jurídico costarricense como lo sería la “expropiación indirecta”, sino únicamente reconociendo que el Estado tiene dos formas de llevar a cabo una expropiación: a través de medios directos, o a través de medios indirectos, lo cual incluso ocurre actualmente sin lo dispuesto en el Tratado. Ejemplo del primer caso sería cuando el Estado considere necesario expropiar una finca para construir una carretera y en consecuencia adquiera el dominio de la misma; y ejemplo del segundo, cuando el Estado a pesar de no expropiar directamente una finca, emite una ley que establece una limitación que vacía el contenido esencial del derecho de propiedad, con lo cual evidentemente existe una expropiación en forma indirecta o de hecho, que esta Sala ha reconocido como indemnizable. Nótese que el mismo artículo 10.7 del Tratado establece que para que prospere una expropiación o nacionalización llevada a cabo directa o indirectamente, debe existir siempre un propósito público, con lo cual es el Estado quien termina decidiendo sobre la pertinencia de dicha expropiación o nacionalización. No está de más indicar, que normas como la consultada en el presente asunto, se encuentran en el Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y la Protección Recíprocas de las Inversiones (artículo 5.2) y el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Reino de los Países Bajos (artículo 6.1), por lo que el tema no es nuevo en el Tratado de Libre Comercio.

De igual forma, la Defensoría asegura que el Tratado permitiría que las normas que establecen como áreas de protección las áreas que bordean nacientes permanentes en un radio de cien metros y, las que establecen la declaratoria de reserva de dominio público a favor de la nación de un área no menor a los doscientos metros de radio de los sitios de captación de agua potable, sean consideradas como medidas equivalentes a la expropiación, lo cual ocasiona una desprotección del recurso y la salud de la población. Sobre este punto tampoco se encuentra inconstitucionalidad alguna, pues el Estado debe asumir su responsabilidad si otorga autorización a una persona para invertir en una zona a pesar de las prohibiciones legales existentes, de ahí la importancia de su actuación a la hora de otorgar los permisos a estas empresas que desean invertir en nuestro país. Tal hecho no le impide negarse a otorgar dichas autorizaciones en condiciones de igualdad, sin embargo, si autoriza y después desea revocar esas autorizaciones, debe necesariamente indemnizar, pues de lo contrario se

causaría de manera ilegítima, un perjuicio a la persona que realizó una inversión al amparo de una autorización estatal. Ello además, no es ajeno a nuestro sistema interno, donde existe todo un régimen de responsabilidad del Estado, que incluso debe responder aun por su conducta lícita o su funcionamiento normal.

Por los motivos indicados, tampoco encuentra esta Sala que el mecanismo de expropiación establecido en el Tratado resulte inconstitucional.

Los Magistrados Armijo y Cruz ponen nota.

XV.-

Sobre la materia ambiental en el Tratado de Libre Comercio. La Defensoría considera que las regulaciones existentes en el Tratado en estudio en cuanto a la materia ambiental, resultan violatorias de lo dispuesto en el numeral 50 de la Constitución Política. Señala que la definición de legislación ambiental planteada en el Tratado deja por fuera temas cruciales ya contemplados en la legislación ambiental costarricense, como la conservación y uso del agua, la protección y aprovechamiento del suelo y la administración de los recursos energéticos entre otros, debilitando la garantía constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Además, la noción de “contaminantes ambientales” es mucho más amplia en nuestra legislación que en el Tratado, por lo que con su aprobación se disminuyen los estándares de protección alcanzados y se varía la aplicación del principio “Pro Natura”. Asimismo, considera preocupante la exclusión expresa de las regulaciones ambientales relacionadas directamente con la seguridad o salud de los trabajadores, la administración o explotación comercial de recursos naturales y la regulación del agua, excluyendo el ámbito de leyes como la Ley Forestal, Ley de Hidrocarburos, Ley de Regulación del uso racional de la energía, Ley de Biodiversidad, Ley de aguas, Ley de uso, manejo y conservación de suelos, Ley Orgánica del Ambiente, entre otras. Señala que el Tratado expone a que si una actuación en defensa del ambiente se opone al comercio, se someta tal discrepancia al arbitraje internacional, pues algunas materias se excluyen de la materia ambiental para ser consideradas “legislación comercial”. Considera que las posibilidades de ejercicio del derecho de adoptar o modificar leyes o políticas ambientales por parte del Estado, en realidad, quedan sujetas a las obligaciones del Capítulo de Inversiones - considerado columna vertebral del TLC - y del Capítulo de Comercio Transfronterizo de Servicios, por lo que aparece el libre comercio como el valor supremo, en este caso, por encima de la protección al medio ambiente. Finalmente, señala que a pesar de que se crea el llamado Consejo de Asuntos Ambientales (CAA), de éste se excluye la representación ciudadana en general y de las organizaciones ambientales en particular, y los mecanismos de participación contemplados van en la vía de la “consulta” y el “diálogo”, sin efectivos poderes reales en la toma de decisiones. En cuanto a la materia ambiental, debe indicarse que en el Tratado analizado se establece un capítulo completo destinado a la materia ambiental y además, incluye disposiciones específicas sobre el tema en el Capítulo 7 “Obstáculos Técnicos al Comercio”, en el Capítulo 9 “Contratación Pública”, en el Capítulo 10 de “Inversiones” y en Capítulo 21 “Excepciones”. Sobre este aspecto, esta Sala destaca que el artículo 17.1 del Tratado reconoce el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental, además que insta a cada una a estimular altos niveles de protección en esta materia a través de la emisión de leyes y políticas ambientales. Asimismo, en el artículo 17.2.2 del Tratado, se reconoce que es *“inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna”*, por lo que se insta a cada Parte a asegurar que no dejará sin efecto o derogará, la legislación ambiental como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un

incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. Por lo anterior, es evidente que el Estado costarricense mantiene su poder de regulación y fiscalización en esta materia, además que se mantiene vigente toda la legislación existente en nuestro país, respetándose lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política, el cual en todo caso tiene un rango superior a cualquier disposición del Tratado de Libre Comercio y debe ser tomado en cuenta para efectos de su interpretación. De todas formas, no encuentra esta Sala disposición alguna en el tratado que contradiga nuestra norma constitucional, pues incluso las Partes se comprometen a no disminuir ni dejar de aplicar sus estándares ambientales con el objetivo de promover el comercio y la inversión y se remite a la legislación interna para sancionar las infracciones en materia ambiental (artículo 17.3). Asimismo, se permite el establecimiento de medidas cautelares (17.3.4.d), de incentivos para contribuir al mantenimiento de la protección ambiental (17.4), crea un Consejo de Asuntos Ambientales (17.5) y mecanismos de participación pública (17.6 y 17.7). De igual forma, se establecen principios de cooperación ambiental entre las Partes para fortalecer la capacidad de proteger el ambiente y para promover el desarrollo sostenible (17.9 y anexo 17.9), se crean mecanismos de consulta ambientales entre las partes (17.10) y la fijación de una lista de árbitros especializados en la materia (17.11). De lo anterior, se desprende que en realidad el Tratado de Libre Comercio establece una serie de garantías ambientales que en nada contradicen el precepto contenido en el artículo 50 de la Constitución Política, por lo que no observa esta Sala inconstitucionalidad alguna en cuanto a este aspecto. Aun cuando la Defensoría considera que el concepto de legislación ambiental regulado en el Tratado es restrictivo y excluyente, en opinión de esta Sala éste debe ser interpretado a la luz de los principios y normas constitucionales, sin que ello contradiga el acuerdo comercial, pues como se indicó, en él se establece el derecho de cada Parte de fijar sus propios niveles de protección ambiental. Cualquier definición en un Tratado puede resultar insuficiente y es precisamente por eso que el mismo instrumento remite a la legislación interna de los países y prohíbe eliminar normas ambientales para promover el comercio. La Defensoría parte de una premisa equivocada cuando estima que todo lo que no está incluido expresamente en el tratado queda derogado en la legislación interna, lo cual únicamente es válido en la medida que se oponga a lo dispuesto en el acuerdo comercial. Sin embargo, al contemplarse en éste la posibilidad de que cada Estado mantenga sus parámetros propios de protección ambiental y que no se pueda promover el comercio a través de la desregulación en esta materia, quedan a salvo todas las leyes que ya rigen en nuestro país. Incluso, en el artículo 17.12.1 del Tratado, las Partes *"reconocen que los acuerdos ambientales multilaterales, de los cuales todos son parte, juegan un papel importante en la protección del ambiente a nivel global y nacional, y que la importancia de la implementación respectiva de estos acuerdos es fundamental para lograr los objetivos ambientales contemplados en estos acuerdos. Las Partes además reconocen que este Capítulo y el ACA pueden contribuir para alcanzar los objetivos de esos acuerdos. En este sentido, las Partes continuarán buscando los medios para aumentar el apoyo mutuo a los acuerdos ambientales multilaterales de los cuales todos forman parte y de los acuerdos comerciales de los cuales todos forman parte."* Lo anterior, evidencia que todos los compromisos internacionales que ha adoptado Costa Rica en materia ambiental seguirán vigentes, junto con las regulaciones específicas de su legislación interna. Además, debe tener en cuenta la Defensoría, que aun cuando el Tratado promueve el libre intercambio de mercancías, ello no significa que el Estado costarricense esté cediendo su potestad de otorgar las licencias y permisos respectivos para explotar una actividad (artículo 10.28), máxime tratándose de bienes de dominio público, que aun cuando pueden ser explotados, no pueden salir del control del Estado. Incluso podría el Estado poner límites a la explotación de los recursos naturales siempre y cuando lo haga sin criterios discriminatorios y a todas las empresas por igual. Aun con las exclusiones expresas que menciona la Defensoría o interpretando que lleve razón al indicar que muchos de los

recursos naturales quedan dentro de la “legislación comercial”, esto no significa que el Estado pierda su poder regulatorio en la materia, pues aun en los supuestos que quiera explotarse comercialmente una actividad que involucre recursos naturales, el Estado además de autorizar la actividad podría incluso negarse a que se explote, siempre y cuando sea una medida aplicada en igualdad de condiciones a los inversionistas. En todo caso, debe tenerse en consideración que a la luz de lo dispuesto en el numeral 17.3 del Tratado, lo que se excluye del concepto de legislación ambiental es la “**administración**” de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, pero no la protección de dichos recursos como tales, pues la legislación interna se mantiene vigente tal como se indicó. De igual forma, el Estado siempre tiene a su alcance el mecanismo de expropiación de inversiones, para aquellos casos en que por razones de interés público considere que no debe seguirse explotando un recurso determinado. Tampoco es de recibo considerar que la posibilidad de adoptar o modificar leyes o políticas ambientales por parte del Estado quede supeditado al libre comercio como valor supremo, pues como ya se mencionó con anterioridad, el propio Tratado en su artículo 10.2 establece que en la medida que el Capítulo de Inversión sea contradictorio con otro capítulo, prevalece éste último, con lo cual es evidente que las regulaciones del capítulo ambiental aplican prioritariamente.

Sobre los puntos anteriores, los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y declaran la inconstitucionalidad del Tratado.

Finalmente, aun cuando la Defensoría reclama que no existen mecanismos efectivos de participación ciudadana en el Consejo de Asuntos Ambientales (CAA), estima la Sala por unanimidad que no logra acreditarse tal hecho de la lectura del Tratado. Si bien el CAA está formado por representantes de las Partes a nivel Ministerial (artículo 17.5), sí existen mecanismos de participación ciudadana ante dicho Consejo. Basta leer los artículos 17.5.4, 17.5.5, para llegar a esa conclusión, los cuales señalan:

“4. Con el propósito de compartir enfoques innovadores para tratar asuntos ambientales de interés del público, el Consejo asegurará que exista un proceso para promover la participación pública en su labor, que incluya la realización de un diálogo con el público acerca de estos asuntos.

5. El Consejo buscará oportunidades adecuadas para que el público participe en el desarrollo e implementación de actividades de cooperación ambiental, incluyendo a través del ACA”.

En consecuencia, se garantiza que el público participe en su labor y en actividades de cooperación ambiental, por lo que independiente de la conformación del órgano, existen mecanismos de participación ciudadana. Asimismo, los artículos 17.6 y 17.7 del Tratado establecen una serie de oportunidades para que participe la ciudadanía, por lo que procede transcribirlos a continuación en lo conducente:

“Artículo 17. 6: Oportunidades para la Participación Pública

*1. Cada Parte establecerá disposiciones para la recepción y consideración de las **comunicaciones del público** sobre asuntos relacionados con este Capítulo. Cada Parte pondrá, sin demora, a disposición de las otras Partes **y del público**, todas las comunicaciones que reciba, y las revisará y responderá de acuerdo con sus procedimientos internos.*

*2. Cada Parte realizará sus mejores esfuerzos para atender las **peticiones de las***

personas de esa Parte para intercambiar los puntos de vista con esa Parte relacionados con la implementación de este Capítulo por esa Parte.

3. Cada Parte convocará un nuevo consejo o comité, o consultará un consejo nacional consultivo o comité asesor existente, integrado por miembros de su público, incluyendo representantes de sus organizaciones empresariales, ambientales, que presenten puntos de vista sobre asuntos relacionados con la implementación de este Capítulo.

4. Las Partes **deberán** tomar en consideración los **comentarios del público** y las recomendaciones relacionadas con las actividades de cooperación ambiental emprendidas bajo el Artículo 17.9 y el ACA.

Artículo 17.7: Comunicaciones relativas a la aplicación de la legislación ambiental

1. **Cualquier persona** de una Parte podrá remitir comunicaciones que aseveren que una Parte está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de su legislación ambiental. Dichas comunicaciones serán dirigidas a un secretariado u otro organismo apropiado ("secretaría"), que las Partes designen

(...)" (La negrita no forma parte del original)

De lo anterior se desprende que las personas u organizaciones de los Estados parte del Tratado, pueden tener acceso a las comunicaciones que se reciban, pueden presentar peticiones y comunicaciones y sus puntos de vista sobre la implementación de la materia ambiental en el tratado, y lo que no es menos importante el Estado debe tomar en consideración sus comentarios. Ello se ve reforzado, con el compromiso asumido por las Partes en el Anexo 17.9, que específicamente en su punto 3(i) identifica como prioridad para el desarrollo de actividades de cooperación ambiental "desarrollar capacidades para promover la participación del público en el proceso de toma de decisiones en materia ambiental". De igual forma, el artículo 17.3.1.a al fijar las reglas del procedimiento en materia ambiental establece que "Cada Parte garantizará que los procedimientos judiciales, cuasijudiciales o administrativos, de acuerdo con su legislación, se encuentren disponibles, para sancionar o reparar las infracciones a su legislación ambiental, para lo cual señala que "deberán cumplir con el principio del debido proceso **y estar abiertos al público**, excepto en los casos en que la administración de justicia requiera lo contrario.", lo cual demuestra que el Tratado busca la existencia de procesos transparentes y accesibles a todas las personas. Todo ello demuestra que sí existen canales de participación ciudadana, los cuales en todo caso no son excluyentes de los existentes en la legislación nacional. Lo mismo aplica en el caso del Consejo de Asuntos Ambientales (CAA) que se crea en el Tratado, que no excluye la existencia de otras figuras que coadyuvan en la protección al ambiente según nuestra legislación interna.

Por todas las manifestaciones anteriormente esbozadas, tampoco encuentra esta Sala que en cuanto a este punto exista un roce del acuerdo comercial con nuestro Derecho de la Constitución.

XVI.-

Sobre las regulaciones de Derecho Laboral. El Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos establece en su Capítulo Dieciséis, regulaciones específicas en materia laboral, por lo que conviene analizar si dichas disposiciones de alguna forma inciden en los principios y valores constitucionales

contenidos en el capítulo de Garantías Sociales de nuestra Constitución Política. En criterio de la Defensoría de los Habitantes y de los diputados consultantes, la lista de derechos enumerada en ese capítulo es una base mínima, que ni siquiera está en correlación con los derechos plasmados en la Constitución Política pues no reconoce el derecho al paro y a la huelga (artículo 61 de la Constitución Política) o el derecho a indemnización por despido sin justa causa (artículo 63 de la Constitución Política), preparación técnica de las y los trabajadores (artículo 67); tampoco reconoce los derechos específicos reconocidos a la mujer trabajadora lactante o a las personas mayores de 15 y menores de 18 años. De igual forma, señalan que desconoce la larga y extensa lista de derechos derivados de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo suscritos por Costa Rica, que aunque tengan una fuerza similar a la Constitución Política, por conceder mayores garantías que las expresamente dispuestas en la Constitución, pueden ser vistos como obstáculos a la libertad de comercio. Sobre este punto, esta Sala no considera que el Tratado de Libre Comercio intente modificar la legislación interna de los Países Partes, y en consecuencia, que se menoscaben los derechos que los trabajadores costarricenses han reivindicado a lo largo de la historia. Por el contrario, en el Tratado las Partes reafirman el pleno respeto a la Constitución, los compromisos que han asumido los países como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y se reconoce el derecho soberano que tienen los Estados de establecer, modificar o derogar sus propias normas, estándares y políticas en materia laboral (artículos 16.1.1 y 16.1.2), lo cual demuestra que lejos de imponerse normas específicas en esta materia, se deja plena libertad al Estado costarricense de continuar manteniendo o ampliando sus estándares mínimos. Asimismo, el tratado prohíbe la disminución de la protección laboral de la legislación con el ánimo de promover el comercio o la inversión (artículo 16.2.2), otorgando una protección especial a los derechos de los trabajadores y mantiene la competencia de los tribunales administrativos o judiciales de cada Parte (artículo 16.3), con lo cual el Estado costarricense mantiene sus potestades en esta materia. Aun cuando el artículo 16.8 del Tratado establece una lista taxativa de derechos laborales, ello no significa que se estén excluyendo todos los demás reconocidos en nuestro país, pues lo que se pretende es establecer estándares mínimos de protección, remitiendo el mismo tratado a la legislación interna y a los compromisos adquiridos por los Estados como miembros de la Organización Internacional del Trabajo, lo cual incluye lógicamente todos los instrumentos internacionales que ha ratificado nuestro país en esta materia. Aquí resulta de importancia rescatar que en virtud del artículo 16.1 del Tratado de Libre Comercio, las Partes se comprometen a respetar los compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, la cual a su vez establece en su preámbulo la necesidad de crear una estrategia global de desarrollo económico y social, para que las políticas económicas y sociales se refuercen mutuamente con miras a la creación de un desarrollo sostenible de base amplia, para lo cual se compromete a la OIT a prestar especial atención a los problemas de personas con necesidades sociales especiales, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo. Para ello, *“todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: (a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.”*. Además, se establece en dicha Declaración *“que las normas de trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines.”* (artículo 5). Ello, sumado a que se insta *“a promover la ratificación y aplicación de los convenios fundamentales”*,

además de “ *crear un entorno favorable de desarrollo económico y social.*” (artículo 3), evidencia que el comercio no tiene que implicar necesariamente la desregulación en materia laboral. El Tratado en estudio es una prueba de ello, pues no sólo permite mantener o aumentar los estándares laborales existentes en cada Parte, sino que adopta los compromisos previos asumidos en el ámbito de la OIT, promoviendo el comercio sin olvidar tales principios y dejando las normas de “inversión” en un segundo plano frente a las reglas “laborales” (artículo 10.2.1). Por lo anterior, esta Sala no encuentra que en el Capítulo Dieciséis del Tratado, exista inconstitucionalidad alguna.

XVII.-

Sobre la forma de negociación a través de listas negativas. Reclama la Defensoría que en el Tratado consultado, Costa Rica modificó la forma de negociación que se venía pactando dentro del marco del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para la determinación de cuáles sectores y actividades se les aplica las obligaciones del Tratado y cuáles quedan exentas de dicho acuerdo. Alega que mediante el mecanismo de negociación de “listas negativas”, las obligaciones del Capítulo 11 “Comercio Transfronterizo de Servicio y del Capítulo 10 “Inversión”, son aplicables a todas las actividades que califiquen como servicios o inversiones, independientemente de si son mencionados o no en el Tratado, con la única excepción de aquellas que explícitamente se encuentran incorporadas en los anexos de medidas disconformes. Considera que la negociación del Tratado por medio del mecanismo de listas negativas, genera una desigualdad irrazonable y desproporcionada, y abandona la práctica seguida en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, en menoscabo de la seguridad jurídica, con el agravante de que Costa Rica no incluyó una reserva en el Anexo II que le permitiera mantener o adoptar cualquier medida en materia de acceso a mercados (artículo 11.4) situación que sí fue reservada por los Estados Unidos, colocándola en una clara desventaja competitiva. Sobre este punto, debe reiterar la Sala que no es competencia de este Tribunal analizar si la estrategia de negociación del Tratado en estudio es o no conveniente para los intereses de nuestro país desde el punto de vista de competitividad y de oportunidad y conveniencia, pues ello evidentemente escapa del control de constitucionalidad reservado a esta jurisdicción. Por ello, no podría esta Sala determinar si los negociadores debieron o no mantener “la forma de negociación” seguida en la Organización Mundial del Comercio o si debieron procurar la inclusión de una reserva en materia de acceso de mercados, pues con ello no se vulneran derechos o principios fundamentales. Ahora bien, considera esta Sala que la Defensoría de los Habitantes parte de un supuesto erróneo al estimar que todo lo que no está incluido en la lista de medidas disconformes queda derogado en la legislación interna. Debe reiterarse que las medidas disconformes se establecen únicamente en cuanto exista una norma de orden interno que sea incompatible con el tratado y que quiera mantenerse vigente a pesar de ello. Es claro que aquello que no se incluyó en la lista de medidas disconformes es porque no se consideró incompatible con el Tratado y por lo tanto, en esos casos siguen vigentes todas las regulaciones existentes en el derecho interno. Ello es respaldado por el artículo 10.2 del Tratado de Libre Comercio que se ha venido mencionando, que establece que en caso de cualquier inconsistencia entre lo dispuesto en el Capítulo de Inversión y otro capítulo, prevalecerá el otro capítulo en la medida de la inconsistencia, lo cual refuerza la tesis de que todas las normas ambientales, laborales y otras, resultan de plena aplicación a cualquier tipo de inversión. Por lo anterior, sumado a lo indicado en cuanto a que esta Sala no puede revisar la estrategia seguida por los negociadores costarricenses al momento de negociarse el tratado, hace que tampoco se observe violación alguna en cuanto a este extremo. Cabe señalar que en este tema, la Defensoría cuestiona la

materia específica de las armas en el Tratado de Libre Comercio, lo cual por su importancia será analizado a continuación en un aparte independiente.

XVIII.-

Sobre el tema de las armas. El tema relativo al manejo de las armas en el Tratado de Libre Comercio analizado es uno de los puntos que la Defensoría de los Habitantes considera que presenta roces con la Constitución Política. Señala la Defensoría que luego del análisis que se hace de lo pactado en los Anexos I y II del Tratado, se verifica que la Ley de Armas y Explosivos N° 7530 no fue incorporada por parte de Costa Rica como una medida disconforme al Tratado, por lo que cualquier disposición nacional o interna que fuera contraria a lo negociado en el Tratado en dicha materia, estaría por debajo del instrumento comercial. Considera que al hecho de que Costa Rica no introdujera la Ley de Armas como una medida disconforme a las disposiciones del Tratado, debe correlacionarse con el Anexo 3.3 "Lista de Desgravación Arancelaria", donde Costa Rica incluyó una serie de armas de guerra de carácter militar, muchas de las cuales generan un conflicto directo con las prohibiciones de armamento que regula la Ley N° 7530. Señala que pese a que la Asamblea Legislativa incorporó una cláusula interpretativa intentando delimitar el alcance de dichas disposiciones y a la vez, el Poder Ejecutivo emitió una directriz que impide el establecimiento bajo el régimen de zona franca a todas aquellas empresas que se dediquen al ensamblaje o fabricación de armas y municiones con fines militares, lo cierto es que ninguna de esas disposiciones se encuentra jurídicamente por encima de lo negociado en el Tratado. Sobre este particular debe indicarse, que no existe una previsión expresa en el acuerdo comercial que regule lo relativo a la fabricación, importación o exportación de armas prohibidas en nuestro país, sin embargo en la lista de desgravación arancelaria de Costa Rica se encuentran previsiones para eliminar los aranceles de productos como tanques y demás vehículos automóviles blindados de guerra, lanzacohetes, lanzallamas, lanzagranadas, lanzatorpedos, revólveres y pistolas, reactores nucleares, máquinas y aparatos de separación isotópica, partes de reactores nucleares, uranio natural y sus compuestos, uranio enriquecido, uranio empobrecido, entre otros. Por lo anterior, surge la duda sobre los alcances que tiene la lista de eliminación de aranceles en el ordenamiento jurídico costarricense, y si nuestro país comprometió de alguna forma la seguridad nacional únicamente con la suscripción de dicha lista. En primer lugar, debe indicarse que la lista contenida en el apartado de Desgravación Arancelaria del Tratado de Libre Comercio, es una lista uniforme de productos que es estándar a nivel internacional, según el Sistema Armonizado de Clasificación y Codificación de Mercancías acordado en la Organización Mundial de Aduanas (Artículo 2.1 del Tratado), el cual agrupa los rubros de productos en noventa y seis capítulos, mil doscientos cuarenta y un partidas y más de cinco milsubpartidas. La idea de dicha lista, es incluir **todos** los productos imaginables y constituirse en una nomenclatura internacional multi-propósito de mercancías, para lo cual incluso se hacen actualizaciones si se estima necesario incluir alguna otra mercancía (al respecto, puede consultarse la página web de la OMC). Sin embargo, en el marco de las negociaciones comerciales, eso no significa que las listas en cuestión por sí mismas obliguen al libre comercio de esas mercancías por encima de la legislación nacional, si ello no es previsto expresamente en el acuerdo que se está negociando. Y basta poner un ejemplo extremo como el de la cocaína y las hojas de coca (partidas 29399100 y 12113000) para indicar que a pesar de encontrarse en la lista de desgravación arancelaria de Costa Rica, no significa que nuestro país tiene que permitir la libre comercialización de dichos productos, lo cual evidentemente no aceptarían países que forman parte del Tratado y que se han dedicado a combatir este tipo de drogas. De ahí que a pesar de que el Tratado de Libre Comercio asigna la eliminación de aranceles a todos los productos de la lista (incluyendo el armamento

citado), ello no implica que nuestro país no pueda invocar su legislación interna para restringir el comercio de los mismos. Lo anterior, por cuanto el Programa de Desgravación únicamente regula aspectos arancelarios, por lo que para efectos de controles y restricciones, nuestro país debe remitirse a lo dispuesto en la Ley de Armas y Explosivos No. 7530 del diez de julio de mil novecientos noventa y cinco y en la normativa vigente en esta materia. Esto es así, por cuanto no existe una norma sustantiva en el Tratado de Libre Comercio que permita expresamente la fabricación, importación y exportación de armas prohibidas en nuestro ordenamiento, por lo que al no existir norma superior que se oponga, se mantiene vigente toda la normativa interna en esta materia, sin que las listas de desgravación vinculen a Costa Rica más allá del tema arancelario. Por lo anterior, la Ley de Armas no fue incluida como medida disconforme en el Tratado, pues no presenta ninguna inconsistencia con él, y por el contrario el hecho de que Costa Rica mantenga en su legislación interna las restricciones en cuanto a la fabricación, importación y exportación de ciertas armas, se ajusta a lo dispuesto en el artículo 21.2 que establece que ninguna disposición puede interpretarse en el sentido de impedir a una Parte aplicar las medidas que considere necesarias para cumplir con sus obligaciones respecto del mantenimiento o la restauración de la paz, la seguridad internacional, o para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad. Dicho artículo incluso permite que nuestro país varíe en el futuro su legislación interna, si desea restringir la comercialización de armas que en la actualidad se encuentran permitidas. Esta Sala sin duda entiende la preocupación que este tema ha generado, sobre todo tomando en consideración que a la luz de lo dispuesto en el artículo 12 de nuestra Constitución Política que proscribe el ejército como institución permanente, y de la "Proclama de neutralidad perpetua, activa y no armada" que este Tribunal ha elevado a rango constitucional (sentencia 2004-09992 de las catorce horas con treinta y un minutos del ocho de setiembre de dos mil cuatro), no podría permitirse que nuestro país se convierta en un lugar de producción y comercialización de armamento de guerra, pues ello atentaría contra los valores y principios de paz que inspiran nuestra Constitución Política. Es por ello que este Tribunal entiende que la lista de desgravación arancelaria contenida en el Tratado de Libre Comercio no puede ser más que una lista uniforme de mercancías, por los motivos que se explicaron anteriormente. Por ello, no se estima que exista un vicio de constitucionalidad en cuanto a este extremo.

XIX.-

Sobre la materia de contratación pública en el Tratado de Libre Comercio.

Como último punto impugnado por la Defensoría y que también es mencionado por los diputados consultantes, se observa lo relativo a la materia de contratación pública regulada en el Capítulo Nueve del tratado, pues considera que las disposiciones ahí contenidas no son acordes con lo dispuesto en el numeral 182 de la Constitución Política, así como de los principios reconocidos por la Sala en esta materia. Señala la Defensoría que este capítulo establece un procedimiento especial para esta actividad cuando se realice en el marco de su aplicación, pues la normativa costarricense vigente en esta materia no fue denunciada en su momento como medida disconforme ni existe una remisión expresa a las normas nacionales. Consideran que la omisión más relevante en materia de controles es la incertidumbre en que se coloca el control ejercido por la Contraloría General de la República, pues al igual que Ley General de la Contratación Administrativa, La ley Orgánica de la Contraloría General de la República no fue incluida en el Tratado como una de las medidas disconformes, por lo cual existen dudas sobre la posibilidad de intervención este órgano contralor. Asimismo, alegan que el artículo 9.9.2 estipula la posibilidad en varios supuestos de adjudicar las contrataciones empleando procedimientos distintos a la contratación abierta, con lo cual se vulneran principios constitucionales al prescindir de la licitación como

mecanismo de escogencia del contratante, existiendo especial duda en lo relativo al concepto de "servicios adicionales". Señala la Defensoría que si bien la reforma realizada a la Ley de Contratación Administrativa mediante la Ley No. 8511 recoge, en buena medida, los supuestos de excepción contenidos en el Tratado, sujeta la aplicación de un procedimiento especial de contratación a la autorización de la Contraloría General de la República, lo cual no contempla el Tratado. De igual forma, consideran los consultantes que lo dispuesto en el numeral 9.10.3. del Tratado resulta inconstitucional, pues no permite la modificación unilateral en materia contractual, por lo que no se pueden anular contratos aun cuando generen un perjuicio a los intereses públicos, lo cual excluye el régimen de nulidades en la contratación pública. Sobre la materia de contratación pública, observa esta Sala que el principio general establecido, es que todas las adjudicaciones se harán a través de "*procedimientos de licitación abiertos*". Específicamente el artículo 9.9 del Tratado señala:

"Artículo 9.9: Procedimientos de Contratación

*1. Sujeto a lo establecido en el párrafo 2 una entidad contratante, adjudicará los contratos **mediante procedimientos de licitación abiertos**.*

*2. A condición de que los procedimientos de contratación no se utilicen como medio para evitar la competencia o para proteger a proveedores nacionales, una entidad contratante podrá adjudicar contratos por otros medios que no sean los procedimientos de licitación abiertos **en las siguientes circunstancias**:*

(a) ante la ausencia de ofertas que cumplan con los requisitos esenciales establecidos en los documentos de contratación establecidas en un aviso previo de contratación futura o invitación a participar, incluyendo cualquier condición para la participación, siempre que los requisitos del aviso o invitación inicial no se hayan modificado sustancialmente;

(b) en el caso de obras de arte o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos de propiedad intelectual, tales como patentes o derechos de autor, o información reservada, o cuando por razones técnicas no haya competencia, las mercancías o servicios sólo puedan ser suministrados por un proveedor determinado y no exista otra alternativa o sustituto razonable;

(c) en el caso de entregas adicionales del proveedor original que tengan por objeto ser utilizados como repuestos, ampliaciones, o servicios continuos para equipo existente, programas de cómputo, servicios o instalaciones, cuando un cambio de proveedor obligue a la entidad a adquirir mercancías o servicios que no cumplan con los requisitos de compatibilidad con los equipos, programas de cómputo servicios o instalaciones existentes;

(d) en el caso de mercancías adquiridas en un mercado de productos básicos;

(e) cuando una entidad contratante adquiera prototipos o un primer producto o servicio que se fabrique a petición suya en el curso de, y para la ejecución de, un determinado contrato de investigación, experimentación, estudio o fabricación original. Una vez ejecutados dichos contratos, las adquisiciones posteriores de productos o servicios se ajustarán a lo dispuesto en este Capítulo;

(f) en el caso de servicios adicionales de construcción, que no fueron incluidos en el contrato original, pero que figuran dentro de los objetivos de la documentación original

de la contratación y que debido a circunstancias no previstas resulten necesarios para completar los servicios de construcción descritos. No obstante, el valor total de los contratos adjudicados para dichos servicios adicionales de construcción no excederá el 50% del monto del contrato original; o

(g) en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando, por razones de urgencia ocasionadas por acontecimientos imprevisibles para la entidad contratante, sea imposible obtener los productos o servicios a tiempo mediante los procedimientos de licitación abiertos y el uso de estos procedimientos ocasionaría perjuicios graves a la entidad contratante, a sus responsabilidades con respecto a su programa, o a la Parte.

3. Una entidad contratante deberá mantener registros o preparar informes por escrito que señalen la justificación específica para todo contrato adjudicado de conformidad con el párrafo 2, de manera consistente con el Artículo 9.11.3." (La negrita no forma parte del original)

De lo anterior, se desprende que el mecanismo de licitación abierto contemplado en el Tratado es igual al establecido en el artículo 182 constitucional, lo cual implica que la intención del acuerdo comercial es garantizar la transparencia en la contratación administrativa, tal como se ha pretendido en nuestra legislación interna. Ahora bien, el hecho de que el Tratado autorice a una entidad contratante a adjudicar contratos "*por otros medios que no sean los procedimientos de licitación abiertos*", no implica inconstitucionalidad alguna por los motivos que se seguidamente se exponen. En primer lugar, debe tenerse en consideración que el tratado no obliga a que las legislaciones internas necesariamente reconozcan estas excepciones, sino que lo establece como una posibilidad ("podrá"). Además, prevé una lista taxativa de los casos en que se puede obviar el principio de licitación abierta, lo cual evidencia que en realidad se trata de casos excepcionales y que la regla que prevalece es la del concurso público, en respeto de todos los principios y valores fundamentales que rigen la materia. Si se analizan las excepciones contempladas en la norma en estudio, todas encuentran fundamento en una razón objetiva y usualmente están ligadas a la inexistencia de ofertas viables, de competencia o a razones de urgencia, lo cual evidencia la excepcionalidad de estos casos, en los cuales incluso la Parte está obligada a mantener registros o preparar informes por escrito que señalen la justificación específica para la adjudicación bajo esa forma (artículo 9.9.3), demostrando que la intención del Tratado es que sean la excepción y no la regla. Una de las excepciones que genera duda es la establecida en el inciso f) que hace referencia a "*servicios adicionales de construcción*", tal como lo alegan las y los diputados consultantes. Sin embargo, observa esta Sala que el mismo tratado establece límites en este caso, ya que si bien dichas obras no fueron incluidas en el contrato original, sí deben figurar dentro de los objetivos de la documentación original de la contratación, además que no pueden exceder más del 50% del valor del contrato original. Lo anterior, tampoco quebranta lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución Política, puesto que se trata de obras adicionales que deben realizarse para completar la correcta ejecución de la obra principal, lo cual lejos de ser inconstitucional resulta razonable, tomando en cuenta que sería absurdo que se tenga que sacar a licitación una obra complementaria cuando ya existe un adjudicatario encargado de la principal y que puede contratarse en forma directa bajo ciertos límites, pues esto incluso podría facilitar una eventual identificación de una responsabilidad frente al Estado. Además, no se trata de una posibilidad ajena a nuestro derecho interno, pues el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa establece una norma similar, que permite la ampliación hasta en un cincuenta por ciento del objeto de la contratación, tal como ocurre en el Tratado en estudio. En todo caso como se indicó, estos son casos excepcionales que no desvirtúan la regla de la licitación pública tal como lo establece el propio Tratado. Asimismo, la existencia de excepciones a la

regla no puede ser considerada ajena a nuestro derecho interno, donde la propia Ley de Contratación Administrativa las establece, y sobre lo cual ya esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse al señalar en lo conducente:

"IV.-

EXCEPCIONES A LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS (CONTRATACIÓN DIRECTA) Y EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. Como se indicó anteriormente, el principio general que rige la contratación administrativa es que la misma debe verificarse mediante el procedimiento de la licitación pública, y sólo a manera de excepción a esta regla, es que puede justificarse la utilización de los procedimientos de contratación privada, entendiendo por tales la licitación por registro y la restringida reguladas de conformidad con las disposiciones de la Ley y, además, la contratación directa. En relación con esta última, no lleva razón el accionante, en tanto afirma que en virtud de lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución Política, existe una prohibición absoluta para la Administración para utilizar este último procedimiento de contratación. Sobre el tema ha dicho la Sala que la contratación directa encuentra su justificación en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública, puesto que su principal característica es que procede en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible o sumamente difícil convocar a un proceso licitatorio ordinario, bajo la grave amenaza de ver comprometido el interés público...". (Sentencia 06754-98 de las quince horas treinta y seis minutos del veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y ocho)

Dicho precedente resulta de plena aplicación al caso concreto, pues la posibilidad de separarse del procedimiento de licitación abierta contenido en el tratado, es reducida y excepcional. En todo caso, a diferencia de lo manifestado por los consultantes, esta Sala considera que las potestades de la Contraloría General de la República en esta materia no sufren menoscabo con la eventual entrada en vigencia del acuerdo comercial en estudio. Para ello basta citar lo dispuesto en el artículo 9.15 del Tratado que establece:

"Artículo 9.15: Revisión Nacional de Impugnaciones de Proveedores

1. Cada Parte establecerá o designará al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial e independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores presenten con respecto a las obligaciones de la Parte y sus entidades bajo este Capítulo y para emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes. Cuando una autoridad que no sea dicha autoridad imparcial revise inicialmente una impugnación presentada por un proveedor la Parte garantizará que los proveedores puedan apelar la decisión inicial ante un órgano administrativo o judicial imparcial, independiente de la entidad contratante objeto de la impugnación.

2. Cada Parte estipulará que la autoridad establecida o designada en el párrafo 1 podrán tomar medidas precautorias oportunas, mientras se encuentre pendiente la resolución de una impugnación, para preservar la oportunidad de corregir un potencial incumplimiento del presente Capítulo, incluyendo la suspensión de la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato que ya ha sido adjudicado.

3. Cada Parte asegurará que sus procedimientos de revisión estén disponibles en forma escrita al público y que sean oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con el principio del respeto del debido proceso.

4. Cada Parte garantizará que todos los documentos relacionados a una impugnación de una contratación estén a disposición de cualquier autoridad imparcial establecida o designada de acuerdo con el párrafo 1.

5. Una entidad contratante contestará por escrito el reclamo de un proveedor.

6. Cada Parte asegurará que una autoridad imparcial que se establezca o designe en virtud del párrafo 1 suministre lo siguiente a los proveedores:

(a) un plazo suficiente para preparar y presentar las impugnaciones por escrito el cual, en ningún caso será menor a 10 días, a partir del momento en que el fundamento de la reclamación fue conocido por el proveedor o en que razonablemente debió haber sido conocido por este;

(b) una oportunidad de revisar los documentos relevantes y ser escuchados por la autoridad de manera oportuna;

(c) una oportunidad de contestar a la respuesta de la entidad contratante a la reclamación del proveedor; y

(d) la entrega sin demora y por escrito de sus conclusiones y recomendaciones con respecto a la impugnación, junto con una explicación de los fundamentos utilizados para tomar cada decisión.

7. Cada Parte garantizará que la presentación de una impugnación de parte de un proveedor no perjudique la participación del proveedor en licitaciones en curso o futuras."

De lo anterior, se desprende que el Tratado en estudio deja a discreción de cada Parte, la designación de su autoridad administrativa o judicial competente en esta materia, imponiendo como único requisito que se trate de un órgano imparcial. Es por esto que en el caso de Costa Rica, debe entenderse a la luz de la normativa interna de nuestro país, que la Contraloría General de la República conserva todas sus atribuciones de control y fiscalización en materia de contratación pública y si no se menciona en forma expresa en el Tratado, no es porque se pretenda su exclusión, sino porque dicha designación dependerá de la normativa de cada Parte. El hecho de que la Ley Orgánica de la Contraloría no haya sido incluida en la lista de medidas disconformes no significa que se esté excluyendo el poder de fiscalización de dicho órgano. Por el contrario, significa que no se consideró dicho control incompatible con el Tratado a la luz de lo dispuesto en el artículo 9.15, y por lo tanto no ameritaba su inclusión como una medida disconforme. Así las cosas, por no existir disposición en contrario en el tratado, la Contraloría General de la República conserva todas sus atribuciones en esta materia, y en consecuencia, puede velar incluso porque los mecanismos excepcionales a la "licitación abierta" no se presten para abusos e identificar cuándo realmente se está frente a uno de esos casos. El Tratado incluso refuerza las competencias de dicho órgano al establecer la posibilidad de que imponga medidas cautelares y aun la suspensión de la adjudicación de un contrato, con lo cual no se encuentra inconstitucionalidad alguna en cuanto a este extremo.

Finalmente, en cuanto al argumento de que lo dispuesto en el artículo 9.10.3 resulta inconstitucional por no permitir que se anule un contrato aun cuando resulte lesivo a los intereses públicos, tampoco se observa que lleve razón. El artículo en cuestión lo que establece es que "Ninguna entidad contratante podrá anular una contratación, o

rescindir o modificar un contrato que haya adjudicado con el fin de evadir las obligaciones de este Capítulo”, sin embargo, ello no significa que el Estado no pueda anular una adjudicación. En primer lugar, se desprende de lo dispuesto en el artículo 9.10.2 que una entidad contratante puede negarse a adjudicar un contrato por razones de interés público. Ahora bien, si a pesar de ello se realiza la adjudicación, ninguna norma del Tratado excluye la posibilidad de que en la jurisdicción contencioso-administrativa se solicite la anulación del mismo. Nótese que más bien el Tratado establece la existencia de autoridades administrativas o judiciales en los Estados parte que realicen los controles respectivos, dejando a discreción de cada uno, cuáles órganos de su derecho interno realizarán estas funciones. El régimen de nulidades de la contratación administrativa no se excluye, siempre y cuando lo que se pretenda no sea únicamente evadir las obligaciones del Capítulo de Contratación Administrativa, sin embargo, ello no significa que un contrato no pueda anularse por las vías que contempla nuestro ordenamiento jurídico. Incluso aun en los casos donde no exista una causal de nulidad, el artículo 10.7 del Tratado, establece el mecanismo de la expropiación de inversiones por causa de un propósito público, por lo que el Estado siempre puede utilizar esta vía, tal como se ha venido apuntando. Así las cosas, y tomando en consideración que el control contencioso administrativo no está excluido del Tratado ni resulta incompatible con lo ahí dispuesto, tampoco llevan razón los consultantes en cuanto a este reclamo.

Por todas las razones indicadas, no se encuentra vicio de constitucionalidad alguno con lo previsto en el capítulo de Contratación Pública en el Tratado en estudio.

XX.-

Sobre el concepto de territorio contenido en el Tratado de Libre Comercio. Este aspecto, ya no es consultado por la Defensoría, pero sí por las señoras y señores los diputados. Consideran que la definición de “territorio” que establece el Tratado no se ajusta a los contenidos normativos de los artículos 5 y 6 de la Constitución Política, por cuanto excluye al zócalo insular, al suelo, y al subsuelo sobre los mares adyacentes en una extensión de doscientas millas a partir de la línea de pleamar en relación con el territorio continental por una parte y en relación con la Isla del Coco por otra. Además que mediante una nota al pie se pretendió subsanar una omisión inconstitucional, como fue no incluir a la Isla del Coco al momento de negociar el Tratado, sin embargo, aun así se dejó al descubierto las ciento ochenta y ocho millas de jurisdicción especial a partir de dicha Isla. Finalmente, reclaman que a favor de los Estados Unidos se reconoció una definición que les favorece a sus intereses. Sobre este punto, el capítulo II, Anexo 2.1 del Tratado, reza lo siguiente:

“territorio significa:

(a) respecto a Costa Rica, el espacio terrestre, marítimo y aéreo bajo su soberanía, así como su zona económica exclusiva y su plataforma continental, sobre los cuales ejerce derechos soberanos y jurisdicción, conforme al Derecho Internacional y a su legislación interna;

(b) respecto a El Salvador, el espacio terrestre, marítimo y aéreo bajo su soberanía, así como su zona económica exclusiva y su plataforma continental, sobre los cuales ejerce derechos soberanos y jurisdicción, conforme al Derecho Internacional y a su legislación interna;

(c) respecto a Estados Unidos,

(i) el territorio aduanero de Estados Unidos, que incluye los 50 estados, el Distrito de Columbia, y Puerto Rico,

(ii) las zonas de comercio extranjeras ubicadas en Estados Unidos y en Puerto Rico, y

(iii) cualquier zona que se encuentre más allá de los mares territoriales de Estados Unidos dentro de la cual, de conformidad con el derecho internacional y con su legislación interna, Estados Unidos podrá ejercer derechos en lo que se refiere al fondo y al subsuelo marinos y sus recursos naturales;

(d) respecto a Guatemala, el espacio terrestre, marítimo y aéreo bajo su soberanía, así como su zona económica exclusiva y su plataforma continental, sobre los cuales ejerce derechos soberanos y jurisdicción, conforme al Derecho Internacional y a su legislación interna;

(e) respecto a Honduras, el espacio terrestre, marítimo y aéreo bajo su soberanía, así como su zona económica exclusiva y su plataforma continental, sobre los cuales ejerce derechos soberanos y jurisdicción, conforme al Derecho Internacional y a su legislación interna; y

(f) respecto a Nicaragua, el espacio terrestre, marítimo y aéreo bajo su soberanía, así como su zona económica exclusiva y su plataforma continental, sobre los cuales ejerce derechos soberanos y jurisdicción, conforme al Derecho Internacional y a su legislación interna”.

Por su parte la Constitución Política de La República de Costa Rica establece en cuanto a la definición de territorio lo siguiente:

“Artículo 5. -

El territorio nacional está comprendido entre el mar Caribe, el Océano Pacífico y las Repúblicas de Nicaragua y Panamá.

Los límites de la República son los que determina el Tratado Cañas - Jerez de 15 de abril de 1858, ratificado por el Laudo Cleveland de 22 de marzo de 1888, con respecto a Nicaragua, y el Tratado Echandi Montero - Fernández Jaén del 1º de mayo de 1941 en lo que concierne a Panamá.

La Isla del Coco, situada en el Océano Pacífico, forma parte del territorio nacional.

Artículo 6. -

El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en sus aguas territoriales en una distancia de doce millas a partir de la línea de baja mar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios del Derecho Internacional.

Ejerce además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de doscientas millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios.”

Sobre este punto estima la Sala que el hecho de que el concepto de territorio que establece el Tratado de Libre Comercio sea diferente al establecido en la Constitución Política, no implica que el Estado costarricense esté cediendo su soberanía, pues el concepto establecido en el acuerdo comercial es únicamente para efectos de aplicación del tratado. Es claro que la Constitución tiene un rango normativo superior al acuerdo comercial, por lo que no se anula lo ahí dispuesto, por el contrario, el concepto de territorio del Tratado es únicamente para efectos comerciales con las Partes. Sobre este tema, ya esta Sala se pronunció en la sentencia 2005-7428 de las dieciséis horas cuarenta y siete minutos del catorce de junio de dos mil cinco, indicando:

“Ciertamente, una definición de territorio es importante, en tanto éste constituye el espacio físico -terrestre, marino y aéreo- sobre el que se proyecta la soberanía o jurisdicción de un Estado y en el que se ostenta, el derecho exclusivo a ejercer sus funciones. Sin embargo, esto hay que contextualizarlo en la naturaleza del Convenio que se estudia, en este caso un Tratado Comercial, que regula el libre comercio, no de modificación de límites políticos o fronterizos. La aplicación territorial de los Tratados puede ser acordada por los Estados Parte, así lo dispone la Convención de Viena:

“Artículo 29.-

Ámbito territorial de los tratados.

Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.”

Lo anterior implica que las partes incluso pueden pactar el ámbito territorial sobre el cual negociaron, para los efectos de aplicación del Convenio -en lo que aquí corresponde-, a las relaciones comerciales. Aunado a lo anterior, de la lectura de la definición dada por el Proyecto de estudio, este Tribunal entiende claramente, que la misma remite al derecho interno, o sea indudablemente a los artículos 5 y 6 de la Constitución.”

El precedente anterior resulta de plena aplicación al caso concreto, por cuanto el hecho de que ambas definiciones no sean coincidentes, no implica que se estén modificando los límites territoriales de nuestro país, sino que el alcance del Tratado se limitará al territorio ahí establecido. Por esa misma razón, es intrascendente desde el punto de vista constitucional, la definición de territorio que se haya reconocido para cualquier otro país Parte en el Tratado. En consecuencia, esta Sala no observa inconstitucionalidad alguna con relación al concepto de territorio establecido en el tratado.

El Magistrado Vargas pone nota.

El Magistrado Armijo salva el voto y declara la inconstitucionalidad del concepto de territorio establecido en el Tratado.

XXI.-

Sobre los Reglamentos Técnicos. En la consulta planteada por las señoras y señores diputados se expone que lo dispuesto en el artículo 7.6 del Tratado resulta contrario al Derecho de la Constitución por cuanto establece la existencia de “Reglamentos Técnicos” que se incorporan a la legislación interna de nuestro país en forma automática, sin que se lleve a cabo el proceso de homologación por parte del Poder Ejecutivo, en contravención a lo dispuesto en el numeral 140 inciso 3) de la Constitución. Al respecto, establece dicho artículo:

“1- Cuando una Parte establezca que reglamentos técnicos extranjeros pueden ser aceptados como equivalentes a un reglamento técnico propio específico, y la Parte no acepte un reglamento técnico de otra Parte como equivalente a dicho reglamento técnico, deberá, previa solicitud a esa otra Parte, explicar las razones de su decisión.

2. En caso de que una Parte no disponga que reglamentos técnicos extranjeros se puedan aceptar como equivalentes a los propios, podrá, a solicitud de otra Parte, explicar las razones de la no aceptación de equivalencia de los reglamentos técnicos de esa otra Parte”

De lo anterior, se desprende que efectivamente el Tratado de Libre Comercio analizado permite que reglamentos técnicos extranjeros se incorporen a la legislación interna, sin embargo, el mismo Tratado reconoce que cada parte es la que establece cuándo un reglamento técnico va a regir como reglamento técnico propio. Por lo anterior, aun cuando el tratado no clarifica si se trata de disposiciones de rango reglamentario, en opinión de la Sala, al menos en el caso de Costa Rica, deberá seguirse el procedimiento interno correspondiente a la luz de lo dispuesto en el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política. Incluso, se desprende del articulado que la Parte puede dar las razones para no aceptarlo, con lo cual no se observa que exista una incorporación automática de dichas normas o que exista una imposición en esta materia que resulte inconstitucional. Debe agregarse finalmente, que la incorporación de reglamentos técnicos extranjeros, no es ajena a nuestro derecho interno, donde la Ley 8279 del Sistema Nacional para la Calidad, establece en su numeral 5 la posibilidad de incorporar como propios principios y términos establecidos en las normas, acuerdos y códigos internacionales.

XXII.-

Sobre la autonomía municipal. Los consultantes, consideran que el Tratado en estudio, no debería tener jurisdicción sobre el ámbito municipal y al incluirse a las Municipalidades como entidades gubernamentales a nivel sub- central se les obliga a someterse a las reglas de contratación del Tratado, en evidente menoscabo de su soberanía. Estiman que los principios de trato nacional y nación más favorecida imposibilitan a las Municipalidades impedir la compra de bienes y servicios de un país que viola la legislación laboral, ambiental o los derechos humanos, además que se prohíbe establecer compensaciones especiales a favor de empresas locales para estimular el desarrollo (artículo 9.2.4). Asimismo, reclaman que el artículo 9.7.1 no permite rehusarse a aceptar una oferta de un proveedor extranjero si ésta genera un

obstáculo innecesario al comercio, con lo cual no pueden tomarse en cuenta otros criterios como la necesidad de desarrollo de una comunidad. De igual forma, señalan que no se incluyó ninguna medida disconforme a nivel municipal en el capítulo 10 y las del capítulo 11 sólo se refieren a medidas ya existentes, sin que pueda incluirse a futuro cualquiera que una municipalidad considere importante, convirtiéndose el Tratado en una “súper ley”. Por lo anterior, consideran que los acuerdos municipales podrían ser impugnados en paneles arbitrales internacionales, además que el secretariado del Consejo de Asuntos Ambientales podría inmiscuirse en competencias que le corresponden a estas entidades (artículo 17.7). Sobre el particular, debe indicarse que el Tratado de Libre Comercio en estudio, no hace referencia alguna a los compromisos asumidos por las municipalidades de Costa Rica, salvo cuando son listadas en el Capítulo Nueve, Contratación Pública, en la Sección B, como Entidades Gubernamentales a nivel sub-central. Lo anterior, les impone la obligación de respetar los principios y obligaciones establecidos en materia de contratación en el Tratado de Libre Comercio, sin embargo, a criterio de la Sala esto no significa que con ello se violente lo dispuesto en los numerales 169 y 170 de la Constitución Política. Es evidente que si nuestro Estado se compromete en un acuerdo comercial a cumplir con ciertas obligaciones, con ello también compromete todos los niveles del gobierno, incluyendo la administración local. Lo anterior, se evidencia a partir de lo dispuesto en el artículo 1.4 del Tratado de Libre Comercio, que obliga incluso a los gobiernos estatales cuando una Parte posee esa forma de organización federal (como los Estados Unidos), pues es claro que sus disposiciones deben ser cumplidas de buena fe. Sin embargo, ello no significa que en el caso de Costa Rica se esté menoscabando la autonomía municipal contemplada en los numerales 169 y 170 de la Constitución Política, pues el hecho de que se impongan obligaciones en materia de contratación pública no hace a las municipalidades menos autónomas. Prueba de ello es que en la actualidad están sujetas a los regímenes especiales de contratación previstos en la Ley de Contratación Administrativa, sin que ello signifique que se esté violando su autonomía o poder de decisión, pues el tratado no contiene norma alguna de la que se pueda concluir que los gobiernos municipales están perdiendo atribuciones.

Si bien es cierto con el Tratado en cuestión se pretende otorgar el mismo trato a las empresas nacionales y extranjeras, esto no significa que con ello no puedan imponerse todos los requerimientos ambientales y laborales que rigen nuestro derecho interno, ni que no pueda promoverse el desarrollo del cantón. Nótese que las reglas son aplicables únicamente en lo que se refiere a la contratación administrativa, sin que ello signifique que las municipalidades no puedan adoptar otro tipo de medidas para fomentar el desarrollo de su comunidad. Incluso el mismo Tratado excluye de sus disposiciones los programas de compras de la Administración para favorecer las pequeñas, medianas y microempresas (Sección G), con lo cual se podría promover el desarrollo local a través de dichas empresas.

El hecho de que no se hayan incorporado medidas disconformes en materia municipal, obedece a que no se estimó que alguna norma vigente en nuestro país en esta materia sea incompatible con el Tratado, razón por la cual las Municipalidades conservan todas sus potestades y atribuciones. Aun cuando las actuaciones de las municipalidades deban ser conformes al Tratado, ello no significa que se derogue la legislación interna vigente actualmente o que no se puedan imponer requisitos en esta materia, siempre y cuando sean aplicadas a todas las empresas por igual. Como se indicó anteriormente, todos los niveles de gobierno quedan comprometidos con el tratado, pero no por eso se atenta contra la autonomía municipal, pues las municipalidades siguen manteniendo su autonomía y atribuciones al no derogarse la legislación interna. Por supuesto que cualquier medida futura debe ser conforme con los principios de trato nacional, no discriminación y otros del Tratado, lo cual aplica incluso para los

gobiernos estatales de otros países Parte que quedan sometidos a sus disposiciones aun a futuro. Únicamente en el anexo II se incluyen las áreas en que pueden adoptarse a futuro, medidas con mayor grado de disconformidad, las cuales lógicamente incluyen a las municipalidades, sin que tengan que referirse específicamente a ellas pues con ellas se incluye todos los niveles del gobierno.

Asimismo, cabe reiterar que mientras no se lleven potestades de imperio a un panel arbitral, no puede considerarse inconstitucional esta posibilidad, aun cuando se trate de materia municipal, siendo en todo caso que quien responde ante un eventual arbitraje es el Estado costarricense como un todo. Sobre este punto, ya se ahondó dentro del apartado del arbitraje, por lo que lo ahí indicado resulta de plena aplicación en este caso.

Finalmente, debe indicarse que a la luz de lo dispuesto en el numeral 17.5 del Tratado, las competencias del Consejo de Asuntos Ambientales se limitan a supervisar la implementación del capítulo ambiental, por lo que no ve esta Sala de qué forma eso pueda atentar contra las potestades municipales otorgadas según la legislación interna de nuestro país o contra lo dispuesto en los numerales 169 y 170 de la Constitución Política. Por lo anterior, tampoco se encuentra inconstitucionalidad alguna en cuanto a este punto.

XXIII.-

Sobre la supuesta posibilidad de otros Estados de participar en el proceso de formación de la ley. Alegan los consultantes que a partir de lo dispuesto en el artículo 11.7 del Tratado, se obliga a que un Estado extranjero participe en el procedimiento de formación de la ley cuando la materia tenga relación con alguna norma del acuerdo comercial, pudiendo incluso paralizar cualquier proceso de trámite de ley que afecte los temas ahí establecidos. Dicho artículo señala:

“Artículo 11.7: Transparencia en el Desarrollo y Aplicación de las Regulaciones

Adicionalmente al Capítulo 18 (Transparencia):

(a) cada Parte establecerá o mantendrá mecanismos adecuados para responder a las consultas de personas interesadas referentes a sus regulaciones relativas a las materias objeto de este Capítulo;

(b) al momento de adoptar regulaciones definitivas relativas a la materia objeto de

este Capítulo, cada Parte responderá por escrito, en la medida de lo posible, incluso bajo solicitud, los comentarios sustantivos recibidos de personas interesadas con respecto a las regulaciones en proyecto; y

(c) en la medida de lo posible, cada Parte dará un plazo razonable entre la publicación de regulaciones definitivas y la fecha en que entren en vigencia.

Dicho artículo sin duda constituye un elemento importante para reforzar el principio de transparencia que pretende alcanzarse en el Tratado, el cual incluso en su capítulo 18 cuenta con regulaciones específicas en esta materia. Lo anterior, lejos de ser inconstitucional pretende lograr una efectiva apertura hacia las personas de los Estados Parte, pues se les garantiza mecanismos para su participación. De la lectura del artículo en cuestión no puede desprenderse que lo que se pretenda es que los Estados

intervengan en el proceso de formación de las leyes de los demás, sino que únicamente garantiza mecanismos para que los particulares se informen de las medidas adoptadas con relación al capítulo 11, en aras de que las mismas sean transparentes y públicas y así si fuere necesario el inversionista podría ajustar su empresa a las nuevas regulaciones. De igual forma, en el caso de lo dispuesto en el artículo 20.4 del Tratado, no puede considerarse que se permita a un Estado intervenir en el proceso de formación de la ley de otro, pues este artículo lo que pretende es constituir una vía de acceso a la información previo a acudir a un proceso de resolución de controversias, sin que esto signifique que un Estado extranjero pueda paralizar un proceso de formación de la ley. Por lo anterior, tampoco se observa vicio de constitucionalidad en cuanto a este extremo.

XXIV.-

Sobre el proceso de certificación en los Estados Unidos. Finalmente, consideran las y los diputados consultantes que el “proceso de certificación” exigido por los Estados Unidos de América a Centroamérica y en particular a Costa Rica, viola la soberanía y representación del Estado (artículos 2, 3 y 4 de la Constitución), así como lo dispuesto en el artículo 9 sobre competencias de los poderes de la República, pues mediante una ley unilateral estableció el requerimiento de que se revise si otro país ha completado o no la lista de leyes, normas y procedimientos jurídicos que le interesen. Sobre este aspecto, debe indicarse que desde el punto de vista constitucional, no es revisable el contenido de una norma extranjera, pues es evidente que los alcances de la misma no podrían tener efectos extra territoriales, ni esta jurisdicción podría avocarse semejante competencia. Independientemente de dicha disposición, Costa Rica se encuentra obligada a establecer una serie de medidas a la luz de lo dispuesto en el numeral 1.4 del acuerdo comercial, mediante el cual se comprometió a adoptar *“todas las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de este Tratado”*. Por lo anterior, es esta disposición a la que se encuentra obligado nuestro país, sin que resulte de relevancia lo establecido en una norma de un país extranjero, sobre todo tomando en cuenta que el mismo Tratado prohíbe las reservas unilaterales. Por lo anterior, tampoco encuentra esta Sala que tal alegato resulte inconstitucional.

Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y declaran inconstitucional este extremo.

XXV.-

Reflexión final: sobre la agenda complementaria . De un modo similar a otros acuerdos comerciales internacionales suscritos por Costa Rica, este Tratado tiene como objetivo principal incidir en la política de comercio exterior costarricense, aparentemente inscrito en la tendencia que busca promover, facilitar y consolidar la integración del país a la economía internacional. Este convenio pretende garantizar, no sólo un mayor acceso de la oferta exportable nacional a mercados externos, sino que también promueve el incremento de los flujos de comercio e inversión, hacia Costa Rica, en condiciones de previsibilidad, seguridad y transparencia. Es por ello que uno de los compromisos que contiene el Tratado de Libre Comercio con Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos, es la adopción de una agenda complementaria de reformas legales que habrán de potenciar cambios institucionales en organizaciones altamente visibles dentro de la estructura del Estado costarricense. Esta agenda complementaria, tiene como fin generar las condiciones que permitan incrementar las posibilidades de que las instituciones nacionales aseguren al país, enfrentar los desafíos que implican las disposiciones del Tratado. Esta agenda se constituye, precisamente, en el instrumento que deberá complementar el proceso de

liberalización comercial y maximizar el aprovechamiento de las oportunidades que el Convenio de fondo implicará para el sector productivo costarricense. Entendemos que la efectividad de los beneficios de este acuerdo dependen de la preparación de esta agenda, de ahí la importancia de su inmediata aprobación, a fin de que sean tomadas las medidas y políticas públicas necesarias, se formulen y ejecuten los proyectos, y se logre el fortalecimiento institucional requerido mediante asistencia técnica nacional que permita a nuestro entramado institucional el aprovechamiento efectivo del Acuerdo, ampliando la base productiva del mercado que se beneficiará de él para que pueda competir, así como para desarrollar una rápida facilitación de las destrezas, instrumentos y técnicas necesarias para acelerar el disfrute de los beneficios del Tratado, y en particular generar mayor empleo y riqueza nacional. Estas políticas y medidas de fortalecimiento institucional para administrar y ejecutar eficientemente las normas y disciplinas derivadas de este Tratado, así como los programas necesarios para fortalecer la capacidad y competitividad del sector productivo nacional en la fase de transición al libre comercio, debían ser aprobados con un claro sentido de urgencia, de lo contrario, no sólo podría darse el caso de no aprovecharse los beneficios del convenio, sino también provocar un desequilibrio que perjudique a los competidores nacionales en relación con inversores emergentes y la contraparte extranjera. Esta asimetría colocaría en un estado de indefensión y desigualdad a los productores nacionales dentro de un mercado abierto. Un dato real de primera importancia es que las reformas legales que componen la agenda complementaria implicarán el diseño e implementación de programas de fortalecimiento institucional que requerirán lapsos importantes de tiempo para lograr sus objetivos de desarrollo. Un caso claro de ello es el Instituto Costarricense de Electricidad, el cual en materia de telecomunicaciones se enfrentará a una apertura comercial, una vez que sea aprobado el Tratado, si así fuese acordado en la vía del referéndum; sin embargo a la fecha no han sido aprobadas las leyes correspondientes mediante las cuales se deba fortalecer y modernizar esta institución. Este es un aspecto crucial para evitar graves consecuencias sociales y económicas, que debe ser asumido por los gobernantes, con la responsabilidad asignada para promover con liderazgo y decisiones precisas el papel relevante frente a los grupos más vulnerables de este país. La previsión y el cambio institucional, mediante proyectos de asistencia técnica y el desarrollo de políticas concordantes con este avance en el estilo de hacer negocios en Costa Rica, no deben ser atrasados, como consecuencia de estrategias parlamentarias, por cuanto la única perdedora sería la nación costarricense. Todo convenio implica logros y cesiones, al aprobar la agenda complementaria Costa Rica habrá de ver incrementadas las ventajas y reducidas las desventajas. En esto consiste el arte y la ciencia de negociar a nivel internacional en los años actuales.

XXVI.-

Corolario. Vistos los razonamientos esbozados a lo largo de esta sentencia, la mayoría de esta Sala considera que no existe vicio de constitucionalidad alguno en el proyecto de aprobación del "Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos". Asimismo, no encuentra esta Sala que el convenio analizado resulte contrario al "*texto íntegro de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los textos íntegros de los Pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el texto íntegro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*", tal como alega la Defensora de los Habitantes, pues no sólo no invoca las normas de dichos textos que considera lesionadas, sino que además no demuestra en forma alguna lo indicado.

Por tanto:

Se evacuan las consultas formuladas en el siguiente sentido:

Primero .-

Por mayoría de los Magistrados Solano, Vargas, Armijo, Jinesta, y Cruz, se admiten ambas consultas. La Magistrada Calzada salva el voto, únicamente, en cuanto a la procedencia de la consulta de las diputadas y los diputados y la declara inadmisibles. El Magistrado Mora salva el voto y declara inadmisibles ambas consultas.

Segundo .-

Por mayoría de los Magistrados Solano, Mora, Calzada, Vargas y Jinesta se evacuan las consultas, en el sentido de que no se observan vicios de constitucionalidad en el Tratado consultado. Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y evacuan la consulta en el sentido de que resulta inconstitucional: a) lo dispuesto en cuanto a la Comisión de Libre Comercio; b) del Capítulo de Telecomunicaciones lo que se refiere a la aplicación retroactiva del Anexo 13; c) lo dispuesto en materia ambiental, salvo lo relativo a la participación ciudadana; d) lo relativo al proceso de certificación en los Estados Unidos; e) el arbitraje Inversionista-Estado; f) la figura de la Comisión de Libre Comercio; g) el tema de los medicamentos en el Capítulo de Propiedad Intelectual; y h) en lo que respecta a resolución de controversias, inversiones y salud, en cuanto afecta el Estado Social y Democrático de Derecho.

El Magistrado Armijo, además, considera inconstitucional el concepto de territorio establecido en el Tratado.

Tercero .-

Por mayoría de los Magistrados Solano, Mora, Calzada, Vargas y Jinesta se declara que no ha lugar a evacuar la consulta en cuanto a los temas de procedimiento legislativo. Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto respecto de este tema de la siguiente manera: a) es inconstitucional el trámite de la iniciativa relativa a la aprobación del Tratado consultado, por vulnerar el contenido esencial del artículo 10 de la Constitución Política, al no haberse efectuado la consulta preceptiva contemplada en esa norma; b) viola el Derecho de la Constitución, el hecho que el Plenario de la Asamblea Legislativa, en el acuerdo tomado en la sesión ordinaria N° 183 de 23 de abril de 2007, haya modificado los términos de la iniciativa del Poder Ejecutivo para someter a referéndum el Proyecto aludido, así como en la comunicación del Directorio de la Asamblea Legislativa N°. 6323-06-07; c) constituye una violación de los principios que informan este proceso, en particular del principio democrático y de publicidad, el hecho que se haya omitido efectuar la traducción oficial al idioma español, de la integridad del texto del Tratado aludido, teniendo en consideración que los folios 2179 y 2581 del expediente legislativo N° 16.047 están en el idioma inglés; d) es inconstitucional la omisión de incluir el contenido del acta de la sesión N° 183 de 23 de abril de 2007 del Plenario de la Asamblea Legislativa, en el expediente legislativo N° 16.047, por la violación de los principios de seguridad jurídica y de publicidad.

Cuarto .-

Por unanimidad, se declara inadmisibles la ampliación presentada por las diputadas y los diputados y las gestiones planteadas por personas no consultantes.

Notifíquese en los medios señalados, así como al Tribunal Supremo de Elecciones.

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Luis Paulino Mora M. Ana Virginia Calzada M.

Adrián Vargas B. Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L. Fernando Cruz C.

AVB/69/oc

RAZONES DIFERENTES

EN MATERIA ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

DE LOS MAGISTRADOS MORA Y JINESTA

Los sucritos Magistrados Mora y Jinesta, con redacción del segundo, coincidimos con el resto de la mayoría en el sentido que en cuanto a la figura del arbitraje inversionista-Estado -incluida en la Sección B, del Capítulo X del Tratado objeto de consulta- no se observan vicios de constitucionalidad, por las razones diferentes que se exponen a continuación:

ARBTRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO. En criterio de los consultantes el Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica- Estados Unidos, establece, en los artículos 10.16, 10.17, 10.22 y 10.28, un arbitraje que califican de “obligatorio” y “vinculante” para el Estado costarricense. Bajo esta inteligencia, los puntos medulares de este extremo de las consultas, consisten en determinar si (A) el arbitraje para solucionar las controversias Estado-inversionista resulta forzoso o vinculante para el Estado costarricense y si (B) el referido Tratado de Libre Comercio contiene o no una cláusula compromisoria incondicional, anticipada e irrestricta.

A.-

CARÁCTER FORZOSO O FACULTATIVO DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO.

1) Fases de la solución de controversias Estado-inversionista en el Tratado de Libre Comercio.

El Capítulo X “Inversión” en la Sección B “Solución de controversias Inversionista-Estado” establece las siguientes fases en la resolución de tales conflictos de interés: a) Etapa de consultas y negociación, b) arbitraje y c) cumplimiento del laudo arbitral. Agotada la primera fase de consultas y negociación sin haber obtenido un resultado, se inicia la segunda etapa que es la del arbitraje propiamente dicho.

2) Fase de arbitraje para solución de controversias Inversionista- Estado en el TLC. Remisión al Convenio del CIADI.

El artículo 10.16 “Sometimiento de una reclamación a Arbitraje”, dispone en el punto 3 lo siguiente:

“Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1:

- a. de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para procedimientos arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI;
- b. de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante sean parte del Convenio del CIADI; o
- c. de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.”

De esta norma del Tratado de Libre Comercio resulta, a todas luces, claro que el demandante, esto es, el inversionista, debe someterse a lo establecido por el Convenio del CIADI, se produce, así, una remisión expresa, explícita e inequívoca a ese instrumento del Derecho Internacional, de modo que resulta absolutamente indispensable clarificar lo que se establece en ese Convenio en lo que atañe al arbitraje.

3) Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estado de 18 de marzo de 1965. Artículo 26 otorga facultad al Estado para exigir como condición para dar consentimiento para arbitraje agotar previamente vía administrativa o judicial interna.

Este Convenio de 18 de marzo de 1965 fue aprobado por la Asamblea Legislativa, en aplicación del artículo 7° de la Constitución Política, mediante la Ley No. 7332 de 30 de marzo de 1993. Este instrumento del Derecho Internacional en su Capítulo II, artículo 26 establece, expresamente, lo siguiente “(...) Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”. Esta norma del Convenio del CIADI es lo suficientemente clara y contundente para aclarar que el arbitraje para resolver un conflicto entre un inversionista y el Estado costarricense no es obligatorio, por el contrario le otorga una clara facultad al Estado demandado por el inversionista para exigir que, previamente, se discuta el diferendo surgido en la sede administrativa o en la vía jurisdiccional interna. Es menester resaltar que al momento de la aprobación legislativa del Convenio del CIADI por la Asamblea Legislativa se introdujo la siguiente cláusula interpretativa al numeral 26: “Que solo se podrá recurrir al procedimiento de arbitraje dispuesto por el Convenio para la Solución de controversias relativas a inversiones, cuando previamente se haya hecho agotamiento de todos los medios locales existentes ya sean de tipo administrativo o judicial”. Por su parte, este Tribunal Constitucional en el Voto No. 1079-93 de las 14:48 hrs. de 2 de marzo de 1993, al evacuar la consulta preceptiva sobre el proyecto de ley que aprobaría el Convenio del CIADI, estimó en la parte dispositiva que “(...) no se encuentran vicios de inconstitucionalidad en su contenido ni en la declaración interpretativa sobre el artículo 26 (...)”. Cabe agregar que aunque podría dudarse de la constitucionalidad de la cláusula interpretativa introducida por la Asamblea Legislativa, en cuanto, prácticamente, le impone la obligación al Estado de discutir el asunto en las vías internas, es lo cierto que el artículo 26 del Convenio del CIADI, resulta absolutamente constitucional, puesto que, le concede al Estado una facultad al señalar que “Un Estado Contratante podrá exigir (...)”, con lo cual le deja abierta la opción de acudir a las vías

internas –administrativas y jurisdiccionales- o al arbitraje internacional.

4) Imposibilidad constitucional de reabrir una controversia fenecida con autoridad de cosa juzgada en la vía judicial interna.

Si el Estado demandado en una controversia con un inversionista, establece, facultativamente, como condición acudir a la sede jurisdiccional interna y en ésta se dicta una sentencia con autoridad de cosa juzgada material no podrá acudirse a la sede arbitral, por cuanto el artículo 42, párrafo 2°, de la Constitución Política que está por sobre el Tratado de Libre Comercio, dispone que “Se prohíbe reabrir (...) juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión”. Consecuentemente, en tal hipótesis el único escenario de discusión entre el inversionista y el Estado costarricense lo constituye el recurso extraordinario interno de revisión, según las causales que pauta el ordenamiento jurídico. Distinto sería cuando, el Estado costarricense decide, facultativamente, discutir solo el asunto en la vía administrativa o bien en la judicial pero estando en esta última decide libremente otorgar su consentimiento para acudir a un panel arbitral, puesto que, en tales supuestos no existe aún sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y el artículo 43 constitucional habilita a cualquier persona –incluido el Estado- para terminar sus diferencias patrimoniales mediante árbitros “(...) aún habiendo litigio pendiente”.

5) Conclusión

El arbitraje inversionista-Estado no resulta forzoso u obligatorio para el Estado costarricense, por cuanto, el artículo 26 del Convenio del CIADI, lo faculta, expresamente, para exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales internas, como condición para otorgar su consentimiento al arbitraje. La aplicación de esa norma del Convenio del CIADI resulta de la remisión expresa que formulan los artículos 10.16.3, inciso a), y el 10.17.2, inciso a), del propio Tratado a ese instrumento del Derecho Internacional, siendo que, en ningún momento, se indicó o se convino que ese numeral no sería de aplicación. En todo caso, cabe advertir que el ejercicio de la facultad contenida en el artículo 26 del Convenio del CIADI por el Estado costarricense debe ser congruente y conforme con la seguridad y certeza que ofrecen a la inversión extranjera los mecanismos alternos de solución de conflictos.

B.-

CLAUSULA COMPROMISORIA INCONDICIONAL Y GENÉRICA O ACUERDO ARBITRAL ESPECÍFICO PARA CADA AUTORIZACIÓN O ACUERDO DE INVERSIÓN.

1) Consentimiento de las partes para someter una controversia al arbitraje (artículo 10.17 del Tratado de Libre Comercio).

El Tratado de Libre Comercio no le impone al Estado costarricense un consentimiento abierto, en blanco o irrestricto para solventar cualquier diferendo con un inversionista ante un panel arbitral. Primero, por la remisión expresa que hace el artículo 10.16.3, (a) y (b), al Convenio del CIADI o al Mecanismo Complementario del CIADI, con lo cual rige el artículo 26 de ese instrumento del Derecho Internacional en los términos ya expuestos y segundo por cuanto el artículo 10.17 establece claramente las reglas de “Consentimiento de cada una de las Partes al Arbitraje”.

En efecto el artículo 10.17 dispone lo siguiente:

“1. Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado.

2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de la reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección cumplirá con los requisitos señalados en:

(a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI que exigen el consentimiento por escrito de las partes de la controversia;

(b) el Artículo II de la Convención de Nueva York que exige un “acuerdo por escrito”; y

(c) el Artículo I de la Convención Interamericana que requiere un “acuerdo”.”

2) Remisión al Capítulo II del Convenio del CIADI (artículo 10.17.2. a).

El artículo 25, párrafo 1°, del Convenio del CIADI, emplazado en el Capítulo II (Jurisdicción del Centro), dispone que la jurisdicción de ese Centro se extiende a las diferencias jurídicas surgidas entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante cuando hayan “(...) consentido por escrito(...)”. De este precepto del Convenio del CIADI queda suficientemente claro que el Estado, a través de la simple aprobación del Tratado de Libre Comercio, no manifiesta un consentimiento genérico y abierto para someter los diferendos al arbitraje, sino que, por el contrario, para cada controversia, diferencia o conflicto surgido con un inversionista se precisa, necesariamente, de una manifestación específica de consentimiento, sea de un acuerdo arbitral. A mayor abundamiento, tal y como fue apuntado el artículo 26 –también emplazado en el Capítulo II del Convenio del CIADI- le concede al Estado Contratante la facultad de poder exigir el agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales como condición para manifestar su consentimiento al arbitraje. Es menester agregar que no puede confundirse un consentimiento irrestricto o genérico –que no le impone el Tratado de Libre Comercio al Estado costarricense- con la cláusula compromisoria que pueden convenir las partes de modo accesorio con motivo de una relación jurídico-sustancial para someter cualquier diferencia futura, no surgida o potencial a un arbitraje. De otra parte, el arbitraje puede tener por sustento un compromiso arbitral que es el cual suscriben las partes para dirimir una o varias controversias actuales o ya surgidas. Tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral son denominados genéricamente como acuerdo arbitral.

3) Remisión al artículo II de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras - Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 (artículo 10.17.2. b) .

La necesidad de que exista un acuerdo arbitral por escrito, de cara a cada acto o autorización de inversión para someter las diferencias potenciales (cláusula compromisoria) o actuales (compromiso) al arbitraje, queda plenamente ratificada por la remisión que efectúa el artículo 10.17.2 (b), a la Convención de Nueva York (Reconocimiento y Ejecución Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958), aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 6157 de 2 de diciembre de 1977. En efecto ese instrumento del Derecho Internacional dispone en su artículo II lo siguiente:

“ Artículo II. 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o

ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. *La expresión "acuerdo por escrito" denotara una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.*

(...)"

Síguese del texto transcrito, que el Tratado de Libre Comercio, en cuanto remite a la Convención de Nueva York, no le impone al Estado costarricense un consentimiento abierto, en blanco, genérico o irrestricto, resulta claro que ante la formalización o establecimiento de cada acuerdo o autorización de inversión se planteará la disyuntiva de concertar una cláusula arbitral o un compromiso, esto es, para cada inversión en particular se precisará de un acuerdo arbitral escrito.

4) Remisión al artículo I de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975 (artículo 10.17.2.c)

La remisión que efectúa el artículo 10.17.2.c del Tratado de Libre Comercio a la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975, aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 6165 de 2 de diciembre de 1977, demuestra, una vez más, la necesidad de un acuerdo arbitral por escrito frente a cada inversión y la ausencia de una imposición genérica por el Tratado al Estado costarricense de un consentimiento abierto. En efecto, el artículo 1 de la referida convención establece lo siguiente:

"Artículo 1

Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex."

5) Conclusiones

En suma, el artículo 10.17.1 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, no puede ser entendido como una cláusula compromisoria genérica e incondicional, puesto que, cuando así se ha querido establecer en un Tratado de Libre Comercio o en un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones –"tratados bilaterales de inversión"-, se incluye una cláusula expresa e inequívoca en ese sentido, tal y como sucedió, en el pasado, con el Acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (aprobado por la Ley No. 7748 de 23 de febrero de 1998), cuyo artículo IX, párrafo 2°, dispuso, al efecto, "(...) cada Parte Contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda diferencia pueda ser admitida a este arbitraje (...) " o bien en el Acuerdo con Canadá sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (aprobado por Ley No. 7870 de 5 de mayo de 1999), cuyo numeral XII.5 estipuló que "Cada Parte Contratante por medio del presente Acuerdo otorga su consentimiento incondicional para someter una diferencia a arbitraje internacional de acuerdo con lo dispuesto en este Artículo". De ninguno de los artículos de la Sección B del Capítulo X del Tratado de Libre Comercio

objeto de análisis, se puede extraer que el Estado costarricense haya otorgado un consentimiento anticipado, incondicional e irrevocable con solo su suscripción y de previo al surgimiento de cualquier diferendo entre aquél y un inversionista de un Estado parte. Por el contrario, la interpretación contextual y sistemática del Tratado de Libre Comercio, permite concluir que es para cada inversión concreta y particular que el Estado puede otorgar su consentimiento –vía cláusula compromisoria o compromiso- para someter la controversia con un inversionista al arbitraje, tomando en consideración que el Estado puede exigir como condición previa el agotamiento de las vías internas administrativa y jurisdiccional, según lo establece el artículo 26 del Convenio del CIADI. Los artículos 10.16.3 y 10.17.2 no disponen que alguna de las normas del CIADI no deben ser aplicada, todo lo contrario, se trata, en el primer caso, de una remisión genérica al Convenio del CIADI y, en el segundo supuesto, de una remisión específica al Capítulo II de ese instrumento, en el cual se encuentran, precisamente, emplazados los ordinales 25 y 26 ya referidos. Consecuentemente, si se hubiere querido la no aplicación del artículo 26 del Convenio del CIADI, los negociadores de las partes debieron haberlo estipulado expresamente en el Tratado, de igual forma si se quería una cláusula compromisoria incondicional y anticipada no debió haberse efectuado una remisión al Capítulo II del Convenio del CIADI, al artículo II de la Convención de Nueva York y al artículo I de la Convención Interamericana. Es menester señalar que todo lo anteriormente apuntado no desdice o pone en tela de duda el compromiso que asumió el Estado costarricense, al suscribir el Tratado de Libre Comercio, de esforzarse, procurar y utilizar todos los medios para someter las diferencias de orden patrimonial al arbitraje internacional, todo con el fin manifiesto de crear un clima de seguridad y certeza para los inversionistas extranjeros.

Luis Paulino Mora M. Ernesto Jinesta L.

Voto salvado del Magistrado Mora.

Considero inadmisibles las consultas acumuladas en este expediente, por las siguientes razones:

1. El control de constitucionalidad de la ley nace como una potestad tendente a garantizar la supremacía de la Constitución -máxima expresión de la voluntad del pueblo soberano-, frente al ejercicio del poder. Forma parte importante del sistema de frenos y contrapesos, con el objetivo de hacer respetar la voluntad del pueblo por encima de la de sus agentes (Marbury vs Madison 1803), ya que en las democracias, el pueblo es la fuente legítima de todo poder, quien lo delega a través de sus representantes, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley. Los poderes del Estado, nacen como poderes constituidos, y como todo poder constituido, es por esencia limitado, esto es, sólo puede hacer aquello que la Ley (en sentido amplio) expresamente le autorice (principio de legalidad).
2. El sistema de control de constitucionalidad de las leyes, históricamente nació como un control “a posteriori” y como es típico de las figuras de control, se ejerce después del acto que se controla, y no antes. El hecho de que el control de constitucionalidad de las leyes haya nacido como un sistema de control “posterior”, está, a su vez, muy relacionado con la teoría de la división de poderes y sus bases históricas, según las cuales ningún Poder puede sustituir al otro. Prácticamente todos los sistemas de control constitucional de las democracias nacen de estas premisas históricas, incluido el nuestro.
3. Nuestro país tuvo hasta el año 1989 exclusivamente un sistema de control de constitucionalidad tradicional, es decir posterior. A partir de la creación de la Sala

Constitucional, se estableció una excepción al sistema , una nueva modalidad , para dar paso a un control "previo" de la ley, bajo supuestos específicos, reglados en la Ley de la Jurisdicción Constitucional (artículos 96 y siguientes), por expresa delegación del artículo 10 inciso b) de la Constitución. El artículo 10 de la Constitución establece que habrá de darse control previo de constitucionalidad, entre otros casos, a los tratados internacionales, pero expresamente dice que será "según se disponga en la ley", con lo cual a mi juicio autorizó al legislador a determinar en qué supuestos procedería tal consulta, y los casos expresamente regulados en la Ley, no contemplan la figura del referéndum, sino sólo ante el procedimiento legislativo. Lo mismo sucede cuando la Constitución regula expresamente el amparo, por ejemplo sin limitarlo, y la Ley regula en qué supuestos procede, expresamente excluyéndolo para resoluciones jurisdiccionales por ejemplo, limitación que la mayoría de la Sala ha estimado es legítimo hacer por ley.

4. En ese sentido, el sistema de control previo de constitucionalidad, por ser la excepción a la regla, es una competencia que sólo puede ejercerse en los casos taxativamente autorizados en la Ley , según lo dispuso expresamente la Constitución . Está claro que la Ley de la Jurisdicción Constitucional en su artículo 96 establece dos tipos de consultas legislativas: las preceptivas y las facultativas, ambas, para ser ejercidas, durante el procedimiento legislativo, luego de realizado el primer debate y antes del definitivo, supuestos que también se dan para el ejercicio de la competencia que se otorga a la Defensoría de los Habitantes cuando de la defensa de los derechos fundamentales se trate.

5. Al momento que se dictó la ley de la Jurisdicción Constitucional, no existía regulación alguna sobre el referéndum, por lo que no se previó la posibilidad de que se diera este tipo de control excepcional, fuera de los supuestos autorizados, que se dan sólo en el procedimiento legislativo propiamente dicho como se indicó .

6. La mayoría de la Sala estima, que el principio de supremacía de la constitución justifica aplicar la figura de la consulta legislativa durante el proceso de referéndum, sin que sea válido hacer interpretaciones restrictivas. Discrepo respetuosamente de esa posición, ya que las competencias legales sólo se pueden ejercer cuando estén expresamente autorizadas en la ley (principio de legalidad), especialmente cuando interfieren con competencias constitucionales otorgadas a otros Poderes del Estado. Si además se trata de una figura de ejercicio "excepcional", como se explicó, resulta impropio hacer una interpretación extensiva de esta competencia procesal.

7. En derecho constitucional es válido y necesario hacer interpretaciones extensivas en garantía de la supremacía constitucional, cuando se trata de "derechos" como resulta de la aplicación de los principios "pro homine" y "prolibertate", pero no cuando se trata de competencias procesales. Está claro que no existe un "derecho fundamental a la consulta legislativa", por lo que no es válido aplicar interpretaciones extensivas en este caso. La tesis que sostiene la mayoría de la Sala, nos llevaría por ejemplo a aplicar el habeas corpus contra sentencias judiciales, porque se trata de una figura jurídica regulada en la Constitución y aunque la ley no prevé su aplicación para los procesos con sentencia, el principio de supremacía de la constitución, justificaría su aplicación.. También sería válida esta tesis para ampliar la competencia de la Sala para establecer una "acción popular" en acciones de inconstitucionalidad, es decir de legitimación abierta contra las leyes, aún y cuando la ley establece claramente los sujetos legitimados y los supuestos de admisibilidad. En resumidas cuentas, el principio de legalidad no permite a las autoridades públicas ejercer sus competencias fuera del marco de la ley, sólo los particulares pueden tomarse la atribución de hacer aquello que no esté prohibido. En todo caso, si se trata de garantizar la supremacía de la

Constitución, el control posterior de la ley resulta garantía suficiente, como lo ha sido históricamente y esté continúa vigente, de tal forma que no está en ningún peligro el respeto a la Constitución Política; lo contrario sería equivalente a estimar que el control posterior de la ley es inefectivo para garantizar la supremacía constitucional , en este supuesto.

8. Otro argumento que me da base para apartarme de la tesis de mayoría, es el hecho de que en las propias actas legislativas del expediente 14.850 que tramitó al ley de referéndum, consta que los Diputados en comisión expresamente discutieron sobre la posibilidad de conceder la consulta legislativa de constitucionalidad a la Sala en este tipo de procesos y ello fue expresamente desechado. En un primer momento del proyecto consta que la posibilidad de consultar se le otorgaba al Tribunal Supremo de Elecciones, lo cual fue desechado en el curso de los procedimientos. Posteriormente, en el acta número 40, del veintiocho de octubre del año dos mil tres consta expresamente que se presentó una moción para que se agregara la posibilidad de hacer la consulta de constitucionalidad prevista en los artículos 96 y siguientes ante la Sala Constitucional para el proceso de referéndum. Textualmente dice la propuesta:

EL SECRETARIO:

“Moción No. 14 (02-40-CJ) de varios diputadas y diputados:

‘Para que se agregue un nuevo artículo 19 corriendo la numeración respectiva, que dirá:

‘Artículo 19. CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD. Antes de realizarse la convocatoria a Referendun, el proyecto de ley podrá ser consultado a la Sala Constitucional en los supuestos y por los sujetos legitimados en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional’.

La moción fue discutida y desechada. Entre las razones pueden citarse los siguientes párrafos:

DIPUTADO CORRALES BOLAÑOS:

“... a mi me parece que si nosotros cogemos a la Sala como colegisladora no estamos procediendo en consecuencia.

Si la Asamblea Legislativa debe de tener la función que señala la Constitución, nosotros no debemos de estarle preguntando a la Sala ¿qué le parece si está bien o está mal? Nosotros damos la ley y salió inconstitucional, bueno, salió inconstitucional, pero de previo estarle preguntando a la Sala, como ha venido ocurriendo me parece que es un vicio que debemos corregir...”

DIPUTADO MALAVASSI CALVO:

“Creo que el artículo tal cual viene no podría ser aprobado, porque hay algunos reparos entorno a las cosas ya previstas por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pero hago las siguientes observaciones. Uno ¿conviene en el proyecto de referéndum poner también una consulta facultativa si o no? En mi criterio sí sería conveniente poner una consulta facultativa, de manera que sí viene una inconstitucionalidad obvia pudiese ser declarada de previo y no luego, con un referéndum a favor, porque sería muy complicado.

¿Cuál sería este equivalente en un referéndum? No hay, entonces para la debida consulta facultativa si la queremos poner habría que entrarle a la Ley de la Jurisdicción Constitucional o crear aquí un sistema sin reformar la otra, pero si crear aquí un sistema, aunque fuera analógico podría estarse implicando una reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Tal cual está, está partiendo del supuesto no se da, entonces, tal cual está creo que tiene toda la razón Servicios Técnicos en el sentido de que no estamos reformando la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

La Ley de la Jurisdicción Constitucional tiene una previsión y es que la reforma debe ser como expresa...”

DIPUTADO CORRALES BOLAÑOS:

No es que no me haga gracia las consultas, es que “zapatero a tus zapatos”, la Sala Constitucional está para declarar la inconstitucionalidad de lo que nosotros hacemos mal. Si ponemos a la Sala de cuánto proyecto de ley se viene, pues entonces, cerremos la Asamblea Legislativa y démosle a la Sala esa Facultad.

¿Facultativa? Si nosotros dejamos abiertas en estas, vamos a seguir cayendo en la tentación?

EL PRESIDENTE:

“¿Se considera suficientemente discutida la moción leída?

DESECHADA.”

En síntesis puedo decir que, a) El control de constitucionalidad las leyes, es en nuestro sistema, por regla general, “posterior” al acto de formación de la ley, b) Sólo excepcionalmente y por lo tanto, bajo autorización expresa del legislador, se puede ejercer un control previo de constitucionalidad de la Ley, como dice el artículo 10 inciso b) de la Constitución al señalar “según se disponga en la ley.”, c) La ley de la Jurisdicción Constitucional no previó regulación alguna sobre el ejercicio de la competencia de control previo de constitucionalidad en el caso del referéndum, porque no existía en ese momento regulación alguna sobre este tema en el ordenamiento jurídico costarricense, d) Cuando el legislador tuvo oportunidad al introducir el referéndum en la Constitución y la ley, no reguló la posibilidad del ejercicio del control previo de constitucionalidad, y no sólo no lo hizo, sino que ante la posibilidad de hacerlo, desechó la idea expresamente, lo cual está lejos de ser una omisión involuntaria, e) En vista de que no hay trámite legislativo propiamente dicho en este momento, no se dan los supuestos que establece la Ley de la Jurisdicción Constitucional en los artículos 96 y siguientes para que se de el control previo de constitucionalidad, que es después del primer debate y antes del definitivo, f), En ese caso, el control constitucional que queda autorizado es el control “posterior”, criterio que en nada compromete la supremacía de la Constitución que queda plenamente garantizada con el procedimiento regulado en los artículos 73 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para garantía del estado de derecho.

En vista de que mi voto sobre la indamisibilidad de las consultas legislativas objeto de este proceso es minoritario, por obligación legal, integro la Sala en cuanto al fondo en la forma que consta en la sentencia.

Luis Paulino Mora M.

VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA CALZADA MIRANDA**Expediente No. 07-005632-0007-CO**

La Magistrada Calzada salva el voto, únicamente, en cuanto a la procedencia de la consulta de las diputadas y los diputados y la declara inadmisibile. Además da razones separadas en cuanto a los vicios de procedimiento alegados según las siguientes consideraciones,:

A pesar que coincido con el voto de mayoría emitido por mis compañeros de Sala, en cuanto declara sin lugar las objeciones procedimentales invocadas por la Defensoría de los Habitantes, apoyo mi decisión en razones diferentes a las de ellos. Asimismo, considero no evacuable y rechazo de plano la consulta facultativa presentada por diecinueve diputados de la Asamblea Legislativa, por las razones que adelante expondré.

El objeto de la consulta es el Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos que fuera tramitado inicialmente bajo el expediente legislativo N° 16.047. Posteriormente y según iniciativa del Poder Ejecutivo mediante Decreto Ejecutivo 33717-MP aprobada por la Asamblea Legislativa, en sesión ordinaria No. 183 del 23 de abril del 2007 y confirmada en la sesión No. 184 del 24 de abril del 2007, de conformidad con el artículo 13 inciso b) de la Ley de Regulación del Referéndum No. 8492 del 23 de febrero del 2006, finalmente admitido por el Tribunal Supremo de Elecciones para ser sometido a referéndum.

A título de introducción y previo a resolver la admisibilidad de las consultas, es menester imponerse de la doctrina del referéndum. En su básica definición, este instrumento de consulta popular monotemática, es entendido como un tipo de actividad democrática en que se manifiesta y predomina el poder ciudadano. A pesar de la aparente simpleza de funcionamiento, este proceso se muestra lleno de interrogantes legales, y es así, por cuanto está ejecutándose por primera vez. Como toda nueva norma, la ley del Referéndum requerirá evolucionar, y tal enriquecimiento se habrá de dar mediante interpretaciones auténticas y judiciales; esta evolución exige que se acumule experiencia jurídica e institucional mediante la práctica de varias convocatorias similares en el futuro. De nuevo, el referéndum, se define por la doctrina, como una institución democrática mediante la cual la ciudadanía titular de derechos políticos, expresa su voluntad respecto a un asunto que sus representantes, investidos como autoridades institucionales, le someten a consulta. De este modo, la ciudadanía expresa su opción mediante el voto universal acerca de un punto que requiere intervención popular y que al lograrse mediante una decisión que cumpla con los requerimientos cuantitativos establecidos por ley, habrá de ser vinculante para el poder político-institucional.

Se trata de un instituto fundamentado constitucionalmente en el presupuesto, principio, valor y derecho de la libertad y en el principio democrático. La libertad como presupuesto constitucional se manifiesta y desarrolla en principios, valores y derechos como el de libertad de expresión, o como el derecho de autodeterminación, que regresan, en casos particulares como el referéndum, al pueblo soberano. Tal como digo previamente, el referéndum es un instituto consistente con la lógica de un Estado democrático de derecho como el nuestro. El Tribunal Constitucional costarricense tiene clara conciencia que únicamente esta forma de organización social y de toma de decisiones (el sistema democrático) permite un mecanismo de participación ciudadana de esta naturaleza, en que el cuerpo social con derechos políticos manifiesta su criterio ejerciendo la dimensión participativa de la democracia. Esta dimensión está siempre

viva y es verdaderamente la fuente permanente y remozada de la democracia, aun cuando no se manifieste con la constante visibilidad de la dimensión representativa. Al fundamentarse en el ejercicio de la libertad y del principio democrático, una de las principales consecuencias del uso del proceso democrático del referéndum, es que lo decidido por el pueblo resulta de obligatorio cumplimiento para las autoridades investidas de la República.

La mecánica de convocatoria desarrollada en la ley que creó para el mundo jurídico al referéndum, consiste en seguir uno de tres caminos: a) Iniciativa ciudadana. El art. 6 de la Ley establece que cualquier interesado en la convocatoria a referéndum podrá solicitar, ante el TSE, autorización para recoger firmas y se habrá de recoger al menos un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral; la Asamblea Legislativa; b) Referéndum legislativo. La Asamblea Legislativa, posteriormente a que se presente un proyecto de acuerdo firmado por uno o más diputados, acompañado del texto del proyecto de ley, presentado en sesiones ordinarias y mediante la aprobación por las dos terceras partes del total de sus miembros, y c) Iniciativa conjunta del Poder Ejecutivo y de la Asamblea Legislativa. El Poder Ejecutivo mediante la emisión de un decreto y mediante un acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Ninguna de las tres modalidades puede ser utilizada y no es posible la convocatoria a referéndum si los proyectos son relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa. Por otro lado, también se dispuso vía reforma constitucional desarrollada por ley, que es al Tribunal Supremo de Elecciones a quien le corresponde organizar, dirigir, fiscalizar, escrutar y declarar los resultados de los procesos de referéndum, toda vez que es un trámite cuya naturaleza difiere del procedimiento legislativo.

De acuerdo a los presupuestos, principios y condiciones citadas, la Asamblea Legislativa emitió la Ley sobre Regulación del Referéndum N° 8492, señalando que esta normativa tiene por objeto regular e instrumentar el instituto de la democracia participativa denominado referéndum, mediante el cual el pueblo ejerce la potestad de aprobar o derogar leyes y hacer reformas parciales de la Constitución Política, de conformidad con los artículos 105, 124, 129 y 195 de la Constitución Política. Es precisamente, en dicha legislación, que se establecen los requisitos de admisibilidad del proyecto a someterse a referéndum, el trámite a seguir y sus efectos, sin embargo el legislador no estableció en forma alguna, el requerimiento de consulta de constitucionalidad dentro de ese proceso, ni reformó la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

SOBRE LA LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER LAS CONSULTAS FACULTATIVAS:

Procedo a partir de aquí a realizar el análisis acerca de la legitimación y admisibilidad de cada una de las dos consultas que explican la presente decisión de la Sala Constitucional. Desde la perspectiva procesal constitucional manifiesto que coincido con los argumentos del resto de mis compañeros de Sala, en cuanto admiten la consulta establecida por la Defensoría de los Habitantes. Este órgano se presenta ante el Tribunal Constitucional en su calidad de defensor de los derechos de los habitantes de este país y a tal órgano además debe reconocérsele su legitimidad y capacidad como principal entidad pública que tiene el deber de velar, que el funcionamiento de la institucionalidad formal se ajuste a los presupuestos, principios, valores y derechos consagrados en el derecho de la Constitución. Todo lo anterior aunado a la legitimación otorgada en el artículo 96 inciso ch) de la Ley de la Jurisdicción

Constitucional.

En lo relativo a la consulta facultativa presentada por los diecinueve diputados y diputadas, considero que, por un lado el artículo 10 de la Constitución Política establece que corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia conocer de las consultas acerca de proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la normativa legal y por otro lado, que la ley de la Jurisdicción Constitucional dispone en el artículo 96 que los proyectos legislativos, son de consulta preceptiva, cuando se trate de la aprobación de convenios o tratados internacionales, la cual deberá interponer el Directorio de la Asamblea después de aprobado en primer debate. También considero que no existe una norma en la ley de referéndum que establezca la necesidad de la consulta preceptiva o facultativa de constitucionalidad. Asimismo, considero que en el momento en que el legislador derivado emitió la citada ley, tanto el artículo 10 constitucional como la Ley de la Jurisdicción Constitucional tenían plena vigencia y si el constituyente derivado no incluyó las consultas preceptivas o facultativas en la Ley, lo fue porque consideró, conforme al espíritu jurídico del referéndum, que al recuperar para sí el poder ciudadano la capacidad de decisión, ninguna institución formal estaba facultada para discutir o interpretar su decisión. No se trata entonces, -para tener más claridad en el tema-, de una ley que complementa al proceso legislativo ordinario conforme establece el Reglamento, sino que separa la capacidad de decidir del Congreso y sustituye a los legisladores mediante la entrada en escena del pueblo soberano; es así que el pueblo soberano es el que realiza lo que equivaldría al debate y decisión legislativas y a cualquier consulta de constitucionalidad. El Tratado aquí consultado fue iniciado mediante un procedimiento legislativo que sufrió una cancelación o anulación al haber sido sometido a la vía referendaria. Lo anterior como efecto de la reforma constitucional realizada mediante Ley No. 8281 de 28 de mayo del 2002, a los artículos 105, 123, primer párrafo del artículo 124, último párrafo del artículo 129, primer inciso del artículo 195 y que adicionó los artículos 102 y 195 de la Constitución Política que trasladan al poder ciudadano originario la capacidad de declarar como parte del derecho nacional al Tratado de Libre Comercio.

Concluyo de lo expuesto, que de ninguna forma resulta admisible en mi criterio, la consulta legislativa facultativa interpuesta por las señoras y señores diputados. Según indiqué previamente, tratándose de la aprobación de convenios internacionales, el artículo 96 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, señala que únicamente procede la consulta preceptiva y que debe ser presentada por el Directorio de la Asamblea, esto se explica por cuanto el legislador quiso darle a este Tribunal la capacidad de verificación de la constitucionalidad del procedimiento ordinario legislativo, proceso que en la nueva circunstancia, carece de interés, al estarse tramitando el Tratado consultado vía referéndum. Además y de forma reiterada en este texto para incrementar su claridad, señalo que en vía referendaria no fue dispuesta la consulta de constitucionalidad, y ello es así, por cuanto la decisión ciudadana habría de prevalecer ante cualquier decisión legislativa, ejecutiva o judicial. En adición de lo dicho y en cuanto a la consulta facultativa presentada por las señoras y señores diputados, debo señalar que, de conformidad con el artículo 101 de la ley de la Jurisdicción Constitucional, cualquier pronunciamiento que diera este Tribunal, será vinculante, únicamente en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado, no así respecto al fondo.

SOBRE LAS CUESTIONES PROCEDIMENTALES ALEGADAS:

Los mismos razonamientos jurídicos utilizados líneas atrás, para rechazar la

legitimación de las señoras y señores diputados consultantes, me permiten arribar a la conclusión, de que tratándose de un proyecto que públicamente se ha dicho sería sometido a referéndum, no se requiere preceptivamente del pronunciamiento de este Tribunal. Tampoco se ha producido una omisión legislativa, al no haber consultado el Directorio Político, el proyecto.....Como señalé, la lógica imperante en el referéndum, es la oportunidad que le da la ley al pueblo soberano de retomar su poder de decidir en un asunto en particular. Bajo ese análisis, no considera la suscrita que se haya lesionado ningún derecho fundamental, al no haberse realizado por parte del Directorio, una consulta preceptiva, toda vez que ésta no fue contemplada por el constituyente derivado.

Debido a la relevancia del tema sometido a conocimiento es que considero procedente señalar que los otros aspectos de procedimiento consultados por las señoras y los señores diputados, en el sentido, cito ilustrativamente, si la convocatoria a referéndum fue realizada correctamente, si el representante firmante ostentaba plenos poderes, si el texto estaba en el idioma adecuado, así como si ocho de las cláusulas interpretativas incluidas al Tratado constituyen o no reservas, son aspectos de admisibilidad que deben ser decididos por el Tribunal Supremo de Elecciones, previo a la convocatoria popular y no por esta Sala, ya que no somos su superior jerárquico. Constitucionalmente le fue otorgada a dicho Tribunal que para el caso actúa de manera suprema, la función de organizar, dirigir, fiscalizar, escrutar y declarar los resultados de los procesos de referéndum, potestades que según indicó la Sala en la sentencia No. 2007- 7954, ya serían propias de ese Tribunal por tratarse de una de las manifestaciones del sufragio y por estar así dispuesto en la ley sobre Regulación del Referéndum N° 8492. Visto lo anterior, arribo a la conclusión que en cuanto a la obligación mencionada en el texto presentado tanto por la Defensoría como por los señores y señoras diputadas de consultar preceptivamente a esta Sala, no existe tal obligación por parte del Directorio Político, entratándose de la vía referendaria. Y reitero en cuanto a los otros aspectos procedimentales, que los considero de competencia exclusiva del Tribunal Supremo de Elecciones, órgano en el cual se encuentra constitucionalmente depositada la facultad de ordenamiento de los procesos en los que intervenga el sufragio ciudadano.

Como subrayado final es importante confirmar, que si bien es el Tribunal Supremo de Elecciones, órgano detentador de la facultad de organización del proceso referendario, al darse cabida a la legitimación de la Defensoría de los Habitantes como órgano encargado de la defensa de los derechos de los ciudadanos, a plantear una consulta facultativa, nada impide que este Tribunal, como órgano especializado en "materia constitucional", pueda emitir válidamente una opinión técnica al respecto, reconociendo en todo caso, los alcances limitados de tal criterio.

Ana Virginia Calzada M

Nota Separada del Magistrado Vargas Benavides

Considero pertinente realizar dos aclaraciones con relación a lo indicado en la sentencia de mayoría en cuanto a los temas relativos al concepto de "territorio" y a la Comisión de Libre Comercio.

En la sentencia 2005-07428 de las dieciséis horas cuarenta y siete minutos del catorce de junio de dos mil cinco, dictada con ocasión de la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y la Comunidad del Caribe" (CARICOM), salvé mi voto en cuanto consideré que el concepto de territorio ahí establecido resultaba contrario a lo dispuesto en los numerales 5 y 6 de la Constitución Política. Sin embargo, en esta

oportunidad concurre con la mayoría de la Sala, toda vez que el concepto planteado en el DR-CAFTA sobre el territorio costarricense, es más inclusivo que aquel reconocido en el CARICOM. Basta analizar las normas de ambos tratados, para concluir que en el caso del DR-CAFTA sí se está reconociendo la zona económica exclusiva de nuestro país, lo cual fue mi gran preocupación cuando se suscribió el Tratado de Libre Comercio con la Comunidad del Caribe. Dicha preocupación además, queda superada pues el DR-CAFTA reconoce en la definición de territorio la existencia de derechos soberanos y jurisdicción por parte de Costa Rica, conforme al Derecho Internacional y a su legislación interna, con lo cual evidentemente se manifiesta la intención de los Estados Parte de que el acuerdo no constituya una modificación de los límites territoriales, sino únicamente que tenga fines comerciales.

En segundo lugar, debo aclarar que si bien en la sentencia 2005-07428 comentada, estimé que el Consejo Conjunto establecido en el Tratado constituía un órgano supranacional, luego de que se me encargara el estudio del DR-CAFTA y analizara a profundidad los alcances de las decisiones de la Comisión de Libre Comercio, así como la forma en que adopta sus decisiones, estimo que no existe una imposición al Estado costarricense en contra de su voluntad, como para considerar que se trate de un órgano supranacional. Al adoptarse las decisiones por la vía del consenso, es imposible que se imponga dicho órgano a la voluntad del Estado costarricense, pues no se trata de una Corte o Tribunal de carácter internacional que pueda avocarse la resolución de un caso concreto y decidir contra los intereses de los Estados, y por el contrario, cualquier decisión que se adopte, debe hacerse con el consentimiento del representante de Costa Rica. En todo caso, como se indicó en sentencia, el simple hecho de la supranacionalidad de un órgano no lo traduce en una figura inconstitucional, sino que únicamente fija el porcentaje de votación por el cual debe ser aprobado el proyecto.

En consecuencia, y por las razones indicadas es que he concurrido, en todos sus extremos, con la sentencia suscrita por la mayoría de la Sala.

Adrián Vargas B.

07-5632

Nota separada de los Magistrados Mora y Armijo.

Los Magistrados Mora y Armijo, con redacción del primero, respecto de la alegada violación constitucional de lo dispuesto en el artículo 15.11.12 del Tratado, en que se dispone que: " Cada Parte garantizará que en los procedimientos civiles judiciales relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, sus autoridades judiciales deberán estar facultadas para ordenar al infractor que proporcione cualquier información que posea respecto a cualquier persona(s) involucradas en cualquier aspecto de la infracción y respecto de los medios de producción o canales de distribución para los productos o servicios infractores, incluyendo la identificación de terceras personas involucradas en su producción y distribución y sus canales de distribución, y proporcionarle esta información al titular del derecho", estiman necesario dejar expresamente señalado que lo allí dispuesto no altera en nada la garantía constitucional establecida en el artículo 36 de la Constitución Política **en el** que se garantiza que "nadie está obligado a declarar contra sí mismo", pues la prueba obtenida que debe aportar cualquier persona a requerimiento de una autoridad judicial civil, según se autoriza en la citada norma del Tratado, no podría luego ser tenida como válida posteriormente en sede penal, en contra de los derechos de la persona requerida a presentarla. La jurisprudencia de la Sala (sentencia 2000-11403) ha

señalado que en procedimientos de índole administrativa o de naturaleza distinta a la penal, rigen otras reglas de debido proceso. No obstante se advierte que si en un procedimiento de índole administrativa, no penal, se obtiene una prueba o información requerida sin que se haya hecho la advertencia constitucional contenida en el artículo 36 de la Constitución, sobre el derecho a no autoincriminarse, esa información, no podría ser utilizada posteriormente en un proceso penal en contra de la persona requerida. Concretamente se señaló:

“En lo que al proceso penal respecta, si a la amparada no se le hicieron las advertencias de ley, no puede tomarse como prueba su declaración de la fase administrativa, porque dentro del proceso penal, rige entre otros, el principio de que no puede obligarse a una persona indiciada a declarar contra sí misma, y en consecuencia puede abstenerse de declarar, y la entrevista que fue recabada durante el procedimiento administrativo tributario no sirve como prueba dentro del proceso penal por no contener los requisitos que una indagatoria debe cumplir. Así las cosas la entrevista es válida para sus fines dentro del procedimiento tributario, pero no sirve como prueba dentro del proceso penal que se genere a raíz de la determinación de un ilícito penal tributario, y lo procedente es entonces declarar sin lugar el recurso.”

Las consecuencias que se pueden derivar de esta sentencia -que resulta válida para todos los procesos no penales son-, entre otras las siguientes:

a) En los procedimientos administrativos o de naturaleza no penal, no es necesario hacer al administrado la advertencia sobre las posibles consecuencias penales del contenido de las declaraciones o informaciones rendidas o requeridas; b) pero sí tales advertencias no fueron hechas, la información o prueba requerida durante el procedimiento administrativo o civil no podrá ser utilizada en sede penal en contra del afectado; c) la información o prueba requerida durante un procedimiento administrativo, civil o de naturaleza distinta a la penal, sin la advertencia legal, es válida dentro de ese tipo de procedimiento, pero no para efectos penales.

Luis Paulino Mora Mora. Gilbert Armijo Sancho

Voto salvado de los Magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro, con redacción del primero: los suscritos Magistrados discrepan del criterio sostenido por el Tribunal Constitucional en esta opinión consultiva, con sustento en las siguientes razones:

I.-

Admisibilidad de las consultas acumuladas de constitucionalidad. Con fundamento en lo dispuesto por el inciso ch) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se estima que el Defensor de los Habitantes goza de legitimación para formular su consulta legislativa facultativa de constitucionalidad, tanto por razones de fondo, cuanto de procedimiento, en la medida en que considere infringido algunos de los derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos vigentes en la República. En este sentido, aunque de una lectura completamente errónea de esta disposición se podría interpretar que el Defensor únicamente puede sustentar su consulta en motivos de fondo, a todas luces resulta evidente que en el trámite de aprobación de un proyecto de ley, de una reforma constitucional, o de aprobación de un tratado internacional (entre otros supuestos) eventualmente se puede vulnerar alguno de estos derechos (entre ellos, los de participación política, el principio democrático y de respeto de las minorías), todos los cuales sin duda justifican la admisión de esta consulta legislativa

facultativa de constitucionalidad, tanto por razones de fondo como de procedimiento. Por demás, se debe advertir que a la Sala Constitucional le corresponde exclusivamente resolver sobre su propia competencia, así como conocer de las cuestiones incidentales que surjan ante ella y de las prejudiciales conexas, de modo que ningún otro órgano constitucional está habilitado para resolver o referirse en sus decisiones acerca de éstas. Por su parte, los diputados Rafael Elías Madrigal Brenes, Alberto Salom Echeverría, José Merino del Río, Ronald Solís Bolaños, Marvin Rojas Rodríguez, José Joaquín Salazar Rojas, Nidia María González Mora, Leda Zamora Chaves, Andrea Morales, Sadie Bravo de Maroto, Grettel Ortiz Alvarez, Patricia Quirós Quirós, Francisco Molina, Lesvia Villalobos Salas, José Rosales, Olivier Pérez González, Oscar López A., Elizabeth Fonseca y Orlando Hernández Murillo, también están legitimados para promover su consulta facultativa de constitucionalidad, de acuerdo con el inciso b) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

II.-

Objeto de las consultas. Las presentes consultas legislativas facultativas de constitucionalidad se refieren al proyecto de aprobación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, expediente legislativo N° 13.874, el cual fue sometido al proceso de referéndum mediante acuerdo tomado por el Plenario de la Asamblea Legislativa en la sesión ordinaria N°183 de 23 de abril de 2007.

III.-

De relevancia para la decisión de esta consulta, se debe tener en cuenta lo siguiente:

a. el Presidente de la República y el Ministro de la Presidencia, mediante el Decreto Ejecutivo N°33717-MP, de 17 de abril de 2007, dispusieron:

***"Artículo 1°-** Se propone la convocatoria a referéndum para que la ciudadanía apruebe o impruebe el "Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos" (TLC), expediente legislativo N°16047, según el texto dictaminado por la Comisión Especial de Asuntos Internacionales y Comercio Exterior de la Asamblea Legislativa y que fuera publicado en el Alcance N°2 a la Gaceta N°19 de 26 de enero de 2007.*

Artículo 2°- Póngase en conocimiento de la Asamblea Legislativa esta iniciativa para su decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 8492, Ley sobre Regulación del Referéndum. A tal efecto, conforme a lo establecido por el inciso a) del artículo supraindicado, se adjunta el texto del proyecto de Ley que será sometido a consulta popular" (folios 27982 a 27984 de la copia certificada del expediente legislativo N°16047);

b) el Plenario de la Asamblea Legislativa, en acuerdo tomado en la sesión ordinaria N° 183 de 23 de abril de 2007, aprobó la siguiente resolución:

"Que el Poder Ejecutivo mediante Decreto número 33.717-MP ejerció las facultades previstas en los artículos 105 y 118 de la Constitución Política, y en los artículos 3°, en su inciso c), y 13 de la Ley N° 8492, Ley sobre Regulación del Referéndum, y somete a conocimiento de esta Asamblea Legislativa la propuesta para convocar a un referéndum y someter a la ciudadanía el proyecto "Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos" (TLC), tramitado bajo

el expediente legislativo No. 16.047. (...)(el contenido del acta de la sesión N° 183 de 23 de abril de 2007 no consta en la copia certificada del expediente legislativo N° 16047);

b. el Directorio de la Asamblea legislativa mediante el acuerdo N°6323-06-07, comunicó lo siguiente:

“La Asamblea Legislativa de la

República de Costa Rica”

En sesión ordinaria No. 183 celebrada el veintitrés de abril de dos mil siete, dando aplicación a lo dispuesto en los artículos 105 y 118 de la Constitución Política y el inciso c) del artículo 3 de la Ley N°8492, “Ley sobre Regulación del Referéndum,” y haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 13 de la citada Ley

Acuerda:

Apruébase la propuesta sobre la Convocatoria a referéndum del Poder Ejecutivo para que la ciudadanía apruebe o impruebe el dictamen rendido por la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, sobre el Proyecto de Ley N°16.047 “Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos” (TLC), que fuera publicado en el Alcance N°2 a la Gaceta No 19 del 26 de enero de 2007, Decreto 33717-MP y que se tramita bajo el Expediente Legislativo 16.622. Comuníquese al Tribunal Supremo de Elecciones según establece el artículo 13 de la Ley N°8492, Ley sobre Regulación del Referéndum.”

(folio 27992 de la copia certificada del expediente legislativo N°16047);

c. El Presidente de la Asamblea Legislativa, mediante el oficio N°DPAL–684–2007 de 25 de abril de 2007, comunicó al Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones el acuerdo N°6326-06-07 (folio 27993 de la copia certificada del expediente legislativo N° 16047);

d. el Secretario del Tribunal Supremo de Elecciones, en oficio N°TSE–1987–2007, de 3 de mayo de 2007, comunicó al Presidente de la Asamblea Legislativa el contenido del acuerdo tomado por el Tribunal Supremo de Elecciones en la sesión ordinaria N°39-2007, en el cual entre otras cosas se dispuso: *“no advirtiéndose obstáculos de admisibilidad respecto de la referida gestión parlamentaria, apruébense las siguientes disposiciones preliminares, que deberán ser cumplidas con la mayor celeridad y eficacia posibles: “1.-*

La Secretaría preparará el borrador del decreto de este Tribunal mediante el cual se comunicará oficialmente la convocatoria a referéndum, precisando el día de las votaciones y demás aspectos pertinentes, en los términos de los artículos 17 y 18 de la Ley de Regulación de Referéndum (...)” (folios 27999 a 28001 del expediente legislativo N°16047);

IV.-

Sobre el principio de supremacía de la constitución. La Sala Constitucional, en la sentencia N°2001-09384 de las 14:46 hrs. de 19 de septiembre de 2001, entre otras, tuvo la ocasión de referirse sobre los alcances del principio de supremacía de la

constitución y el reconocimiento de la Constitución Política como norma jurídica dotada de coercitividad, situada precisamente en el punto más alto de la jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico. En dicha sentencia se dijo:

.-

Sobre el fondo: La jurisprudencia constitucional ha reconocido a la Constitución Política su carácter normativo supremo (principio de supremacía) del cual se derivan una serie de consecuencias entre las que está, el deber de remoción de todo obstáculo para su plena efectividad. Para eso se han creado mecanismos procesales conducentes a hacer valer y respetar los principios y valores en ella contenidos, entre ellos, el hábeas corpus y el amparo, contra actos, y la inconstitucionalidad y consulta judicial, como vías para la anulación de normas de rango inferior que contradigan la normativa constitucional y sus principios. Naturalmente que el principio de supremacía de la Constitución, implica su eficacia directa, es decir, vinculante sin necesidad de intermediación de ninguna otra norma. De ahí deriva precisamente, la capacidad de toda autoridad para aplicar, desarrollar y proteger los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política. De no ser así toda argumentación acerca de la máxima jerarquía de la Constitución, no pasaría de ser una declaración de buena voluntad.

II.-

En la sentencia número 01185-95 de esta Sala, se analizó si a propósito de la supremacía de la Constitución, todo juez, como autoridad que es, puede actuar en defensa de la Constitución Política, incluyendo la potestad de anular aquellas normas o actos que rocen o choquen contra el orden constitucional, o si esa materia, está reservada únicamente a esta Sala por disposición expresa del artículo 10 de la Constitución. En esa ocasión, por mayoría de votos, se determinó que nuestro sistema constitucional es concentrado y especializado y que por lo tanto la declaratoria de inconstitucionalidad le corresponde exclusivamente a esta Sala, por disposición expresa del artículo 10 de referencia. No obstante, se hace una importante salvedad, en el sentido de que, lo anterior, no implica dejar al juez en la tesitura de aplicar normas que estime inconstitucionales porque eso sería "un pecado de lesa Constitución", en la medida que está sujeto a la Constitución y a la Ley, en ese orden. En ese sentido, en atención a lo que dispone el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es de concluir que, cuando existen precedentes o jurisprudencia constitucional para resolver un caso, el juez está obligado a interpretar y aplicar –de buena fe-, las normas o actos propios del asunto, conforme con tales precedentes o jurisprudencia, incluso si para hacerlo ha de desaplicar leyes u otras normas que resulten incompatibles con ellos – aunque no hayan sido formalmente declarados inconstitucionales-, siempre y cuando, claro está, se trate de situaciones, bajo conocimiento del Juez, idénticas o análogas (analogía legis o analogía juris) a la que resulta por el precedente o la jurisprudencia constitucional. Esto es así, además por virtud de que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que "la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes", dado que ofrecen la forma en que los actos sujetos al derecho público y la normativa en general, pueden entenderse conforme con el Derecho de la Constitución (ver sentencia número 01185-95).

De esta forma, el principio de supremacía de la constitución supone en el ordenamiento jurídico costarricense:

- la observancia preceptiva de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos

Humanos vigentes en la República, en tanto así lo reconoce el artículo 48 de la Constitución Política –teniendo en cuenta, desde luego, que los derechos humanos son anteriores y superiores al Estado, en virtud de que proceden de la propia dignidad del ser humano–, en cuanto la Sala Constitucional, en la sentencia N°2313-95, de las 16:18 horas de 9 de mayo de 1995, señaló: *“como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759- 93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años”*;

- la aplicación directa de las normas orgánicas del Derecho de la Constitución que regulan la relación entre los poderes, órganos y entes del Estado, de las que les atribuyen competencias y de las que establecen controles a su actuación;
- la vinculación de parte de los órganos encargados del manejo de los fondos públicos hacia las normas y principios que integran el Derecho de la Constitución, en particular, los que promueven la labor de tutela sobre la hacienda pública;
- la obligación de que las leyes y, en general, las demás normas del ordenamiento jurídico se adecuen a la Constitución Política, lo que comprende, por una parte, la necesidad de que sean dictadas conforme a los criterios que la Constitución –y en el caso costarricense, el Reglamento de la Asamblea Legislativa– por otra, el que su contenido no sea contrario a los principios que componen el Derecho de la Constitución;
- la obligación de interpretar las normas del ordenamiento de conformidad con la Constitución Política;
- el control sobre los silencios del legislador y de las demás autoridades públicas que violan el Derecho de la Constitución.

V.-

Sobre el modelo de control de constitucionalidad. Con ocasión de la reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, efectuada por medio de la Ley N°7128 de 18 de agosto de 1989, se atribuyó al Tribunal Constitucional las siguientes competencias: la jurisdicción de constitucionalidad –artículos 10 y 128 constitucionales– para garantizar la supremacía y uniforme interpretación y aplicación del Derecho de la Constitución; la jurisdicción de los derechos y libertades fundamentales, que tiene por objeto tutelar las libertades y los derechos humanos fundamentales; y la jurisdicción de conflictos, con el fin de resolver las disputas de competencias entre los órganos constitucionales.

VI.-

En lo que atañe a la Jurisdicción Constitucional costarricense, se debe advertir que nuestro modelo de justicia, al igual que el español o alemán, responde más al modelo concentrado que al difuso. Lo anterior por cuanto, mientras el difuso se caracteriza, fundamentalmente, por la potestad de que goza cada Juez para desaplicar con efectos inter partes, al resolver un caso concreto, una disposición contraria a la Constitución; el

modelo concentrado, en cambio, determina la conformidad de una medida con la Norma Fundamental mediante un juicio abstracto de constitucionalidad, cuyo resultado tiene efectos erga omnes, declarándose en consecuencia la nulidad de la disposición impugnada. Este tema fue resuelto por la Sala Constitucional con ocasión de la consulta judicial facultativa de constitucionalidad formulada por el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de San José, sobre la regularidad constitucional de los artículos 15 de la Ley N°6966 de 25 de setiembre de 1984 y 8 ° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, N ° 7333 de 5 de mayo de 1993. En efecto, en la sentencia N°1185-95 de las 14:33 hrs. de 2 de marzo de 1995, la Sala Constitucional dispuso:

“la Sala estima que el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es inconstitucional, si se le interpreta en el sentido de que no autoriza a los funcionarios que administran justicia para desaplicar por propia autoridad ninguna ley, norma o acto de cualquier naturaleza que sea contrario a la Constitución Política, porque, para el caso en que tengan duda fundada acerca de la constitucionalidad de esas normas, deben, necesariamente, formular la consulta ante la Sala Constitucional. Debe agregarse, en este sentido, que esta interpretación es la única conforme con la Constitución Política, ya que por una parte se preserva el diseño constitucional de una Sala especializada y con poder concentrado para declarar la inconstitucionalidad, pero, por otra, no deja al juez en la tesitura de aplicar normas que estima inconstitucionales, lo cual, como alguien ha dicho, sería un pecado de lesa Constitución, al permitirle en ese caso, formular una consulta fundamentada al órgano con competencia para decidir el punto. ”

En esa oportunidad la Sala puso de manifiesto la noción concentrada –en el mayor grado– de nuestro sistema de Justicia Constitucional, y señaló que existe reserva constitucional en cuanto a la asignación de competencia para realizar el control de constitucionalidad. En efecto, en esta sentencia la Sala consideró:

“Como se ha dicho, en forma resumida, esa posibilidad del control en manos diferentes al órgano constitucionalmente señalado, queda fuera del alcance de la ley ordinaria, pues la materia constitucionalmente regulada automáticamente escapa a su ámbito y rango de regulación, como también se ha escrito en el ámbito de la doctrina nacional. Esta es la verdadera reserva que la Constitución establece en materia de control de constitucionalidad. Por ese motivo, hablamos aquí ya no simplemente del principio de legalidad, sino específicamente del principio de legalidad constitucional, que es su versión más calificada y atendible. Ante tal reserva, constituiría un sofisma afirmar que el principio de supremacía constitucional lleva a que toda autoridad pública -y obviamente todo juez- tiene competencia para desaplicar las normas inconstitucionales, independientemente del alcance que se le otorgue a ese acto.”

Ahora bien, este control jurídico concentrado de constitucionalidad lo desarrolla la Sala Constitucional de manera preventiva, a priori, y en lo sucesivo, a posteriori, según se desprende de las diversas disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En efecto, la Sala Constitucional realiza el control preventivo de constitucionalidad en los supuestos del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional; y lo hace de modo preceptivo, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales; o de modo facultativo, cuando sea presentada por un número no menor de diez diputados, respeto de cualquier otro proyecto de ley, incluyendo las reformas al Reglamento de la Asamblea Legislativa. Esta norma también concede legitimación para promover la consulta a la Corte Suprema de Justicia, al Tribunal Supremo de Elecciones, a la Contraloría General de la República y al Defensor

de los Habitantes, si se trata de proyectos de ley referidos a sus materias. En estos casos la Sala emite un dictamen o una opinión consultiva que resulta vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado, sin perjuicio que las cuestiones de fondo sean impugnadas nuevamente por las otras vías de control de constitucionalidad –sobre el particular, se puede analizar la sentencia N°678-91 de las 14:16 hrs. de 27 de marzo de 1991-. Otra modalidad de control preventivo se verifica cuando el Poder Ejecutivo veta un proyecto de ley por motivos de constitucionalidad, cuyas razones no son aceptadas por la Asamblea Legislativa, de acuerdo con el artículo 128 de la Constitución Política.

VII.-

Pero la Sala también realiza el control a posteriori, o en lo sucesivo, en el caso de las consultas judiciales de constitucionalidad y en la acción de inconstitucionalidad. Las primeras están reguladas en los artículos 102 a 106 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en cuya virtud el Juez puede plantear la consulta en aquellos casos en que tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad 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. En estos supuestos, la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional produce los mismos efectos que los de una acción –ver artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional-. Por su parte, el objeto de las acciones de inconstitucionalidad está regulado en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Esta norma establece:

“Artículo 73.-

Cabrá la acción de inconstitucionalidad:

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 7º, 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."

Asimismo, el artículo 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, estipula que no cabe la acción contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial ni contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones, aunque a modo de interpretación se ha entendido que es procedente contra la Jurisprudencia reiterada de los Tribunales de Justicia –al respecto, se puede ver la sentencia N°3180-93 de las 15:18 hrs. de 6 de julio de 1993-.

VIII.-

También le corresponde a la Sala Constitucional resolver los conflictos de competencia o atribuciones entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, o entre cualquiera de ellos y la Contraloría General de la República. Además, resuelve los conflictos de competencia o atribuciones constitucionales entre cualquiera de los poderes u órganos de los poderes u órganos dichos y las entidades descentralizadas, municipalidades u otras personas de Derecho Público, o los de cualquiera de éstas entre sí.

IX.-

Finalmente, en lo que atañe a la protección de los derechos consagrados en la Constitución Política, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos vigentes en la República, el artículo 48 consagra el derecho de todo particular al amparo como una garantía procesal y sustantiva para asegurar su disfrute efectivo. De esta manera, en el ordenamiento jurídico costarricense toda persona tiene la posibilidad de establecer un recurso de hábeas corpus o de amparo para garantizar el goce pleno de esas libertades. Tanto el recurso de amparo como el recurso de hábeas corpus son procesos sumarios, directos, declarativos y principales. La Ley de la Jurisdicción Constitucional desarrolla con detalle estos procedimientos (sobre el particular, también se puede analizar la sentencia N°2006-17745 de las 14:35 hrs. de 11 de diciembre de 2006).

X.-

En particular, sobre el control preventivo o a priori de constitucionalidad.

Como se expuso con anterioridad, el artículo 10 de la Constitución Política le atribuye la competencia a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia de declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. En lo que atañe al control preventivo de constitucionalidad, el inciso b) del artículo 10 ídem estipula:

"b) Conocer 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 esta forma, la consulta es obligatoria o preceptiva en los casos que enuncia la Constitución –a saber, los proyectos de reforma constitucional y de aprobación de convenios o tratados internacionales– y la ley –en concreto la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que en el inciso a) del artículo 96 agrega la obligación de plantear la

consulta en aquellos casos en que se pretende la reforma de la Ley que rige esta Jurisdicción—. En este sentido, la obligatoriedad de formular la consulta en estas materias es de tal magnitud, que si son aprobadas unas iniciativas sin requerir la opinión del Tribunal Constitucional necesariamente se produce una violación sustancial en el trámite de ese procedimiento que lo invalida.

XI.-

Sobre el proceso de referéndum, como una manifestación del derecho de los ciudadanos en la toma de las decisiones políticas fundamentales. Cabe mencionar que el principio democrático contenido en el preámbulo y artículo 1° de la Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, supone, necesariamente, el de la participación política directa, efectiva, libre y consciente de los ciudadanos en la toma de las decisiones políticas fundamentales en cuanto les atañen. Sobre este último principio, el artículo 9° de la Constitución Política, en su versión actual, después de la reforma parcial verificada por la Ley No. 8364 del 1° de julio del 2003, dispone que *“El Gobierno de la República es popular, representativo, **participativo**, alternativo y responsable. **Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí: El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial**”*. No cabe la menor duda que la última reforma parcial al artículo 9°, fue jalonada, en buena parte, por la que se produjo, casi un año antes, de los ordinales 105 y 123 de la Constitución, en cuanto se enfatiza el carácter participativo del Gobierno de la República y se señala explícitamente que, además de los tres Poderes, éste lo ejerce el pueblo, obviamente, a través de su participación en el diseño de las grandes líneas políticas del país, mediante el referéndum y la iniciativa popular en la formación de la ley. En el ámbito de los instrumentos internacionales de derechos humanos es menester indicar que existe una convergencia absoluta de estos en consagrarle y garantizarle a las personas el derecho de participar o tomar parte directamente en el gobierno o en la dirección de los asuntos públicos de su país, así lo establecen, a título de ejemplo, los artículos 21, párrafo 1°, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, 20 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, 23, párrafo 1°, inciso a), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 y 25, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966 (sentencia N°2005-05649 de las 14:39 hrs. de 11 de mayo de 2005).

XII.-

Desarrollo infraconstitucional. Luego de la reforma efectuada a los artículos 9°, 105 y 123 de la Constitución Política, la Asamblea Legislativa emitió la Ley para la Regulación del Referéndum, Ley N°8492 de 23 de febrero de 2006, que tiene por objeto regular e instrumentar el instituto de la democracia participativa denominado referéndum, mediante el cual el pueblo ejerce la potestad de aprobar o derogar leyes y hacer reformas parciales de la Constitución Política, de conformidad con los artículos 105, 124, 129 y 195 de la Constitución Política. Esta ley desarrolla el contenido del artículo 105 constitucional (que, precisamente, le otorga al pueblo la potestad de legislar mediante el referéndum), y el artículo 102 inciso 9) ídem que le atribuye al Tribunal Supremo de Elecciones la competencia de organizar, dirigir, fiscalizar, escrutar y declarar los resultados de los procesos de referéndum. De modo que describe, por ejemplo, cuales materias no están sujetas a este proceso, así como sus modalidades y los efectos de su resultado. También regula el procedimiento que se debe observar en los supuestos de la iniciativa ciudadana, legislativa y ejecutiva, el trámite de las reformas parciales de la constitución, entre otras situaciones.

XIII.-

A mayor abundamiento, es claro que el proceso de referéndum, contiene una doble vertiente o naturaleza, pues por un lado involucra la potestad del pueblo aprobar o derogar leyes y hacer reformas parciales de la Constitución Política (función estrictamente legislativa) y, por otro, el ejercicio del sufragio (función estrictamente electoral), mientras que el artículo 102 inciso 9) de la Constitución Política le asigna al Tribunal Supremo de Elecciones la facultad de

“9) Organizar, dirigir, fiscalizar, escrutar y declarar los resultados de los procesos de referéndum. No podrá convocarse a más de un referéndum al año; tampoco durante los seis meses anteriores ni posteriores a la elección presidencial. Los resultados serán vinculantes para el Estado si participa, al menos, el treinta por ciento (30%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, para la legislación ordinaria, y el cuarenta por ciento (40%) como mínimo, para las reformas parciales de la Constitución y los asuntos que requieran aprobación legislativa por mayoría calificada”

Además de las otras funciones que le encomienda expresamente la Ley N°8492 de 23 de febrero de 2006; de ahí que las decisiones que adopte el Tribunal Supremo de Elecciones en esta materia eventualmente pueden ser objeto de control a través de sus distintas modalidades, siempre que el acto adoptado no constituya función estrictamente electoral, todo lo cual deberá ser examinado por la Sala en el caso concreto, quien tiene la potestad para resolver sobre su propia competencia (artículo 10 de la Constitución Política y 7° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

XIV.-

Sobre la omisión de plantear la consulta preceptiva legislativa de constitucionalidad. Ahora bien, en su consulta la Defensora de los Habitantes de la República reclama la violación de la garantía consagrada en el artículo 10 de la Constitución Política, con motivo de la convocatoria a referéndum del proyecto de aprobación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, pues el Directorio de la Asamblea Legislativa y el Tribunal Supremo de Elecciones, al haber acordado la celebración del proceso de referéndum, han omitido efectuar la consulta preceptiva de constitucionalidad a que alude el artículo 10 de la Norma Fundamental. Acusan, asimismo, la inconstitucionalidad por omisión de la Ley para la Regulación del Referéndum, en cuanto no regula el procedimiento que se debe observar si se quiere someter a referéndum una materia que por fuerza de la Constitución, preceptivamente deba ser consultada a la Sala Constitucional. Ciertamente, la Ley N°8492 de 23 de febrero de 2006, no contiene ninguna disposición en el sentido que alega el órgano consultante (es decir, no indica quien debe formular la consulta preceptiva si se trata de una iniciativa ciudadana, legislativa o ejecutiva; el momento en que se debe plantear la consulta, o bien la suspensión del proceso relativo a la organización y fiscalización del proceso de referéndum mientras se pronuncia la Sala Constitucional).

XV.-

Tampoco se aprecia que el Directorio de la Asamblea Legislativa o el Tribunal Supremo de Elecciones hayan formulado la consulta preceptiva de constitucionalidad exigida por el artículo 10 de la Norma Fundamental (lo anterior, pese a que en la sesión en que el Plenario de la Asamblea Legislativa acogió la iniciativa del Poder Ejecutivo de someter al proceso de referéndum el tratado aludido, N°183 de 23 de abril de 2007, se desecharon sendas mociones de los Legisladores en el sentido de realizar la consulta preceptiva a la Sala Constitucional), todo lo cual sin duda constituye un vicio esencial en el trámite de esta iniciativa que cercena a toda luz el Derecho de la Constitución, así

como el contenido esencial del artículo 10 constitucional. En efecto, a todas luces es evidente que las omisiones acusadas sin duda han generado un vaciamiento del contenido esencial del artículo 10 de la Constitución Política, que desde todo punto de vista debe ser reparado por esta Jurisdicción. Es, precisamente, la necesaria sujeción de los poderes constituidos al Derecho de la Constitución, lo que permite implementar las diversas modalidades del control de constitucionalidad, sea a priori o a posterior, las cuales son una consecuencia necesaria del reconocimiento de la Constitución Política como norma jurídica, dotada de coercitividad. En este caso, se aprecia que los órganos involucrados en el proceso de aprobación del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, han acordado someterlo al proceso de referéndum, sin tener en consideración los alcances de lo contemplado en el artículo 10 de la Norma Fundamental, relativos al control de constitucionalidad, a la garantía de la Constitución como norma jurídica, así como el principio de supremacía de la Constitución, todos los cuales han sido vulnerados en la especie. De modo que la Defensora de los Habitantes de la República lleva razón en sus reclamos, motivo por el cual los suscritos Magistrados salvanel voto y consideran que es inconstitucional el trámite de la iniciativa relativa a la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, por vulnerar –se repite– el contenido esencial del artículo 10 de la Constitución Política.

XVI.-

Sobre el objeto de la convocatoria a referéndum. Violación de la iniciativa del Poder Ejecutivo. También constituye un vicio sustancial en el trámite del proceso a referéndum el hecho que el Plenario de la Asamblea Legislativa, por medio del acuerdo tomado en la sesión ordinaria N°183 de 23 de abril de 2007, haya acordado enviar a este proceso una materia completamente distinta de la convocada originalmente por el Poder Ejecutivo; es decir, el contenido de la siguiente resolución:

"ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Resolución

Considerando :

*Que el Poder Ejecutivo mediante Decreto número 33.717-MP ejerció las facultades previstas en los artículos 105 y 118 de la Constitución Política, y en los artículos 3°, en su inciso c), y 13 de la Ley N° 8492, Ley sobre Regulación del Referéndum, y somete a conocimiento de esta Asamblea Legislativa la propuesta para convocar a un referéndum y someter a la ciudadanía el proyecto **"Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos" (TLC), tramitado bajo el expediente legislativo No. 16.047.***

Que el artículo 105 de la Constitución Política dispone que el pueblo podrá ejercer la potestad de legislar mediante el referéndum, cuando, entre otros supuestos, lo convoque el Poder Ejecutivo junto con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Que el inciso b) del artículo 13 de la Ley N° 8492, Ley sobre Regulación del Referéndum, indica claramente en lo conducente: "La Asamblea, mediante acuerdo aprobado por la mayoría de la totalidad de sus integrantes, decidirá someter o no a referéndum para aprobar o derogar leyes ..."

Que el artículo 9 de la Constitución Política reconoce que el Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable, y lo ejercen el pueblo y los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Que en la exposición de motivos de la reforma constitucional al artículo 9, los diputados proponentes expresaron: "Al incorporar en la Constitución Política de la República el derecho participativo directo de la ciudadanía en la dirección de los asuntos públicos, no hacemos otra cosa que incorporar, en nuestra Carta Magna, derechos humanos universales que ya han sido reafirmados y desarrollados tanto en el ámbito universal como en el regional. Con ello pretendemos consolidar aún más, nuestras instituciones democráticas, en el respeto de los derechos esenciales del hombre".

Que la Sala Constitucional, en la sentencia número 2005-5649, dijo: "No cabe la menor duda que la última reforma parcial al artículo 9°, fue jalonada, en buena parte, por la que se produjo, casi un año antes, de los ordinales 105 y 123 de la Constitución, en cuanto se enfatiza el carácter participativo del Gobierno de la República y se señala explícitamente que, además de los tres Poderes, éste lo ejerce el pueblo, obviamente, a través de su participación en el diseño de las grandes líneas políticas del país, mediante el referéndum y la iniciativa popular en la formación de la ley. En el ámbito de los instrumentos internacionales de derechos humanos es menester indicar que existe una convergencia absoluta de estos en consagrarle y garantizarle a las personas el derecho de participar o tomar parte directamente en el gobierno o en la dirección de los asuntos públicos de su país..."

Que el instituto del referéndum permite fortalecer el sistema democrático y con ella facilitar a la ciudadanía participar en la toma de decisiones de relevancia para el destino de la sociedad costarricense.

Que esta Presidencia comparte lo expresado por la Sala Constitucional en la sentencia número 990-92, en tanto "la positivización del principio democrático" en el artículo 1 era de la Constitución, constituye uno de los pilares, el núcleo vale decir, en que se asienta nuestro sistema republicano y en ese carácter de valor supremo del Estado Constitucional de Derecho, debe tener eficacia directa sobre el resto de fuentes del ordenamiento jurídico infraconstitucional y obviamente sobre el Reglamento", refiriéndose al Reglamento de la Asamblea Legislativa.

Que al residir en la Nación en forma exclusiva la soberanía y la potestad originaria de legislar en el Pueblo, es compromiso ineludible de este Poder respetar el mandato de nuestra Carta Fundamental y fortalecer el Estado de Derecho, así como los principios generales y valores contenidos en la Constitución Política.

Que el artículo 124 constitucional establece que el acto legislativo para convocar a referéndum se votará en una sola sesión y deberá publicarse en La Gaceta una vez adoptado.

Que la decisión que le corresponde adoptar a este Poder de la República como órgano representativo, consiste en someter o no a referéndum la aprobación de un Tratado Internacional, e implica poner de inmediato en manos de los representados el ejercicio de una potestad decisoria que a ellos se atribuye naturalmente y exige, por

consiguiente, una tramitación expedita, no dilatoria, y la remoción de cualquier obstáculo procesal, integrando a este efecto el procedimiento, con los principios democrático, y de celeridad, simplicidad, economía y eficiencia.

Que hay amplia coincidencia entre la ciudadanía y sus representantes sobre la trascendencia y especial significado de someter la decisión sobre el "Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos" a consulta popular, y por ello, todas las señoras diputadas y señores diputados debemos asumir el reto de no postergar la decisión que demandan el ordenamiento jurídico y la Nación.

I

Que la consulta popular se celebrará bajo la garantía de imparcialidad y transparencia del Tribunal Supremo de Elecciones, a quien corresponde en forma exclusiva la organización y dirección del referéndum, como materia electoral que es propia de ese órgano, al que, en consecuencia, compete la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales pertinentes.

Que el Reglamento de la Asamblea Legislativa no contiene ninguna norma que regule el procedimiento para adoptar el acuerdo legislativo relativo al referéndum, acatando el mandato constitucional de resolver en una sola sesión, y dicha omisión regulatoria no puede justificar la dilación en la definición imperativa de este asunto. La integración reglamentaria debe canalizar y facilitar la votación para que este órgano representativo de forma inmediata determine si cede su potestad en beneficio del Pueblo y permite a los ciudadanos el ejercicio de su derecho de participar y tomar parte en la decisión de asuntos públicos.

Que el principio democrático y los principios procesales señalados, como normas no escritas, permiten integrar el artículo 124 de la Constitución Política y adoptar las medidas necesarias en el Plenario Legislativo para alcanzar el fin que ese texto normativo supremo exige, sea, la decisión legislativa, en las condiciones perentorias previstas.

Acuerda:

El acuerdo se someterá a votación a las 6:00 pm, de la sesión de hoy."

Lo anterior, pese a que el Poder Ejecutivo propuso la convocatoria a referéndum para que la ciudadanía apruebe o impruebe **"el Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos" (TLC), expediente legislativo No. 16.047, según el texto dictaminado por la Comisión Especial de Asuntos Internacionales y Comercio Exterior de la Asamblea Legislativa y que fuera publicado en el Alcance No. 2 a La Gaceta No. 19 del 26 de enero del 2007"** (folio 27983 de la copia certificada del expediente legislativo). En efecto, mientras la convocatoria efectuada por el Poder Ejecutivo se refiere, precisamente, al texto dictaminado por la Comisión Especial de Asuntos Internacionales y Comercio Exterior de la Asamblea Legislativa y que fuera publicado en el Alcance No. 2 a La Gaceta No. 19 del 26 de enero del 2007 (teniendo en cuenta que los otros dos dictámenes que rindió esa Comisión fueron publicados en diferentes Alcances al Diario Oficial La Gaceta), el Plenario de la Asamblea Legislativa, sin embargo, en la resolución transcrita acordó someter al proceso de referéndum el **"Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos" (TLC), tramitado bajo el expediente legislativo No. 16.047.** (según se infiere del primer párrafo de la

resolución transcrita), con lo cual se modificó de manera ilegítima la materia que será sometida al proceso de consulta popular, teniendo en consideración que el texto dictaminado ciertamente es distinto del tratado, en la medida que –por ejemplo– contiene las cláusulas interpretativas que adolece el segundo.

Es claro que la Asamblea Legislativa, al conocer de una propuesta de referéndum incoada por el Poder Ejecutivo (artículo 13 de la Ley de Referéndum, N°8492 de 23 de febrero de 2006), no tiene ninguna competencia para modificar los términos o el enunciado de esta iniciativa, motivo por el cual únicamente debe limitarse a aprobarla o improbarla con la mayoría absoluta prevista en el inciso b) del artículo 13 ídem. Lo anterior por cuanto, tanto la Constitución en su artículo 105, como la Ley N°8492 de 23 de febrero de 2006, también le atribuyen al Poder Legislativo la facultad de instar por sí mismo el proceso de referéndum, pero con una mayoría calificada, la cual quedaría desvirtuada si se le autoriza modificar los términos o el enunciado de una iniciativa incoada por el Poder Ejecutivo, que sólo requiere la aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

También constituye un vicio sustancial del procedimiento legislativo, el contenido de la comunicación efectuada por el Directorio de la Asamblea legislativa N°6323-06-07 (folio 27992 del expediente legislativo N°16.047), acerca de lo discutido y votado en la sesión del Plenario Legislativo N°183 de 23 de abril de 2007, en la que se omite referencia alguna al contenido de la resolución transcrita, consignándose en su lugar:

“La Asamblea Legislativa de la

República de Costa Rica”

En sesión ordinaria No. 183 celebrada el veintitrés de abril de dos mil siete, dando aplicación a lo dispuesto en los artículos 105 y 118 de la Constitución Política y el inciso c) del artículo 3 de la Ley N°8492, “Ley sobre Regulación del Referéndum,” y haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 13 de la citada Ley

Acuerda:

*Apruébase la propuesta sobre la Convocatoria a referéndum del Poder Ejecutivo para que la ciudadanía apruebe o **impruebe el dictamen rendido por la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, sobre el Proyecto de Ley N° 16.047 “Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos” (TLC), que fuera publicado en el Alcance N°2 a la Gaceta No 19 del 26 de enero de 2007, Decreto 33717-MP y que se tramita bajo el Expediente Legislativo 16.622. Comuníquese al Tribunal Supremo de Elecciones según establece el artículo 13 de la Ley N°8492, Ley sobre Regulación del Referéndum.”***

Con lo que, una vez más se modificó de manera ilegítima e infundada (bajo la abierta contradicción del principio de publicidad) el objeto de lo que se pretende someter al referéndum. Es evidente, entonces, el vicio de inconstitucionalidad reclamado por los diputados consultantes, motivo por el cual evacuamos la consulta formulada en el sentido que viola el Derecho de la Constitución, el hecho que el Plenario de la Asamblea Legislativa haya modificado los términos de la iniciativa del Poder Ejecutivo para someter a referéndum el proyecto aludido y que el Directorio de la Asamblea Legislativa, en su comunicado dirigido al Tribunal Supremo de Elecciones, haya modificado una vez más el objeto de esa convocatoria, soslayándose lo que fue

aprobado por el Plenario Legislativo.

XVII.-

Sobre la omisión de incluir el contenido del acta de la sesión N°183 de 23 de abril de 2007 del Plenario de la Asamblea Legislativa, en el expediente legislativo N°16.047. Pero todavía más grosera aún es la omisión de las autoridades de la Asamblea Legislativa de incluir en el expediente legislativo el acta de la sesión aludida, en que precisamente se acordó celebrar el proceso de referéndum, todo lo cual sin duda constituye una severa afectación de los principios de seguridad jurídica y de publicidad, que no puede dejar de ser advertido por el Tribunal Constitucional.

XVIII.-

Sobre la omisión de efectuar la traducción al idioma español del contenido del tratado. De otra parte, también constituye una violación de los principios que informan este proceso, en particular del principio democrático y de publicidad, el hecho que se haya omitido efectuar la traducción oficial al idioma español, de la integridad del texto del Tratado aludido. En este sentido, es claro que los folios 2179 y 2581 del expediente legislativo N°16.047 están en el idioma inglés (los cuales, precisamente corresponden a una parte del texto del tratado), pese a que su traducción es exigida por fuerza del artículo 76 de la Constitución Política, en cuya virtud:

“El español es el idioma oficial de la Nación. No obstante, el Estado velará por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas nacionales.”

Sobre el particular, la Sala Constitucional, en la sentencia N°2000-4527 de las 14:45 hrs. de 31 de mayo de 2000, manifestó:

*Observa esta Sala que a folio 236 del expediente legislativo consta una copia en inglés y francés del referido Protocolo concerniente al Grupo de Trabajo de la Unión Aduanera Europea, sin que conste en el expediente legislativo una **traducción oficial** que hubiese sido conocida por parte de los diputados. En protección del principio de publicidad del procedimiento legislativo y de los actos de él emanados, es claro que la Asamblea Legislativa de Costa Rica no puede aprobar ningún documento escrito en idioma extranjero, a menos que el mismo haya sido **traducido** por parte de traductor **oficialmente** reconocido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Lo contrario atentaría indefectiblemente contra la posibilidad de todo ciudadano de conocer el texto íntegro del proyecto y ejercer así su derecho de participación ciudadana, exigiendo de sus representantes una determinada actitud. Impediría también el sano ejercicio de la discusión política que realizan los diputados. Sin embargo, aun si el documento de referencia hubiera sido traducido, lo cierto es que el mismo nunca formó parte del proyecto presentado por el Poder Ejecutivo ni del dictaminado por la Comisión respectiva. En oposición a lo que estipulan los artículos VI y VIII respecto de los dos convenios comentados en el considerando anterior, la norma contenida en el artículo XIV del Convenio implica la aprobación tácita, por parte del Gobierno costarricense, del Protocolo concerniente al Grupo de Trabajo de la Unión Aduanera Europea, sin que dicho texto hubiera formado parte del proyecto enviado para su aprobación por parte del Poder Ejecutivo.”*

Más aún, en la sentencia N°2001-03951 de las 16:13 hrs. de 15 de mayo de 2001, se dijo:

*Como ha quedado consignado en el considerando primero, el proyecto ley que nos ocupa ya vino en consulta ante esta Sala que en esa oportunidad echó de menos la **traducción oficial** al Español del Protocolo concerniente al grupo de Trabajo de la Unión Aduanera Europea, lo que estimó una infracción al principio de publicidad del procedimiento legislativo y de los actos de él emanados y una afectación al sano ejercicio de la discusión política por parte de los señores diputados. La Sala señaló que aún cuando hubiera sido traducido el citado documento no formó parte del proyecto presentado por el Poder Ejecutivo y que no fue dictaminado por la Comisión respectiva, con lo que se irrespetó el trámite para la aprobación de tratados internacionales previsto en los artículos 7, 121 inciso 4) y 140 inciso 10) de la Constitución Política.*

Tales consideraciones sin duda son aplicables al caso presente, motivo por el cual también se considera inconstitucional el trámite de aprobación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, al haberse omitido efectuar la traducción oficial respecto de la integridad del texto del tratado.

XVIII.-

Conclusión. A modo de conclusión, los suscritos Magistrados salvan el voto y declaran: a) es inconstitucional el trámite de la iniciativa relativa a la aprobación del Tratado consultado, por vulnerar el contenido esencial del artículo 10 de la Constitución Política, al no haberse efectuado la consulta preceptiva contemplada en esa norma; b) viola el Derecho de la Constitución, el hecho que el Plenario de la Asamblea Legislativa, en el acuerdo tomado en la sesión ordinaria N° 183 de 23 de abril de 2007, haya modificado los términos de la iniciativa del Poder Ejecutivo para someter a referéndum el Proyecto aludido, así como en la comunicación del Directorio de la Asamblea Legislativa N°. 6323- 06-07; c) constituye una violación de los principios que informan este proceso, en particular del principio democrático y de publicidad, el hecho que se haya omitido efectuar la traducción oficial al idioma español, de la integridad del texto del Tratado aludido, teniendo en consideración que los folios 2179 y 2581 del expediente legislativo N° 16.047 están en el idioma inglés; d) es inconstitucional la omisión de incluir el contenido del acta de la sesión N° 183 de 23 de abril de 2007 del Plenario de la Asamblea Legislativa, en el expediente legislativo N° 16.047 , por la violación de los principios de seguridad jurídica y de publicidad.

Gilbert Armijo S.Fernando Cruz C.

Voto salvado del Magistrado Armijo Sancho:

Además de los vicios de procedimiento y de fondo mencionados con anterioridad, el suscrito Magistrado también disiente del criterio vertido por la mayoría del Tribunal Constitucional en cuanto a la definición del territorio que plantea el Tratado sometido a consulta, en cuanto difiere de la desarrollada en los artículos 5° y 6° de la Constitución Política que establecen:

“Artículo 5.-

El territorio nacional está comprendido entre el mar Caribe, el Océano Pacífico y las Repúblicas de Nicaragua y Panamá.

Los límites de la República son los que determina el Tratado Cañas - Jerez de 15 de abril de 1858, ratificado por el Laudo Cleveland de 22 de marzo de 1888, con respecto a Nicaragua, y el Tratado Echandi Montero - Fernández Jaén del 1° de mayo de 1941

en lo que concierne a Panamá.

La Isla del Coco, situada en el Océano Pacífico, forma parte del territorio nacional."

"Artículo 6.- El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en sus aguas territoriales en una distancia de doce millas a partir de la línea de baja mar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios del Derecho Internacional.

Ejerce además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de doscientas millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios."

Por el contrario, dicho Tratado precisa el territorio costarricense de la siguiente manera:

"territorio significa:

a) respecto a Costa Rica, el espacio terrestre, marítimo y aéreo bajo su soberanía, así como su zona económica exclusiva y su plataforma continental, sobre los cuales ejerce derechos soberanos y jurisdicción, conforme al Derecho Internacional y su Derecho Interno"

De lo anterior se deduce, con toda claridad, que esa definición transgrede los artículos 5° y 6 ° constitucionales, en tanto soslaya la existencia del mar patrimonial (que comprende, básicamente, una extensión de doscientas millas a partir de la línea de bajamar o de las líneas de base) en el cual el Estado Costarricense ejerce una jurisdicción especial a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas. Ciertamente, aunque los Estados partes bien pueden pactar el ámbito territorial sobre el cual negociaron un determinado convenio –en los términos del artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados– en el caso presente es claro que el tratado pretende ser aplicado en todo el territorio nacional –como se infiere de la norma citada supra–; de ahí que no resulta posible excluir esa área, que lógicamente reviste un gran interés económico precisamente por los recursos que posee y que constitucionalmente ha sido considerado como zona económica exclusiva del Estado de Costa Rica; lo anterior, sin embargo, ha sido soslayado en la definición del territorio costarricense que realiza la norma consultada, todo lo cual sin duda constituye una severa afectación de los artículos 5° y 6° de la Norma Fundamental, que debe ser reparada en esta Jurisdicción. En virtud de lo expuesto, es inconstitucional la definición del territorio costarricense contemplada en el Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos (sobre el particular, se debe tener en consideración lo dicho en el Voto salvado de la sentencia N°2005-7482 de las 16:47 hrs. de 14 de junio de 2005, dictada con motivo de la consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, sobre el proyecto de aprobación del "Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y la Comunidad del Caribe", que se tramitó en el expediente legislativo número 15.637).

Gilbert Armijo S.

Nota separada del Magistrado Armijo Sancho. Sobre los reglamentos técnicos

extranjeros. También estimo inconstitucional las disposiciones relativas a los reglamentos técnicos extranjeros que estipula el artículo 7.6 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos. Dicha norma establece:

"1. Cuando una Parte establezca que reglamentos técnicos extranjeros pueden ser aceptados como equivalentes a un reglamento técnico propio específico, y la Parte no acepte un reglamento técnico de otra Parte como equivalente a dicho reglamento técnico, deberá, previa solicitud a esa otra Parte, explicar las razones de su decisión.

2. En caso de que una Parte no disponga que reglamentos técnicos extranjeros se puedan aceptar como equivalentes a los propios, podrá, a solicitud de otra Parte, explicar las razones de la no aceptación de equivalencia de los reglamentos técnicos de esa otra Parte"

Lo anterior por cuanto, a todas luces es evidente que estas disposiciones permiten la incorporación automática al derecho interno de los reglamentos técnicos extranjeros, sin tener en consideración lo contemplado en el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política de la República de Costa Rica, según el cual:

"Artículo 140.-

Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: (...)

3) Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento"

Tampoco se desprende de las disposiciones impugnadas cuál será en concreto el rango de tales reglamentos técnicos extranjeros en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, todo lo cual sin duda supone un altísimo grado de inseguridad (además de una cesión solapada de la soberanía nacional) que viola el Derecho de la Constitución.

Gilbert Armijo S.-

Magistrado.-

Voto salvado de los Magistrados Armijo y Cruz respecto de las objeciones de fondo de la consulta.

Los suscritos Magistrados disienten del voto de mayoría en varios de los temas planteados por el fondo y consideran que el Tratado contiene algunas inconstitucionalidades, según se expone. Estimamos que en cuanto a algunas de las disposiciones, el proyecto consultado es inconstitucional respecto de ciertos supuestos del Estado Social y Democrático de Derecho, particularmente algunas disposiciones que regulan el tema de la inversión, el régimen de patentes de medicamentos, aún por encima del derecho a la salud (*considerando II*), y por las normas que establecen un régimen especial respecto de la solución de controversias entre el Estado y el inversionista (*considerando VII*). De igual forma, consideramos inconstitucional los siguientes capítulos o apartados: las facultades otorgadas a la Comisión de Libre Comercio (*considerando III*); algunas de las disposiciones del capítulo de

telecomunicaciones, (*considerando IV*); lo dispuesto en materia ambiental (*considerando V*); y las exigencias relativas al proceso de certificación (*considerando VI*). Para dar sustento a cada uno de estos aspectos, se procederá a tratarlos cada uno por separado.

Antes de analizar la normativa específica sobre cada uno de los temas, consideramos que es importante examinar el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho y su incidencia en algunas de las disposiciones que regulan el Convenio multilateral que se examina, especialmente en relación a ciertas disposiciones previstas en el capítulo de inversiones (capítulo diez), en la solución de controversias del mismo capítulo recién citado, así como las regulaciones sobre propiedad intelectual, en el tanto inciden en la salud (capítulo quince).

I- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

El Estado costarricense es un Estado Social y Democrático de Derecho. Esta afirmación no está vacía de contenido sino que tiene sus implicaciones y su trascendencia, en especial porque tal denominación ha sido derivada por reiterada Jurisprudencia Constitucional con fundamento en el mismo Texto de Nuestra Carta Magna.

A) Concepto General del Estado Social y Democrático de Derecho:

La teoría sobre el Estado de Derecho se gesta a finales del siglo XIX con el objetivo de someter el Estado al Derecho, de poner un freno a las arbitrariedades y de reconocer y garantizar una serie de derechos fundamentales a las personas. Esta teoría se consolida en los sistemas políticos democráticos, de tal forma que se llega a sostener que toda democracia para que lo sea, debe enmarcarse a su vez dentro de un Estado de Derecho. Así entonces se hablaba con más propiedad del *Estado Democrático de Derecho*. Posteriormente, a partir de la segunda mitad del siglo XIX cuando los Estados asumen un rol más preponderante dentro de las sociedades modernas, y cuando se dota a los Estados de una serie de instrumentos de política económica para procurar mayor equidad en las sociedades, se completa el concepto anterior denominándosele *Estado Social y Democrático de Derecho*. Por eso se dice que este último concepto es más completo que el primero, pues alude, no solamente al sometimiento del Estado al imperio del Derecho (*Estado de Derecho*), sino a las acciones que debe emprender el Estado como gestor de políticas públicas dirigidas a lograr mayor equidad social (*Social*), y a hacerlo dentro de un marco procedimental que permita atenuar las asimetrías de orden social, político y económico, propiciando así la vigencia efectiva de los valores fundamentales de la democracia.

B) Costa Rica como un Estado Social y Democrático de Derecho:

El Estado Costarricense es un *Estado Social y Democrático de Derecho* con fundamento en lo establecido por el Poder Constituyente Originario (Actas de la Asamblea Constituyente de 1949) y en la jurisprudencia constitucional, y aunque no haya una norma constitucional que lo diga literalmente.

1) Según lo establecido en las Actas de Asamblea Nacional Constituyente

“Una Constitución se hace para un pueblo con puntos de vista fundadamente diferentes” (Acta N°49) y el Proyecto de Constitución discutido en 1949 *“lejos de establecer una tesis económica exclusivista, establece un sistema flexible para que en*

el futuro puedan venir gobiernos de tendencias opuestas, ideologías distintas, las cuales podrán, pese a ello, ejercer sus actividades dentro del marco constitucional, sin necesidad de reformar la Carta Política ...la Comisión redactora trató de establecer una Constitución que contemple las aspiraciones de grupos y sectores diferentes, flexible - pues- como lo expresó el Magistrado norteamericano Holmes en su voto salvado de 1905 que me permití leer aquí, ninguna Constitución debe englobar una teoría económica determinada, sea la del intervencionismo, sea la del clásico liberalismo, al contrario, la Constitución debe ser moldeable, flexible, para que en el futuro el país pueda dar cabida legal a las nuevas tendencias y pueda continuar su vida ininterrumpidamente sobre todo en lo económico y lo social, sin necesidad de ir a las reformas constantes de la Carta Política .” (ver Acta número 50) razón por la cual se dijo posteriormente en esa misma acta que “El mundo contemporáneo exige que se complementen las libertades políticas, con instituciones de seguridad social que garanticen la dignidad de la personas humana”. Así entonces, nuestra Constitución Política ha mantenido un complemento entre libertades y derechos sociales, pues incluso de haberse tratado totalmente de una (libertades) o de otra (derechos sociales) dejaría de ser una Constitución Democrática, tal como se menciona también en la misma acta 50 de la Asamblea Constituyente, cuando se sostuvo nuevamente que: “ninguna Constitución debe englobar una teoría económica determinada, ya sea la del intervencionismo, ya la del clásico liberalismo, a menos que se trate de la Constitución de un país totalitario o dictatorial. Por el contrario, la Constitución de los países democráticos debe ser flexible, para que en el futuro pueda dar cabida a las nuevas tendencias...” pues tal como dice el Constituyente Rodrigo Facio: “Se trata de un equilibrio, a mi juicio, muy sano, Justicia Social con Eficiencia Económica: que la justicia no mate a la eficiencia, ni la eficiencia mate a la justicia”. Tal tendencia se denota de nuestra Constitución Política también cuanto se discute el capítulo relativo a las garantías sociales (Acta N°115) particularmente en la redacción del actual artículo 50 que dice: “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza...” pues nótese que frente a la propuesta que pretendía cambiar la palabra “organizando” por la palabra “orientando” se prefirió la primera pues se dijo que lo contrario “viene a mutilar un principio fundamental, cual es que el Estado debe participar en la orientación de la economía nacional”. Este texto y su contenido, tiene especial relevancia, porque implica que el Estado debe participar en la orientación de la economía nacional y que no deben existir disposiciones de orden legal que limiten, en abstracto, sin ningún matiz, la intervención del Estado o que justifiquen su intervención generalizada e ilimitada. No sería admisible que la legislación definiera, sin limitarla a una situación concreta, una orientación liberal o intervencionista.

2) Jurisprudencia Constitucional:

Este Tribunal Constitucional ha venido sistemáticamente reiterando en sus resoluciones que nuestro país es un *Estado Social y Democrático de Derecho*, con fundamentando básicamente en los valores que se derivan de los artículos 50 y 74 del texto constitucional. Al respecto, sólo para mencionar algunas sentencias están las siguientes: 1993-3464, 1995-0550, 1995-1273, 1995-3067, 1995-4286, 1995-4286, 1995-5545, 1995-6347, 1996-1029, 1997-6469, 1996-2379, 1996-3250, 1996-2810, 1997-1019, 1997-1625, 1997-5035, 1997-8325, 2004-14247, 2003-2794, 2003-2771, 2005-16962, 2006-9565, 2006-17113. De todas ellas, se puede extraer varias conclusiones: *primera*, que el principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que “*el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza*” lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 *ibídem*,

determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado Social de Derecho. *Segunda*, que la Constitución vigente, en su artículo 50, da fundamento constitucional a un cierto grado de intervención del Estado en la economía, postulándose la libertad económica pero con un cierto grado, razonable, proporcionado y no discriminatorio de intervención estatal, permitiéndole al Estado, dentro de tales límites, organizar y estimular la producción, así como asegurar un “adecuado” reparto de la riqueza. *Tercera*, que la libertad de comercio no es una garantía individual absoluta, sino que encuentra sus límites en los que el Estado legítimamente establezca, en beneficio de la generalidad de sus ciudadanos, siempre dentro del contexto global del Derecho de la Constitución. *Cuarta*, que una de las connotaciones básicas del Estado costarricense como todo *Estado Social de Derecho*, lo constituye la intervención de los gobernantes, para dar solución a la problemática social. La propia Constitución Política obliga al Estado a participar activamente, no sólo en los procesos de producción (Artículo 50), sino también en los relativos al desarrollo de derechos fundamentales del individuo (vivienda, educación, vestido, alimentación, etc.) que les garantice una existencia digna y útil para la sociedad. *Quinta*, que las administraciones públicas lejos de cumplir un rol pasivo de propiciar única y exclusivamente el ejercicio individual de los derechos fundamentales, tienen un deber prestacional y asistencial en aras de procurarles a todas las personas que conforman la comunidad una esfera vital mínima y, desde luego, de erradicar todos los obstáculos e impedimentos para el logro de una igualdad real y efectiva entre éstas. *Sexta*, que de la definición del Estado costarricense como un *Estado Social* se deriva la facultad del Estado de desplegar una serie de limitaciones a los derechos fundamentales en atención al mayor beneficio de la colectividad, a fin de garantizar el orden público, la moral social, los derechos de terceros (artículo 28 constitucional) y la vigencia de los valores democráticos y constitucionales. *Sétima*, que el *Estado Social de Derecho* produce el fenómeno de incorporación al texto fundamental de una serie de objetivos políticos de gran relevancia social y de la introducción de un importante número de derechos sociales que aseguran el bien común y la satisfacción de las necesidades elementales de las personas. Estas determinaciones conceptuales, son importantes y de gran trascendencia, porque en la jurisprudencia constitucional se ha reconocido una fortaleza especial a los derechos fundamentales y al sistema político y económico, que abarca, sin duda alguna, el *Estado social y democrático de Derecho*. En el considerando VII de la sentencia 03-2771, se afirma que “....En el caso de la reforma a la Constitución se presenta una gran e importante diferencia: aquellas normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales o a decisiones políticas trascendentales, sólo puede ser reformadas por una Asamblea Constituyente de conformidad con el artículo 196 de la Constitución Política. En beneficio de la contundencia de la afirmación, repetimos que las normas originarias acerca de los derechos fundamentales y los sistemas políticos y económicos, únicamente pueden ser disminuidas por una asamblea constituyente. ...”; en este mismo considerando se reitera que la reforma parcial de la Constitución la puede hacer la Asamblea Legislativa, “...siempre y cuando su actividad no afecte negativamente los derechos fundamentales, ni al sistema político y económico, que sustancialmente se dieron los costarricenses mediante el poder constituyente...”. Estas interesantes apreciaciones sobre el valor del sistema político y económico, que se vincula con el *Estado social y democrático de Derecho* tiene incidencia en algunos de los temas del Tratado, porque se limita la intervención del Estado más allá de lo que constitucionalmente es permitido.

C) Instrumentos del Estado Social y Democrático de Derecho:

Para que el Estado costarricense pueda cumplir con ese deber prestacional y asistencial para procurarles a todos los habitantes una esfera vital mínima, y de erradicar todos los

obstáculos que impiden la equidad social, se le dotan de una serie de herramientas, tales como instrumentos de política económica para apoyar y proteger al productor nacional, y mecanismos que le permiten al Estado intervenir en la economía para promover una más justa y adecuada distribución de la riqueza, entre muchos otros. Todos estos instrumentos, según se dirá a continuación, son mermados, debilitados y neutralizados por ciertas disposiciones contenidas en el proyecto consultado, tal como se explica de seguido.

D) Confrontación de las disposiciones del TLC con los instrumentos del Estado Social y Democrático de Derecho:

Efectivamente, las potestades y margen de maniobra del Estado para intervenir en la economía son disminuidas a lo largo de todo el proyecto consultado. Al establecerse una serie de privilegios a favor de los inversionistas extranjeros, se le resta margen de acción al Estado para cumplir sus cometidos como *Estado Social*. Retomando las palabras dichas en el Acta n°50 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 *"Yo creo que el capital extranjero es necesarísimo en nuestro país, que su ayuda nos es imprescindible en muchos aspectos, pero también creo que no podemos permitir, guiándonos por esas consideraciones, que se exploten inmisericordemente nuestros recursos y que todas las ventajas sean para las grandes compañías, y que las del país sean efímeras o circunstanciales."* Así entonces, nótese cómo, en especial en el capítulo de Inversiones, el margen de acción del Estado Social queda prácticamente anulado. Obsérvese, primero, en los artículos 10.13 y 11.6 del Tratado consultado que establece un sistema de listas negras que hace que todo lo que no esté expresamente excluido debe ser desregulado. Es decir, el Estado sólo puede regular lo expresamente excluido del Tratado, pues todo lo demás lo tiene vedado. Segundo, en los artículos 10.3, 11.2 y 12.2 del Tratado consultado, donde se establecen las obligaciones de trato nacional, coartando la posibilidad del Estado de brindar un trato preferencial o prioritario a los costarricenses que presten servicios o ejerzan actividades estratégicas históricamente reconocidas como tales. Lo cual además supondría una violación al principio de igualdad por tratar de forma igual a quienes son desiguales. Tercero, en el artículo 11.4 del Tratado consultado porque implica una prohibición para el Estado de ejercer la potestad constitucional establecida en el artículo 46 de nuestra Carta Magna, impidiéndole la posibilidad de establecer nuevos monopolios. Cuarto, en el artículo 10.9 se establece la prohibición de imponer requisitos de desempeño respecto del *"...establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación o venta o cualquier otra forma de disposición de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país que no sea Parte en su territorio, imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir cualquier obligación o compromiso para:"*. La prohibición de estos requisitos impide al Estado, entre otros, exigir un determinado nivel o porcentaje de exportación de mercancías o servicios; tampoco puede exigir que se alcance un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; de igual forma no podría exigir que se transfiera en su territorio una determinada tecnología, proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad; de ninguna manera podrá restringir la ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas. Todas estas prohibiciones inciden en la potestad constitucional que tiene el Estado de poder imponer ciertas exigencias, en el futuro, en función del bienestar económico y las prioridades que se requieren cuando se pretende armonizar el desarrollo económico y el desarrollo social. Estas limitaciones reducen sensiblemente el margen de acción estatal en función de la atracción de inversiones extranjeras que sirvan como alternativa al modelo imperante del "enclave" o la "maquila". De esta forma, la potestad que tiene el Estado de intervenir como factor de equilibrio, propiciando

fórmulas novedosas y creativas en las que la inversión extranjera se vincule realmente con la producción interna y el desarrollo de las comunidades. Introduce el Tratado un modelo económico liberal, impidiendo, sin excepción, la posibilidad que el Estado pueda intervenir en función del bienestar de los habitantes, según lo que establece el artículo 50 de la Constitución. Quinto, en la negociación del Tratado, los demás países Centroamericanos y el mismo Estados Unidos establecieron una reserva general, aplicable a cualquier sector para proteger su derecho a adoptar o mantener [dentro del anexo II "medidas a futuro"] cualquier medida incompatible con las obligaciones de Trato Nacional (en servicios e inversiones), *"que otorgue derechos o preferencias a las minorías social o económicamente en desventaja"*. Costa Rica no hizo reserva alguna en ese sentido, lo que significa que no protegió la capacidad del Estado para aplicar medidas que choquen con las de Trato Nacional, quedando con ello más expuesto que el resto de los países centroamericanos y del mismo Estados Unidos a las obligaciones que establece el Proyecto y desprotegiendo a las poblaciones más vulnerables. Costa Rica no podrá adoptar acciones que protejan a sectores como los campesinos, cooperativistas, los sectores económicamente deprimidos; o bien, poblaciones tales como las personas adultas mayores, las personas menores de edad, las mujeres jefas de hogar, los pueblos indígenas, etc. Guatemala y Nicaragua fueron más allá, pues expresamente incluyeron dentro de estos grupos a los pueblos indígenas y autóctonos, lo cual no se hizo en Costa Rica.

Estimamos que las disposiciones recién mencionadas, imponen al Estado, sin ningún matiz o límite, una orientación liberal que contraviene el contenido del artículo 50 de la Carta fundamental, pues impide que cuando las circunstancias lo requieran, el Estado pueda adoptar medidas que aseguren el bienestar de la población, sin que quede atrapado por una orientación liberal o intervencionista, como bien lo señaló don Rodrigo Facio cuando expuso el sentido y contenido de la norma constitucional comentada. De igual forma, consideramos, según se expondrá infra, que el régimen de patentes de medicamentos, aún por encima del derecho a la salud (*considerando II*), así como las normas que establecen un régimen especial respecto de la solución de controversias entre el Estado y el inversionista (*considerando VII*), no resultan consonantes con la función que le corresponde al Estado como responsable de la organización, el estímulo a la producción y el adecuado reparto de la riqueza (art. 50 C.P.)

II- SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL CAPITULO XV.- PROPIEDAD INTELECTUAL, POR VIOLAR EL DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA.-

Los consultantes, tanto la Defensoría de los Habitantes como los diputados, consideran que las disposiciones contenidas en el *capítulo XV*.-

Propiedad Intelectual son violatorias del derecho a la salud y del derecho a la vida. La Defensoría indica que el Tratado dispone en los artículos 10.9.3 y 9.14 que el Estado podrá adoptar o mantener medidas (leyes, reglamentos, procedimientos, requisitos o prácticas -Art. 2.1) *"... necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal y vegetal ... siempre que tales medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales"* (10.9.3. (c)). Estima que el problema principal que se deriva de esta cláusula es que las personas que inviertan o inicien relaciones comerciales en Costa Rica podrían interpretar que una política pública para proteger la salud y la vida de los habitantes constituye una barrera o restricción encubierta al comercio. En cuanto al tema de la salud, señala que se amplía mucho más la protección en el tema de patentes, con lo cual existirá un serio problema en materia de acceso a los medicamentos, afectando directamente el funcionamiento de la Caja Costarricense de Seguro Social por el alto costo. En el mismo sentido, argumentan los

diputados en su consulta que ese mismo capítulo 15 "*Derechos de Propiedad Intelectual*" del Tratado por el tema de las patentes sobre medicamentos conculca los artículos 21, 50, 73 en relación con el 74 de la Constitución Política, además de todos los parámetros constitucionales y la jurisprudencia dirigida al derecho a la salud, sobre todo el derecho de acceso a las medicinas de importantes grupos de pacientes o enfermos. Consideran que existen una serie de artículos en el Tratado que ocasionarán un impacto negativo en el servicio brindado por la Caja Costarricense de Seguro Social, además de la imposibilidad de acceder a medicamentos genéricos o a precios accesibles. Además, consideran que el Tratado propuesto concede beneficios monopolistas indebidos a las medicinas de patente y a los agroquímicos de marca, de modo que se rompe ilícitamente además con el principio de la libre competencia, que en el sistema de mercado mantiene los precios en su nivel apropiado. Al respecto, los suscritos Magistrados comparten los argumentos de los consultantes, y considera que el tema involucrado en el *capítulo XV*.-

Propiedad Intelectual es inconstitucional, por varias razones, tal como se explica a continuación.

A) Inconstitucionalidad por violación del Principio de No Regresividad

Los consultantes evidencian una preocupación sobre el impacto que podría tener el Tratado en estudio sobre el derecho a la salud de los asegurados y sobre el sistema de seguridad social de la Caja Costarricense de Seguro Social, preocupación que radica principalmente en que el artículo 15.10.1 que establece un plazo de al menos cinco años de protección a los datos de prueba, entendiendo éstos como "*aquellos que deben presentarse como condición para el registro de productos farmacéuticos, relacionados con la calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos, así como también información sobre la composición física y las características químicas del producto*". Se indica que quienes fabriquen medicamentos genéricos tendrán que invertir para tener esos datos de prueba, o por el contrario esperar el período de protección de dichos datos, lo cual retrasaría el acceso a los medicamentos de última generación y elevaría el costo de los medicamentos. Por ello, se alega que se produciría un impacto negativo en el servicio de salud, pues la Caja Costarricense del Seguro Social tendría que adquirir medicamentos antiguos o pagar altos precios por los medicamentos protegidos por mecanismos de propiedad intelectual. Además que dicho mecanismo es independiente de las patentes, por lo que nada impide que se aplique cuando éstas no están vigentes. Al respecto, los suscritos Magistrados consideramos que el tema debe abordarse desde otra perspectiva para no perderse en la filigrana de estas disposiciones, pues lo que a efectos del Derecho de la Constitución interesa sobre esta materia, es el efectivo respecto del derecho a la salud de todas las personas. En el momento en que el Estado costarricense suscribe un tratado comercial que debilita o vulnera derechos -a la vida, a la salud animal y vegetal como es el caso del Tratado- al condicionarlos a las necesidades comerciales de otro Estado o empresas extranjeras, en ese momento se está afrontando contra el Derecho de la Constitución. Evidentemente, entonces, deberá prevalecer la Constitución por sobre este tratado comercial. Lo cual se refuerza con las siguientes siete argumentaciones. En primer lugar, tal y como menciona la Defensoría de los Habitantes, conforme al PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD, está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección de derechos fundamentales. Así entonces, si el Estado costarricense, en aras de proteger el derecho a la salud y el derecho a la vida, tiene una política de apertura al acceso a los medicamentos, no puede -y mucho menos por medio de un Tratado Internacional- reducir tal acceso y hacerlo más restringido, bajo la excusa de proteger al comercio. De hacerlo, se trataría entonces de una violación al derecho a la salud. En cuanto a la protección de este derecho no se puede retroceder en la implementación, o tomar

medidas que disminuyan este derecho. Toda normativa o actuación del Estado, debería dirigirse a la expansión de la protección y garantía de los derechos fundamentales. En el caso del Tratado, no nos encontramos frente a una acción que garantice beneficios para la generalidad de la población, sino únicamente para aquellas personas que se constituyan en inversionistas o comerciantes. *En segundo lugar*, es evidente que existe una obligación de conciliar los derechos de propiedad intelectual con el derecho a la salud y a la vida, elementales e inherentes a todo ser humano, y sin los cuales todos los demás serían inútiles. Así entonces, aunque en el mismo Tratado en estudio se reconoce en su artículo 15.9.3 la posibilidad de los Estados de establecer “*excepciones limitadas a los derechos exclusivos conferidos por una patente*”, lo hace a condición de que “*tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros*”. Es decir, a pesar de que la salud y la vida tienen tanta trascendencia, al igual que con otras cláusulas, se permite en el artículo 15.9.3 excepciones al derecho que tutela la patente, pero bajo una condición que pone en igualdad de condiciones la salud y la vida humana frente a los intereses comerciales del propietario de la patente. Estas disposiciones tan genéricas debilitan la tutela de la salud y de la vida, cuando lo que correspondería es definir la legitimidad de los intereses comerciales de los propietarios de las patentes. Además, la norma comentada no resuelve satisfactoriamente el tema de las licencias paralelas y su aplicación. En síntesis, los artículos 10.9.3 y 9.14 del Tratado consultado establecen una MUY DUDOSA PRIORIDAD pues aunque se diga que el Estado podrá adoptar o mantener medidas (leyes, reglamentos, procedimientos, requisitos o prácticas -Art. 2.1) “*... necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal y vegetal*” se condiciona a que dichas medidas no se apliquen cuando constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales. Tal como afirma la Defensoría esta cláusula constituye una restricción al Estado costarricense y una eventual superposición del comercio y la inversión sobre el Derecho a la Salud y a la Vida, e implica también reconocer inmunidades, excepciones y privilegios irrestrictos al margen de la Constitución Política a entidades particulares y sobreponiéndose a la garantía constitucional. Efectivamente es innegable que la salud y la calidad de vida están por encima de cualquier actividad comercial o inversión que se realice en el país, aunque éstas se ejecuten al amparo de un Tratado entre los Estados Parte. *En tercer lugar*, si bien es cierto Costa Rica ha aprobado la DECLARACIÓN DE DOHA referente al acceso a la salud pública, y se argumente que esta Declaración pueda servir de marco de interpretación en este caso, por ser parte del sistema de fuentes de la Organización Mundial del Comercio y por estar expresamente reconocido en el preámbulo del DR-CAFTA, lo cierto es que esta manifestación tan genérica no permite inferir con certeza, frente a un valor tan importante como la vida y la salud, que la Declaración de Doha sea un referente determinante y vinculante en el desarrollo e interpretación del Tratado. La generalidad de la referencia que se hace en el preámbulo del Tratado no permite considerar que la Declaración de Doha sea un referente normativo que oriente y vincule la interpretación del Tratado en temas tan sensibles como la salud y la vida. Los principios y pautas de la Conferencia de Doha requerían una incorporación explícita y expresa. De ninguna manera queda claro que las disposiciones de ADPIC y la Declaración de Doha sean compatibles con las disposiciones tan restrictivas sobre medicamentos y propiedad intelectual que contiene el Tratado. Las disposiciones recién citadas deben tener un reconocimiento expreso, en virtud de la trascendencia que tiene un valor constitucional tan importante como la salud y la vida. *En cuarto lugar*, la CARTA DE INTENCIONES denominada “*Entendimiento relativo a algunas medidas de salud pública*” del 5 de Agosto de 2004, donde se expresa que “*Los Gobiernos de la República de Costa Rica, la República Dominicana, la República de El Salvador, la República de Guatemala, la República de Honduras, la República de Nicaragua, y los Estados Unidos de América alcanzaron los siguientes entendimientos relativo al Capítulo Quince (Derechos de Propiedad*

Intelectual) del Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos este día (el "Tratado): Las obligaciones del Capítulo Quince no afectan la capacidad de una Parte de adoptar medidas necesarias para proteger la salud pública, mediante la promoción del acceso universal a las medicinas, en particular a aquellas para tratar casos de HIV/SIDA, tuberculosis, malaria y otras enfermedades epidémicas así como circunstancias de extrema urgencia o emergencia nacional...", no forma parte del Tratado en consulta. Además, el compromiso se refiere sólo a algunas enfermedades, pues se refiere al HIV/SIDA, tuberculosis, malaria y otras enfermedades epidémicas así como circunstancias de de extrema urgencia o emergencia nacional. Todo lo cual hace que se perciba una orientación restrictiva en un tema tan sensible como la salud. Asimismo, la parte final de la nota de entendimiento sólo se refiere a un compromiso, y no a la vigencia de normas específicas, y esta nota se refiere a la propiedad intelectual y no realmente al tema de medicamentos y la salud, que es el que tiene particularidades que trascienden la propiedad intelectual. En quinto lugar, el tema de los COSTOS DE LA MEDICINAS no puede presumir que el Estado costarricense, representado por la Caja Costarricense del Seguro Social, deberá siempre brindar las medicinas, porque en esta materia, los costos de los medicamentos son tan altos, que aunque el Estado tenga el deber de brindarle los medicamentos al ciudadano, los costos que significan los medicamentos de patente frente a los genéricos, impondrá una reducción general de los recursos económicos que se destinen para los sectores de la población que dependan de los servicios de la Caja Costarricense del Seguro Social. La obligación jurídica que tiene el Estado frente al asegurado, no compensará el aumento de costos cuando se endurece el acceso a medicamentos con restricciones a las patentes y a los datos de prueba, que es lo que contiene el Tratado de Libre Comercio que ahora se consulta. En esta perspectiva la posibilidad de que aumenten los costos de los medicamentos, no es una especulación, sino que es una hipótesis que es fundada y razonable. En sexto lugar, el argumento que expresan los consultantes sobre la "VINCULACIÓN PATENTE-REGISTRO" establecida en el artículo 15.10.2, en cuanto señalan que la norma pretende impedir que las autoridades sanitarias de las Partes concedan autorizaciones a versiones genéricas de los medicamentos u otros productos farmacéuticos mientras exista una patente vigente, es un argumento que no es un tema de oportunidad y conveniencia, pues su contenido pretende limitar aún más a las versiones genéricas de los medicamentos. Sí existe un concepto importante, porque la disposición endurece la protección de los medicamentos de patente original y reduce la posibilidad de autorizar versiones genéricas. En sétimo lugar, en relación con la FALTA DE EXISTENCIA DE ESPECIALISTAS durante la fase de negociación del Tratado, aunque la Sala Constitucional haya establecido mediante el voto 2003-03838 de las once horas con diecisiete minutos del nueve de mayo del dos mil tres *"el dar a conocer las propuestas preliminares de los países participantes, en lugar de promover la participación en la toma de decisiones, equivaldría a una errónea información sobre el estado de las negociaciones, al encontrarse las mismas en una etapa preliminar"* los suscritos Magistrados consideramos que, dada la trascendencia que tiene la salud, sí se justifica la participación activa de especialistas y con mayor razón que se tenga acceso a las negociaciones, por el valor y trascendencia de la salud y la vida. Respecto al tema de propiedad intelectual y accesibilidad a medicamentos, no hay duda que se requiere transparencia y participación, situación que no se cumplió en el tema de medicamentos que se regula en el Tratado.

B) Inconstitucionalidad porque la materia es de reserva del legislador ordinario y no de Tratados Internacionales

Además de todas las razones esbozadas anteriormente referidas al endurecimiento de la protección a la propiedad intelectual -y por consiguiente hacer más difícil el acceso a

los medicamentos- los suscritos mantienen la tesis de que esta es una materia de reserva de la legislación ordinaria y no un tema de tratados internacionales. Materia reservada a la legislación ordinaria porque es allí, en la Asamblea Legislativa, donde cobra vida el espacio democrático necesario para poder decidir sobre esta materia, y porque en un tratado internacional de "libre comercio" no puede tratar de esta materia, ni tampoco puede privilegiar al comercio por encima del derecho a la salud. Todo lo cual es violatorio del Principio de Reserva Legal, conforme al cual, determinadas materias son competencia exclusiva del legislador ordinario. Nótese que cuando se dice legislador ordinario se está refiriendo, no sólo a la Asamblea Legislativa sino a ésta actuando como tal, y no simplemente como un ratificador de un tratado internacional, porque aunque en ambos casos el producto sea técnicamente una ley, la Asamblea Legislativa solamente actúa como legislador ordinario cuando puede discutir, proponer cambios, realizar modificaciones, etc, y todo ello no lo puede hacer en tratándose de la aprobación de tratados internacionales. El derecho fundamental más importante que garantiza la Constitución es la salud y la vida; se trata de un derecho esencial y de un valor medular del pacto social. Lo relativo a la salud y la vida, no puede dilucidarse en un Tratado de Libre Comercio. Es un valor de tanta trascendencia, que exige que la regulación de las patentes sobre medicinas, especialmente si se trata del equilibrio entre propiedad intelectual y la salud de la población, deba ser resuelto mediante legislación ordinaria y no en el contexto de un tratado que prioriza, como corresponde, el comercio, la inversión y los derechos de las transnacionales de los medicamentos. Ya la Sala Constitucional ha establecido ciertas prioridades, ha definido el núcleo procesal en el que deben dilucidarse algunas materias, señalando que respecto de la limitación de derechos fundamentales, se requiere la intervención del constituyente original y no del derivado (ver voto 2771-2003) ; ese interesante planteamiento debe aplicarse, por analogía, a la salud y los medicamentos, fortaleciendo su tutela, excluyendo lo relativo a medicamentos y propiedad intelectual como materia admisible en un tratado de libre comercio. Sin duda alguna, el procedimiento en este caso se convierte en un factor que fortalece la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, de tal forma que ni es admisible que un derecho fundamental tan importante como la libertad de elegir y ser electo pueda ser limitado por el constituyente derivado, ni tampoco es admisible que un derecho de tanta relevancia como la vida y las patentes vinculadas con la salud, se regulen en el contexto de un tratado que se refiere, prioritariamente, a la materia comercial. La interpretación progresiva en función de la ampliación, defensa y fortalecimiento de los derechos fundamentales, resulta aplicable en este caso, como lo fue cuando la Sala Constitucional emitió el voto 2771-2003.

En conclusión.-

Por todas estas razones, los suscritos consideran inconstitucionales las disposiciones del Tratado consultado referentes al fortalecimiento de la protección a la propiedad intelectual de medicamentos contenidas en el capítulo XV del texto, debido al debilitamiento que ello supone para el derecho a la salud y el derecho a la vida.

III) INCONSTITUCIONALIDAD DE LA COMISION DE LIBRE COMERCIO Y SUS FUNCIONES.-

Señala la Defensoría que el tratado consultado crea un órgano colegiado supranacional al cual el Estado costarricense estaría supeditado, aún en contra de su voluntad, lo cual implica una violación flagrante a la soberanía del Estado. Indica que la figura de la Comisión de Libre Comercio como un ente supranacional es inconstitucional por violación a los artículos 2 (soberanía), 9 (atribuciones de los funcionarios públicos), 10 y 48 (prevalencia de los Tratados de Derechos Humanos), 121 inciso 4 (funciones del

Legislativo), 140 inciso 3 (funciones del Ejecutivo) y 153 (jurisdicción interna) de la Constitución Política y a los principios pro homine, soberanía y razonabilidad y proporcionalidad de los fines perseguidos, porque se ve al mercado y sus requerimientos por encima del ser humano y sus necesidades, lo que implica una violación profunda a la Constitución Política. Por su parte, los diputados señalan que la Comisión de Libre Comercio creada en el Tratado asume competencias legislativas en cuanto a la creación normativa e interpretación auténtica de las Leyes. También tendrá capacidad reglamentaria propia de frente al Poder Ejecutivo y en materia jurisdiccional específicamente en materia interpretativa toda vez que tal “Comisión de Libre Comercio” tendrá potestades para interpretar, modificar, controlar y ejecutar los alcances normativos del Tratado. En suma, consideran que se afectan las atribuciones, facultades y competencias de los tres órganos del Estado en aspectos concretos. Lo anterior, con el agravante de que no existirá control constitucional, sea mediante el control judicial o por acción directa de inconstitucionalidad vía artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, toda vez que la Ley de la Jurisdicción Constitucional no aparece dentro de las denominadas “Medidas Disconformes”. Asimismo, señalan que los artículos 10.22.3 y 10.23.2 establecen que las decisiones que emita la Comisión de Libre Comercio sobre la interpretación de cualquier disposición del tratado o específicamente sobre los Anexos de “Medidas Disconformes” serán obligatorias para los tribunales arbitrales, lo cual estima violatorio de su independencia pues quedan obligados a resolver de acuerdo con el criterio de la Comisión, a pesar de tratarse de función jurisdiccional. De igual forma, manifiestan que esta Comisión de Libre Comercio toma sus decisiones por consenso, a menos que decida otra cosa (19.1.5), de manera que no existe seguridad de que las decisiones que adopte cuenten en todos los casos con el voto favorable del Estado costarricense. Además que se trata de un órgano supranacional que se impone a la voluntad de los Estados, por lo que estiman que resulta inconstitucional. Al respecto, los suscritos Magistrados consideran que efectivamente las atribuciones que se le están otorgando a esta Comisión de Libre Comercio en el Tratado consultado son violatorias del Derecho de la Constitución, básicamente por dos razones, por sus facultades de modificación e interpretación y porque sus decisiones son de acatamiento obligatorio para los Tribunales nacionales.

A.-

) Inconstitucionalidad de las facultades de modificación e interpretación de la Comisión de Libre Comercio.-

Las facultades de modificación e interpretación otorgadas a la Comisión de Libre Comercio son violatorias de las competencias constitucionales asignadas al Poder Ejecutivo, y a la Asamblea Legislativa. Una Comisión como ésta a la que se le asigna la facultad de modificar el Tratado (inciso b del artículo 19.1.3) en ciertos aspectos, y de emitir interpretaciones sobre las disposiciones del Tratado (inciso c del artículo 19.1.3) viola efectivamente los artículos 2 (soberanía), 121 inciso 4 (funciones del Legislativo), 140 inciso 3 (funciones del Ejecutivo) y 153 (jurisdicción interna) de la Constitución Política. Literalmente disponen los incisos considerados inconstitucionales:

“Artículo 19.1: La Comisión de Libre Comercio

...

3.La Comisión podrá:

(a)establecer y delegar responsabilidades en comités y grupos de trabajo;

(b)modificar en cumplimiento con los objetivos de este Tratado:

(i)las listas de desgravación sujetas al Anexo 3.3 (Desgravación Arancelaria), a fin de acelerar la reducción arancelaria;

(ii) las reglas de origen establecidas en el Anexo 4.1 (Reglas de Origen Específicas);

(iii)las Directrices Comunes referidas en el Artículo 4.21 (Directrices Comunes); y

(iv)los Anexos 9.1.2(b)(i), 9.1.2(b)(ii) y 9.1.2(b)(iii) (Contratación Pública);

(c)emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Tratado;

... "

Para los suscritos Magistrados no es admisible constitucionalmente que una instancia fuera del Gobierno Central pueda realizar modificaciones a un Tratado Internacional. En este sentido, no se comparte la tesis que ha mantenido este Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de los denominados "protocolos de menor rango", pues éstos definidos como *"aquellos que, sin añadir compromisos o limitaciones sustanciales a la actividad de los estados, desarrollan e incluso modifican normas de mero procedimiento que no inciden sobre la sustancia del tratado."* Ya que en última instancia, igualmente se trata de modificaciones que se realizan sin seguir los procedimientos establecidos y sin respetar las competencias constitucionales asignadas a los distintos Poderes del Estado. Pero aún admitiéndose que se podrían válidamente realizar ciertas modificaciones de mero procedimiento, aún admitiéndose que en este caso se trata de "protocolos de menor rango", los suscritos Magistrados a la hora de analizar las modificaciones permisibles a esta Comisión de Libre Comercio comprueba que no se trata de modificaciones de mero procedimiento, sino que inciden sobre la sustancia del Tratado. Ello se evidencia si se observa que esta Comisión podría modificar las listas de desgravación, las reglas de origen y ciertos anexos referidos a la Contratación Pública, todas ellas cuestiones de fondo, que no se limitan a la forma. Así entonces, los suscritos Magistrados concluyen que los protocolos de menor rango no son constitucionales (contemplados en el anexo 19.1.4 inciso 1 del Tratado), y aún siéndolo, las disposiciones del Tratado consultado referidas a la Comisión de Libre Comercio no facultan simplemente a modificaciones de procedimiento (protocolos de menor rango) sino que facultan hacer modificaciones de fondo en violación de las competencias asignadas constitucionalmente a los Poderes de la República. En efecto, la posibilidad que tiene la Comisión de Libre Comercio en el TLC de modificar las listas de desgravación (inciso i), de modificar las reglas de origen (inciso ii), de dictar directrices comunes (inciso iii), y de implementar y modificar las cláusulas en materia de contratación pública (inciso iv), todo ello por sí misma, es claramente una violación de las competencias de los Poderes de la República, pues, en otras palabras se trata de un órgano colegiado, representado por funcionarios de los distintos Poderes Ejecutivos de los Estados partes, que tendrán amplias potestades, incluso mayores que los mismos Gobiernos. Se entiende entonces que la Comisión de Libre Comercio tendrá amplias potestades de interpretación y decisión para definir los alcances, orientando la ejecución del Tratado de Libre Comercio e inclusive por vía interpretativa puede modificar los contenidos del propio Tratado, todo lo cual resulta contrario a nuestro Derecho de la Constitución.

B.-

) Inconstitucionalidad de la existencia de una Comisión de Libre Comercio cuyas decisiones son de acatamiento obligatorio.-

De acuerdo al inciso 2 del artículo 10.23 del Tratado consultado las decisiones de esta Comisión son obligatorias para nuestros Tribunales. Literalmente dice tal disposición:

“Artículo 10.23: Interpretación de los Anexos

... 2.La decisión emitida por la Comisión conforme al párrafo 1 será obligatoria para el tribunal y cualquier decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser consistente con esa decisión. Si la Comisión no emitiera dicha decisión dentro del plazo de los 60 días, el tribunal decidirá sobre el asunto.”

Esta disposición inserta en este Tratado, establece tal obligatoriedad, a diferencia de otros Tratados de Libre Comercio suscritos y ratificados por Costa Rica donde no se establece cláusula alguna que determine que las interpretaciones respecto de disposiciones jurídicas que haga la Comisión son vinculantes para las Partes. Justamente este agregado tiene una incidencia cualitativa frente a la Constitución, situación que convierte esta disposición en inconstitucional. Así entonces, esta Comisión no sólo tendría amplia potestades de interpretación, sino que éstas serán de acatamiento obligatorio para los Tribunales Judiciales y los órganos administrativos, tal como se establece en el artículo 20.20.2:

“Artículo 20.20:Procedimientos ante Instancias Judiciales y Administrativas Internas

...

2. La Parte en cuyo territorio se encuentre ubicado el tribunal o el órgano administrativo, presentará a éstos cualquier interpretación acordada por la Comisión, de conformidad con los procedimientos de ese foro. “

Además, el tema de la violación a la soberanía se agrava cuando se observa lo que dice en el inciso 5 del artículo 19.1:

“5.La Comisión establecerá sus reglas y procedimientos. Todas sus decisiones se tomarán por consenso, a menos que la Comisión decida otra cosa.”

Debe destacarse que no se define exactamente qué se entiende por consenso, ya que este término no es sinónimo de “unanimidad”, así que podría suceder que se tome una decisión por “consenso” en la que el representante de Costa Rica no haya estado de acuerdo. Asimismo, podría la misma Comisión cambiar este tipo de formalidad en la adopción de decisiones y acordar que las decisiones no se toman por consenso, sino por otro método como por “mayoría”, donde igualmente nos encontramos con el posible problema de que la Comisión tome una decisión referente a nuestro país y que nuestro representante no haya estado de acuerdo. Todo lo cual es abiertamente contrario a las normas, principios y valores Constitucionales, pues no sólo puede esta Comisión de Libre Comercio ejercer potestades privativas de los Poderes de la República (como modificar e interpretar las disposiciones del Tratado), sino que además sus disposiciones resultan obligatorias, incluso para los Tribunales Judiciales.

IV) SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 1° DEL ANEXO XIII DEL CAPITULO 13.-

TELECOMUNICACIONES:

Los consultantes, tanto la Defensoría de los Habitantes como los diputados, consideran que dentro del capítulo 13.- Telecomunicaciones se establece en el artículo 1° del anexo XIII una disposición que resulta contraria al Derecho de la Constitución. Dicho artículo dispone:

"1. Consolidación de Nivel de Acceso al Mercado

Costa Rica permitirá a los proveedores de servicios de otra Parte suministrar servicios de telecomunicaciones en términos y condiciones no menos favorables que aquellas establecidas por u otorgadas de conformidad con su legislación vigente al 27 de enero del 2003. "

A criterio de los consultantes , dicha norma es inconstitucional por violar el principio de irretroactividad (artículo 34 Constitucional), por cuanto se beneficia a los proveedores de otras Partes mediante el acceso a condiciones otorgadas en la legislación costarricense vigente al 27 de enero del 2003, tales como podría ser el pago de precios de cánones por uso del espectro, que al día de hoy resultarían precios irrisorios. Todo lo cual, a criterio de los consultantes, implica un efecto retroactivo en perjuicio del Estado y sus derechos patrimoniales, que son patrimonio de todos los costarricenses. Al respecto, los Magistrados que suscriben el voto de minoría, consideran que dicha norma es contraria al Derecho de la Constitución Política, pero no porque se esté violando el principio de irretroactividad, sino porque se viola el principio de razonabilidad, y de igualdad. No estamos frente a una violación al principio de irretroactividad por cuanto, no se trata de un supuesto de aplicación retrospectiva de una norma posterior, sino más bien todo lo contrario, por la aplicación prospectiva de una normativa anterior (lo que teóricamente podría llamarse como ultractividad y no retroactividad). Además, de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional este principio tiene los siguientes alcances que no tienen relación con la norma consultada: *primero*, se trata de un principio que se traduce en el derecho, no a la inmutabilidad de la norma, sino a la consecuencia que la norma abolida había previsto para la situación de hecho establecida en ese momento anterior. *Segundo*, se refiere a que ninguna norma o disposición jurídica (no sólo las leyes en sentido formal) posterior altere ilegítimamente derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma o disposición jurídica anterior, pues tales derechos o situación jurídica se vuelve intangible por razones de equidad y certeza jurídica. *Tercero*, se trata de la necesaria vinculación entre un supuesto de hecho y un efecto o consecuencia establecidos en una norma, a pesar de que esa norma sea derogada, es decir, se trata de la supervivencia de los efectos o la consecuencia que una norma abolida había previsto para una situación de hecho determinada (véanse las resoluciones N° 2006-12241, N° 2006-002996, N° 2006-001034, N° 2005-09529, N° 2004-13780, N° 2004-11607, N° 2004-08202 N° 2001-02234, N° 2001-00618, N° 2000-02123, N° 1147-90, N° 06134-98 y N° 02765-97). Así entonces, en este caso, no se está aboliendo norma alguna, ni cambiando los efectos previstos en una norma, ni se mencionan cuáles podrían ser esos derechos subjetivos o situaciones jurídicas consolidadas ya establecidos y que por esta disposición se estén derogando. Por lo que, más que estar frente a una disposición del Tratado que se esté aplicando de forma retroactiva, se trata de una disposición que posibilita un trato desigual entre los *"proveedores de servicios de telecomunicaciones de otra Parte"* y los *proveedores de servicios de telecomunicaciones de Costa Rica*, que resulta por demás irrazonable, por cuanto, frente a las términos y condiciones requeridos a los proveedores prestatarios de servicios de telecomunicaciones se está realizando una distinción odiosa entre los proveedores de otros países parte y los proveedores nacionales. A los primeros se les

aplicará la legislación vigente al 27 de enero del 2003, mientras que a los segundos - se entiende- se les aplicará la legislación del momento. Ese trato desigual sobre las condiciones a exigir puede perjudicar tanto a uno como a otro, piénsese por ejemplo si se tiene la siguiente situación: al año 2008, proveedores de otra Parte con condiciones otorgadas de conformidad con la legislación costarricense vigente al 27 de enero del 2003 y proveedores nacionales con condiciones MENOS favorables a las establecidas en esa fecha. Asimismo: proveedores de otra Parte con condiciones otorgadas de conformidad con la legislación costarricense vigente al 27 de enero del 2003 y proveedores nacionales con condiciones MAS favorables a las establecidas en esa fecha. Además, llama la atención lo arbitrario y la falta de justificación para haber establecido esa fecha como un "piso" para las condiciones exigibles a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de otra Parte, y únicamente para este tipo de proveedores. Además, tal irrazonabilidad se agrava si constatamos que estamos frente a la explotación de bienes de dominio público como lo son los servicios inalámbricos, pues resulta totalmente desproporcionado otorgar a los proveedores de otros países parte mayores privilegios respecto de la explotación de estos bienes de dominio público. En conclusión, por todas estas razones, los suscritos Magistrados consideran que la frase "*al 27 de enero del 2003*" incluida en el artículo 1° del anexo XIII del capítulo 13.-telecomunicaciones es inconstitucional por violar los principios de igualdad y razonabilidad, en cuanto establece que los términos y condiciones que Costa Rica exigirá a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de otro país parte serán - al menos- aquellas establecidas por u otorgadas de conformidad con la legislación vigente "*al 27 de enero del 2003*."

V) SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LO DISPUESTO EN MATERIA AMBIENTAL

La Defensoría considera que las regulaciones existentes en el Tratado en estudio en cuanto a la materia ambiental, resultan violatorias de lo dispuesto en el numeral 50 de la Constitución Política. Señala que la definición de legislación ambiental planteada en el Tratado deja por fuera temas cruciales ya contemplados en la legislación ambiental costarricense, como la conservación y uso del agua, la protección y aprovechamiento del suelo y la administración de los recursos energéticos entre otros, debilitando la garantía constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Asimismo, considera preocupante la exclusión expresa de las regulaciones ambientales relacionadas directamente con la seguridad o salud de los trabajadores, la administración o explotación comercial de recursos naturales y la regulación del agua, excluyendo el ámbito de leyes como la Ley Forestal, Ley de Hidrocarburos, Ley de Regulación del uso racional de la energía, Ley de Biodiversidad, Ley de aguas, Ley de uso, manejo y conservación de suelos, Ley Orgánica del Ambiente, entre otras. Señala que el Tratado expone a que si una actuación en defensa del ambiente se opone al comercio, se someta tal discrepancia al arbitraje internacional, pues algunas materias se excluyen de la materia ambiental para ser consideradas "legislación comercial". Considera que las posibilidades de ejercicio del derecho de adoptar o modificar leyes o políticas ambientales por parte del Estado, en realidad, quedan sujetas a las obligaciones del Capítulo de Inversiones - considerado columna vertebral del TLC - y del Capítulo de Comercio Transfronterizo de Servicios, por lo que aparece el libre comercio como el valor supremo, en este caso, por encima de la protección al medio ambiente. Finalmente, señala que a pesar de que se crea el llamado Consejo de Asuntos Ambientales (CAA), de éste se excluye la representación ciudadana en general y de las organizaciones ambientales en particular, y los mecanismos de participación contemplados van en la vía de la "consulta" y el "diálogo", sin efectivos poderes reales en la toma de decisiones. Al respecto, los suscritos Magistrados consideramos que la Defensoría lleva la razón en gran parte de sus alegatos, y las regulaciones existentes

en el Tratado en consulta, referentes a materia ambiental, son contrarias a nuestra Constitución Política, en cuanto a varios aspectos. Antes de analizar cada uno de ellos debe hacerse notar que, en cuanto a la materia ambiental, en el Tratado analizado se establece un capítulo completo destinado a la materia ambiental y además, incluye disposiciones específicas sobre el tema en el Capítulo 7 "Obstáculos Técnicos al Comercio", en el Capítulo 9 "Contratación Pública", en el Capítulo 10 de "Inversiones" y en Capítulo 21 "Excepciones", siendo que las inconstitucionalidades se encuentran a lo largo de todas estas disposiciones. Igualmente debe recordarse el compromiso que sobre esta materia ambiental se establece en nuestra Carta Magna, pues según el artículo 50 el disfrute a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado se constituye en un derecho para todos los habitantes. En relación con el anterior planteamiento es atinente lo señalado por la Sala Constitucional en el Voto n° 1304-93:

"Toda la vida del hombre ocurre en relación inevitable con su ambiente, en especial con el mejoramiento de la calidad de vida que es el objetivo central que el desarrollo necesita, pero éste debe estar en relación con el ambiente de modo tal que sea armónico y sustentable.

El ambiente debe ser entendido como un potencial de desarrollo para utilizarlo adecuadamente, debiendo actuarse de modo integrado en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicas y de orden político, ya que, en caso contrario se degrada su productividad para el presente y el futuro y podrá ponerse en riesgo el patrimonio de las generaciones venideras. Los orígenes de los problemas ambientales son complejos y corresponden a una articulación de procesos naturales y sociales en el marco del estilo de desarrollo socioeconómico que adopte el país. Por ejemplo se producen problemas ambientales cuando las modalidades de explotación de los recursos naturales dan lugar a una degradación de los ecosistemas superior a su capacidad de regeneración, lo que conduce a que amplios sectores de la población resulten perjudicados y se genere un alto costo ambiental y social que redunde en un deterioro de la calidad de vida; pues precisamente el objetivo primordial del uso y protección del ambiente es obtener un desarrollo y evolución favorable al ser humano. La calidad ambiental es un parámetro fundamental de esa calidad de vida..., pero más importante que ello es entender que si bien el hombre tiene el derecho de hacer uso del ambiente para su propio desarrollo, también tiene el deber de protegerlo y preservarlo para el uso de las generaciones presentes y futuras."

De este modo, todas las normas infraconstitucionales se deben interpretar y aplicar conforme a la Constitución, a los precedentes y jurisprudencia de la Sala Constitucional (sentencia 1185- 95, 1893-95, 6192-95, 1056-96, 4256-99, 1999-07181, 07371-99, 2000-08193, y 2002-01228). Teniendo claro el anterior marco de referencia, se procede a identificar las inconstitucionales que los suscritos Magistrados encontramos en el Tratado consultado sobre materia ambiental.

A.-

) Inconstitucionalidad por la definición restrictiva de legislación ambiental

El artículo 17.13 establece:

"17.13 establece: Definiciones

1. Para los efectos de este Capítulo: legislación ambiental significa cualquier ley o regulación de una Parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la

protección del medio ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humana, animal o vegetal mediante:

- a. la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales;
- b. el control de sustancias o productos químicos,...desechos tóxicos...
- c. la protección o conservación de flora y fauna silvestres, incluso las especies en peligro de extinción...

... pero no incluye ningún estatuto o regulación, o ninguna disposición en las mismas, relacionadas directamente a la seguridad o salud de los trabajadores.

Para mayor certeza, legislación ambiental no incluye ninguna disposición de ley ni reglamento, o disposición cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o recolección indígena."

Como se puede observar dentro de este artículo se establece un concepto de legislación ambiental notablemente restrictivo con relación a la legislación ambiental costarricense, puesto que el texto transcrito parte de una definición tradicional y relativamente amplia (y por tanto ambigua) de legislación ambiental en sus primeras líneas, pero que acto seguido se circunscribe a tres ámbitos:

- a) los contaminantes ambientales (control, prevención, reducción);
- b) los productos químicos y desechos tóxicos peligrosos; y
- c) la protección o conservación de la flora y fauna silvestre.

De lo anterior se pueden hacer varias observaciones. Primero, no se hace ninguna referencia a la prohibición de contaminantes, productos químicos o desechos tóxicos, sino tan sólo a su control. Segundo, la noción de "contaminantes ambientales" es mucho más amplia en nuestra legislación que en el Tratado, por lo que con su aprobación se disminuyen los estándares protección alcanzados y se varía la aplicación del principio "Pro Natura", tal como señala la Defensoría en su consulta. Tercero, aunque no se deroga la legislación general ambiental, se define "ambiente" de manera totalmente restrictiva. La definición de legislación ambiental planteada en el Tratado deja por fuera temas cruciales ya contemplados en la legislación ambiental costarricense, como la conservación y uso del agua, la protección y aprovechamiento del suelo y la administración de los recursos energéticos, entre otros, debilitando la garantía constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

En cuanto a este último aspecto, se trata de un roce constitucional por dejar por fuera leyes como la Ley Forestal, Ley de Hidrocarburos, Ley de Regulación del uso racional de la energía, Ley de Biodiversidad, Ley de aguas, Ley de uso, manejo y conservación de suelos, entre otras. El capítulo 17 del Tratado establece en sus inicios (17.1) la obligatoriedad de todos los países parte de respetar su legislación ambiental interna así como de asumir el compromiso de respeto a las obligaciones ambientales comunes previamente adquiridas. En apariencia esta norma general permitiría decir que este capítulo es armónico con el medio ambiente. Sin embargo, en algunos artículos

posteriores específicos (17.13) vienen a establecer restricciones y a desmejorar la protección al ambiente garantizado por el artículo 50 constitucional, toda vez que viene a variar la definición de legislación ambiental ampliamente desarrollada por nuestro ordenamiento y reconocida por la jurisprudencia constitucional. Más aún, no solo viene a variar el sentido de legislación ambiental en forma restrictiva, sino además excluyendo del fuero de protección preceptos esenciales tales la conservación y uso del agua, la comercialización del agua, y la administración de los recursos naturales (entre los cuales se encuentran los recursos energéticos).

1) La conservación y uso del agua:

El inciso (a) del artículo 17:13 pareciera referirse únicamente a la contaminación del ambiente, dentro de lo cual ciertamente estaría incluida la contaminación del agua, pero quedarían por fuera aspectos medulares de las regulaciones sobre conservación y uso sostenible del agua. Del artículo 50 de la Ley Orgánica del Ambiente en concordancia con el 6 de nuestra Constitución Política es claro el carácter de dominio público que ejerce la Nación sobre el recurso hídrico, aspecto que no sólo no está expresamente contemplado en el artículo 17:13 del Proyecto, sino que tampoco puede interpretarse que se encuentra implícitamente contenido, debido a la taxatividad de la lista contenida en la definición.

2) La comercialización del agua:

Nuestra legislación ambiental y constitucional cubre el recurso hídrico desde su protección y conservación hasta su consumo, incluyendo su comercialización, la cual está sujeta al otorgamiento de concesiones y permisos según el inciso b) del artículo 52 de la Ley Orgánica del Ambiente. El Tratado, en cambio, sustrae la comercialización del agua de esos criterios ambientales, para declarar que esa actividad no está cubierta por la legislación ambiental. Se evidencia que lo ambiental, conforme al Tratado, tiene relación con la conservación, pero no abarca el acceso al recurso hídrico, pues esa sería una actividad económica excluida de la protección ambiental.

3) La administración de los recursos energéticos:

El capítulo 17, referido a la legislación ambiental del Tratado, no incluye ninguna ley ni regulación o disposición cuyo propósito principal sea la administración, recolección o explotación de recursos naturales. La legislación ambiental costarricense incluye a los recursos energéticos como recursos naturales y por ende sujetos a la legislación ambiental, otorgándole al Estado competencias amplias en cuanto a su regulación. En cambio, el artículo 17:13 del Proyecto expresamente señala que la legislación referida a la explotación comercial de los recursos naturales no forma parte de la legislación ambiental. Tal y como se desprende de su literalidad:

“Artículo 17.13: Definiciones

... Para mayor certeza, “legislación ambiental” no incluye ninguna ley ni regulación o disposición de los mismos, cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, o la recolección con propósitos de subsistencia o recolección indígena, de recursos naturales;...”

No resulta evidente que las regulaciones del capítulo ambiental aplican prioritariamente, pues casualmente el artículo 17.13 señala, como se expuso, que la “*administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales,...*” no

puede catalogarse como tema de ambiente. Esta definición restrictiva establece que la explotación comercial de recursos naturales, no es parte del concepto de ambiente y en esas condiciones, tal definición constituye una lesión a un derecho de tanta trascendencia como el de gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que tutela el artículo 50 de la Constitución. Cabría preguntarse, a la luz del Proyecto, en qué situación quedaría el papel del Estado en relación con la explotación de los recursos energéticos. En este aspecto, las imprecisiones y las indefiniciones, a la luz de una norma tan restrictiva como el artículo 17.13, provocan una incertidumbre que lesiona la disposición constitucional sobre ambiente, cuya tutela no debe esperar a que se produzca el efecto negativo, basta la vulnerabilidad o una imprecisión que desnaturalice el sentido que prevé el artículo 50. Esta definición no parece ser un tema de menor rango, pues no existe ninguna razón para considerar que no integra el concepto de ambiente la *"...administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales..."*, esta exclusión es muy específica, cuyo contenido y trascendencia político constitucional es de un innegable valor. Frente a esta definición, todas las declaraciones de principios que se han mencionado, si bien no pierden valor, se debilitan notablemente, pues se estima que está fuera del concepto de ambiente la explotación de un bien tan importante como el agua, por ejemplo. En este caso, la restricción sí constituye una lesión al artículo 50 de la Constitución, pues esa actividad estaría fuera de todas las previsiones tutelares del medio ambiente. Así entonces, tal como se viene afirmando, la no inclusión en la definición de legislación ambiental contenida en el Tratado de regulaciones y leyes cuyo propósito sea "la administración o explotación comercial de recursos naturales", se estaría excluyendo del concepto de normativa ambiental adoptado por el Proyecto, leyes esenciales contempladas en nuestro ordenamiento jurídico que regulan la explotación de recursos naturales, tales como la Ley de Hidrocarburos, Ley de Regulación del uso racional de la energía, la Ley de Biodiversidad, la Ley Forestal, la Ley de uso, manejo y conservación de suelos, la Ley de Aguas y Código de Minería.^{1 1} Tal como se menciona en las consultas, la Sala Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones: **Voto n.º 1174-05: Permisos para la comercialización de tortugas:** MINAE autorizó a sujetas de derecho privado a sacar el 70% de las tortugas TRACHEMYS ESCRIPTA EMOLLI del Área de Conservación Arenal Huetar Norte, Refugio Nacional Caño Negro, violando con ello el derecho al ambiente. Se declaró con lugar el recurso, ordenó a la SETENA, al Director del Área de Conservación Arenal Huetar Norte y al Administrador del Refugio de Vida Silvestre Caño Negro coordinar lo pertinente para efectuar los estudios pertinentes para determinar la viabilidad ambiental del Proyecto de Asociación..., para mantener, reproducir y comercializar las tortugas, así como sus consecuencias, efectos y resultados actuales. **Voto n.º 13414-04: Concesión minera:** Contra concesión minera otorgada a... en San Carlos, dentro del área de amortiguamiento definida dentro del Convenio Centroamericano de Biodiversidad y Protección de Áreas Prioritarias de América Central. Se declara con lugar el recurso por violación al artículo 50 de la Constitución Política. Se anuló la resolución del MINAE que otorgó la concesión de explotación minera a la empresa.... **Voto n.º 10421-03: Falta de estudio de impacto ambiental:** Se declara con lugar la acción disponiendo que es inconstitucional la omisión de exigir el estudio de impacto ambiental y su correspondiente aprobación por SETENA como requisito previo a las solicitudes reguladas en los artículos 129 y 153 del Decreto Ejecutivo 29300-MINAE "Reglamento al Código de Minería", por lo que debe exigirse dicho requisito a efecto de la autorización de los proyectos menores y específicos definidos en esos artículos del decreto. No significa que se deroguen tales leyes, sino que tales bienes no se catalogan, claramente, como de ambiente y que puede estar sometidos a la actividad comercial. Con base en el Tratado, leyes como las anteriormente citadas pasarían a ser consideradas "legislación comercial". Más grave aún con la definición indicada: "se excluyen todas las disposiciones de cualquier Ley de la República que regulen el acceso a los recursos naturales ubicados en el territorio nacional y para efectos del TLC, todas

las normas que regulan dichos temas deberán regirse por criterios mercantiles. De esta forma, se restringe, notablemente, el concepto de ambiente, siendo esta restricción lesiva de un valor tan importante, constitucionalmente, como el medio ambiente. En conclusión: No existe razón para definir el tema de ambiente de una forma restrictiva, si casualmente es un tema tan sensible y de contornos tan imprecisos, la definición debe ser la que prevé el Derecho de la Constitución, sin que sea admisible definir su contenido en función de un tratado de Inversión, pues de esta forma, se abren los espacios para las determinaciones tan complejas al establecer el límite entre la inversión, el desarrollo y el medio ambiente, máxime si se toma en cuenta que existe un capítulo de controversias que admite, cuando el inversionista lo estime conveniente, someter un asunto que puede tener vocación ambiental, a un tribunal arbitral.

B.-

) Inconstitucionalidad por las imprecisiones en cuanto a los niveles de protección (artículo 17.1 y 17.2.2)

Por un lado, si bien el artículo 17.1 establece el derecho de cada parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental, este principio general sufre algunas limitaciones o inconvenientes imprecisiones que por el contenido y alcance de un Tratado, con valor superior a la ley ordinaria, con su valor derogatorio y convencional, pone en peligro materia tan sensible y de trascendencia constitucional como el medio ambiente. Por otro lado, igualmente, aunque el artículo 17.2.2 del Tratado establece que es *"inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna"* esta previsión, si bien constituye una disposición que pretende tener un efecto tutelar del ambiente, se comprende que se trata de una limitación para que los Estados no reduzcan la legislación vigente en función del comercio o la inversión, pero se trata de una disposición muy imprecisa que debe ser contrastada con otras disposiciones, especialmente las normas que definen en el Tratado, lo que se entiende por ambiente, pues siendo evidente que existe una permanente tensión entre ambiente, desarrollo, inversión y crecimiento económico, tales disposiciones abrirán espacios muy amplios de discusión sobre los que las disposiciones generales comentadas, teniendo una incidencia muy limitada, situación que torna muy vulnerable la protección del ambiente, lo que resulta inadmisibles desde un punto de vista constitucional. Por lo anterior, si bien es importante mencionar la vigencia incuestionable del artículo cincuenta de la Constitución Política, tal reconocimiento no resuelve la vigencia de las disposiciones del Tratado cuyo contenido puede objetarse en función de las definiciones explícitas del Tratado y el concepto que puede tenerse entre medio ambiente, desarrollo e inversión.

C.-

) Inconstitucionalidad por no definir el destino de las decisiones concretas sobre ambiente

Aunque en el artículo 17.12.1 del Tratado se dice que las Partes *"reconocen que los acuerdos ambientales multilaterales, de los cuales todos son parte, juegan un papel importante en la protección del ambiente a nivel global y nacional, y que la importancia de la implementación respectiva de estos acuerdos es fundamental para lograr los objetivos ambientales contemplados en estos acuerdos. Las Partes además reconocen que este Capítulo y el ACA pueden contribuir para alcanzar los objetivos de esos acuerdos. En este sentido, las Partes continuarán buscando los medios para aumentar el apoyo mutuo a los acuerdos ambientales multilaterales de los cuales todos forman"*

parte y de los acuerdos comerciales de los cuales todos forman parte." En realidad, tal disposición es una declaración de principio sobre cuyo contenido no hay objeción, se trata de un reconocimiento que sólo denota una buena intención, una declaración de principio que nada dice sobre el destino de las decisiones concretas sobre el tema medio ambiental.

VI) SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LO DISPUESTO EN CUANTO AL PROCESO DE CERTIFICACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS A COSTA RICA

Consideran los diputados consultantes que el *"proceso de certificación"* exigido por los Estados Unidos de América a Centroamérica y en particular a Costa Rica, viola la soberanía y representación del Estado (artículos 2, 3 y 4 de la Constitución), así como lo dispuesto en el artículo 9 sobre competencias de los poderes de la República, pues mediante una ley unilateral aprobada por los Estados Unidos se estableció el requerimiento de que se revise si otro país ha completado o no la lista de leyes, normas y procedimientos jurídicos que le interesen. Conforme a lo anterior y tal como lo exponen los consultantes, estimamos que el *"proceso de certificación"* exigido por los EUA a los países Centroamericanos, incluyendo a Costa Rica, constituye una violación a la soberanía y la representación del Estado de Costa Rica. De igual forma constituye una violación al artículo 9 Constitucional sobre las competencias de los Poderes de la República. No puede el Parlamento o el Poder Ejecutivo de Costa Rica quedar sometido en su actuación o en sus decisiones, a la valoración o examen de las autoridades de otro Estado, como el caso de los Estados Unidos de América. No puede ignorar este Tribunal que la ley que incorporó el tratado de libre comercio entre República Dominicana- Centroamérica y E.U.A., denominado en inglés: *"Dominican Republic-Central America- United States Free Trade Agreement Implementation Act"* de Agosto 2, 2005 (Public Law 109- 53, 109th Congress), no sólo enmendó elementos comerciales del Tratado, sino que incluyó, conforme a la legislación estadounidense, el concepto de *"certificación"*, que no se refiere a las reglas de origen, como sería admisible en un Tratado de esa naturaleza, sino que exige una certificación política sobre el cumplimiento de requisitos en la aprobación de legislación del país, en este caso, Costa Rica. Conforme a esta variación unilateral, es una decisión del Presidente de los Estados Unidos la que valora si otro Estado signatario ha completado o no la lista de leyes, normas y procedimientos jurídicos que le interesen. Se trata de una subordinación a la decisión unilateral del Presidente de los Estados Unidos. No hay en esta hipótesis un ejercicio de soberanía nacional, sino que se renuncia a ésta, quedando sometido a la valoración incontrolada de lo que resuelva la autoridad de otro país. De esa forma se le permite a Estados Unidos introducir en el TLC aspectos adicionales de tercer nivel, no sólo de verificar sino de ensanchar las obligaciones que el mismo Tratado establece. Por ejemplo, en el caso de Telecomunicaciones o Seguros, que son Anexos genéricos supeditados al desarrollo de ley, el margen discrecional se amplía en el sentido de si se cumple o no con lo que Estados Unidos le parezca. Así entonces, en la citada ley de implementación del Tratado de los Estados Unidos, en el Título I *"Aprobación y disposiciones generales relacionadas con el Acuerdo"*, la Sección 101 *"Aprobación y entrada en vigencia del Acuerdo"* (b) *"Condiciones para la entrada en vigencia del Acuerdo"*, el Congreso y el Senado establecieron textualmente:

"At such time as the President determines that countries listed in subsection (a) (1) have taken measures necessary to comply with the provisions that are to take effect on the date on which the Agreement enters into force, the President is authorized to provide for the Agreement to enter into force with respect to those countries that provide for the Agreement to enter into force for them."

En una traducción libre de la disposición se comprende que el Presidente ejerce un

poder de supervisión que le permite determinar si un Estado parte ha cumplido con todas las exigencias requeridas. Se entiende entonces con meridiana claridad que los requisitos de certificación resultan ser exigencias ajenas al TLC en su fase de suscripción; y que se trata de elementos añadidos con posterioridad y aplicados de modo condicional y como exigencia de su "Implementation Act", ley interna que le da una especie de "pase" a la admisión o no de un país. Se entiende entonces que este proceso de certificación constituye una exigencia de los Estados Unidos para el país que quiera ingresar al TLC promulgue o reforme sus leyes de forma tal que se satisfaga los intereses de un país, en este caso, EUA. De no cumplirse con esa exigencia el Tratado no puede entrar en vigencia, pues si estas reformas al ordenamiento no satisfacen a los EUA, no se "certifica" el TLC. Así entonces, este proceso de certificación lo que implica en realidad es un sometimiento del ordenamiento costarricense a las exigencias de las autoridades de otro país, sin que su contenido se haya discutido con precisión en el Tratado. Por ello y debido a que el Tratado no entraría en vigencia hasta que se supere el proceso de certificación, hace que tal situación lesione la soberanía del país y las potestades que deben ejercer las autoridades nacionales. Además, esta variación unilateral quebranta el principio de "*pacta sunt servanda*" de relaciones iguales entre los Estados, y es incompatible con el objeto mismo del Capítulo 22 del TLC, que establece las reglas sobre "Disposiciones Finales". Jurídicamente no es admisible, conforme al Derecho Internacional Público y Privado, que un Estado esté en una posición de preeminencia sobre otro Estado en las relaciones internacionales, que es lo que ocurre cuando existe un Estado que certifica y otros que son sometidos a procesos de certificación. A mayor abundamiento, quienes suscribimos este voto disidente, admitimos como cierto el documento que refieren los consultantes y que se refiere a una nota del 20 de enero del 2006 (oficio DM- 0039-6), en que el ex-Ministro de Comercio Exterior, don Manuel A. González Sanz, informó a la Defensoría de los Habitantes lo siguiente:

"Al respecto, el Ministerio de Comercio Exterior es del criterio de que el tratado carece en la actualidad de eficacia jurídica a pesar de existir dichos plazos vencidos, no solo por cuanto el tratado no ha sido aprobado por la Asamblea Legislativa ni se han cumplido los requisitos que prescribe el Derecho Internacional y el propio tratado, sino también por cuanto la entrada en vigor está sujeta al cumplimiento del proceso de certificación que por imperativo de Ley debe cumplir el Ejecutivo estadounidense.

Dicho de otra manera, al primero de enero del 2006 ninguna de las Partes del Tratado estaba jurídicamente lista para su entrada en vigor por diferentes razones y, por ende, el Tratado no era, ni es aún aplicable y eso no es solo por causa de Costa Rica sino también de los otros países.

No existe al momento ninguna intención de modificar las fechas señaladas por lo que se entiende que las obligaciones de interés surgirán a partir de la entrada en vigor del tratado."

Según el texto de la nota transcrita, asumimos que este proceso de certificación es una exigencia que conculca la soberanía y las competencias de los poderes del Estado, por esta razón estimamos que en cuanto a este extremo existe una lesión a la Constitución. Desde nuestra perspectiva no es suficiente considerar que el proceso de certificación no es parte del Tratado, pues basta con establecer, conforme a datos evidentes, públicos y notorios, que existen exigencias ligadas al Tratado, que no fueron discutidas, que no forman parte su contenido esencial y que se convirtieron en una inaceptable exigencia de uno de los estados que integran el Tratado. Así entonces consideramos este proceso de certificación como violatorio de los artículos 2, 3, 4 y 9 de nuestra Constitución Política.

**VII) SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARBITRAJE OBLIGATORIO
CONTENIDO EN LA SECCION B.-**

**SOLUCION DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO DEL CAPITULO X.-
INVERSIÓN:**

Los consultantes, tanto la Defensoría de los Habitantes como los diputados, consideran que las disposiciones contenidas en la *sección B.* -

Solución de Controversias Inversionista-Estado del Capítulo X. -

Inversión son violatorias del Derecho de la Constitución, básicamente por cuanto facultan al inversionista a someter de manera obligatoria y genérica al Estado costarricense a un proceso arbitral, violentándose la potestad soberana del Estado para decidir si acude o no y qué asuntos someterá al proceso arbitral que propone el inversionista de una Parte. Tal consentimiento genérico que desemboca en un proceso arbitral de carácter obligatorio se deduce de artículo 10.17 del Tratado, el cual dice:

“Artículo 10.17: Consentimiento de cada una de las Partes al Arbitraje

1.Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado...”

Esta disposición lo que significa es que el Estado costarricense está dando una especie de consentimiento previo, genérico y para todos los casos que se le presenten, evidentemente se trataría de una disposición inconstitucional, básicamente porque el arbitraje, para que lo sea, debe ser absolutamente voluntario y no puede interpretarse que esa voluntad sea establecida de una vez y por todas, sino que debe manifestarse en cada caso concreto, en especial tomando en cuenta que hay ciertas materias -que por su naturaleza- no pueden ser objeto de arbitraje, tal como lo sería el ejercicio de ciertas potestades públicas. El arbitraje obligatorio en virtud de la cláusula genérica que admite el Estado costarricense, puede recaer sobre temas generales o garantías genéricas de inversión; de igual forma, abarca conflictos relativos a los “acuerdos de inversión” (concesión sobre bienes públicos) o sobre “autorización de inversión” (actos administrativos que se dictan respecto de las actividades de una empresa inversionista). Al remitir a un arbitraje obligatorio sobre todas las materias, se propicia una privatización de lo que es, por esencia, público. El artículo 10.16 señala muy claramente que el inversor, según se define en el Tratado, “... en caso de que considere que no puede resolverse una controversia mediante consultas o negociación, a- el demandante, por cuenta propia, podrá someter una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue...”, incluyendo cualquier controversia, sin excepción alguna, lo que incluye, impropiamente, desde el punto de vista constitucional, la potestad de imperio, los intereses o bienes públicos. Tómese en cuenta que, la misma jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha determinado que el artículo 43 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a terminar sus disputas, de carácter patrimonial, por medio de árbitros; y que el ejercicio de tal derecho es estrictamente voluntario pues requiere de un acuerdo de voluntades entre las partes en conflicto. Como bien lo ha señalado esta Sala en anterior oportunidad:

“(...) en forma paralela al derecho que tienen los particulares de acudir a los Tribunales de Justicia a obtener un pronunciamiento 'cumplido' es decir, correcto, útil, el constituyente previó en el artículo 43 'el derecho' de toda persona de acudir, desde

luego, voluntariamente, al procedimiento arbitral para dilucidar sus diferencias patrimoniales. La utilización de esta vía alternativa supone un acuerdo de voluntades entre las partes. (...)” (Sentencia n.º 2307-95, de las 16 horas del 9 de mayo de 1995).

De lo anterior se desprende que la esencia del arbitraje se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes. En efecto, son las partes en conflicto las que deben seleccionar tanto los árbitros como el procedimiento dentro del cual aquéllos van a sujetar su actuación y los efectos que tendrá la resolución final (laudo). Así entonces, el arbitraje es un método de resolución alternativa de conflictos, con carácter constitucional, pero para que lo sea debe ser voluntario (resolución número 2005-02995 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de marzo del dos mil cinco). En la medida que se establezca un arbitraje de manera obligatoria (o con un consentimiento previo, genérico y sin excepción) se estaría desnaturalizando esta figura, y por tanto, violando además del artículo 43 Constitucional, el principio de soberanía nacional conforme al cual, el gobierno -quien actúa como representante del pueblo- tiene el derecho de decidir, por sí mismo, cuáles controversias con un inversionista son resueltas mediante un proceso arbitral y cuáles no. Cuestión a determinarse casuísticamente y que impide una especie de consentimiento adelantando de forma genérica para todo tipo de controversias. El arbitraje forzoso sobre todas las materias, sin ninguna distinción, constituye una renuncia constitucionalmente inadmisibles. Además, conforme al artículo 43 de la Constitución, el arbitraje sólo es admisible respecto de lo patrimonial, sin que sea admisible incluir, como se hace en el Tratado, los bienes e intereses públicos o la autoridad pública, exigiéndose, constitucionalmente, que la ilicitud con consecuencias patrimoniales, deba ser declarada por la jurisdicción contenciosa-administrativa, según las previsiones del artículo 49 de Constitución; es decir, que conforme a la norma constitucional recién citada, se reserva la valoración y control respecto de la legalidad y las posibles indemnizaciones de las decisiones y actos estatales, a la jurisdicción contenciosa administrativa, disposición que se conculca con el arbitraje forzoso e indiscriminado que prevé el Tratado, según se ha expuesto. La violación del artículo 49 constitucional, también supone una lesión al artículo 153 de la Constitución, que prevé la exclusividad de las funciones jurisdiccionales, entre ellas, por supuesto, las que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa. Asimismo, también se está frente a una violación al principio de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), porque el Tratado establece una discriminación de trato para los inversionistas nacionales que se encuentran en suelo nacional, que sólo podrían optar por la jurisdicción contencioso administrativo, sin que pueda recurrir a un arbitraje internacional, opción que sí tendrían los inversionistas extranjeros en territorio nacional, quienes tendrían una doble vía, la jurisdicción nacional o el arbitraje internacional. En estas condiciones, los inversionistas a los que se les reconoce los privilegios del Capítulo diez el TLC, tendrían una injustificada ventaja frente al resto de los costarricenses, al poder exigir siempre la solución de controversias mediante arbitraje de forma, mientras el resto de los inversionistas personas que tengan un conflicto con el Estado, no tendrían posibilidad de optar por un proceso arbitral, salvo con las limitaciones que impone el artículo 43 de la C.P. Así entonces, consideramos que este consentimiento genérico contenido en el artículo 10.17 no es consonante con la Constitución, pues resulta contrario a los artículos artículo 33, 43, 49 y 153 de la Constitución Política.

VIII) EN CONCLUSION.-

Conforme con lo expuesto, consideramos que el Tratado consultado debilita al Estado Social y Democrático de Derecho, particularmente en cuanto a lo referido a los privilegios al inversionista, el régimen de patentes de medicamentos, aún por encima

del derecho a la salud, el régimen de solución de controversias inversionista-Estado. De igual forma, consideramos inconstitucional las facultades otorgadas a la Comisión de Libre Comercio; algunas de las disposiciones del capítulo referidas a las Telecomunicaciones; lo dispuesto en materia ambiental; lo que se dispone respecto al proceso de certificación; así como la previsión del arbitraje forzoso para el Estado costarricense. Razones por las cuales, los suscritos Magistrados salvan su voto y consideran que el Tratado consultado es contrario a nuestra Constitución Política, es decir, el proyecto del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos" (DR-CAFTA), expediente legislativo 16.047, es inconstitucional.

Fernando Cruz C.Gilberth Armijo

MagistradoMagistrado

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 28/2/2013 5:23:39 PM

Sentencia: 07548 Expediente: 07-005291-0007-CO
Fecha: 30/04/2008 Hora: 5:37:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Ernesto Jinesta Lobo
Clase de Asunto: Recurso de amparo
Tiene voto salvado

Texto de la sentencia
Sentencia Relevante
Contenido de interés 1 (Relevante) , Contenido de interés 2 (Nota separada relevante)
<p style="text-align: right;">* 070052910007CO *</p> <p>Expediente No. 07-005291-0007-CO</p> <p>Res. 7548-2008</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diecisiete y treinta y siete horas del treinta de abril de dos mil ocho.</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ ECHEVERRÍA, mayor, casado, abogado, portador de la cédula de identidad No. 1-272-964, vecino de San Rafael de Escazú, contra EL DIRECTOR DEL PERIÓDICO LA NACIÓN.</p> <p style="text-align: center;">RESULTANDO:</p> <p>1.-</p> <p>Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 08:34 hrs. del 20 de abril del 2007 (visible a folios 1-4), el recurrente interpuso recurso de amparo contra el Director del periódico La Nación y manifestó que el día 12 de enero del 2007, en la sección "Cartas a la Columna" del diario accionado, se consignó, parcialmente, un texto suyo relativo a una publicación del mismo medio del día 9 de enero del año en curso, en el cual, se agregó al pie la siguiente nota: <i>"Todo lo publicado por este periódico, en el caso del autor de la nota anterior, está documentado"</i>. Consideró, que el contenido de la nota citada es una expresa manifestación que el periódico tiene en su poder documentos públicos o privados cuyo contenido le concierne o se refiere a él o a sus actividades. Indicó, que la referida nota, lo mismo que la publicación del 9 de enero y las demás que La Nación ha realizado en relación suyo, denotan que los documentos de marras y su contenido, interesan a ese medio y han sido habidos y conservados por éste con fines de investigación, siendo, incluso, utilizados y aprovechados de forma conexas con el proceso penal que, actualmente, afronta. En virtud de lo anterior, señaló que, mediante nota de fecha 26 de enero del 2007 se dirigió al Director accionado y le solicitó le proporcionara una copia de todos los documentos aludidos en la redacción bajo estudio, fueran éstos públicos o privados. Asimismo, en dicha nota se le indicó al recurrido que él asumiría el costo de tal reproducción, siendo que, para tales efectos,</p>

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

2.-

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

3.-

Alejandro Urbina Gutiérrez, en su condición de Director del periódico La Nación (visible a folios 10-16), contestó la audiencia conferida mediante resolución de las 09:59 hrs. del 10 de mayo del 2007. En primer término, indicó que no es el periódico recurrido el que se encuentra investigando al accionante, sino, más bien, el Ministerio Público por la supuesta comisión de delitos muy graves ocurridos durante el plazo en que éste ocupó la Presidencia de la República. Adujo, que el recurrente, desde hace mucho tiempo, quiere que ese periódico, otros más y los noticieros de televisión, le revelen sus fuentes de información, tanto así que presentó similar recurso de amparo contra el Ministerio Público, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y varios medios de comunicación colectiva. Sabiendo de antemano la situación anterior, el recurrente interpone, nuevamente, un proceso de amparo, pretendiendo que el Director del periódico -que no es una empresa administradora de bases de datos-, le entregue la documentación que, según él, se encuentra en su poder; situación anterior que, en su criterio, vulnera con toda claridad el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes. Explicó, que ese último derecho, contrario a las afirmaciones del accionante, comprende la protección de los documentos y archivos, según lo tiene establecido, de forma, totalmente, pacífica, la doctrina y jurisprudencia, en especial, la de los organismos internacionales de tutela de los derechos humanos. Así, explicó que el citado derecho se encuentra contemplado en el principio 8°, de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° periodo de sesiones, al indicar que "(...) *Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales (...)*". Asimismo, señaló que la Sala Constitucional,

en el Voto No. 2313-95 de las 16:18 hrs. del 9 de mayo de 1995, dispuso lo siguiente: *"(...) el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos (...) resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia (...)"*. Añadió, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también, encontró que la orden de un Tribunal inglés para que un periodista entregara sus apuntes y los documentos descriptivos de la situación de una empresa transada en la bolsa de valores, es violatoria del secreto profesional de los informadores, el cual, es un elemento esencial de la libertad de expresión según la Convención Europea. En el caso en mención (Goodwin c. Reino Unido No. 16/1994/463/544), el Tribunal Europeo realizó un inventario no exhaustivo de los instrumentos que consagran el secreto profesional del periodista en Europa, indicando lo siguiente: *"(...) la protección de las fuentes periodísticas es una de las condiciones básicas para la libertad de prensa. Ello se refleja en las normas y los códigos profesionales de conducta en varios Estados parte y se afirma en diversos tratados y documentos internacionales sobre las libertades informativas (...). Sin esta protección, se disuadiría a las fuentes de asistir a la prensa para que informe al público sobre asuntos de interés general. Como resultado, el vital papel de la prensa como perro guardián podría verse socavado (...)"*. Agregó, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva No. OC-5-85, comparó la Convención Americana con la Europea y determinó que el sistema americano se encuentra diseñado para ser aún más generoso en su protección a la libertad de expresión, con lo que la jurisprudencia europea debía de ser vista como un pedestal mínimo a partir del cual se construye el sistema protector en nuestro continente. En dicha oportunidad, la Corte citada apuntó, en forma expresa, lo siguiente: *"(...) La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestran claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de ideas (...)"*. De otra parte, y en lo tocante al caso concreto, afirmó que se trata de un capítulo más en la insistencia del amparado para que el periódico exponga sus fuentes, aferrándose, a la fecha, a una frase aclaratoria publicada junto a uno de sus muchos derechos de respuesta, para solicitar, por medio del amparo, un acceso irrestricto a los archivos del periódico. Manifestó, que el recurrente presume que la frase aclaratoria *"Todo lo publicado por este periódico en el caso del autor de la nota anterior, está documentado"*, significa que todos los documentos publicados sobre él, obran, actualmente, en poder del diario. Además, consideró que el amparado, sin base o fundamento alguno, y, con el único propósito de sustentar sus esfuerzos por conseguir información sobre las fuentes, estima que se trata de documentos diferentes a los que figuran en los expedientes de la causa penal seguida en su contra. Por tales motivos, refirió que, éstas últimas presunciones se llevan a cabo a contrapelo de la realidad sabida por el recurrente, toda vez que, su intención no es obtener documentos desconocidos para él, sino, analizar, físicamente, los que el periódico pudiera tener en sus archivos. Manifestó, que, aun cuando la nota aclaratoria publicada junto al derecho de respuesta indica que todo lo publicado se encuentra documentado (lo cual es verdad), lo cierto es que la misma no señala que el periódico es quien posea todos los documentos ni, tampoco, que se trate de documentos desconocidos para la Fiscalía y la defensa de la causa penal seguida contra el recurrente. En ese sentido, argumentó que es el accionante quien interpreta la nota en cuestión de esa manera con el fin de tener un acceso irrestricto a sus archivos y con el propósito de conseguir lo que hasta ahora no ha logrado, sea, la revelación de las fuentes mediante alguna nota al margen, sello o signo. Por tal motivo, consideró que el carácter general de la petición no nombra documento en particular alguno o contrae a los que dan sustento a las afirmaciones contenidas en la información que motivó el derecho de respuesta y la nota aclaratoria del diario. Señaló, que si el interesado es sincero en su deseo de respetar el derecho a la confidencialidad de las fuentes, no debe de pretender la entrega de comunicaciones confidenciales, correos electrónicos, fotos,

grabaciones de entrevistas y apuntes que no consten en los expedientes tramitados por las autoridades, en virtud de su valor, exclusivamente, periodístico. Explicó, que, contrario a las insostenibles presunciones del recurrente, la documentación referida en la nota aclaratoria bajo estudio, figura en el expediente de la causa penal No. 04-6835-647-PE; situación que, de antemano, conoce, perfectamente, el interesado. Indicó, que, como parte de la investigación, la Fiscalía solicitó, recibió e incorporó al expediente, el detalle de la cuenta corriente en dólares No. 001010202001 de Inversiones Denisse S.A. en el Banco Alemán Platina de Panamá, donde se detallan los pagos realizados. Manifestó, que la información que motivó la respuesta del recurrente primero y ahora su inusitada pretensión de recibir documentos que obran en su poder, fue publicada el día 6 de enero del 2007, siendo que, en dicha ocasión, se citan las fuentes, toda vez que, éstas no pidieron reserva. Se trata, como dice la nota, del Ingeniero Guillermo Constenla, Presidente Ejecutivo del INS, quien reveló el contenido de las conversaciones y la correspondencia cruzada con la empresa de reaseguros Guy Carpenter Reinmex. La otra breve referencia a Inversiones Denisse consigna que *"La cuenta de Inversiones Denisse es objeto de estudio por parte de la Fiscalía porque allí se depositaron parte de los dineros provenientes de la empresa francesa Alcatel"*. Bajo tales consideraciones, estimó que, lógicamente, la investigación de la Fiscalía se encuentra documentada en el propio expediente cuya copia, sin duda alguna, se encuentra en poder de los defensores de Rodríguez Echeverría. Señaló, que le sorprendería que dicha información no se encuentre en los archivos de la defensa del amparado; sin embargo, apuntó que, en el peor de los casos, la propia nota publicada por La Nación le indica adónde acudir si fuera necesario para conseguirla con todo derecho y sin violentar el secreto profesional de los periodistas. En ese sentido, adujo que las pretensiones del accionante, además de ilícitas, son superfluas, inconducentes y motivadas tan solo por su voluntad de insistir en obtener información sobre las fuentes que maneja el periódico recurrido. Solicitó que se declare sin lugar el recurso planteado.

4.-

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

5.-

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

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

CONSIDERANDO:

I.-

SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL AMPARO CONTRA SUJETOS DE DERECHO PRIVADO. En tratándose de acciones de amparo dirigidas contra sujetos de derecho privado, la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su artículo 57, señala que esta clase de demandas se conceden contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a), de la misma Ley. En el caso concreto, efectivamente, se constata una situación de poder de hecho del diario de circulación nacional La Nación frente al amparado. No existiendo un cauce procesal célere y expedito para la protección de los derechos, presuntamente, lesionados, este Tribunal Constitucional considera que se está ante uno de los supuestos previstos por los artículos 48 de la Constitución Política, 29 y 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

II.-

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

III.-

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

licenciado Rafael Gairaud Salazar, para que realice a mi nombre todas las gestiones que sean necesarias (...)." (visible a folios 6-7). **3)** En **fecha no precisa**, Ana Patricia Esquivel Morales, en su condición de secretaria del Director del periódico La Nación, le indicó al Licenciado Rafael Gairaud Salazar que no le sería proporcionado al amparado la documentación solicitada en fecha 26 de enero del 2007 (hecho incontrovertido).

IV.-

SECRETO DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PERIODISTAS. Del contenido esencial del derecho a la información (artículos 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) cabe extraer el derecho al secreto de los periodistas, concretamente, de sus fuentes de información, de modo que es un derecho de naturaleza instrumental -lo que no le resta la sustantividad propia- para la plena efectividad del derecho a difundir y recibir información. El secreto de las fuentes es, entonces, condición indispensable o esencial para ejercer el derecho a la información. Este secreto tiene, adicionalmente, la condición de ser una garantía institucional, en cuanto garantiza el derecho a la información, el cual, a su vez, tiene por fin crear una opinión pública libre y fomentar el pluralismo democrático. El reconocimiento de este derecho fundamental a los periodistas, esto es, a los que en forma habitual o regular se dedican a informar, no constituye un privilegio injustificado, sino, como se indicó, una condición *sine qua non* para garantizar la libertad de información y, por ende, la formación de una opinión pública libre y del pluralismo democrático. El derecho fundamental al secreto de las fuentes que poseen los periodistas, puede ser definido como la facultad de no revelar las fuentes de la noticia, tanto a la empresa informativa para la que labora, a terceros o a las autoridades y poderes públicos, de manera que tiene una proyección y una eficacia *erga omnes*. El secreto del informador, singularmente, lo faculta para negarse a revelar sus fuentes de información, con lo que el periodista puede preservar la confidencialidad de sus fuentes de información, lo que supone para estas últimas el derecho a permanecer en el anonimato para protegerlas de publicidad no deseada que puede implicarles represalias o molestias innecesarias por ser conocida su identidad, evitándose, así, que su voluntad de suministrar información de interés general y relevancia pública venga a menos y logrando que la información fluya y circule expeditamente. El secreto de los informadores, no puede ser equiparado al secreto clásico de las personas que ejercen una profesión liberal, por cuanto este último tiene, preponderantemente, la naturaleza de un simple deber ético y, en ocasiones, jurídico. En efecto, el secreto inherente a las profesiones liberales, se configura como un deber ético o jurídico del que pueden surgir una serie de facultades subjetivas frente a los poderes públicos, adicionalmente opera como un límite a las libertades de expresión y de información –obligación de guardar silencio sobre temas reservados o atinentes a la esfera de intimidad de sus clientes-. El bien jurídico tutelado lo constituye, en ese caso, la intimidad como derecho de la personalidad y las relaciones de confianza profesional-cliente, en virtud de una confidencia necesaria –por virtud de la consulta- que tienen asidero en valores constitucionales tales como la seguridad y la certeza. Este secreto surge respecto de los hechos y circunstancias que el profesional liberal conoce de su cliente en virtud del ejercicio de su profesión. El secreto de los periodistas, a diferencia del secreto de quienes ejercen una profesión liberal, se configura como un derecho fundamental que, adicionalmente, es garantía institucional de los derechos informativos en una sociedad pluralista y democrática. El secreto del informador tiene un ámbito o radio de protección mucho más amplio, por cuanto, no tiene por fin tutelar la relación o vínculo de confianza entre la fuente de información y el informador –en la mayoría de las ocasiones inexistente- o la esfera intimidad del informante, sino el derecho a la información –darla y recibirla-. En el secreto del informador su objeto no es el contenido de la información que constituye la

noticia de la que se impone éste, por cuanto, el fin es publicarla o difundirla, consecuentemente no existe secreto sobre la noticia sino –y ese es el contenido del derecho fundamental de marras- sobre la identidad del informante y cualquier otro dato –documentos en cualquier soporte, notas, grabaciones, filmaciones, etc.- o circunstancia que pueda contribuir a su identificación o descubrimiento. El secreto de las fuentes de información no protege al informador o al informante sino al conglomerado social que es titular del derecho a recibir información, de modo que es garante de una prensa libre, responsable e independiente. Importa señalar que la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones celebrado en el mes de octubre del año 2000, protege el derecho bajo estudio, al disponer, en el principio 8°, lo siguiente: “(...) *Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales (...)*”. Finalmente, cabe agregar que el derecho fundamental de marras, como cualquier otro, tiene una serie de límites intrínsecos y extrínsecos, por lo que como todo derecho es relativo y no absoluto.

V.-

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

VI.-

DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS FUENTES, LIBERTAD DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL CASO CONCRETO. El recurrente acude al amparo, por cuanto, el periódico La Nación, el 12 de enero de 2007, publicó en la sección “Cartas a la Columna” unas manifestaciones, aclaraciones o rectificaciones remitidas por éste, intituladas “Lobo y la Fiscalía” siendo que el referido medio escrito de comunicación colectiva, colocó al final lo siguiente: “*Nota de la Redacción: Todo lo publicado por este periódico, en el caso del autor de la nota anterior, está documentado*”. Ante tal circunstancia, el recurrente le solicitó, el 26 de enero de 2007, al Director del periódico recurrido que le suministrara copia de los documentos públicos o privados cuyo contenido se refieren a él o a sus actividades. Ulteriormente, a través de su representante legal, gestionó, en reiteradas ocasiones, la entrega de los referidos documentos, siendo que finalmente se le comunicó que esa empresa no se los suministraría. En lo tocante a este agravio, tal y como se indicó *supra*, los periodistas tienen la titularidad y el ejercicio del derecho fundamental a guardar secreto de las fuentes de información, el cual dimana del derecho general a la información, todo con el propósito de garantizar la reserva de la identidad de éstas para así propiciar la formación de una opinión pública libre y el pluralismo democrático, de lo contrario las fuentes de información no se la suministrarían a los medios de comunicación colectiva. Bajo esta inteligencia, el recurrente no puede pretender que el periódico le suministre

los documentos –públicos o privados-, en cualquier soporte, que han recabado los periodistas de la empresa editorial para difundir información a la sociedad sobre los presuntos hechos y actividades que se le imputan. Es menester agregar que la libertad a la autodeterminación informativa, puede ser ejercida frente a los entes públicos o privados que detentan datos personales de carácter confidencial o sensible de las personas en sus bases de datos, archivos o registros y que merecen ser suprimidos o bien cuando los datos personales no posean esas características, pero ameritan ser aclarados, precisados, rectificados o modificados por ser erróneos o inexactos. En el *sub-lite*, es claro que la empresa editorial recurrida, en cuanto ejerce la libertad de recabar y difundir información, no encaja en los supuestos en que resulta aplicable el derecho citado. De otra parte, el medio de prensa recurrido es una organización colectiva del Derecho privado, por lo que no puede entenderse que respecto de la información que recolectan los periodistas de éste se pueda ejercer el derecho de acceso a la información administrativa *ad extra* del artículo 30 constitucional, por cuanto, el mismo resulta predicable respecto de los archivos y registros públicos que contienen información de interés público o, incluso, de documentos públicos que ostentan los particulares, sea por que así lo ha dispuesto el ordenamiento jurídico o por bien por cuanto la información es, sustancial o materialmente, de claro interés público. En suma, el derecho de acceso a la información administrativa *ad extra* no puede ser ejercido frente a periodistas o empresas periodísticas cuyo giro principal es recolectar y difundir información.

VII.-

DERECHO DE PETICIÓN. El gestionante, aduce, también, que el medio de comunicación colectiva recurrido no le respondió por escrito su petición del 26 de enero. Sobre el particular, debe indicarse que el artículo 27 de la Constitución Política consagra el derecho subjetivo público que tiene toda persona, tanto física como jurídica, de formular ante cualquier órgano o entidad pública una petición para que sea respondida en el plazo que dispone la ley. La doctrina del Derecho Público ha señalado que el ejercicio del derecho de petición puede ser tanto individual como colectivo y, además, no requiere de intereses legítimos o derechos subjetivos, dado que, el mismo se deriva de las obligaciones propias que tienen los órganos y entes públicos frente a los administrados. Dentro de este orden de ideas, la jurisprudencia de esta Sala Constitucional ha establecido con claridad que mediando una petición del administrado ante una dependencia pública, ésta debe respetar, en todo momento, los plazos establecidos para dar respuesta, todo de conformidad con el numeral 27 de la Constitución Política, en relación con el artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Este Tribunal Constitucional, estima que, en el caso concreto, el recurrente no lleva razón, dado que, de conformidad con lo señalado el derecho de petición, garantizado en el numeral 27 de nuestra Constitución Política, sólo puede ser ejercido frente a órganos o entes públicos y no ante sujetos de Derecho privado como el medio de comunicación colectiva recurrido.

VIII.-

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

IX.-

VOTOS SALVADOS Y NOTAS. El Magistrado Jinesta salvo el voto en cuanto al límite al derecho de las fuentes de los periodistas, que señala la mayoría frente al juez penal en el considerando V. El Magistrado Sosto salva el voto y declara con lugar el recurso

con sus consecuencias. Los Magistrados Armijo, Cruz y Salazar ponen nota.

POR TANTO:

Se declara sin lugar el recurso.-

El Magistrado Jinesta salva el voto en cuanto al límite al derecho al secreto de las fuentes de los periodistas, que señala la mayoría, frente al juez penal.

El Magistrado Sosto salva el voto y declara con lugar el recurso con sus consecuencias.

Los Magistrados Armijo, Cruz y Salazar ponen nota.

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta a.i.

Luis Paulino Mora M. Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L. Fernando Cruz C.

Federico Sosto L. Roxana Salazar C.

EJL/vcg

VOTO SALVADO MAGISTRADO JINESTA LOBO

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

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

Ernesto Jinesta L.

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

Fernando Cruz C.

Exp. 07-005291-0007-CO

NOTA DE LOS MAGISTRADOS ARMIJO SANCHO Y SALAZAR CAMBRONERO: Con redacción del primero. Discrepamos parcialmente de las aseveraciones que se formulan en la redacción del voto de mayoría en relación con el secreto de las fuentes, fundamentalmente en la medida en que se le califica como condición *sine qua non* para garantizar la libertad de información y se le confiere proyección y eficacia *erga omnes*, discrepancia que consideramos se había solventado al salvar el voto el ponente del proyecto en relación con este tema. Sin embargo, tal caracterización del secreto de las fuentes nos compele a aclarar, por medio de esta nota, la lectura distinta que

suscribimos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estamos de acuerdo en que forma parte de la libertad de información, amplia y vigorosamente protegida en la norma citada, el secreto de las fuentes a las que ocurre un informador, pero propugnamos por una diferencia de grado, confiriéndole mayor flexibilidad. Y no se trata de una flexibilización sin propósito, sino de la necesaria consideración de otros derechos fundamentales que podrían entrar en antagonismo con el secreto de las fuentes, principalmente el problema clásico del respeto al derecho al honor y a la intimidad cuando se ejerce la libertad de información. Es bajo esta particular óptica que estimamos exageradamente rígido hacer depender tal libertad de este solo aspecto y llegar al punto de proporcionarle al secreto efectos generales, es decir, frente a toda autoridad pública, incluidas las de orden jurisdiccional. Debe tomarse en consideración también que ya ha declarado la Sala (sentencia #2313-95 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995), siguiendo la línea marcada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la libertad de información atañe a todo ser humano y no solo a los profesionales en periodismo, de suerte que potenciar de esa forma los alcances del secreto de las fuentes podría implicar importantes conflictos sociales y la infracción innecesaria de derechos básicos.

Gilbert Armijo S. Roxana Salazar C.

Expediente: 07-005291-0007-CO

Nota separada de la Magistrada Calzada Miranda:

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

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

de *pro libertatis*, debe interpretarse extensiva en todo lo que favorezca y restrictiva en todo lo que limite la libertad. Es un derecho subjetivo y general que le permite al aludido manifestar su verdad para proteger su honra y reputación frente a la sociedad. No es un límite abusivo a la libertad de prensa, sino por el contrario, un balance que fortalece el derecho que tienen todos los habitantes a tener una información veraz y equilibrada y para el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales vigentes de quien se considere ofendido en un sistema democrático.

Ana Virginia Calzada M.

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 28/2/2013 10:18:06 AM

Sentencia: 13658 Expediente: 08-003718-0007-CO
Fecha: 05/09/2008 Hora: 11:58:00 AM Emitido por: Sala
Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Roxana Salazar Cambronero
Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
Sentencia Relevante
Contenido de interés 1 (Relevante)
<p style="text-align: right;">* 080037180007CO*</p> <p>Exp : 08-003718-0007-CO</p> <p>Res. N° 2008-013658</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas y cincuenta y ocho minutos del cinco de septiembre del dos mil ocho.</p> <p>Recurso de amparo presentado por XXXXXXXXXXXXX, mayor, casado una vez, empresario, vecino de Coronado, portador de la cédula de identidad número XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en su condición de representante de la sociedad La Nación Sociedad Anónima, y Álvaro Murillo Murillo, mayor, soltero, periodista, vecino de San José, portador de la cédula de identidad número uno-mil treinta y siete- seiscientos sesenta y seis, contra el Ministro de Hacienda.</p> <p style="text-align: center;">Resultando</p> <p>1.-</p> <p>Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las siete horas treinta y cinco minutos del veinticinco de febrero de dos mil ocho, los recurrentes presentan recurso de amparo argumentando violación al derecho a la información y al derecho de petición. Señalan que en octubre de dos mil siete, el señor Presidente de la República informó que la República Popular de China decidió comprar bonos de la deuda de Costa Rica por un monto que podría llegar a los trescientos millones de dólares estadounidenses como un mecanismo de préstamo, y que en enero de dos mil ocho, el</p>

Tesorero Nacional indicó al periódico La Nación que no se podían revelar detalles de la venta de bonos porque hay una directriz que lo prohíbe, salvo que el comprador acepte la publicación de la información. Agrega que el Ministro recurrido reconoció expresamente que una entidad financiera de la República Popular de China concretó un primer tracto de la compra de los bonos, reiterando que tiene impedimento para dar información al respecto. Añaden que el señor embajador de la República Popular de China informó a La Nación que su país prefiere mantener en secreto la colocación de sus divisas como un mecanismo de protección de su moneda. Precisan que conforme al derecho de petición, el día cuatro de febrero de dos mil ocho, el periódico La Nación y el recurrente Murillo solicitaron al Ministro de Hacienda la información requerida sobre bonos de deuda pública y otros detalles objetivos señalados en la nota de solicitud, pero que el Ministro respondió el catorce de febrero denegando expresamente la información requerida y los documentos solicitados. Aducen que el Ministro invoca en su defensa el artículo veinticuatro de la Constitución Política, relacionado con la protección de los ciudadanos en su fuero de intimidad y esfera privada, cuando el fuero de protección nunca es a favor del Estado o de entidad pública alguna en contra del ciudadano, quien tiene el derecho de conocer y controlar los gastos del Estado que afectan su patrimonio; señalan que la relación entre dos Estados, con negociaciones dirigidas o cedidas a terceros no tienen relación con la esfera de privacidad íntima y personal ciudadana. Mencionan que otro argumento del Ministro es que la emisión de bonos de la deuda pública tiene apoyo en la Ley de Presupuesto, lo cual tiene fiscalización de la Contraloría General de la República. Agregan que el Ministro opone el secreto bursátil con base en la Ley Reguladora del Mercado de Valores, a pesar de tratarse de fondos públicos fiscalizados por la Contraloría, por lo que se impone el interés público. Indican que surgen dudas razonables sobre la naturaleza y fin de la deuda pública, lo que justifica aún más la necesidad de información para la ciudadanía, libertad negada por el recurrido. Por lo anterior, solicitan se obligue al Ministro dar la información requerida y la entrega de la documentación solicitada. Solicitan declarar con lugar el recurso.

2.-

Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las quince horas treinta y cinco minutos del tres de marzo de dos mil ocho (folio 34), informa bajo fe de juramento el señor Guillermo Zúñiga Chaves, Ministro de Hacienda, quien señala que las prácticas internacionales y las normas legales vigentes brindan una especial protección a la información de los inversionistas, y que en el caso concreto existe un particular interés del inversionista para que sus datos no se revelen. Indica que en enero de dos mil ocho informó verbalmente al señor Murillo de la imposibilidad legal de hacer entrega de la información por él solicitada, y que los días primero y cuatro de febrero recibió la misma solicitud por escrito, ante lo cual, mediante oficio DM-180-08 se dio respuesta en tiempo y forma. Agrega que en el caso concreto de la emisión de deuda pública, el inversionista pone a disposición del gobierno sus recursos con el objetivo de obtener rendimientos y ganancias, que la Ley Reguladora del Mercado de Valores

es de observancia obligatoria para el Ministerio de Hacienda y establece los parámetros generales en que el Estado en su condición de emisor participa dentro del mercado de valores. Menciona que el Ministerio de Hacienda participa en el mercado como principal emisor, y no puede obviar que el legislador optó por brindar protección especial a la información de los inversionistas, especialmente en lo señalado por el artículo ciento ocho de la Ley Reguladora del Mercado de Valores. Añade que la no aplicación de esa normativa por parte del Ministerio pondría al Estado en una situación de incumplimiento de sus obligaciones y podría provocar que el Estado no contase con una de sus principales fuentes de financiamiento porque los inversionistas preferirían acudir ante emisores privados y resguardar así su derecho a la privacidad. Puntualiza que en el caso concreto la aplicación del artículo veinticuatro de la Constitución Política debe necesariamente realizarse en conjunto con lo establecido en el artículo ciento ocho de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, y que es evidente que la protección se establece a favor de los inversionistas, quienes amparados en el secreto bursátil tienen un especial interés en que su información no se haga pública. Añade que la protección al inversionista en nada roza con la transparencia que se maneja respecto a las operaciones de deuda realizadas, la cual es garantizada mediante la divulgación periódica de cifras sobre saldos de la deuda del gobierno central. Manifiesta que en relación con la transparencia en el gasto público, anualmente el Ministerio presenta ante la Contraloría General de la República informes sobre el resultado contable del período, el estado de la tesorería, el estado de la deuda pública interna y externa, entre otros, con lo que se denota la transparencia en el gasto; menciona que se incluye un reporte específico para efecto de garantizar que las colocaciones de deuda interna para el año dos mil siete, se ajustaron a lo dispuesto en el artículo primero de la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República. Como elemento adicional sobre la transparencia y naturaleza de las operaciones de endeudamiento que realiza el gobierno, expresa que al inicio de cada semestre la Tesorería Nacional realiza una actividad en la que se invita abiertamente a todos los participantes en el mercado de valores, en la que se presenta la estrategia de colocación para el siguiente semestre. En cuanto a la deuda pública y el secreto bursátil, indica que en ningún momento se ha negado información sobre los gastos en que ha incurrido el gobierno, pues la información sobre resultados financieros es publicada mensualmente y explicada personalmente a todos los medios de comunicación, y adicionalmente, la Contraloría General tiene acceso, en caso de requerirlo, a la información detallada de cada una de las operaciones, sin que ello signifique violación al secreto bursátil porque se trata de una institución pública de control, que igualmente tendría que manejar la información específica en cumplimiento de las disposiciones legales aplicables; es decir, que la Contraloría tampoco podría hacer públicos los datos individualizados de los inversionistas. Precisa que la operación bursátil sobre la cual se ha solicitado información, se encuentra catalogada dentro de las colocaciones ordinarias de títulos de deuda interna denominados en dólares, y que dentro de ese tipo de operaciones no se suscribe ningún tipo de contrato, sino que simplemente se procede a la emisión del valor con las características definidas de común acuerdo entre el emisor y el inversionista, por lo que el primer punto solicitado por lo recurrentes es imposible de cumplir. Sobre el segundo punto, señala

que el mercado de valores se encuentra conformado por el conjunto de normas y participantes, y tiene como objeto permitir el proceso de emisión, colocación, distribución e intermediación de los valores, y que dentro de ese ámbito, la confianza de los inversionistas es indispensable para que el mercado de valores pueda desarrollarse y operar de manera estable, por lo que el legislador, a través de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, optó por establecer una protección especial para los mismos, imponiendo un deber de silencio respecto de hechos vinculados a las personas con quienes los participantes en el mercado tienen relaciones, sin que se haga diferencia alguna por motivos de montos, tipos de moneda o tipo de inversionistas. Reitera que el Ministerio de Hacienda, como un participante más del mercado de valores, debe resguardar la información de los inversionistas, por lo que brindar la información solicitada implicaría someter al resto del mercado de valores a una verdadera situación de inseguridad jurídica al reconocer que la información que el Ministerio posee de los inversionistas es de carácter público. Aclara que en los casos en que un inversionista realice operaciones a través de un intermediario, la relación que existe entre ellos escapa del ámbito de acción del Ministerio, por lo que si deben cancelarse tasas o comisiones son asuntos que escapan del conocimiento del Ministerio como emisor. Señala que la colocación de valores de deuda interna denominados en dólares se materializa con la participación de una persona jurídica costarricense participante del mercado de valores, a cuyo nombre son emitidos los valores; que la selección de ese representante es un tema que trasciende el ámbito de lo público porque en esa decisión no interviene el Ministerio y porque las condiciones en que se presta dicho servicio es un tema de carácter privado. Por ello señala que es legalmente imposible para el Ministerio brindar información en los términos solicitados, ya que tal información permitiría identificar al inversionista, se quebrantaría el secreto bursátil y se pondría al inversionista y al mercado de valores en una situación de indefensión. Precisa que aunque en apariencia exista un roce entre el acceso a la información y el derecho a la intimidad, tal roce se encuentra superado en virtud de que los alcances del derecho a la intimidad en el caso de los inversionistas ha sido desarrollado por la legislación bajo el denominado secreto bursátil, a través del cual el legislador optó por brindar una mayor protección a ese tipo de información. Concluye puntualizando que: el Ministerio debe velar por contar con los ingresos suficientes; que el Estado está facultado para realizar colocaciones de deuda según autorización legislativa; que el Estado es el principal emisor de valores del mercado nacional; que el artículo veinticuatro de la Constitución Política en conjunto con el ciento ocho de la Ley Reguladora del Mercado de Valores establecen el secreto bursátil para resguardar el ámbito de protección especial a la información de los inversionistas; que el inversionista en este caso concreto ha hecho público su interés de que la información sobre la colocación no se haga pública; que la colocación realizada es una operación de deuda interna denominada en dólares y enmarcada dentro de las operaciones que el Estado está facultado a realizar; que la administración está facultada para hacer entrega de información general o global de los ingresos que percibe, pero en el caso de los contribuyentes e inversionistas debe resguardar su derecho a la intimidad; que la administración ha actuado en estricto apego de la normativa vigente; y que a los recurrentes se les brindó respuesta en

tiempo y forma. Solicita declarar sin lugar el recurso.

3.-

Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las dieciséis horas veinticinco minutos del once de marzo de dos mil ocho (folio 70), los recurrentes señalan que el Ministro de Hacienda defiende la tesis de que el Estado es benefactor del derecho fundamental a la intimidad del fuero privado, equiparando los actos de gestión con los actos de autoridad. Afirman que el Estado tiene competencias adjetivas, nunca de derecho a la intimidad privada, y que el Estado no puede ni debe aducir la intimidad en su favor para denegar la información pública. Agregan que el propio Ministro reitera que se está ante fondos públicos, con habilitación presupuestaria y componentes de la hacienda pública, y que nada de eso tiene relación con la esfera privada e íntima ciudadana, ni tiene afinidad con la relación jurídico-tributaria. Estiman que el Ministro confunde y rebaja el derecho a la información de interés público, en relación con el supuesto e inexistente derecho a la intimidad del Estado, y que la libertad de información tiene como única excepción los secretos de Estado y no otros como el secreto bursátil. Manifiestan que la compra de bonos está indisolublemente ligada a la decisión del gobierno de romper relaciones diplomáticas con Taiwán y establecerlas con la República Popular de China, y que la compra de bonos por parte de China se enmarca en actuaciones diplomáticas de claro interés público aunque el gobierno pretenda caracterizarlas como una operación bursátil común y corriente celebrada entre particulares. Expresan que el artículo ciento ocho de la Ley Reguladora del Mercado de Valores se aplica a la actividad bursátil, y la transacción con China no se hizo al amparo de la Bolsa de Valores, así como que tal norma no es aplicable a los emisores sino a los participantes. Estiman que tal artículo sólo impone a los participantes del mercado la obligación de proteger la información de sus clientes, pero no impone secreto sobre la identidad de los participantes y la empresa que intermedió, siendo que lo usual es que cuando el Estado emisor decide colocar bonos con intervención de un participante promueve una licitación pública para seleccionarlo, por lo que la revelación de la identidad del participante no daña las expectativas de discreción que tienen los inversionistas. Agregan que un Estado que ofrece cooperación a Costa Rica por razones propias de su política exterior, nunca podría caracterizarse como uno más de los clientes a que se refiere el artículo ciento ocho, que China no compró títulos puestos a disposición de los inversionistas mediante oferta pública o subasta, ni los adquirió por afán de lucro; que la compra de China no es una operación financiera como cualquier otra, sino una iniciativa de política exterior. Señalan que el artículo ciento ocho manda a los participantes a mantener en secreto la información recabada de los inversionistas, no así las condiciones de los títulos transados, por lo que pretender que una emisión como esa pueda hacerse en secreto es abrir la puerta al potencial fraude en perjuicio de los inversionistas. Aducen que el artículo veinticuatro de la Constitución Política se refiere a derechos y libertades individuales de los ciudadanos, y no para la inclusión de un acuerdo de cooperación económica adoptado entre dos Estados. Indican que el señor Ministro insiste en que la Ley de Mercado de Valores

impone proteger la identidad del inversionista, pero que ese es el único detalle que el gobierno ha revelado al decir que el inversionista es el gobierno chino por medio de un banco estatal, y que por las manifestaciones del embajador de China en Costa Rica queda claro que los bonos se compraron con las reservas de divisas de China y que el deseo de mantener la operación en secreto se funda en cuestionables razones macroeconómicas chinas. Estiman que los secretos bancario y bursátil tienen sus límites, como sucedió con el financiamiento de las campañas políticas donde se determinó que el secreto bancario cede ante el interés público. Agregan que la valoración de la responsabilidad política y la probidad en el ejercicio de la función pública forman parte del efectivo control ciudadano a través de la información pública. Manifiestan que no es de recibo el argumento de que la Contraloría tendrá competencia para conocer los detalles de la operación, pues sus funciones de control no sustituyen el derecho de los costarricenses a escrutar directamente las actuaciones de sus gobernantes, ya que si así fuera, lo relativo a los fondos públicos dejaría de ser objeto de información pública y la Contraloría sería el instrumento para que los políticos de turno oculten información. Precisan que si no existe contrato no esperan recibirlo, como tampoco pretenden que se les diga las condiciones de prestación del servicio de intermediación si el Ministro las desconoce, pero que estiman que el recurrido sí conoce al intermediario, la tasa de interés, el plazo, el monto y otros detalles de la transacción que los costarricenses tienen derecho a conocer bajo el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública y el de la debida información pública.

4.-

Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las diez horas ocho minutos del dos de junio de dos mil ocho (folio 82), el señor XXXXXXXXXXXXX solicita a la Sala resolver el presente recurso de amparo de conformidad con la amplia jurisprudencia sobre el acceso a la información pública.

5.-

Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las dieciséis horas veintiún minutos del seis de agosto de dos mil ocho (folio 83), el señor XXXXXXXXXXXXX presenta una solicitud de pronto despacho del presente recurso de amparo.

6.-

En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

Redacta la Magistrada **Salazar Cambroner**; y,

Considerando

I.-

Hechos probados . De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos: **a)** que mediante nota de cuatro de febrero de dos mil ocho, el señor Álvaro Murillo solicita al señor Ministro de Hacienda el contrato de compra venta de los bonos de deuda que la República Popular de China firmó con el Ministerio de Hacienda, así como información del plazo, tasa, monto, mecanismo, intermediario y porcentaje de intermediación de esa venta de bonos, y el nombre de la entidad financiera que adquirió los bonos (folio 56). **b)** que mediante oficio número DM-180-08, de catorce de febrero de dos mil ocho, el señor Ministro de Hacienda responde al señor Álvaro Murillo que en virtud de las disposiciones del artículo veinticuatro de la Constitución Política, doscientos setenta y tres de la Ley General de la Administración Pública, y ciento ocho de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, se encuentra impedido legalmente de suministrar la información requerida, y que tiene imposibilidad material de entregar copia del contrato solicitado porque no se firmó contrato alguno (folio 51).

II.-

Objeto del recurso. Los recurrentes presentan recurso de amparo argumentando violación al derecho de acceso a la información y al derecho de petición, aduciendo denegación de suministro de información por parte del Ministerio de Hacienda sobre la adquisición de deuda pública costarricense por la República Popular de China.

III .-

Sobre el derecho a la información . La Sala se ha ocupado de manera extensa en la definición de la naturaleza, alcance, contenido, sujetos y límites del derecho y el acceso a la información de las dependencias públicas. Especialmente ilustrativa sobre este tema y para el caso concreto, resulta la sentencia de esta Sala número 2003-136, de quince horas veintidós minutos del quince de enero de dos mil tres, en la que se desarrolla y establece:

"I.-

TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS. *En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y*

de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación–, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa.

II.-

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. *El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”, derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongán de la información que detentan aquéllas. Es menester indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para*

la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas. El contenido del derecho de acceso a la información administrativa es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes: a) acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; b) acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados –bases de datos ficheros-; c) facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, d) facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos; e) derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales y f) derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos.

III.-

TIPOLOGIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) ad extra –fuera- y (b) ad intra –dentro- de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder una información administrativa determinada –uti universi- y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico –uti singuli-. Este derecho se encuentra normado en la Ley General de la Administración Pública en su Capítulo Sexto intitulado “Del acceso al expediente y sus piezas”, Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274. El numeral 30 de la Constitución Política, evidentemente, se refiere al derecho de acceso ad extra, puesto que, es absolutamente independiente de la existencia de un procedimiento administrativo. Este derecho no ha sido desarrollado legislativamente de forma sistemática y coherente, lo cual constituye una seria y grave laguna de nuestro ordenamiento jurídico que se ha prolongado en el tiempo por más de cincuenta años desde la vigencia del texto constitucional. La regulación de este derecho ha sido fragmentada y sectorial, así, a título de ejemplo, la Ley del Sistema Nacional de Archivos No. 7202 del 24 de octubre de 1990, lo norma respecto de los documentos con valor científico y cultural de los entes y órganos públicos –sujetos pasivos- que conforman el Sistema Nacional de Archivos (Poderes Legislativo, Judicial, Ejecutivo y demás entes públicos con personalidad jurídica, así como los depositados en los archivos privados y particulares sometidos a las previsiones de ese cuerpo legal).

IV.-

SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El sujeto activo del derecho consagrado en el artículo 30 de la Carta Magna lo es toda persona o todo administrado, por lo que el propósito del constituyente fue reducir a su mínima expresión el secreto administrativo y ampliar la transparencia y publicidad administrativas. Independientemente de lo anterior, el texto constitucional prevé, también, un acceso institucional privilegiado a la información administrativa como, por ejemplo, del que gozan las

comisiones de investigación de la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 23, de la Constitución Política) para el ejercicio de su control político. Debe advertirse que el acceso institucional privilegiado es regulado por el ordenamiento infraconstitucional para otras hipótesis tales como la Contraloría General de la República (artículos 13 de la Ley Orgánica No. 7428 del 26 de agosto de 1994; 20, párrafo 2º, de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, No. 6872 del 17 de junio de 1983 y sus reformas), la Defensoría de los Habitantes (artículo 12, párrafo 2º, de la Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992 y sus reformas), las comisiones para Promover la Competencia y Nacional del Consumidor (artículo 64 de la Ley No. 7274 del 20 de diciembre de 1994), la administración tributaria (artículos 105, 106, y 107 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), etc.. En lo tocante a los sujetos pasivos del derecho de acceso a la información administrativa, debe tomarse en consideración que el numeral 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos”, con lo que serán sujetos pasivos todos los entes públicos y sus órganos, tanto de la Administración Central –Estado o ente público mayor- como de la Administración Descentralizada institucional o por servicios –la mayoría de las instituciones autónomas-, territorial –municipalidades- y corporativa –colegios profesionales, corporaciones productivas o industriales como la Liga Agroindustrial de la Caña de Azúcar, el Instituto del Café, la Junta del Tabaco, la Corporación Arrocera, las Corporaciones Ganadera y Hortícola Nacional, etc.-. El derecho de acceso debe hacerse extensivo, pasivamente, a las empresas públicas que asuman formas de organización colectivas del derecho privado a través de las cuales alguna administración pública ejerce una actividad empresarial, industrial o comercial e interviene en la economía y el mercado, tales como la Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (RECOPE), la Compañía Nacional de Fuerza y Luz Sociedad Anónima (CNFL), Radiográfica de Costa Rica Sociedad Anónima (RACSA), Correos de Costa Rica Sociedad Anónima, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia Sociedad Anónima (EPSH), etc., sobre todo, cuando poseen información de interés público. Por último, las personas privadas que ejercen de forma permanente o transitoria una potestad o competencia pública en virtud de habilitación legal o contractual (munera publica), tales como los concesionarios de servicios u obras públicas, los gestores interesados, los notarios, contadores públicos, ingenieros, arquitectos, topógrafos, etc. pueden, eventualmente, convertirse en sujetos pasivos cuando manejan o poseen información –documentos- de un claro interés público.

V.-

OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El texto constitucional en su numeral 30 se refiere al libre acceso a los “departamentos administrativos”, siendo que el acceso irrestricto a las instalaciones físicas de las dependencias u oficinas administrativas sería inútil e insuficiente para lograr el fin de tener administrados informados y conocedores de la gestión administrativa. Consecuentemente, una hermenéutica finalista o axiológica de la norma constitucional, debe conducir a concluir que los administrados o las

personas pueden acceder cualquier información en poder de los respectivos entes y órganos públicos, independientemente, de su soporte, sea documental –expedientes, registros, archivos, ficheros-, electrónico o informático –bases de datos, expedientes electrónicos, ficheros automatizados, disquetes, discos compactos-, audiovisual, magnetofónico, etc..

VI.-

LÍMITES INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. En lo relativo a los límites intrínsecos al contenido esencial del derecho de acceso a la información administrativa, tenemos, los siguientes: 1) El fin del derecho es la “información sobre asuntos de interés público”, de modo que cuando la información administrativa que se busca no versa sobre un extremo de tal naturaleza el derecho se ve enervado y no se puede acceder. 2) El segundo límite está constituido por lo establecido en el párrafo 2º del ordinal 30 constitucional al estipularse “Quedan a salvo los secretos de Estado”. El secreto de Estado como un límite al derecho de acceso a la información administrativa es reserva de ley (artículo 19, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), empero, han transcurrido más de cincuenta años desde la vigencia de la Constitución y todavía persiste la omisión legislativa en el dictado de una ley de secretos de estado y materias clasificadas. Esta laguna legislativa, obviamente, ha provocado una grave incertidumbre y ha propiciado la costumbre contra legem del Poder Ejecutivo de calificar, por vía de decreto ejecutivo, de forma puntual y coyuntural, algunas materias como reservadas o clasificadas por constituir, a su entender, secreto de Estado. Tocante el ámbito, extensión y alcances del secreto de Estado, la doctrina es pacífica en aceptar que comprende aspecto tales como la seguridad nacional (interna o externa), la defensa nacional frente a las agresiones que atenten contra la soberanía e independencia del Estado y las relaciones exteriores concertadas entre éste y el resto de los sujetos del Derecho Internacional Público (vid. artículo 284 del Código Penal, al tipificar el delito de “revelación de secretos”). No resulta ocioso distinguir entre el secreto por razones objetivas y materiales (ratione materiae), referido a los tres aspectos anteriormente indicados (seguridad, defensa nacionales y relaciones exteriores) y el secreto impuesto a los funcionarios o servidores públicos (ratione personae) quienes por motivo del ejercicio de sus funciones conocen cierto tipo de información, respecto de la cual deben guardar un deber de sigilo y reserva (vid. artículo 337 del Código Penal al tipificar y sancionar el delito de “divulgación de secretos”). El secreto de Estado se encuentra regulado en el bloque de legalidad de forma desarticulada, dispersa e imprecisa (v. gr. Ley General de Policía No. 7410 del 26 de mayo de 1994, al calificar de confidenciales y, eventualmente, declarables secreto de Estado por el Presidente de la República los informes y documentos de la Dirección de Seguridad del Estado –artículo 16-; la Ley General de Aviación Civil respecto de algunos acuerdos del Consejo Técnico de Aviación Civil –artículo 303-, etc.). El secreto de Estado en cuanto constituye una excepción a los principios o valores constitucionales de la transparencia y la publicidad de los poderes públicos y su gestión

debe ser interpretado y aplicado, en todo momento, de forma restrictiva. En lo concerniente a las limitaciones o límites extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa tenemos los siguientes: 1) El artículo 28 de la Constitución Política establece como límite extrínseco del cualquier derecho la moral y el orden público. 2) El artículo 24 de la Constitución Política le garantiza a todas las personas una esfera de intimidad intangible para el resto de los sujetos de derecho, de tal forma que aquellos datos íntimos, sensibles o nominativos que un ente u órgano público ha recolectado, procesado y almacenado, por constar en sus archivos, registros y expedientes físicos o automatizados, no pueden ser accedidos por ninguna persona por suponer ello una intromisión o injerencia externa e inconstitucional. Obviamente, lo anterior resulta de mayor aplicación cuando el propio administrado ha puesto en conocimiento de una administración pública información confidencial, por ser requerida, con el propósito de obtener un resultado determinado o beneficio. En realidad esta limitación está íntimamente ligada al primer límite intrínseco indicado, puesto que, muy, probablemente, en tal supuesto la información pretendida no recae sobre asuntos de interés público sino privado. Íntimamente ligados a esta limitación se encuentran el secreto bancario, entendido como el deber impuesto a toda entidad de intermediación financiera de no revelar la información y los datos que posea de sus clientes por cualquier operación bancaria o contrato bancario que haya celebrado con éstos, sobre todo, en tratándose de las cuentas corrientes, ya que, el numeral 615 del Código de Comercio lo consagra expresamente para esa hipótesis, y el secreto industrial, comercial o económico de las empresas acerca de determinadas ideas, productos o procedimientos industriales y de sus estados financieros, crediticios y tributarios. Habrá situaciones en que la información de un particular que posea un ente u órgano público puede tener, sobre todo articulada con la de otros particulares, una clara dimensión y vocación pública, circunstancias que deben ser progresiva y casuísticamente identificadas por este Tribunal Constitucional. 3) La averiguación de los delitos, cuando se trata de investigaciones criminales efectuadas por cuerpos policiales administrativos o judiciales, con el propósito de garantizar el acierto y éxito de la investigación y, ante todo, para respetar la presunción de inocencia, el honor y la intimidad de las personas involucradas."

IV .-

La situación del secreto bursátil en relación con el acceso a la información de carácter público. El artículo ocho de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, dispone textualmente:

"ARTÍCULO 108.-

Actuación de participantes

Los participantes en el mercado que reciban órdenes, las ejecuten o asesoren a clientes respecto de inversiones en valores, deberán actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, realizándolas según las instrucciones estrictas de sus clientes o, en su defecto, en los mejores

términos, de acuerdo con las normas y los usos del mercado. La información que dichos participantes tengan de sus clientes será confidencial y no podrá ser usada en beneficio propio ni de terceros; tampoco para fines distintos de aquellos para los cuales fue solicitada.”

Con ocasión de tal norma legal, la Sala se ha pronunciado en cuanto a la práctica equiparación de los secretos bancario y bursátil en cuanto a sus fines y efectos jurídicos, al disponer en sentencia número 2004-14201, de quince horas cuatro minutos de catorce de diciembre de dos mil cuatro, que:

“IV.-

Sobre el secreto bursátil y el secreto bancario.-

Una vez fijados los parámetros que deben ser observados respecto al secreto bancario y basándonos en las disposiciones indicadas en los considerandos anteriores, es preciso analizar si las mismas consideraciones realizadas anteriormente se ajustan también al secreto bursátil. Al respecto, es preciso indicar que el secreto bancario se establece para la intermediación financiera, la cual tiene como objeto de negociación el dinero, mientras que el secreto bursátil, (artículo 108 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores), se desarrolla dentro de la intermediación bursátil y tiene por objeto de negociación las acciones, obligaciones u otros valores. Además, es claro que ambos institutos tienen como fin resguardar la información de las operaciones que en el ejercicio de la intermediación financiera y bursátil, según el mercado de que se trate, se haya obtenido de los particulares. En esa medida, tanto el secreto bancario, como el secreto bursátil, (artículo 108 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores), son institutos legales, que deben ceder frente a la norma constitucional, en cuanto establece la sujeción del patrimonio de los partidos políticos -independientemente de su origen privado o público- a los principios de publicidad y transparencia artículo 96 de la Constitución Política. “

Partiendo de esta equiparación que en el ámbito de la legalidad se otorga a los secretos bancario y bursátil, se entiende que tal como lo ha establecido la Sala, si tales secretos encuentran límites constitucionalmente establecidos, deberán ceder ante ellos en función de otorgar adecuado acceso a la información y transparencia a las actuaciones del sector público, en la medida que aquellos límites constitucionales lo establezcan. Así, partiendo de la disposición del artículo ciento noventa y seis de la Constitución Política, esta Sala reconoció la posibilidad de levantar de manera legítima el aducido secreto bancario en materia de contribuciones financieras a los partidos políticos –ver, en este sentido, sentencias números 2003-3489, de las catorce horas once minutos de dos de mayo de dos mil tres y 2004-14201, de las quince horas cuatro minutos del catorce de diciembre de dos mil cuatro-, por lo que resta identificar si dentro de los parámetros constitucionales se encuentra igualmente un límite legítimo al secreto bursátil en los términos planteados por el Poder Ejecutivo. En este sentido, la Sala debe hacer notar, de conformidad con su reiterada jurisprudencia –ver, entre otras, la

citada sentencia número 2003-136- que la transparencia y publicidad de la actuación administrativa se erigen como principios constitucionales implícitos, que como tales, deben regir plena y formalmente todas las actividades del sector público, por lo que debe entenderse adecuadamente el alcance de un instituto como el secreto bursátil según se establece en el artículo ciento ocho de la Ley Reguladora del Mercado de Valores. De la lectura de esta norma legal, se entiende claramente que el participante en el mercado de valores debe ser cuidadoso con el tratamiento de la información, si se quiere denominar de alguna forma, «personal» de los clientes, esto es, aquellos datos específicos y particulares que se encuentran dentro del ámbito de la intimidad de los participantes en general, como lo pueden ser las generales en materia de personas físicas, o, en caso de personas jurídicas, aquellos otros datos «íntimos» no relacionados de manera expresa con una transacción de carácter público; datos como información personal de los accionistas, inversiones que mantenga, entre otros, son asuntos de suya intimidad que el participante deberá conservar y guardar la prudencia de no divulgación. Sin embargo, existen otros datos, que una vez adentrados en materia de inversión pública y compromiso de fondos públicos a futuro, deben estar sujetos a aquellos principios implícitos de transparencia y publicidad administrativa, particularmente cuando se trata de aspectos que afectan a la colectividad nacional en general, por lo que los ciudadanos tienen el derecho de conocer la situación real en torno a ellos –ver, en este sentido, sentencias números 880-90, de las catorce horas veinticinco minutos del primero de agosto de mil novecientos noventa, y 2002-3074, de las quince horas veinticuatro minutos de dos de abril de dos mil dos-.

De tal forma, el secreto bursátil establecido por la Ley Reguladora del Mercado de Valores encuentra una limitación constitucionalmente establecida a partir de la aplicación oportuna y congruente de los principios de transparencia y publicidad administrativa, por lo que tal instituto legal no resulta oponible al acceso a la información en la medida que se encuentre en inversiones y compromisos de carácter público que deban ser asumidos por la colectividad.

En consecuencia, la línea jurisprudencial de esta Sala ha venido a fortalecer el derecho de acceso a la información, precisamente en la misma línea que ha sido definido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha señalado en la Resolución CJI/RES.147 (LXXIII-O/08), sobre los Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información, que resuelve:

“Adoptar los siguientes principios, los cuales están interrelacionados y deben interpretarse de forma integral:

1. Toda información es accesible en principio. El acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática y proporcionales al interés que los justifica. Los Estados deben asegurar el respeto al derecho de acceso a la información, adoptando la legislación

apropiada y poniendo en práctica los medios necesarios para su implementación.

2. El derecho de acceso a la información se extiende a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial, a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, órganos de propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas.

3. El derecho de acceso a la información se refiere a toda información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio.

4. Los órganos públicos deben difundir información sobre sus funciones y actividades – incluyendo su política, oportunidades de consultas, actividades que afectan al público, presupuestos, subsidios, beneficios y contratos – de forma rutinaria y proactiva, aún en la ausencia de una petición específica, y de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible.

5. Deben implementarse reglas claras, justas, no discriminatorias y simples respecto al manejo de solicitudes de información. Estas reglas deben incluir plazos claros y razonables, la provisión de asistencia para aquél que solicite la información, el acceso gratuito o de bajo costo y que, en ese caso, no exceda el costo de copiado o envío de la información. Las reglas deben disponer que cuando el acceso sea negado, deben darse las razones específicas sobre la negativa en un tiempo razonable.

6. Las excepciones al derecho de acceso a la información deben ser establecidas por la ley, ser claras y limitadas.

7. La carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a la información debe recaer en el órgano al cual la información fue solicitada.

8. Todo individuo debe tener el derecho de recurrir cualquier negativa u obstrucción de acceso a la información ante una instancia administrativa. También debe existir el derecho de apelar las decisiones de este órgano administrativo ante los tribunales de justicia .

9. Toda persona que intencionadamente niegue u obstruya el acceso a la información violando las reglas que garantizan ese derecho deben ser sujetos a sanción.

10. Deben adoptarse medidas para promover, implementar y asegurar el derecho de acceso a la información incluyendo la creación y mantenimiento de archivos públicos de manera seria y profesional, la capacitación y entrenamiento de funcionarios públicos, la implementación de programas para aumentar la importancia en el público de este derecho, el mejoramiento de los sistemas de administración y manejo de

información, y la divulgación de las medidas que han tomado los órganos públicos para implementar el derecho de acceso a la información, inclusive en relación al procesamiento de solicitudes de información."

V.-

La situación del secreto bancario en relación con el acceso a la información de carácter público. En relación a este tema esta Sala ha indicado en la resolución **14201- 04**:

"El secreto bancario es la obligación impuesta a los bancos, sean públicos o privados, de no revelar a terceros los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan. Es un deber de silencio respecto de hechos vinculados a las personas con quienes las instituciones bancarias mantienen relaciones comerciales, así como una obligación profesional de no revelar informaciones y datos que lleguen a su conocimiento en virtud de la actividad a que están dedicados. Sin embargo, ésta regla tiene sus excepciones y así lo determinó este Tribunal al valorar el secreto bancario frente al patrimonio de los partidos políticos y publicidad de las contribuciones privadas, en ese caso concreto al respecto indicó en la sentencia número 2003-03489 de las catorce horas once minutos del 2 de mayo del 2003:

"...El patrimonio de los partidos políticos está conformado por las contribuciones de sus partidarios, los bienes y recursos que autoricen sus estatutos no prohibidos por la ley y la contribución del Estado en la forma y proporción establecidas en el ordinal 96 de la Constitución Política. Evidentemente, los fondos aportados por el Estado –por su origen y destino- están sujetos a los principios constitucionales de publicidad y transparencia y, en lo que se refiere a las aportaciones privadas, por aplicación del texto constitucional y legal, acontece lo mismo, dada la sujeción de los partidos políticos a un régimen de derecho público una vez que entran en funcionamiento y operación. En efecto, el párrafo 3° del artículo 96 constitucional dispone con meridiana claridad que "Las contribuciones privadas a los partidos políticos estarán sometidas al principio de publicidad y se regularán por la ley", con lo que sobre este particular el constituyente no admite que ninguna agrupación política puede escudarse en un supuesto secreto financiero o bancario para evitar el conocimiento público del origen y los montos de las contribuciones privadas. La sujeción de tales aportes al principio de publicidad trae causa de la naturaleza de interés público de la información atinente a los mismos, puesto que, el fin de la norma constitucional es procurar la licitud, sanidad financiera y transparencia de los fondos con que se financia una campaña política por cuyo medio el electorado designa a las personas que ocuparan los puestos de elección popular desde donde serán adoptados y trazados los grandes lineamientos de la política institucional del país. En desarrollo de lo dispuesto por la norma fundamental y de la remisión a la ley efectuada por el numeral 96 de la Constitución Política, el Código Electoral le impone a los partidos políticos la obligación de diseñar y establecer en sus estatutos los mecanismos normativos que permitan

"...conocer públicamente el monto y origen de las contribuciones privadas, de cualquier clase, que el partido reciba y la identidad de estos contribuyentes" (artículo 58, inciso m). De otra parte, el artículo 176 bis del cuerpo legal citado establece una serie de límites y condiciones a las aportaciones privadas tales como las siguientes: a) la prohibición de aceptar o recibir, directa o indirectamente, contribuciones, donaciones, préstamos o aportes en dinero o especie de personas físicas o jurídicas extranjeras para sufragar los gastos de administración y de campaña electoral, siendo admisible, únicamente, sus aportes para fines de capacitación, formación e investigación; b) las personas físicas o jurídicas nacionales podrán destinar aportes, en dinero o en especie, a los partidos políticos hasta por un monto anual equivalente a 45 veces el salario base mínimo menor mensual que figure en la Ley de Presupuesto Ordinario de la República vigente al momento de la contribución y c) se prohíbe los aportes privados en nombre de otra persona. Finalmente, el párrafo 6° de ese artículo le impone a los tesoreros de los partidos políticos la obligación de informar periódicamente (trimestralmente y mensualmente entre la convocatoria y la fecha de elección) al Tribunal Supremo de Elecciones acerca de las contribuciones recibidas. El Reglamento Sobre el pago de los gastos de los Partidos Políticos emitido por el Tribunal Supremo de Elecciones, establece, también para tales organizaciones una serie de deberes en aras del principio de publicidad, así en el ordinal 11° les obliga a llevar un registro de los aportes autorizados en el numeral 176 bis del Código Electoral para las personas físicas o jurídicas extranjeras, donde se consigne los montos, nombres, calidades y número de identificación de los contribuyentes y la apertura de, al menos, una cuenta corriente bancaria, para el depósito de estas contribuciones. Para el caso de los contribuyentes nacionales, el artículo 13 de ese reglamento les exige llevar un registro individual, en forma cronológica, de los aportes recibidos, con nombres y número de cédula. Finalmente, el artículo 14 obliga a los tesoreros de los partidos a informar trimestralmente o mensualmente al Tribunal Supremo de Elecciones (a) los nombres y números de cédulas de los contribuyentes -tratándose de personas jurídicas, se debe adjuntar certificación de su personería- y (b) el monto del aporte...

Asimismo, la sentencia #2002-3074 de las 15:24 horas del 2 de abril de 2002 se refirió al derecho a la información indicando que:

"Este derecho, es a la vez, un derecho social cuya tutela, ejercicio y respeto se hace indispensable para que el ciudadano tome parte activa en las tareas públicas y pueda así participar en la toma de decisiones que afectan a la colectividad. En ese sentido, es un derecho humano inalienable e indispensable en la medida en que se parte de que información significa participación. De esta manera, si la información es requisito para que el ciudadano individualmente considerado adopte decisiones, informar, a la vez, es promover la participación ciudadana. El derecho de la información distingue tres facultades esenciales de quienes lo ejercen: la facultad de recibir, la facultad de investigar y la facultad de difundir informaciones. La facultad de recibir información se refiere principalmente a la obtención, recepción y difusión de noticias o informaciones, las cuales deben referirse a hechos con trascendencia

pública y ser conformes con la realidad, asequible por igual a todos, debiendo referirse a hechos relevantes cuyo conocimiento esté dirigido a formar opinión y a fomentar la participación del ciudadano, siendo requisito esencial que la información sea completa y veraz. La segunda facultad se refiere a la posibilidad de investigación, es decir, al libre y directo acceso a las fuentes de información. Por último está la facultad de difundir, que se trata del derecho del ciudadano a la libre difusión de opiniones e informaciones; facultad que sólo puede ejecutarse en sentido positivo pues no se contempla la posibilidad de "no difundir" informaciones o noticias. Ahora bien, el derecho a la información como tal, está compuesto por dos vertientes o dimensiones: una activa que permite la comunicación de informaciones y otra pasiva que se refiere al derecho de todo individuo o persona, sin ningún tipo de discriminación, a recibir información; información que, en todo caso, deberá ser veraz y que puede ser transmitida por cualquier medio de difusión. A partir de lo anterior se tiene que si bien el derecho a la información tutela en su aspecto pasivo la posibilidad de acceder a fuentes de información con el ánimo de poder participar en la toma de decisiones de la colectividad, también es lo cierto que no se trata de un derecho irrestricto, sino que, por el contrario, está sujeto a límites y entre ellos, el derecho a la intimidad se constituye en un límite para el derecho a la información por cuanto, en la medida en que la información verse sobre asuntos que no sean de relevancia pública, se impone el respeto a la intimidad y opera como límite o barrera frente al derecho a la información. Por el contrario, cuando la información es de relevancia pública, el acceso a la misma y su difusión, se imponen como regla y por ello, cuando se trate de la trascendencia pública del objeto comunicable, se justificaría la intromisión amparándose en el derecho del público a la recepción de noticias y en el derecho del informador a transmitirla, salvo, claro está, cuando se trata de una información que haya sido declarada previamente como secreto de Estado o sea falsa en cuyo caso el tratamiento de la misma, será diferente.

"IV.-

En relación con lo anterior, el derecho a la información es considerado como una garantía jurídica indispensable para que los ciudadanos puedan ejercer, en mayor o menor medida, su participación en las tareas públicas y desde este punto de vista, se trata de un derecho público y subjetivo. Es un derecho público por cuanto exige la intervención del Estado para procurar información sobre las actividades que desempeñan los órganos gubernamentales, además, es un derecho subjetivo, por cuanto supone un poder jurídico, susceptible de regulación por el ordenamiento jurídico. Ese derecho a la información, además, tiene un carácter preferente al considerarse que garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre; garantía que reviste una especial trascendencia ya que, de ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de manera responsable en los asuntos públicos, ha de ser informado ampliamente de modo que pueda formar opiniones,

incluso contrapuestas, y participar responsablemente en los asuntos públicos. Desde esta perspectiva, el derecho a la información no sólo protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, cual es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político y por ende, de naturaleza colectiva. En ese sentido, la opinión pública libre es contraria a la manipulación de la información, con lo cual, el ciudadano tiene el derecho a recibir y seleccionar las informaciones y opiniones que desee pues en el momento en que cualquiera de las informaciones existentes o posibles desaparece, cualquiera que sea el agente o la causa de la desaparición, está sufriendo una limitación al derecho a optar como forma de ejercitar el derecho de recibir. El derecho a ser informado es público por cuanto exige la intervención del Estado y es un derecho subjetivo por cuanto supone un poder jurídico, susceptible de ser institucionalizado y regulado por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de fines o intereses de carácter social, basados en la naturaleza misma de la persona humana y en la organización de la sociedad. A su vez, existe un deber de los entes públicos a facilitar la información y para ello, deberán dar facilidades y eliminar los obstáculos existentes. Los profesionales de la información son intermediarios entre los entes públicos y los destinatarios de la información y por ende, tienen igualmente el derecho a obtener información y el deber de transmitirla lo más fielmente posible. El objeto del derecho a la información es la noticia y por tal se ha de entender aquellos hechos verdaderos que puedan encerrar una trascendencia pública.”

Ese mismo fallo puntualizó la función que cumplen los medios de comunicación en relación con el ejercicio del derecho que aquí se trata, al decir que *“es un intermediario entre la fuente informativa y la colectividad”* y que *“son instrumentos al servicio de la opinión pública y como tales, se constituyen en nuestra sociedad en un mecanismo muy importante y conveniente no solo para el acceso a la información sino también para la formación de esa opinión pública”*, aclarando que ellos *“en ejercicio del derecho a comunicar información, deberán informar a la ciudadanía en general de manera objetiva y veraz, sobre el contenido de ese informe”*.

VI.-

El caso concreto. La información solicitada por los recurrentes. Del estudio de los autos y del informe rendido bajo fe de juramento, la Sala tiene por acreditado que los amparados solicitaron al señor Ministro de Hacienda información sobre: a) el contrato de compra de los bonos de deuda por parte de la República Popular de China; y b) el plazo, la tasa, el monto, el mecanismo, el intermediario y el porcentaje de intermediación de esa venta de bonos. Esta solicitud se formula inicialmente el primero de febrero de dos mil ocho, y se reitera el cuatro de febrero, siendo que el señor Ministro de Hacienda responde mediante oficio número DM-180-08, de catorce de febrero, es decir, dentro del plazo legalmente previsto para que la administración otorgue respuesta a las solicitudes de información de tipo genérico. Sin embargo, el señor Ministro deniega el suministro de la información aduciendo que con base en el secreto bursátil se encuentra

obligado a guardar la confidencialidad sobre estos datos, aduciendo, asimismo, que el inversionista ha manifestado su interés de que esos datos se mantengan de manera confidencial.

De las previas definiciones que constan en los considerandos precedentes, la Sala advierte que tal denegación de información resulta contraria a los principios constitucionales de transparencia y publicidad administrativas, por lo que al existir un límite constitucionalmente impuesto al secreto bursátil en materia de inversión y compromisos financieros de carácter público a futuro, esa negativa deviene a su vez en una violación al derecho de acceso a la información pública según se establece en el derecho de la Constitución. Esto resulta particularmente relevante en un contexto general que propende a brindar cada vez mayor protección al acceso a la información de carácter público, y donde existen ya sendos pronunciamientos internacionales que resguardan el acceso a la información como una herramienta de particular utilidad para garantizar la transparencia de la actividad administrativa –ver, entre otros, la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el once de setiembre de dos mil uno, y los artículos diez y trece de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas número 58/4, de treinta y uno de octubre de dos mil tres-, y que reconocen un ligamen imprescindible entre al acceso a la información y la libertad de expresión –ver, en este sentido, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia de diecinueve de setiembre de dos mil seis, serie C, No. 151, párr. 76 y 77; y los Principios sobre el Derecho a la Información, adoptados por resolución del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos número CJI/RES.147, de siete de agosto de dos mil ocho-, bajo el entendido que la información resulta vital e imprescindible para la oportuna expresión de ideas, pensamientos, comentarios e investigaciones.

En el caso concreto la petición planteada por los recurrentes ha sido obtener información sobre recursos públicos y en beneficio de la Hacienda Pública. A su vez, el recurrido alega que se le aplica lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores sobre la existencia de una confidencialidad respecto a la información que los participantes en el mercado de valores tengan sobre sus clientes. En el caso concreto, la información sobre el inversionista no ha sido solicitada. La petición concreta que realiza el recurrente es en relación a las condiciones de la compra de los bonos de deuda pública. La información es esa y no se está solicitando información sobre esos inversionistas. De acuerdo con el artículo 108 indicado, encontramos que la protección de la información es sobre el “inversionista” no sobre las condiciones de la transacción, que es precisamente lo que el recurrente ha solicitado conocer. O sea, se podría mantener como confidencial la información sobre el inversionista, pero no la información sobre las condiciones que se negocia la transacción.

Adicionalmente, encontramos que el artículo 7 párrafo primero de la Ley

contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública señala:

“Libre acceso a la información. Es de interés público la información relacionada con el ingreso, la presupuestación, la custodia, la fiscalización, la administración, la inversión y el gasto de los fondos públicos, así como la información necesaria para asegurar la efectividad de la presente ley, en relación con hechos y conductas de los funcionarios públicos,”

Esta ley tiene como propósito fundamental regular la conducta de los funcionarios públicos (el Ministro de Hacienda entre ellos) respecto de todo lo concerniente a los fondos públicos. El artículo citado regula claramente los aspectos de acceso a la información que se refieren a fondos públicos.

En el caso concreto, y basado en resoluciones de esta misma Sala, el principio constitucional del artículo 30, conlleva a que toda información relativa a la Hacienda Pública es, por definición, materia de interés público y por tanto la información relativa a la misma es de carácter público. Cualquier disposición, legal o reglamentaria, que permita la negociación de bonos del Estado dentro del marco del Mercado Nacional de Valores, no puede constituirse en materia de excepción que por sí sola abstraiga del ámbito público esos instrumentos y los convierta, en virtud de los agentes negociadores, en materia de interés privado, que es la que tutela la Ley del Mercado de Valores. De tal forma, acreditándose que el secreto bursátil encuentra una válida limitación en los principios constitucionales de transparencia y publicidad administrativa, la información de carácter público requerida por los recurrentes no se encuentra protegida por este instituto legal, por lo que la misma puede y debe ser debidamente otorgada. Si, como lo manifiesta bajo juramento el señor Ministro de Hacienda, en el caso concreto no existe un contrato suscrito entre el inversionista y el gobierno costarricense, es claro que existe imposibilidad material de suministrar dicha información, no así con respecto a los demás datos relacionados con la transacción, que se reitera, resultan de carácter público. En este sentido, deberá el Ministro de Hacienda, suministrar la información requerida por los recurrentes que conste en su poder, satisfaciendo de esta manera el debido acceso a la información y procurando con ello el pleno ejercicio de la libertad de expresión.

Por tanto

Se declara con lugar el recurso. Se ordena al señor Guillermo Zúñiga Chaves, en su condición de Ministro de Hacienda, o a quien ocupe su cargo, que de inmediato brinde plena y efectiva respuesta a la solicitud de información presentada por el señor Álvaro Murillo Murillo, en su carácter de periodista del periódico La Nación, mediante nota del cuatro de febrero de dos mil ocho, en la que requería copia del contrato de compra de bonos de la deuda del Estado costarricense por parte de una entidad financiera de la República Popular de China, así como el plazo, la tasa, el monto, el mecanismo, el intermediario y el porcentaje de intermediación de esa venta de bonos. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria,

los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Se advierte al señor Guillermo Zúñiga Chaves, o a quien ocupe su cargo, que de conformidad con el artículo setenta y uno de la Ley de esta jurisdicción, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Notifíquese la presente resolución en forma personal al señor Guillermo Zúñiga Chaves, o a quien ocupe su cargo. Comuníquese .

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta a.i.

Gilbert Armijo S. Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C. Rosa María Abdelnour G.

Horacio González Q. Roxana Salazar C.

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el:
28/2/2013 10:00:32 AM

Sentencia: 12804 Expediente: 09-007844-0007-CO
Fecha: 18/08/2009 Hora: 3:18:00 PM
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo

Redactor: Fernando Cruz Castro

Clase de Asunto: Recurso de amparo

Texto de la sentencia
<p style="text-align: right;">* 090078440007 CO*</p> <p>Exp: 09-007844-0007-CO</p> <p>Res. N° 2009-012804</p> <p>SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas y dieciocho minutos del dieciocho de agosto del dos mil nueve.</p> <p>Recurso de amparo interpuesto por MARIE LIZ GONZÁLEZ CERÓN, contra LA JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO SOBRE ALCOHOLISMO Y FARMACODEPENDENCIA.</p> <p style="text-align: center;">RESULTANDO:</p> <p>1.-</p> <p>Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:52 hrs. de 25 de mayo de 2009 (visible a folios 1-3), la recurrente interpuso recurso de amparo y manifestó que desde el 19 de noviembre de 2008, solicitó ante la Junta Directiva recurrida una copia certificada de las actas 22 a la 36, las cuales requiere para ejercer su derecho de defensa en un procedimiento administrativo seguido en su contra. Refirió, que en dicho documento solicitó que se le señalarán las especiales fiscales a cancelar para tal efecto e indicó el número de fax para ser notificada. Apuntó, que el día 3 de diciembre de 2008, la Secretaria de Actas le entregó un disco compacto con las actas referidas, así como la certificación correspondiente de que éstas son copia fiel de las originales. Mencionó, que el Instituto recurrido le trasladó una deficiencia singular administrativa a su persona. Acusó, que la modalidad del disco compacto la deja en total estado de indefensión, ya que, no posee el aparato correspondiente para reproducir la información contenida en éste. Estimó vulnerado lo dispuesto en el artículo 30 de la Constitución Política. Solicitó que se declare con lugar el recurso planteado.</p> <p>2.-</p> <p>Por resolución de las 16:35 hrs. de 11 de junio de 2009 (visible a folios 8-9), se le dio curso al proceso y se requirió el informe a la autoridad recurrida.</p> <p>3.-</p> <p>Informó bajo juramento, Sandra Badilla Chaves, en su condición de Presidenta de la</p>

Junta Directiva del Instituto Sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (visible a folios 12-14), que la información solicitada por la tutelada le fue proporcionada el día 3 de diciembre de 2008. Indicó, que ese día, la secretaria de actas de la Junta Directiva le entregó un disco compacto con las actas requeridas, certificado por la Asesoría Legal de esa Institución. Adujo, que la tutelada puede reproducir dicha información, posteriormente, cubriendo los respectivos gastos económicos. Argumentó, que en la gestión formulada por la amparada no pidió que las actas fueran fotocopiadas ni, tampoco, aportó el dinero para tal efecto. Añadió, que la recurrente recibió conforme el oficio de entrega del disco compacto y nunca presentó reclamo alguno ante el IAFA sobre el particular. Solicitó que se desestime el recurso planteado.

4.-

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

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

CONSIDERANDO:

I.-

OBJETO DEL RECURSO. La recurrente -quien desde el 19 de noviembre de 2008 solicitó ante el IAFA una certificación de varias actas de la Junta Directiva-, aduce vulnerado, en su perjuicio, su derecho fundamental consagrado en el artículo 30 de la Constitución Política. Estima que se encuentra imposibilitada de imponerse y reproducir la información de interés público que se le brindo en un formato de disco compacto, por cuanto, no cuenta con medios tecnológicos para ese efecto, lo que, también en su opinión, lesiona el derecho a la defensa que pretende ejercer en un procedimiento administrativo incoado en su contra.

II.-

HECHOS PROBADOS. De relevancia para dirimir el presente recurso de amparo, se tienen por acreditados los siguientes: **1) El 19 de noviembre 2008**, González Cerón solicitó a las autoridades del Instituto Sobre Alcoholismo y Farmacodependencia certificar, previéndola de las respectivas especies fiscales, *"(...) las actas de Junta Directiva, numeradas de la 22 a la 36 inclusive (...)"*. Asimismo, en dicha ocasión, la recurrente señaló un número de fax para ser notificada (visible a folios 5-6). **2) El 3 de diciembre de 2008**, la Secretaria de Actas del Instituto recurrido le indicó a la tutelada lo siguiente: *"(...) En atención a su solicitud (...) me permito hacerle entrega de un C.D. con las actas de la N° 22-08 a la N° 36-08, así como la certificación de que las mismas son copia fiel de las originales. Cabe mencionar que los señores Directores recomendaron esta modalidad, en razón de que esta secretaría no cuenta con el equipo apropiado para la reproducción impresa de las mencionadas actas (...)"*. (El destacado no forma parte del original). (visible a folio 7). **3) La tutelada no cuenta con medios para reproducir la información que consta en el disco compacto que le fue entregado el 3 de diciembre del año anterior (visible a folio 1).**

III.-

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. Este Tribunal Constitucional, con redacción del Magistrado ponente, en la Sentencia No. 02120-03 de las 13:30 hrs. de 14 de marzo de 2003, estimó lo siguiente:

“(…) I.- TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación-, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa.

II.-

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”, derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas. Es menester indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia

plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas. El contenido del derecho de acceso a la información administrativa es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes: a) acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; b) acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados –bases de datos ficheros-; c) facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, d) facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos; e) derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales y f) derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos.

III.-

TIPOLOGIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) ad extra –fuera- y (b) ad intra –dentro- de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder una información administrativa determinada –uti universi- y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico –uti singuli-. Este derecho se encuentra normado en la Ley General de la Administración Pública en su Capítulo Sexto intitulado “Del acceso al expediente y sus piezas”, Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274 (...)."

IV.-

CASO CONCRETO. Este Tribunal Constitucional estima que el goce y ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información administrativa de claro interés público no puede estar condicionado al soporte que elija, unilateral y caprichosamente, la propia administración pública que la tenga en su poder. Sabido es que un aspecto inherente a la Sociedad de la Información y del Conocimiento lo constituye la denominada “brecha digital” existente entre las personas que pueden utilizar las Tecnologías de la Información y del Conocimiento (TIC’s) y aquellas otras que no pueden hacerlo, por diversas circunstancias. Obligar a un administrado a acceder la información de interés público suministrada, exclusivamente, en un soporte digital profundiza y agudiza la brecha digital y, por consiguiente, representa una exclusión o discriminación que no tolera el principio de la igualdad. Ciertamente, lo deseable es que las administraciones públicas se digitalicen, sin embargo la obligación de éstas de ser accedidas por medios electrónicos y el derecho correlativo de los ciudadanos de hacerlo por esa vía, no excluye la necesidad de contemplar las necesidades específicas de aquellos sectores vulnerables o en desventaja y, particularmente, de las personas que no tengan la posibilidad de usar las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento. En suma, los poderes públicos están obligados a garantizar el derecho de las personas de acceder la información administrativa por los mecanismos o medios tradicionales y físicos y no forzarlos a que se acceda por soportes digitales, puesto que, en último término, el ciudadano elige el medio de acceso a la información de interés público. En el caso particular, es evidente que la amparada solicitó, expresamente, acceder información administrativa por un medio físico o tradicional –copia de las actas respectivas-, empero la entidad recurrida, a través de sus funcionarios, hizo caso omiso de tal requerimiento y *motu proprio* dispuso brindar la información en un soporte digital, actuación, a todas luces, arbitraria y constitucionalmente ilegítima por enervar el goce y ejercicio del derecho fundamental establecido en el ordinal 30 de la Constitución Política. Asimismo, deben de tomar en consideración las autoridades del Instituto recurrido que para este Tribunal no son de recibo, de modo alguno, las presuntas justificaciones brindadas, en el sentido que la Secretaria de Actas no contaba

con el equipo apropiado para reproducir las actas en cuestión, así como que la amparada no aportó dinero para cubrir las fotocopias que se hubieran requerido, ya que, en la gestión de fecha 19 de noviembre de 2008, ésta solicitó, expresamente, que le previnieran sobre las eventuales especies fiscales a cancelar. A mayor abundamiento, esta jurisdicción recalca la importancia de habersele proporcionado a la interesada dicha información, de manera oportuna, por cuanto, según se alega, ésta era necesaria para ejercer su derecho de defensa en un procedimiento administrativo seguido en su contra.

V.-

COROLARIO. En mérito de lo expuesto, se impone declarar con lugar el recurso planteado, con las consecuencias que se detallarán en la parte dispositiva de la presente sentencia.

VI.-

Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y declaran sin lugar el recurso.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso. En consecuencia, se le ordena a Sandra Badilla Chaves, o a quien en su lugar ocupe el cargo de Presidenta de la Junta Directiva del Instituto Sobre Alcoholismo y Farmacodependencia, proveerle **inmediatamente** copia certificada a la recurrente González Cerón de las actas No. 22 a la 36 requeridas el 19 de noviembre de 2008, a costa de ésta. Se advierte a la autoridad recurrida que, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Instituto Costarricense Sobre Alcoholismo y Farmacodependencia al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de fundamento a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. **Notifíquese esta resolución a Sandra Badilla Chaves, o a quien en su lugar ocupe el cargo de Presidenta de la Junta Directiva del Instituto Sobre Alcoholismo y Farmacodependencia, en forma personal. Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y declaran sin lugar el recurso.**

Adrián Vargas B.

Presidente a.i.

Gilbert Armijo S. Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C. Rosa María Abdelnour G.

Roxana Salazar C. Alexander Godínez V.

Car/801/C1b

Voto salvado de los Magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro

con redacción del segundo:

La recurrente indica, que el 19 de noviembre del 2008, solicitó a la Junta Directiva del Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia, la certificación de algunas de sus actas, con el objetivo de ejercer su defensa en un procedimiento administrativo incoado en su contra como funcionaria de la institución; no obstante, en su lugar se le entregó un Disco Compacto con las actas en formato digital y una certificación adjunta de que éstas son copia fiel de las originales. Se ha estimado que el derecho de obtener una respuesta de parte de la administración y de tener acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho con el propósito de ampliar la transparencia y publicidad administrativas. En el *sub examine*, la señora SANDRA BADILLA CHAVES en su condición de PRESIDENTA DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO SOBRE ALCOHOLISMO Y FARMACODEPENDENCIA rinde su informa, bajo la fe, seriedad y formalidad del juramento e indica que la recurrente solicitó certificar unas actas de la Junta Directiva y que el IAFA cumplió con brindar la información, pues se le entregó el Disco compacto con las actas solicitadas, certificado por la Asesoría Legal de la institución; la recurrente nunca solicitó que las actas fueran fotocopiadas, ni aportó el dinero para cubrir ese costo y si quiere reproducirlas, puede hacerlo cubriendo los gastos económicos. Indican que la recurrente nunca reclamó administrativamente que se le entregaran las certificaciones en otro formato y pretende entabrar los procedimientos al presentar este recurso cinco meses después de recibir la información en un disco compacto. En efecto, según el elenco de hechos probados, observa esta Sala que el 19 de noviembre del 2008, la recurrente MARIE LIZ GONZALEZ CERON remitió un oficio a la secretaria de Actas de la Junta Directiva del Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia, en los siguientes términos: *"I. Para efectos legales ruego certificar, previniéndome las especies fiscales, de ser el caso, las actas de la Junta Directiva, numeradas de la 22 a la 36 inclusive"*. El 3 de diciembre del 2008, la señora Idaly Robles Garbanzo, Secretaria de Actas de la Junta Directiva descrita, entregó a la recurrente un Disco Compacto con las actas en formato digital, una certificación adjunta de que las actas son copia fiel de las originales y una nota en los siguientes términos: *"En atención a su solicitud, con la aprobación de los señores Miembros de la Junta Directiva de este instituto, y en tiempo, me permito hacerle entrega de un CD con las actas de la No 22-08 a la No. 36-08, así como la certificación de que las mismas son copia fiel de las originales. Cabe mencionar que los señores Directores recomendaron esta modalidad en razón de que esta secretaría no cuenta con el equipo apropiado para la reproducción impresa de las mencionadas actas"*. Del análisis del informe remitido y la prueba aportada para la resolución del presente asunto, esta Sala verifica que la Institución efectuó un análisis de la gestión planteada y rindió la información solicitada, es decir, sí entregó la información administrativa solicitada, pero lo hizo en formato digital certificado y no en formato impreso, como lo esperaba la recurrente. Ello implica que sí tuvo acceso a la información. Esta actuación, que la recurrente reclama como violatorias de sus derechos fundamentales, datan de diciembre del año 2008, fecha en la cuál recibió la información solicitada (actas de la Junta Directiva). No obstante ello, tal como se afirma en el informe rendido por la autoridad recurrida, la recurrente no efectuó ninguna gestión ante la institución recurrida –en la que labora- para que los documentos solicitados se le entregaran de manera impresa o se le permitiera obtener una fotocopia a su costo, ni presentó un reclamo o una queja sobre el particular. En su lugar, decidió esperar cinco meses más para acudir a esta instancia, argumentando que tal actuación vulneró sus derechos constitucionales. En la especie, el derecho aparentemente lesionado, fue consentido implícita o tácitamente por el recurrente desde hace mucho tiempo, lo que hace que el presente acción de amparo haya prescrito, conforme lo prevén los numerales 35 y 36 de la ley de la Jurisdicción Constitucional. La inacción de la amparada durante cinco

meses, se convierte en un consentimiento válido respecto de un acto que lo admite. La imposibilidad de acceder a la información entregada en el formato de un disco compacto lo plantea después de transcurrido un plazo que demuestra, frente a un derecho que admite el consentimiento válido, que la posible lesión de un derecho fundamental perdió relevancia jurídica, razón por la que disintimos del voto de mayoría, declarando sin lugar el amparo.

Por tanto:

Se declara sin lugar el recurso.

Fernando Cruz C. Gilbert Armijo S.

EXPEDIENTE N° 09-007844-0007-CO

Teléfonos: 2295-3696/2295-3697/2295-3698/2295-3700. Fax: 2295-3712. Dirección electrónica: www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional

*** Se advierte que este texto no es una reproducción fiel y exacta de la sentencia oral dictada. La copia electrónica fiel y exacta de la sentencia oral se puede obtener en el Tribunal mediante grabación en DVD.**