

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: PRINCIPIO DE PROBIDAD

RESUMEN: El presente informe desarrolla el tema del deber de probidad enfocado a los servidores de los supremos poderes, elaborándose desde la doctrina el concepto de probidad y aspectos generales relacionados a éste, como el tema de deontología y ética. En la normativa se presentan los artículos atinentes al tema y en la Jurisprudencia se presentan las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones sobre el tema de beligerancia política .

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	2
a)Definición de Probidad.....	2
a)Deber de Probidad.....	2
b)Deontología en el servicio público.....	2
Justificación.....	3
Precisiones conceptuales.....	4
Codificación.....	6
Realidad de Costa Rica.....	7
Conclusión.....	8
c)Ética Legislativa y Gobernabilidad.....	9
2NORMATIVA.....	11
a)Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública	11
Artículo 3°.....	11
Artículo 4°.....	11
Artículo 5°.....	12
Artículo 43.....	12
3JURISPRUDENCIA.....	12
a)Resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones.....	12
Acuerdo de sesión STSE-4322-2007.....	13
Resolución N.º 2156-E-2007.....	15

1 DOCTRINA

a) Definición de Probidad

[OMEBA]¹

"Que guarda la debida fidelidad, incapaz de traicionar; bondad, moralidad, integridad y honradez en el obrar."

a) Deber de Probidad

[PACHECO SALAZAR]²

"Implica la obligación de ejercer la función honradamente, rehusando dádivas, obsequios, recompensas o cualquier otra ventaja con motivo de sus funciones. El funcionario está obligado a rehusar dádivas, obsequios o recompensas que se les ofrezcan como retribución por actos inherentes a sus empleos (véase artículo 38, inciso c) Estatuto de Servicio Civil).

La promulgación de la Ley de Enriquecimiento Ilícito tiene como finalidad la de prevenir, y sancionar el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, con el propósito de garantizar el ejercicio honrado y decoroso de la función pública, según reza su artículo 1º.

Sin embargo, considero y esto es un criterio particular, que no obstante la existencia de leyes, que como la indicada, tiendan a evitar subsistirían si de por sí los funcionarios públicos son inmorales; por esto considero necesario que se insista a todo nivel en una formación integral haciendo énfasis en la "dignidad" como base de la moral de todo ciudadano, partiendo desde la infancia; de lo contrario, en ausencia de principios éticos y otros de similar naturaleza, el mal no se podrá evitar. No obstante, la moralidad del funcionario, siempre debe presumirse."

b) Deontología en el servicio público

[JIMENEZ A]³

Justificación

“La sociedad costarricense está pasando por una grave crisis de valores morales, fundamentalmente, éticos o morales. Diariamente los medios de comunicación nos informan que funcionarios públicos, en todas las jerarquías, son objeto de cuestionamientos por proceder antiéticos en su quehacer, lo cual hace que la ciudadanía pierda la confianza en las instituciones públicas y, peor aún, en el régimen democrático. Esto se ha reflejado en las diferentes encuestas que se han realizado en los últimos meses.

Ante este preocupante realidad la respuesta no se ha hecho esperar.

Por parte de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, se han promulgado una serie de leyes, creado organismos a nivel nacional y presentado una serie de proyectos para atacar este flagelo. Así, verbigracia: Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos (número 6872, de 17 de junio de 1983), en la que se sanciona el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, con el objeto de garantizar el ejercicio honrado y decoroso de la función pública. Mediante decretos ejecutivos 17908-J de 3 de diciembre de 1987 y 23944-J-C del 12 de diciembre de 1994 se establece el Plan Nacional de Rescate de Valores Morales, Cívicos y Religiosos, integrado por personalidades de todos los sectores de la sociedad (del Poder Ejecutivo, Judicial, empresarial, etc.), con el objeto de forjar una sociedad armoniosa, justa y solidaria, sin que «esto signifique consenso irreflexivo. En el actual Código Penal, en el Título XV que se denomina "Delitos contra los Deberes de la Función Pública", se recogen una serie de tipos penales tendentes a reprimir los actos de corrupción, como lo son el cohecho propio e impropio, corrupción agravada, peculado, concusión. En la Ley de Justicia Tributaria se tipifican actos de corrupción del funcionario público que lesionen los intereses financieros del Estado y en general de la Sociedad. En cuanto a los proyectos de ley, tenemos: Proyecto de Código Penal, en el cual, a parte de los tipos penales ya indicados, se incluyen otros nuevos, uno de ellos reprime una conducta que ha sido una verdadera lacra en nuestra sociedad: el tráfico de influencias; sin embargo, hace falta que se tipifiquen

otras conductas lesivas como lo es el uso indebido de la información privilegiada. Proyecto de Código de Ética del Servicio Público, expediente número 12377, publicado en el Diario Oficial, La Gaceta, número 208 del 2 de noviembre de 1995.

El Poder Judicial no podía quedarse atrás en esta lucha contra la corrupción. Para la apertura del I año judicial de 1995 se escogió como tema "la ética" y para este año de 1996 se escogió "la administración I de justicia es un servicio público", ambos, íntimamente I ligados. Asimismo, la Corte Plena integró una comisión de tres señores magistrados para redactar! un proyecto de Código de Ética Judicial, el cual se encuentra, en estos momentos, en estudio de las diferentes asociaciones de jueces que conforman el I Poder Judicial. Por su lado, la Escuela Judicial de I Costa Rica, durante el año 1995, impartió varios! seminarios sobre ética en la función judicial y se programaron, para 1996, un número mayor de este I tipo de seminarios. De igual manera, el Centro de I Estudios y Capacitación Judicial de Centroamérica y Panamá, ha programado dos seminarios sobre esta temática, el primero se efectuó en Managua, en el | mes de octubre de 1994 y versó sobre "Ética Judicial" y el segundo se realizó en San José, en enero de 1996 y su tema fue "Ética en la Función Pública".

Como se puede apreciar, el tema de la ética y más concretamente el de la deontología en la función pública, lejos de ser algo vago, cada día cobra mayor I vigencia e importancia.

Precisiones conceptuales

Es necesario delimitar qué vamos a entender por deontología, sobre todo al existir conceptos vecinos como lo son el de moral y ética, con los que suele confundírsele.

La deontología ha sido definida como: "Ciencia o tratado de los deberes".

BATTAGLIA la define como aquella parte de la filosofía que trata del origen, la naturaleza y el fin del deber, en contraposición a la ontología, que trata sobre la naturaleza, el origen y el fin del ser.

Etimológicamente, es la ciencia del deber (o de lo que debe ser) y se refiere, en particular, a los deberes que corresponden a determinadas situaciones sociales. La Dra. LACOSTE, Magistrada francesa y funcionaría de la Escuela Nacional de la Magistratura de Francia, nos dice que la deontología opera, por definición, en el campo profesional, y se refiere a un conjunto de reglas

profesionales sancionadas por una instancia disciplinaria, las cuales pueden estar agrupadas en códigos o textos. Afirma que en la deontología hay nociones de falta y de sanción, entendidas en un nivel colectivo, puesto que las reglas están destinadas al conjunto de una profesión; en cambio, el respeto de las reglas por el individuo, se aprecian caso por caso.

LEGA afirma que la deontología es aplicada preferentemente a las profesiones intelectuales de antiguo origen histórico, y que "designa el conjunto de reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional de carácter no técnico, vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional."

Incluso, las reglas deontológicas rigen la conducta privada del profesional, cuando esté vinculada de cualquier forma al ejercicio de la profesión.

El contenido de estas normas deontológicas es preferentemente moral y tienden a transformarse en normas jurídicas. "Se puede afirmar que dichas reglas se refieren normalmente a la moral común, es decir, a la moral usual en un determinado lugar y momento histórico, si bien permanecen ancladas en algunos principios deontológicos universales e irreversibles. Ciertamente, la moral usual, una vez transfundida en reglas deontológicas, se aplica en muchos aspectos con criterios más definidos y más rigurosos. De hecho la deontología describe las mejores dotes morales que presumiblemente posee un tipo ideal de buen profesional, del que exalta por encima de todo su sentido moral de pertenencia a la comunidad general y a la sectorial de la profesión y exige su autorresponsabilidad en relación a la función que desarrolla".

Al basarse, preferentemente, en normas de la moral usual vigentes en un determinado lugar y momento histórico pueden variar, al menos en parte, en atención a las nuevas exigencias morales de la sociedad en general, o profesionales en particular.

Se puede afirmar que entre moral (y por consiguiente ética) y deontología, existe una relación de género a especie. Esto por cuanto las normas morales o éticas regulan todos los campos del devenir humano (social, familiar, laboral, etc.), mientras que las normas deontológicas, que son preferentemente morales, regulan los deberes (deber ser) de las personas en su vida profesional, o lo que es lo mismo, laboral. "La ética es una noción más amplia que la deontología, pues abarca el comportamiento profesional en su globalidad, en lo cotidiano, en todos los actos profesionales. Va más allá de las nociones de prohibición." Entendemos por vida profesional, no sólo el ejercicio de una profesión liberal, sino a las labores que se realizan en cualquier tipo de trabajo.

Entonces, la deontología se refiere a las normas que regulan los deberes en la actividad laboral de las personas. En este sentido, existen normas deontológicas que regulan la labor, por ejemplo, del abogado, del médico, de las enfermeras, de los periodistas, de los comerciantes, de los agentes de bolsa, de los agentes de seguros, de los sacerdotes, etc. De acuerdo con este orden de ideas, también podemos afirmar que existen normas deontológicas que regulan la actividad de todos los servidores públicos, y en particular de los servidores judiciales.

Codificación

En doctrina se ha discutido si es conveniente que las reglas deontológicas sean codificadas.

La principal objeción que se le hace a la existencia de un Código Deontológico es que se legalizan o materializan principios y reglas relativos a comportamientos que exigen una gran elasticidad de autodeterminación. "En efecto, la deontología, si bien está anclada en las exigencias de la vida profesional, está también directamente unida a la moral usual, la cual es mutable y varía según las circunstancias".

No obstante lo anterior, la mayoría de los autores se manifiestan a favor de la existencia de los Códigos Deontológicos. Con la publicidad de este tipo de normas, se logra la certeza necesaria, en sus destinatarios, de que ciertas conductas de su quehacer cotidiano, les acarrea o puede acarrear la imposición de sanciones disciplinarias. Además, esto no implica que estas normas se petrifiquen, ya que el ente correspondiente puede solicitar las reformas necesarias, teniendo en cuenta las eventuales variaciones sobrevenidas en el ejercicio de la función, y que exijan una modificación correlativa de los criterios de conducta en la misma.

Se pueden sintetizar los beneficios de que exista un código Deontológico, de la siguiente manera: subraya la eficacia intimidadora del precepto, garantiza su certeza y realiza su publicidad.

A pesar de que ha quedado sentada la importancia de la existencia de los códigos deontológicos en las diferentes actividades que realiza el ser humano, no lo es así en ciertos ordenamientos, por ejemplo, LEGA nos dice que en Italia sólo el gremio de los médicos ha promulgado un código de este tipo. En Francia, la Dra. LACOSTE afirma que no existe un Código Deontológico que regule la actividad de los servidores judiciales.

Realidad de Costa Rica

En Costa Rica, por el contrario, a pesar de que no reciben el nombre de Códigos Deontológicos sino Códigos de Moral (que al final vienen a ser lo mismo), cada una de las diferentes actividades (laborales) en que participa el ser humano, tiene uno que las regule. Así, por ejemplo, los abogados, médicos, enfermeras, corredores de bolsa, agentes de seguros, comerciantes, etc., tienen su propio Código Moral y, además, una instancia disciplinaria, dentro del gremio, que vela por su fiel cumplimiento.

Esto se debe, quizás, a la idiosincrasia de los costarricenses, la cual ha sido heredada de generación en generación, incluso podríamos afirmar, desde el propio nacimiento del Estado, en el sentido de que para nosotros las obligaciones de índole moral tienen la misma, y a veces hasta más importancia que otras, incluidas las de carácter jurídico.

Tratándose de la función pública, esto es, la labor que realiza la administración pública (central y descentralizada) y los otros Poderes del Estado, a pesar de no contar con códigos deontológicos, sí existen disposiciones dispersas de este tipo en Leyes Orgánicas o en reglamentos internos de servicio.

A parte de las disposiciones legales dichas, existen otros cuerpos normativos que contienen disposiciones de carácter Deontológico aplicables a todos los servidores públicos y otras específicas para los funcionarios judiciales. Nos referimos a la Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Ley General de la Administración Pública. De igual manera, el Código Penal, ya que la transgresión a normas o principios deontológicos puede acarrear el encuadramiento de la conducta en un tipo penal. Así como disposiciones de carácter procesal, como el Código Procesal Civil y Penal.

Además, como ya lo dejamos expuesto, existen dos proyectos de códigos "éticos": "Código de Ética del Servicio Público" y "Código de Ética Judicial". El primero se encuentra en la corriente legislativa, el segundo se encuentra en estudio de las diferentes asociaciones de jueces del Poder Judicial.

En todos los cuerpos de leyes indicados encontramos, como común denominador, la existencia de principios deontológicos como: satisfacción del bien común; lealtad; independencia; probidad; responsabilidad; eficiencia; imparcialidad; velar por la calidad

del servicio; puntualidad; reserva en los asuntos sometidos a su conocimientos; compañerismo o aplicación de las normas del trato social, siendo la actitud con respecto a los usuarios del servicio, sus jefes, subalternos y compañeros, justo, cuiaadoso, respetuoso, decoroso y cortés; eliminar los formalismos innecesarios; deber de capacitarse; objetividad; excusarse de participar en actos que ocasionen un conflicto de intereses.

Todos estos principios tiene como norte que el ejercicio de la función pública sea cristalino, puro, para que la ciudadanía no pierda la fe y confianza en las instituciones democráticas.

Conclusión

Es imprescindible que todos los ciudadanos, en especial los funcionarios públicos, sin importar la labor que realicemos, cumplamos al pie de la letra los principios y deberes deontológicos que regulan nuestros cargos, y, al mismo tiempo, que se nos exija su cumplimiento. Sólo de esta manera nuestra patria no caerá en el abismo de tener "funcionario públicos" corruptos o amorales, que lo único que hacen es poner en peligro nuestra estabilidad social.

Por ello, en nuestros días, es de vital importancia la existencia de códigos deontológicos que establezcan, con absoluta claridad, cuáles son nuestros deberes en la función pública y cuáles las sanciones si los transgredimos.

Sin embargo, el esfuerzo no puede quedarse ahí. La corrupción es un asunto de todos. El ataque contra este "virus" que carcome las entrañas mismas de la sociedad se debe iniciar desde los primeros años de vida del ser humano. Es imprescindible que en los centros de enseñanza (primaria, secundaria y universitaria) se incluya, como parte del curriculum académico, materias sobre ética y moral, ya que si no se inculca desde pequeños estos hábitos es muy difícil que cuando mayores los aprendan. De esta forma se logrará lo que los autores denominan el "clima de la cima", es decir, que las personas con poder de mando sean funcionarios probos y que ese sea el ejemplo a seguir por todos los demás funcionarios públicos y ciudadanos en general."

c) Ética Legislativa y Gobernabilidad

[SOLÍS FALLAS]⁴

“Si por gobernabilidad entendemos la eficiencia en la toma de decisiones y en la ejecución de las mismas, su nivel está determinado fundamentalmente por la calidad ética del Parlamento.

Un clima de duda y la sospecha de que existen agendas ocultas o intenciones no expresadas públicamente, acompaña la gestión política en nuestros países. Esto ha retardado o impedido la toma de decisiones aún en los casos en que las dudas carecen de fundamento.

La población no tiene dificultades para explicar el origen de sus sospechas sobre las intenciones declaradas de los gobernantes. El parlamento, siendo un poder sometido al escrutinio público permanente y de fácil acceso a los ciudadanos y a los medios de comunicación, aporta numerosos ejemplos de atentados contra la verdad.

Los casos mencionados en el apartado TRANSGRESIONES ETICAS en su mayoría constituyen violaciones a la coherencia, la palabra, las promesas, en fin, a la verdad. Cuando un diputado arremete contra un partido contrincante porque estando en gobierno desperdició recursos en la promoción de su imagen y lo disimula y hasta defiende cuando lo hace su propio partido, está afirmando con los hechos el poco valor que le atribuye a la coherencia. Cuando en campaña se promete una guerra sin cuartel contra el neoliberalismo y en funciones se da el voto a proyectos de ley sustentados en esta ideología, se está informando al país el poco valor que le atribuye a la verdad.

La violación de la verdad y la impunidad con que tal acto está privilegiado en los ámbitos legislativos, ha destruido la disposición a creer. En la mayoría de los casos, la gente no tiene ideología u opiniones sobre los temas por ejemplo de reforma del estado. Si creyeran en las intenciones declaradas de los gobernantes apoyaría casi cualquier medida.

La confianza en los gobernantes es de importancia capital en la democracia. Tal y como lo concebía Locke, numerosos hechos de la vida de un país son impredecibles. La consecuente discreción con que deben contar los legisladores será efectiva si además cuentan con el beneficio de la duda de los ciudadanos. La desconfianza divide los pueblos y debilita la Patria.

La normativa escrita, constitucional y legal, no basta para la

efectividad de la democracia. Las carencias éticas reducen la legitimidad requerida para que el Poder Legislativo pueda utilizar la discrecionalidad necesaria para cumplir sus funciones. Llevado a ciertos límites es factible que el dictador honesto y veraz tenga más legitimidad para gobernar que el demócrata corrupto o mentiroso. Aunque la posibilidad de que ese tipo de dictador exista tuviese sólo interés académico, esta afirmación sirve para ilustrar la importancia de la moral para la democracia.

Hirsch y otros economistas han hecho notar que el marco jurídico del sistema de libre empresa no se basta así mismo para funcionar adecuadamente, enfatizando que su éxito ha dependido en parte de valores morales pre-capitalistas, tales como la solidaridad y el honor. Con más razón podemos afirmar que la efectividad del gobierno (la gobernabilidad) en una democracia, donde el contrato es menos factible que en la actividad económica, depende fundamentalmente de la moral.

Debemos, por otra parte, mencionar que numerosos diputados no dedican suficiente esfuerzo a trabajar sobre la estrategia nacional de desarrollo, ya sea porque utilizan su tiempo en otros menesteres ajenos a su función o simplemente porque no la desempeñan con el tesón que la Patria espera. En otros casos los compromisos adquiridos con el Poder Ejecutivo por los diputados en el proceso de transacción de, por ejemplo, puestos, partidas presupuestarias y la selección de beneficiarios de la política social, han tenido como resultado que los proyectos de ley y los convenios internacionales presentados por el Poder Ejecutivo y con los que se construye el modelo de desarrollo, se voten positivamente y, por lo general, sin ninguna discusión de fondo.

En muchos casos tales actitudes han impedido que los temas más importantes de la vida de los países tengan presencia en el Primer Poder de la República y han dejado un espacio vacío el cual ha sido ocupado por los organismos financieros internacionales y grupos de interés económico local. Asimismo han permitido a las autoridades políticas del área económica pactar la estrategia de desarrollo con tecnócratas foráneos y no con la representación diversa y democrática que se manifiesta en el Parlamento. Como resultado los contenidos de los acuerdos firmados con los organismos financieros internacionales no se han convertido en parte de las ideas fuerza del país y su puesta en práctica tiende a ser ineficiente y controvertida.

En fin, la común patología ética legislativa de relativizar, a veces dramáticamente, la verdad, y la ausencia total de sanción ante esa práctica, es la principal materia prima de la dificultad para creer. Esta, junto a la ausencia de independencia, de estudio

y trabajo serio, constituyen un enemigo de la gobernabilidad y, por lo tanto, del progreso de nuestros países."

2 NORMATIVA

a) Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁵

Artículo 3º

Deber de probidad. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.

Artículo 4º

Violación al deber de probidad. Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedan, la infracción del deber de probidad, debidamente comprobada y previa defensa, constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal.

Artículo 5°

Fraude de ley. La función administrativa ejercida por el Estado y los demás entes públicos, así como la conducta de sujetos de derecho privado en las relaciones con estos que se realicen al amparo del texto de una norma jurídica y persigan un resultado que no se conforme a la satisfacción de los fines públicos y el ordenamiento jurídico, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma jurídica que se haya tratado de eludir.

Artículo 43.

Responsabilidad de los miembros de los Supremos Poderes. En caso de que las infracciones previstas en esta Ley sean atribuidas a diputados, regidores, alcaldes municipales, magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, ministros de Gobierno, el contralor y subcontralor generales de la República, defensor de los habitantes de la República y el defensor adjunto, el regulador general y el procurador general de la República, o a los directores de las instituciones autónomas, de ello se informará, según el caso, al Tribunal Supremo de Elecciones, a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Gobierno, la Asamblea Legislativa o al presidente de la República, para que, conforme a derecho, se proceda a imponer las sanciones correspondientes.

3 JURISPRUDENCIA

a) Resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones

Acuerdo de sesión STSE-4322-2007

[TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES]⁶

7 de setiembre de 2007

Señor

Marco Antonio Jiménez Rodríguez

Jefe de Unidad Auditora

Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica

ASUNTO: Noticia de un correo electrónico enviado por el Vicepresidente y un diputado del Partido Liberación Nacional al señor Presidente de la República.

Estimado señor:

Esta Secretaría comunica el acuerdo adoptado por el Tribunal Supremo de Elecciones en Sesión Extraordinaria N° 83-2007, celebrada el siete de setiembre del año en curso, integrado por el señor Magistrado Luis Antonio Sobrado González, quien preside, la señora Magistrada Eugenia María Zamora Chavarría y el señor Magistrado Max Alberto Esquivel Faerron, que dice:

“ARTÍCULO ÚNICO.-

Del señor ingeniero Luis Roberto Soto, se conoce correo electrónico de hoy, mediante el cual se refiere a la “noticia de un correo electrónico enviado por el Vicepresidente y un diputado del Partido Liberación Nacional al señor Presidente Oscar Arias Sanches (sic), donde lo “aconsejan” sobre la estrategia a seguir en torno al referéndum que se llevará a cabo en nuestro país”, según detalla, quedando a la espera de un pronunciamiento por parte de este Tribunal.

Se dispone: Habiendo conocido este Tribunal los términos del memorando que dirigen los señores Kevin Casas -Vicepresidente de la República y Ministro de Planificación- y Fernando Sánchez -Diputado- a los señores Presidente de la República y Ministro de la Presidencia, del cual da hoy amplia cobertura la prensa nacional y cuya autoría ha sido reconocida al menos por uno de ellos, se estima procedente hacer el siguiente pronunciamiento:

1. Al intitularse esa comunicación como "memorandum", resulta claro que no se trata de correspondencia privada sino de un documento público.

2. El mismo sugiere "Algunas acciones urgentes para activar la campaña del Sí al TLC", cuya sola formulación es inaceptable, máxime proviniendo de altas autoridades gubernamentales, por proponer estrategias que contradicen el llamado que insistentemente ha hecho el Tribunal a la prudencia y sensatez de los líderes políticos y funcionarios públicos que necesariamente se traduce en imperativos tales como: evitar traducir la retórica política en desinformación ciudadana, asumir tolerantemente y sin presiones indebidas la diversidad de opiniones que existe entre los funcionarios públicos y en la comunidad en general, procurar un debate de altura de suerte que las ideas prevalezcan sobre la descalificación personal o ideológica del adversario y, desde luego, abstenerse de distraer recursos públicos en las campañas que desarrollen los distintos grupos sociales por el "sí" o el "no".

3. Resulta irrespetuosa la referencia que se hace del Tribunal Supremo de Elecciones -aunque la misma evidencia la imparcialidad de este último- en cuanto se sugieren maniobras para "cubrirnos las espaldas de cara al TSE", específicamente dirigidas a encubrir como actividades oficiales acciones propagandísticas.

Ante la posibilidad de que esto último pudiera haberse concretado, corresponde, en los términos de la sentencia de este Tribunal N° 2156-E-2007, solicitar a la Auditoría Interna del Ministerio de Planificación realizar la respectiva investigación e informar a este Tribunal, oportunamente, de sus resultados. ACUERDO FIRME."

Atentamente,

Lic. Alejandro Bermúdez Mora

Secretario

rpr.-

C: Dr. Oscar Arias Sánchez, Presidente de la República
Lic. Rodrigo Arias Sánchez, Ministro de la Presidencia
Sr. Kevin Casas Zamora, Ministro de Planificación Nacional y Política Económica
Sr. Fernando Sánchez Campos, Diputado, Partido Liberación Nacional, Asamblea Legislativa
Ing. Luis Roberto Soto
archivo-copiador

Resolución N.º 2156-E-2007.

[TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES]⁷

Tribunal Supremo de Elecciones. San José, a las quince horas del veintisiete de agosto del dos mil siete.

Denuncias interpuestas contra el señor Óscar Arias Sánchez, Presidente de la República, y la señora María Luisa Ávila Agüero, Ministra de Salud, por presunta beligerancia política, invocación de motivos religiosos y manifestaciones públicas a favor del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (TLC) haciendo uso de recursos públicos, todo en el marco del referéndum sobre ese Tratado.

RESULTANDO

1.- Mediante escrito presentado ante la Secretaría de este Tribunal el 19 de julio del 2007, el señor Víctor Emilio Granados Calvo, Secretario General del Partido Accesibilidad sin Exclusión, interpone denuncia contra los señores Óscar Arias Sánchez, Presidente de la República, y María Luisa Ávila Agüero, Ministra de Salud, por considerar que han violentado los artículos 11, 130, 139 inciso 20) de la Constitución Política; 87, 88 y 153 inciso d) del Código Electoral; y, 11, 12, 13 y 28 de la Ley General de la Administración Pública. El señor Granados Calvo invoca los hechos suscitados el día 17 de julio del 2007 en el Centro Evangelístico de Zapote, señalando que los señores Presidente de la República y Ministra de Salud se apersonaron en su condición de funcionarios públicos y suscribieron el Reglamento para el funcionamiento sanitario de iglesias, templos y lugares de culto. El denunciante

alega que, dada la presencia de personeros y líderes del Partido Restauración Nacional (señores Carlos Avendaño y Guyón Massey), la participación de los señores Arias Sánchez y Ávila Agüero constituye participación política prohibida en los términos del artículo 88 del Código Electoral, al utilizarse la autoridad e influencia de sus cargos en beneficio de partidos políticos. Asimismo, en virtud de manifestaciones públicas a favor del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (TLC), se denuncia la invocación de motivos religiosos en propaganda política, al igual que la utilización de recursos públicos para tal efecto (folios 1 a 13 del expediente).

2.- Mediante el artículo segundo de la sesión ordinaria n.º 66-2007 celebrada el 24 de julio del 2007, este Tribunal dispuso incorporar al presente expediente (n.º 213-S-2007) la denuncia interpuesta por el señor Alberto Cabezas Villalobos contra el señor Presidente de la República por manifestar su posición a favor del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (TLC) mediante el uso de recursos públicos (folios 16 a 18).

3.- Mediante el artículo segundo de la sesión ordinaria n.º 68-2007 celebrada el 31 de julio del 2007, el Tribunal dispuso incorporar también al presente expediente la denuncia que formulara el señor Fabio Delgado Hernández, Presidente del Partido Rescate Nacional, contra el señor Presidente de la República y en virtud de sus manifestaciones y solicitudes de apoyo para el SÍ en el proceso de referéndum. Solicita se inicie la investigación respectiva y se conmine al denunciado a suspender y abstenerse de realizar acciones y manifestaciones contrarias a la regulación del referéndum, en cuanto a utilización de su cargo, período laboral y recursos públicos a su disposición (folios 20 a 23).

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

Redacta el Magistrado Sobrado González; y,

CONSIDERANDO

I.- Sobre la denuncia formulada en cuando alega participación política prohibida:

a).- Respecto de la admisibilidad de la denuncia por beligerancia política: La jurisprudencia electoral reconoce la legitimación de cualquier ciudadano para presentar denuncias por beligerancia o parcialidad políticas de funcionarios públicos; al efecto, entre otras, la resolución n.º 3085-E-2003 de las 10:40 horas del 9 de diciembre del 2003 destaca:

"El Reglamento sobre Denuncias por Parcialidad o Participación Política, establece en el artículo 2º: "El procedimiento se iniciará a instancia del representante legal de cualquier partido político inscrito o persona que tenga conocimiento de tales hechos, previa comprobación de su identidad. En él intervendrá la Inspección Electoral como Órgano Director del procedimiento" (el subrayado no es del original).

Ese mandato reglamentario, en cuanto autoriza la denuncia ciudadana, tiene además respaldo en el criterio jurisprudencial sentado a partir de la resolución del Tribunal Supremo de Elecciones n.º 1394-E-2000, de las nueve horas y quince minutos del once de julio del dos mil. En dicha oportunidad se consideró lo siguiente:

"IV.- Con el propósito de clarificar el punto bajo estudio, resulta oportuno hacer un recuento sobre lo acontecido en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, con ocasión de la aprobación de la citada disposición constitucional. Según consta en sus actas (ver núm. 75 y 76, página 182 y siguientes del tomo segundo del libro de Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, San José, Imprenta Nacional, 1952), se discutió profusamente la competencia del Tribunal Supremo de Elecciones en esta materia. Digno de resaltar es el hecho de que ninguno de los constituyentes abogó por la impunidad de los delitos electorales; por el contrario, hubo consenso en la necesidad de establecer sanciones drásticas para sus autores. Las discusiones se centraron en la determinación del órgano competente para su conocimiento.

Por una parte se vio con preocupación dotar a este organismo de un poder sancionatorio al margen de la jurisdicción ordinaria, con posibilidades de condenar en una instancia y sin apelación, creando una jurisdicción especial para delitos electorales, cuya pena de inhabilitación cae bajo la órbita del Código Penal.

Por otra, quienes estaban en favor de la tesis de conferir al Tribunal Supremo de Elecciones esa competencia, consideraron que con ello se le da un respaldo moral al Tribunal y en forma indirecta al sufragio popular. Esto, estimaron, le daría las garantías necesarias para que su función se realice en forma cabal y se respeten sus decisiones. Consideraron que para ese supuesto actúa como un tribunal de justicia, en donde la sanción es de orden administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades penales que la conducta pueda acarrear. Agregaron que, de mantenerse en la jurisdicción ordinaria, se sometería el proceso a la lentitud propia de ese sistema, con riesgo de que pasen unas elecciones y el funcionario acusado aún no haya sido destituido.

Al margen de asunto meramente competencial, se estimó que ejercería un efecto tendiente a poner coto a los abusos y

atropellos de las autoridades, evitando que quienes no tienen escrúpulos se echen por el atajo de la burla al sufragio.

V.- Es clara la voluntad del constituyente de sustraer de la jurisdicción ordinaria una labor que le es propia, para otorgársela a este Tribunal, favoreciendo de esta manera su competencia jurisdiccional cuando se trate de ilícitos por: a.- parcialidad política de los servidores del Estado en el ejercicio de sus cargos o b.- sobre actividades políticas de funcionarios a quienes les esté prohibido ejercerlas.

La discusión fue ayuna en lo referido a la legitimación para la formulación de este tipo de denuncias, quizás producto del importante consenso que se logró en punto al deseo de impedir la impunidad de aquellas conductas que, en un pasado no muy lejano, se señalaban como las corresponsables de atentar contra la pureza del sufragio.

Ese espíritu del constituyente obliga desde ya a entender que la referencia de la Carta Política a los partidos políticos como sujetos denunciadores no es excluyente de la posibilidad de que el Tribunal actúe a partir de la denuncia que también podría presentar cualquier persona, dado que la interpretación contraria favorece que sólo se juzgue a aquellos funcionarios que no logren acuerdos de impunidad con las formaciones partidarias.

Este último entendimiento no se aviene tampoco con el hecho de que, mediante la tipificación de los ilícitos de parcialidad y beligerancia política, el bien jurídico que se tutela es la pureza electoral, que requiere para su realización la afirmación del principio de imparcialidad de las autoridades gubernativas en los procesos electorales (inc. 3º del art. 95 constitucional). Por ende, la comisión de tales ilícitos no sólo ofende a los partidos que intervienen en la política nacional, sino a toda la colectividad; de donde no resulta posible sostener que su persecución esté necesariamente condicionada a que uno de tales partidos interponga la respectiva denuncia, toda vez que cualquier miembro de la comunidad nacional debe entenderse habilitado para hacerlo.

En este orden de ideas, la mención constitucional de los partidos no significa que éstos tengan el monopolio de la denuncia por parcialidad o beligerancia política de los funcionarios públicos -como si se tratara de ilícitos sólo perseguibles cuando aquéllos lo insten-, sino como una habilitación especial para que tales partidos puedan también hacerlo, además de la persona física que sea la verdadera portadora de la noticia criminis, en atención a que ésta puede sentir un justificado temor por las represalias que podría generar su denuncia personal contra funcionarios de elevada posición y gran poder. No se trata, pues, de excluir la denuncia

ciudadana, sino de una excepcional autorización para que sea el partido persona jurídica, sin exponer al verdadero denunciante, quien obligue al Tribunal a realizar la correspondiente investigación, como garantía adicional de la pureza electoral como valor fundamental".

Siendo así, los ciudadanos pueden ejercer control sobre la actuación política de los funcionarios públicos por medio de la denuncia por parcialidad o participación política planteada ante este Tribunal, previa comprobación de su identidad.

Mediante resolución n°. 2001-12211 de las 14:42 horas del 28 de noviembre del 2001, la Sala Constitucional se pronunció sobre el tema de la legitimación para interponer las denuncias por participación o parcialidad política, en un sentido similar al que sostiene la mayoría del Tribunal:

"Aunque la Constitución Política le otorga a los partidos políticos la potestad de presentar denuncias por parcialidad política contra de funcionarios del Estado en ejercicio de su cargo, no se trata de un privilegio concedido únicamente a ellos. Interpretarlo de tal forma implicaría negarle a los propios ciudadanos la posibilidad de contribuir a que los procesos electorales se desarrollen de conformidad con los principios de transparencia y respeto del orden jurídico, o incluso, dejar en manos de los partidos la decisión de si se investiga o no.

A mayor abundamiento, es preciso indicar que en criterio de la Sala, el Tribunal Supremo de Elecciones puede, de oficio, iniciar una investigación en tal sentido, en su condición de garante y contralor del proceso electoral. En este sentido, una interpretación como la que hace el accionante, limitaría en forma irrazonable lo que es un derecho fundamental de cualquier ciudadano: el derecho de denunciar, y también anularía el papel del T.S.E., que a los ojos del constituyente de 1949 debía ser decisivo en la transparencia de los procesos electorales. En virtud de lo expuesto, la acción es improcedente y así debe declararse".

De conformidad con lo expuesto, la denuncia presentada por el señor Granados Calvo, aún si hubiese sido a título personal, no tiene obstáculos de admisibilidad.

b).- Aclaración debida respecto de las denuncias por beligerancia política en los procesos consultivos de referéndum: Este Tribunal, en la reciente resolución n.º 1119-E-2007 de las 14:20 horas del 17 de mayo del 2007, delimitó los alcances del artículo 88 del Código Electoral y normas conexas en relación con los procesos de referéndum. En lo que interesa al tema bajo análisis, se indicó:

"IV.- APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD POLÍTICO-PARTIDARIA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN LOS PROCESOS ELECTORALES DE TIPO CONSULTIVO (REFERÉNDUM): La Ley sobre Regulación del Referéndum, en adelante la Ley, constituye el marco legal orientador que regula los aspectos atinentes al instituto del referéndum y, de acuerdo con su artículo primero, su objeto es "(...) regular e instrumentar el instituto de 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."

1) Acotación inicial: Tal como se adelantó a la hora de analizar el sufragio en sus dos dimensiones (electiva y consultiva), en el proceso de consulta popular está ausente la intermediación de los partidos políticos. En efecto, contrario al sistema de democracia representativa, en donde se instalan las votaciones de tipo electivo y se genera una contienda político-electoral en la que convergen las distintas fuerzas políticas del país, las organizaciones político-partidarias no son protagonistas del proceso consultivo, puesto que no se está en presencia de la designación de autoridades y candidatos de los partidos políticos (artículo 98 constitucional).

2) Tratamiento del problema: Vista la parcialidad o participación política de los servidores estatales como una infracción al deber de neutralidad política, conducta castigada por el eventual beneficio o, la intención de beneficiar a determinada tendencia o partido político, no existe en la Ley, de forma expresa, una regulación en este sentido. Aquellas de sus normas que comportan prohibiciones y sanciones (artículos 20 y 32), no contemplan nada respecto de la participación activa de los funcionarios públicos en el proceso de referéndum.

Tal parece que el legislador, para tal omisión, consideró que no se estaba ante un proceso edificado a partir de los partidos políticos, por lo que el principio de imparcialidad de las autoridades gubernativas, que consagra el artículo 95 inciso 3) de la Constitución Política, había de entenderse suficientemente garantizado con la prohibición que tienen el Poder Ejecutivo, las entidades autónomas, semiautónomas, empresas del Estado y demás órganos públicos de utilizar sus presupuestos para hacer campañas a favor o en contra de los textos o proyectos sometidos a la consulta (artículo 20 de la Ley), sin necesidad de restringir las discusiones o deliberaciones de los funcionarios públicos en torno al tema por consultar.

Téngase en cuenta, a mayor abundamiento, que la Ley sobre Regulación del Referéndum establece dos remisiones al Código

Electoral. La primera está contenida en el artículo 5:

"Artículo 5° - Normativa supletoria. Para realizar el referéndum, se aplicarán, de manera supletoria, las normas contenidas en el Código Electoral."

La segunda remisión a la disciplina normativa electoral está inserta en el párrafo segundo del numeral 23 y señala que: "En todo lo que sea compatible, se aplicarán las disposiciones que contiene, al efecto, el Código Electoral."

A juicio de esta Magistratura Electoral la remisión, en el primero de los casos, comporta la aplicación general de las normas de organización, dirección y fiscalización del proceso en lo no previsto por la ley. En el segundo, se trata simplemente de un reenvío expreso a las normas electorales en cuanto a lo que concierne a las Juntas receptoras de votos. En ninguno de los dos casos anteriores puede entenderse que dicho reenvío abarque disposiciones limitativas de la libertad de expresión que, por ser materia odiosa, deben interpretarse restrictivamente.

3) Sobre el principio de reserva de ley y de interpretación restrictiva que rige en este particular: Habida cuenta que la figura de la parcialidad o participación política está impregnada de los principios constitucionales de legalidad y tipicidad que rigen la materia sancionatoria, la imposición de una pena supone la existencia de una ley previa que describa, en forma detallada y clara, la conducta que se reprocha. En otras palabras, debe mediar una norma que especifique y defina cuál es la conducta que el legislador ha considerado que debe ser sancionada y que infringe el bien jurídico que se pretende tutelar, toda vez que la materia sancionatoria, al constituir materia odiosa, está reservada a la ley y cualquier interpretación debe ser restrictiva a favor de las libertades públicas (principios pro homine y pro libertate). Sobre este particular la Sala Constitucional, en el voto n.º 3173-93 de las 14:57 horas del 6 de julio de 1993, expresó:

"(...) el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano."

De igual manera, sobre los principios de legalidad y tipicidad aplicables a la materia sancionatoria electoral, el jurista Silva Adaya puntualiza:

"En el derecho de las faltas e infracciones electorales tiene vigencia el principio de tipicidad (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta) que constituye una

proyección específica del de legalidad, reserva de ley o exigencia de ley habilitante. Dicho principio implica: a) La necesidad de que toda conducta que se pretenda reputar como falta, debe estar prevista en una ley; b) La ley en que se disponga el presupuesto de la sanción, la conducta ilícita, infracción o falta, así como la correlativa sanción, necesariamente debe ser escrita y anterior a la comisión del hecho, a fin de que sus destinatarios inmediatos conozcan con precisión cuáles son las conductas ordenadas y las prohibidas, así como las consecuencias jurídicas de su inobservancia, y c) Las normas jurídicas en que se prevea una falta electoral y su sanción sólo admiten una interpretación y aplicación exacta y estricta (odiosa sunt restringenda), ya que el ejercicio del ius puniendi debe actualizarse sólo en aquellos casos en los que exista coincidencia plena entre los elementos del supuesto jurídico y el hecho, es decir, la conducta debe encuadrar en el tipo en forma precisa para que se pueda aplicar la consecuencia jurídica, quedando así proscrita la analogía; asimismo, ese poder coactivo debe ser acotado y limitado, puesto que los supuestos en que se autoriza su aplicación son estrechos o restrictivos por significarse como limitaciones, restricciones, suspensiones o privaciones de derechos de todo sujeto activo o infractor." -el resaltado no es del original- (en Diccionario Electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Vol. 1, 2000, p. 536).

Es lo propio, entonces, concluir que no existe una norma clara o específica en torno a la aplicación del artículo 88 del Código Electoral al proceso consultivo de referéndum; las remisiones generales que hace la Ley al Código Electoral, tampoco permiten reconocer, vía interpretativa, un régimen sancionatorio que castigue la parcialidad o participación política de los servidores del Estado, el cual no ha sido previsto por el legislador. Lo anterior conduce a amparar, indiscutiblemente, el derecho fundamental a la libertad de expresión consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política, la que ahora cobra mayor relevancia al estarse frente a un tema de interés nacional que sirve a los propósitos de una plena participación social y cuyo examen no es exclusivo de los partidos políticos, como lo subrayó el Tribunal en la resolución n.º 3242-E-2006:

"Cualquier disertación o estudio sobre el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, independientemente que ello hubiere generado pasiones político-electorales dentro de la contienda eleccionaria de febrero pasado (a la luz de la oferta y manejo político que, sobre el eventual Tratado pudieron haber realizado las diferentes estructuras partidarias), es un asunto que interesa a los distintos sectores del país, llámense agrupaciones políticas,

grupos sociales, académicos, profesionales, industriales o comerciales, por lo que la discusión de ese Instrumento internacional no ha de entenderse agotada estrictamente en el seno de los partidos políticos sino que también encuentra espacios de reflexión a través de foros, coloquios o entrevistas ajenas a la mera conducción político-partidista."."

V.- DE LAS CONSULTAS ESPECÍFICAS: Dado que las tres consultas planteadas ante este Tribunal conducen al mismo propósito, sea, dilucidar los alcances de la participación de los funcionarios públicos a favor o en contra de la aprobación del TLC en el proceso consultivo de referéndum, según las normas de imparcialidad política contenidas en el artículo 88 del Código Electoral, se atienden en el orden en que fueron presentadas, no sin antes tener en cuenta, a modo de recapitulación, tres aspectos de relevancia: a) la parcialidad o participación política de los servidores del Estado implica una conducta que beneficie o tienda a beneficiar a determinada tendencia o partido político; b) en las votaciones de orden consultivo (referéndum) el ciudadano accede a una participación ciudadana que no compromete, en nada, su imparcialidad en los términos del artículo 88 del Código Electoral, al no constituirse los partidos políticos en intermediadores necesarios del proceso, toda vez que el producto buscado es la legislación, a cargo del Soberano, y no la designación de representantes a través de esos partidos; c) no existe en la Ley de cita, regulación alguna sobre el tema de la parcialidad o participación política de los funcionarios estatales ni remisión expresa y puntual a lo estipulado en el artículo 88 del Código Electoral y normas conexas, por lo que, a la luz de los principios pro homine y pro libertate, debe admitirse -como regla de principio- el posible involucramiento de los funcionarios públicos en las discusiones que anteceden la consulta popular." (lo destacado y subrayado no pertenece al original).

Como síntesis de lo expuesto y en los temas que por ahora interesan, la parte dispositiva de la supracitada resolución n.º 1119-E-2007 estableció en sus apartes 1) y 4):

"1) Las restricciones y sanciones que establece el artículo 88 del Código Electoral no son de aplicación a los funcionarios públicos, incluidos los servidores judiciales, en el proceso consultivo para someter a referéndum la aprobación o improbación del TLC, lo que implica que en ese proceso, o en cualquier otro de índole consultiva, dichos funcionarios pueden participar de su etapa previa (recolección de firmas) o de posteriores disertaciones o campañas a favor o en contra del tema sometido a consulta, incluida una eventual labor como delegados o miembros de mesa, con las restricciones legales y laborales del caso".

“4) La inaplicabilidad de las normas de neutralidad política establecidas en el Código Electoral y normas conexas para el proceso consultivo de referéndum sobre el TLC está condicionada a que los funcionarios públicos con prohibición absoluta de participación político-electoral no expresen, de alguna manera, adhesión o simpatía por los partidos políticos, ni favorezcan las estrategias que, sobre el acuerdo comercial, han implementado esas agrupaciones”.

Consecuentemente, es bajo las premisas establecidas en esa resolución que corresponde examinar la presente denuncia por beligerancia política.

c).- Sobre el fondo de la denuncia por beligerancia política: El señor Granados Calvo acusa la violación del artículo 88 del Código Electoral por parte del Presidente de la República y la Ministra de Salud. Sostiene el denunciante que la participación de estos funcionarios el día 17 de julio del 2007 en la actividad celebrada en el Centro Evangelístico de Zapote, a propósito de la firma del Reglamento para el funcionamiento sanitario de iglesias, templos y lugares de culto, constituye una participación política prohibida por el artículo 88 del Código Electoral, al utilizarse la autoridad e influencia de sus cargos en beneficio de partidos políticos, lo anterior en razón de la presencia de personeros y líderes del Partido Restauración Nacional: señores Carlos Avendaño, Presidente de esa agrupación política, y Guyón Massey, Diputado electo por postulación de ese partido.

Para una mejor comprensión del caso, conviene reproducir el artículo 88 del Código Electoral:

“Artículo 88.- Prohibición para empleados y funcionarios públicos: Prohíbese a los empleados públicos dedicarse a trabajos o discusiones de carácter político electoral, durante las horas laborales y usar su cargo para beneficiar a un partido político.

El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Ministros y Viceministros, el Contralor y el Subcontralor Generales de la República, el Defensor y el Defensor Adjunto de los Habitantes, el Procurador General y el Procurador General Adjunto, los presidentes ejecutivos, directores ejecutivos y gerentes de las instituciones autónomas, los gobernadores, los oficiales mayores de los ministerios, los miembros de la Autoridad de Policía, los agentes del Organismo de Investigación Judicial, los Magistrados y empleados del Tribunal Supremo de Elecciones, los Magistrados y funcionarios del Poder Judicial que administren justicia, el Director y empleados del Registro Civil y quienes tienen prohibición en virtud de otras leyes, no podrán participar en las actividades de los partidos políticos, asistir a clubes ni reuniones de carácter político utilizar la autoridad o influencia

de sus cargos en beneficio de los partidos políticos, colocar divisas en sus viviendas o vehículos ni hacer ostentación partidista de cualquier otro género.

No podrán presentarse a emitir su voto portando armas los miembros de la Autoridad de Policía, los agentes del Organismo de Investigación Judicial ni quienes desempeñen funciones semejantes de autoridad.

En materia electoral, los funcionarios incluidos en los párrafos segundo y tercero de este artículo, únicamente podrán ejercer su derecho de emitir el voto el día de las elecciones, en la forma y condiciones establecidas en este Código." (el subrayado no corresponde al original).

Por su parte, la sentencia n.º 361-E-2006 de las 9:50 horas del 1.º de febrero del 2006, que resolvía una denuncia por beligerancia política contra el señor Abel Pacheco de la Espriella, en ese momento Presidente de la República, indicó:

"Evidentemente, lo que el legislador pretendió a través de la norma transcrita fue limitar la participación en actividades político-partidarias de ciertos funcionarios públicos, y en el caso de algunos otros -los citados en el párrafo 2º- vedar totalmente esa participación, ello con el fin de asegurar su neutralidad político-electoral; lo anterior con un doble propósito, pues por un lado evita que los funcionarios públicos desvíen sus esfuerzos en una actividad totalmente ajena a la ordinaria que deben desempeñar y, por otro, que en su función no beneficie o favorezca a alguno de los partidos políticos participantes en el proceso electoral, sea haciendo o dejando de ejecutar actos propios de su puesto, a favor o en perjuicio de determinada agrupación, incluso llegando a solicitar al electorado el apoyo a uno de los partidos políticos o sus candidatos, lo que afectaría la libertad electoral de los ciudadanos y la equidad en la disputa comicial.

En punto a la parcialidad política, este Tribunal en resolución número 639-E-2004 de las 10:05 horas del 11 de marzo de 2004 señaló:

"La Constitución Política en su artículo 102 inciso 5) faculta al Tribunal Supremo de Elecciones para "investigar por sí o por medio de delegados, y pronunciarse con respecto a toda denuncia formulada por los partidos sobre parcialidad política de los servidores del Estado en el ejercicio de sus cargos, o sobre actividades políticas de funcionarios a quienes les esté prohibido ejercerlas". Este precepto prevé dos conductas reprochables de los funcionarios públicos: la parcialidad política en el ejercicio de sus cargos y las actividades políticas de aquellos a quienes les

estén prohibidas expresamente. El primer caso comprende a todos los funcionarios públicos en general sin distinciones de ninguna naturaleza, mientras que el segundo, reprocha las actividades políticas de aquellos a quienes les esté prohibido ejercerlas. Esta última es la norma que da fundamento, entre otras, a las prohibiciones previstas en el artículo 88 del Código Electoral que, a su vez distingue dos situaciones diferentes: la prohibición general, que comprende a todos los empleados públicos, para "dedicarse a trabajos o discusiones de carácter político electoral, durante las horas laborales" -párrafo 1º- y la especial -párrafo 2º- que comprende sólo a ciertos funcionarios mencionados taxativamente, dentro de los que se incluye al Presidente de la República. Tanto el párrafo primero como el segundo de ese artículo 88, contemplan dos conductas que, constituyen parcialidad política, a saber: "usar su cargo para beneficiar a un partido político" o "utilizar la autoridad o influencia de sus cargos en beneficio de los partidos políticos..." (el resaltado no corresponde al original).

Conforme lo anterior, las prohibiciones previstas en el artículo 88 del Código Electoral (la general y la especial), aplicables a los funcionarios públicos señalados en esa norma, comprende la imposibilidad de dedicarse a trabajos o discusiones de carácter político electoral durante las horas laborales, utilizar su cargo para favorecer a alguna agrupación política en detrimento de otras, de participar en algún evento partidario o de tendencias políticas, la concurrencia a clubes o reuniones políticas, la ostentación partidista de cualquier tipo, la colocación de signos externos en sus viviendas o vehículos, siendo estas últimas extensivas al momento en que emitan su sufragio. En consecuencia, solamente en caso de llegarse a verificar que algún funcionario público de los citados en el artículo 88 del Código Electoral incurra en alguna de las conductas antes descritas, podría -previo procedimiento seguido al efecto- eventualmente ser destituido de sus funciones e inhabilitársele a ocupar cargos públicos".

A la luz de los citados antecedentes jurisprudenciales y examinada la denunciada conducta del Presidente de la República y la Ministra de Salud, en el evento realizado el día 17 de julio del 2007 en el Centro Evangelístico de Zapote, este Tribunal no aprecia hechos que puedan tipificarse como parcialidad o participación política prohibida y que amerite la apertura del respectivo procedimiento sancionatorio. Contrario a lo expuesto por el denunciante, el Tribunal estima que la sola presencia de los señores Carlos Avendaño, Presidente del Partido Restauración Nacional, y Guyón Massey, Diputado electo por postulación de ese partido, en la firma del Reglamento para el funcionamiento sanitario de iglesias, templos y lugares de culto, no constituye

una actividad partidaria o que procure favorecer electoralmente a una agrupación política específica. La presencia de los citados políticos obedece a su protagonismo respecto de la materia objeto de regulación y que incluso los llevó integrar la Comisión Mixta que, para la elaboración del decreto respectivo, se conformara desde el Ejecutivo. En efecto, revisado el propio alegato y la prueba aportada al expediente y dada la naturaleza del evento, no se desprenden declaraciones o conductas en los señores Arias Sánchez y Ávila Agüero que favorezca o beneficien al Partido Restauración Nacional.

Para este Tribunal la actuación denunciada, no encuadra dentro de las conductas tipificadas en el artículo 88 del Código Electoral, en tanto no se advierte que los comentarios o el evento por sí mismo constituyan una forma de participación política o de apoyo partidario, mucho menos que procuren incitar al electorado a adoptar una preferencia político partidista, en los términos del artículo 88 del Código Electoral. Consecuentemente, no existiendo entonces mérito suficiente que justifique el inicio de procedimiento alguno por beligerancia o parcialidad política, en lo que a este aparte de la denuncia se refiere, lo procedente es su desestimación.

II.- Sobre la denuncia interpuesta en lo que refiere a invocación de motivos religiosos:

a).- Sobre la jurisprudencia electoral relevante: El artículo 28 de la Constitución Política expresamente señala:

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

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

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas" (el subrayado no es del original).

Por su parte el Código Electoral refleja ese mandato constitucional al establecer en su numeral 87:

"Es prohibida toda forma de propaganda en la cual - valiéndose de las creencias religiosas del pueblo invocando motivos de religión-, se excite a la muchedumbre en general o a los ciudadanos en particular a que se adhieran a se separen de partidos o candidaturas determinadas".

Precisamente, respecto de la limitación constitucional destacada

en el párrafo tercero de la norma constitucional citada, hace escasos días este Tribunal fue consultado en cuanto a su aplicación a los procesos de referéndum, pronunciamiento que, por su inmediatez y relevancia para el caso que nos ocupa, deviene imperativo retomar. En lo que interesa, dispuso este Tribunal en la resolución n.º 1948-E-2007 de las 9 horas del 10 de agosto del 2007:

"VI.- Sobre la aplicación de la prohibición contenida en el párrafo tercero del artículo 28 de la Constitución Política a los procesos de referéndum: La reforma de los artículos 102 y 105 de la Constitución Política (Ley número 8281 del 28 de mayo del 2002, publicada en La Gaceta número 118 del 20 de junio del 2002), mediante la cual se introdujo, en nuestro ordenamiento, el instituto de la democracia directa denominado referéndum, vino a modificar la tradicional democracia representativa costarricense, al permitir también votaciones de carácter consultivo, en las cuales, al Soberano, excepcionalmente, a través del sufragio se le otorga la potestad de legislar, sea para aprobar o derogar leyes o para hacer reformas parciales a la Constitución.

La citada modificación constitucional, al incorporar otro tipo de votaciones, como las de carácter consultivo, amplió el concepto del derecho al sufragio, reconocido en el artículo 93 de la Carta Magna, tal y como lo indicó este Tribunal en la resolución número 3384-E-2006 de las 11:00 horas del 24 de octubre de 2006:

"En este sentido, el artículo 93 de la Constitución Política establece que el sufragio es función cívica primordial y mediante el artículo 99 de dicho cuerpo normativo, señala que: "La organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio corresponden en forma exclusiva al Tribunal Supremo de Elecciones, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido...".

Este concepto de sufragio ha de entenderse en sentido amplio: "a través de su ejercicio se determina y manifiesta el contenido de la voluntad popular, no solamente en cuanto al acto de elegir gobernantes, sino también para pronunciarse mediante el plebiscito, el referéndum o cualquier otra forma de consulta sobre cuestiones de interés general, que sean sometidos a pronunciamiento popular. De forma tal que el sufragio es un mecanismo mediante el cual los ciudadanos ejercen el derecho a participar en la conducción democrática del país, designando a quienes nos representan en el gobierno o manifestando su criterio en relación con asuntos de trascendencia nacional que les sean consultados (el resaltado no es del original).

De manera que ese desdoblamiento del proceso electoral costarricense en fenómenos electorales de tipo electivo y

consultivo, a la luz de la reforma constitucional apuntada, permite entender que, a pesar de que en un principio las regulaciones del derecho al sufragio estaban dirigidas, únicamente, para la elección de cargos públicos (Presidente y Vicepresidente de la República, Diputados a la Asamblea Legislativa y a la Asamblea Constituyente y miembros de las municipalidades), lo cierto es que actualmente también están dirigidas a regular también los procesos consultivos; de ahí que, la prohibición contenida en el párrafo tercero del artículo 28 constitucional, de realizar propaganda política valiéndose de motivos o creencias religiosos, por la innegable influencia que puede ejercer un líder religioso, sea éste clérigo o seglar, en tanto dirigida a la protección de los todos los procesos electorales, resulta también aplicable a los procesos consultivos, toda vez que la propaganda política que se realiza en el marco de cualquier proceso electoral, tiene por objeto "ensalzar la bondad de su causa, escarnecer la de otros, atraer partidarios, avivar el espíritu del partido o desanimar el de los contrarios" (ver artículo segundo de la Sesión del Tribunal Supremo de Elecciones N° 9149 del 19 de abril de 1989).

Ahora bien, a pesar de que, como se indicó, resulta aplicable a los procesos consultivos la prohibición prevista en el último párrafo del artículo 28 constitucional, lo cierto es que la actual legislación presenta problemas de tipicidad que dificultan la imposición de sanciones a quien contravenga la citada prohibición, debido a que en la Ley sobre Regulación del Referéndum, número 8492, no se estableció expresamente ningún tipo de sanción para quien realizara propaganda "invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas" y, no es posible entender que, mediante la potestad interpretativa, este Tribunal pueda establecer un régimen sancionatorio, toda vez que en materia sancionatoria rigen los principios de legalidad y tipicidad, según los cuales, para imponer una sanción es condición indispensable la existencia de una ley previa que describa, en forma detallada y clara, la conducta que se reprocha.

Tampoco es posible admitir que la falta de [sic] sanción se puede solucionar con la remisión que hace el artículo 32 de la Ley sobre Regulación del Referéndum al Código Electoral, en cuanto reenvía al artículo 151 del Código Electoral y cuyo inciso d) a su vez, sanciona penalmente a quienes trasgredan lo estipulado en el numeral 87 del mismo Código. Dicha conclusión se asienta en la circunstancia de que ese artículo 87 proscribe la invocación propagandística de motivos religiosos en cuanto dirigida a procurar que los ciudadanos "se adhieran o se separen de partidos o candidaturas determinadas", situación del todo ajena a los procesos electorales de corte consultivo, siendo que

adicionalmente está rigurosamente prohibido imponer sanciones mediante la aplicación analógica de la ley penal (artículo 2 del Código Penal).

De manera que esta omisión del legislador, al igual que otras, que resultan evidentes en la citada ley, deberá ser objeto de una profunda revisión de cara a la posibilidad de formular reformas a la citada ley." (lo destacado y subrayado no pertenece al original).

b).- Sobre la denuncia interpuesta concretamente por invocación de motivos religiosos: Como bien se desprende del precedente jurisprudencial invocado, toda persona, sea clérigo o seglar y tanto en procesos electivos como consultivos, debe abstenerse de realizar propaganda política invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas. No obstante, el legislador no estableció en la Ley sobre Regulación del Referéndum (Ley n.º 8492 del 9 de marzo del 2006 publicada en el Diario La Gaceta n.º 67 del 4 de mayo del 2006) sanción alguna para quien contraviniese la prohibición constitucional bajo análisis, resultando por otro lado inaplicable, en el marco de los procesos de referéndum, el artículo 87 del Código Electoral y la correspondiente disposición sancionatoria que prevé dicho cuerpo normativo (art. 151.d).

Consecuentemente, respecto de la denuncia formulada en contra el señor Óscar Arias Sánchez, en el sentido que éste habría trasgredido el numeral 87 del Código Electoral toda vez que: "haciendo uso de "creencias religiosas" y / o "invocando motivos religiosos", hizo clara propaganda a favor del SI del próximo REFERÉNDUM sobre el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, República Dominicana y Centroamérica", resulta evidente que la denuncia no justifica la apertura de procedimiento sancionatorio dada la inaplicabilidad del numeral 87 respecto de los procesos electorales de corte consultivo y ante el manifiesto vacío normativo sancionatorio en la materia, siendo lo procedente también desestimar, en este aspecto particular, la denuncia presentada.

No obstante lo anterior, el Tribunal se permite manifestar que espera de todos los funcionarios públicos, y del Primer Mandatario con mayor razón, el más escrupuloso acatamiento de la disposición restrictiva que contempla el párrafo tercero del artículo 28 constitucional, aunque no exista norma que castigue su trasgresión. Es por ello que este organismo electoral vehementemente insta al Presidente de la República y a los demás servidores públicos a que, con actitud prudente, eviten, incluso como simple recurso retórico, toda referencia religiosa cuando se pronuncien públicamente a favor o en contra del proyecto de ley

que será objeto de consulta popular.

III.- Sobre las denuncias interpuestas en lo que refiere a manifestaciones del señor Presidente de la República a favor del TLC, como instrumento propagandístico, y la alegada utilización de recursos públicos para ello: Para la debida comprensión del tema en examen, resulta oportuno repasar las normas de la Ley sobre Regulación del Referéndum que establecen de forma expresa limitaciones a los derechos de participación política, máxime si, según ha insistido la jurisprudencia electoral, solo pueden imponerse si existe precepto legal específico -por ser materia odiosa y por ende reservada a la ley-, el cual además debe interpretarse en forma restrictiva, es decir, de manera favorable al ejercicio de las libertades públicas (principios pro homine y pro libertate).

Conforme lo prescribe la Ley sobre Regulación del Referéndum:

"Artículo 20.-Prohibiciones. Establécense las siguientes prohibiciones:

a) Prohíbese al Poder Ejecutivo, las entidades autónomas, las semiautónomas, las empresas del Estado y los demás órganos públicos, utilizar dineros de sus presupuestos para efectuar campañas a favor o en contra de los textos o proyectos sometidos a la consulta del referéndum; asimismo, queda prohibido usar, para tal fin, dinero procedente del exterior donado por entidades privadas o públicas.

b) Prohíbese a toda persona física o jurídica extranjera, participar en la recolección de firmas, en la solicitud de celebración de referéndum, o en campañas de publicidad o propaganda a favor o en contra del proyecto sometido a referéndum.

c) Los particulares costarricenses, sean personas jurídicas o físicas, podrán contribuir, para campañas a favor o en contra del proyecto sometido a referéndum, con sumas que no excedan de veinte salarios base, conforme se define en la Ley N° 7337, del 5 de mayo de 1993. Se entenderá que la persona responsable de la publicación es también quien sufraga su costo, a menos que se compruebe lo contrario" (lo destacado y subrayado no corresponde al original).

Esa disposición legal se complementa con el Capítulo V, titulado "PUBLICIDAD", del Reglamento para los Procesos de Referéndum, emitido por este Tribunal Supremo de Elecciones (Decreto n.º 11-2007 publicado en el Diario Oficial La Gaceta n.º 122 del 26 de junio del 2007), el cual, respecto del régimen de prohibiciones que impera en los procesos de referéndum, dispone en su artículo 24 cuanto sigue:

"Artículo 24.-Prohibiciones. Ninguna persona física o

jurídica extranjera podrá contratar, directamente o por interpósita mano, la publicación de campos pagados a favor o en contra del proyecto sometido a referéndum. Los medios de comunicación colectiva velarán por el cumplimiento de esta disposición.

De conformidad con el artículo 85, inciso g) del Código Electoral, durante los dos días inmediatos anteriores y el día del referéndum, no podrá difundirse propaganda de ninguna especie relativa al proyecto objeto de consulta.

A partir del día siguiente de la convocatoria, aún cuando no se haya comunicado oficialmente, y hasta el propio día del referéndum, el Poder Ejecutivo, la administración descentralizada, las empresas del Estado y cualquier otro ente u órgano público no podrán contratar, con los medios de comunicación colectiva, pauta publicitaria que tenga relación o haga referencia al tema en consulta. En general, les estará vedado utilizar recursos públicos para financiar actividades que, directa o indirectamente, favorezcan las campañas publicitarias en pro o en contra del proyecto de ley objeto de consulta popular. No constituirá violación a esta regla la promoción, en sus instalaciones, de foros o debates que contribuyan a que sus funcionarios o las comunidades estén mejor informadas sobre el tema a consultar, siempre que éstos no encubran actividad propagandística. Tampoco lo será la participación de los funcionarios públicos en foros o debates sobre esa temática, en general, siempre que, de realizarse en horario de trabajo, se cuente con la autorización de la jefatura correspondiente.

Las autoridades administrativas y las auditorías internas de los diferentes entes públicos deberán velar por el debido respeto a estas restricciones, reportando a la Contraloría General de la República y al jerarca institucional cualquier trasgresión que detecten.

En igual sentido y atendiendo a lo dispuesto en el inciso 1) de dicho numeral 85, está prohibido lanzar o colocar propaganda en las vías o lugares públicos o en lugares privados mientras no se cuente con la autorización del propietario." (el destacado es suplido).

Por otro lado, desde la sentencia n.º 1119-E-2007 de las 14:20 horas del 17 de mayo del 2007, este Tribunal ya había precisado que la participación de los funcionarios públicos en los procesos de referéndum debe ser acorde con las obligaciones funcionariales de cada servidor, lo que incluye la prohibición de utilizar recursos públicos que, directa o indirectamente, favorezcan las campañas a favor o en contra del proyecto consultado. De igual modo, se indicaba que corresponde a cada administración y, en el

ámbito de su competencia, a las auditorías internas velar por el respeto riguroso a esta restricción, debiendo reportar a la Contraloría General de la República cualquier anomalía que pudiera producirse sobre este particular.

Sin perjuicio de lo anterior, los distintos acuerdos y resoluciones que el Tribunal ha adoptado con motivo del proceso consultivo en que nos encontramos inmersos, han hecho patente su actitud de favorecer la más amplia participación posible en él de los ciudadanos en general, incluida la de los servidores públicos, de suerte que todos ellos -salvo los funcionarios electorales y la fuerza pública- puedan asumir y exhibir libremente sus posiciones a favor o en contra del proyecto sometido a referéndum e involucrarse en las respectivas campañas.

Resulta entonces que esta inserción sin cortapisas de los funcionarios públicos en el debate previo a un referéndum no contraviene, en forma alguna, la prohibición contenida en el inciso a) del artículo 20 de la Ley sobre Regulación del Referéndum, en cuanto veda a las instituciones públicas "... utilizar dineros de sus presupuestos para efectuar campañas a favor o en contra de los textos o proyecto sometidos a la consulta ...". Así lo hacía ver el entonces diputado José Miguel Corrales, quien, con motivo de la discusión legislativa que antecedió a la aprobación de esa ley, expresó:

"... Con respecto a las otras observaciones que hace el señor diputado Malavassi, se prohíbe al Poder Ejecutivo, instituciones autónomas, semiautónomas, empresas del Estado y demás órganos públicos utilizar dineros de sus presupuestos, para nadie es un secreto que cada una de estas instituciones tiene dinero para publicitar sus cosas o para hacer propaganda. Bueno, a esos dineros, son a los que se requiere, por supuesto que el ministro puede dar su opinión y puede dar su opinión el presidente ejecutivo y puede dar su opinión, eso no lo está prohibiendo la moción del diputado Villanueva, lo único que está diciendo es, ustedes los dineros, usted no puede hacer uso para hacer propaganda o para hacer publicidad, términos distintos y en eso lleva toda la razón el diputado Malavassi.

Una cosa es publicidad y otra cosa es propaganda. Bueno, se detalla en el Reglamento, que se entiende por publicidad y que se entiende por propaganda. Lo que queda muy claro es que no puede coger el dinero de los presupuestos para hacer esa propaganda, que él exteriorice su parecer, que se eche la mochila al hombre y camine por todo el territorio nacional explicando e proyecto de ley, eso nadie se los puede prohibir por Dios, si de lo que se trata más bien es al revés, que la gente esté bien enterada del proyecto de ley, a favor y en contra, que es lo que es

propio" (Acta de la sesión ordinaria n.º 16 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, celebrada el 5 de julio del 2005, folios 14 y 15).

En el mismo sentido aclaraba el diputado Villanueva Badilla:

"Lo que se está diciendo es que dineros, dineros, no se pueden tomar de los presupuestos para efectuar campañas. Es decir, pero, un Ministro de Comercio Exterior, puede hacer su propia campaña, para promover el TLC, eso no se le está prohibiendo aquí, etcétera, etcétera. Es decir, ni para qué ahondar, pero, yo quería nada más aclarar, no es la facultad de opinar, no es que se haga una campaña por parte del ministro si se entiende por campaña el ir por los diferentes lugares e instancias, foros a tomar su posición y a tratar de convencer a la gente. Esto no se está prohibiendo, lo que se está prohibiendo es que se paguen esas campañas con dineros públicos. Y se paguen es que se ponga un rubro, un rubro en los presupuestos destinado específicamente a eso.

Si usted me dice que es que el tiempo de ministro, ya es una contribución en especie, no, aquí no se está tomando así, el tiempo del ministro es parte de su función y si no fuera parte de su función es como miembro de un Poder Ejecutivo o de una institución autónoma, etcétera. Aquí es, precisamente, tomar dineros específicos de los presupuestos para financiar una campaña de publicidad o de propaganda, como expresamente, como se diga" (loc. cit., folio 16).

De igual modo, los pronunciamientos de este organismo electoral han sido coherentes con la filosofía de no acallar liderazgos, provengan del sector público o del privado, de suerte tal que el debate previo a las votaciones se enriquezca al máximo y todos los costarricenses se sientan confiados de tener un espacio en él. A partir de lo anterior y sin forzamiento alguno se concluye, como corolario, el entender permitida toda expresión de opiniones sobre el TLC. Esa permisión es la regla y sólo por excepción rigen limitaciones sobre el particular. De igual modo se deriva el criterio según el cual la manifestación pública de las posiciones que sobre ese tema asuman las autoridades públicas no constituye, por sí misma, una forma de propaganda prohibida por la ley.

En este sentido y con referencia específica a las universidades públicas del país, la resolución n.º 2018-E-2007 (de las 11:30 horas del pasado 15 de agosto) juzgó como indispensable la presencia universitaria en la discusión pública del TLC, en los siguientes términos:

"Este colegiado considera deseable y necesario que las

universidades públicas del país estimulen el debate nacional de las cuestiones objeto de consulta popular en general y, en particular, las sometidas en esta primera experiencia costarricense sobre el TLC, a través de un examen crítico y académico de la cuestión y por intermedio de las actividades que caracterizan el quehacer universitario y que las coloca naturalmente como forjadoras de opinión pública (lecciones, conferencias, foros, investigaciones y publicaciones especializadas, etc.).”.

Ahora bien, los memoriales específicos que se conocen denuncian como irregular que el Presidente de la República, en el marco de sus giras y otras actividades oficiales propias de su cargo, exprese su posición sobre el TLC e inste a votar favorablemente el proyecto de ley que propone su aprobación. Los denunciantes estiman que esa es una forma de hacer propaganda con recursos públicos.

Ciertamente el Presidente es jerarca administrativo y, como tal, le corresponden atribuciones de esa naturaleza, tanto individualmente como también integrando el Poder Ejecutivo (cf. artículos 139 y 140 de la Constitución Política). No obstante, paralelamente cumple una misión política y exclusiva. Ésta deriva de su rol de jefe de Estado, que resulta natural en todos los países que asumen la forma de gobierno presidencialista, y se concreta en su papel de conducción y dirección políticas de las funciones estatales.

Por ello no es de extrañar ni es censurable en sí mismo que, como es tradicional en nuestro medio, el Presidente haga mención y exhiba su postura sobre los aspectos más relevantes de la agenda política nacional en sus diferentes apariciones públicas, lo que naturalmente incluye lo relativo a proyectos de ley en vías de ser sometidos a consulta popular.

La otrora diputada Gloria Valerín, en el contexto de los trabajos parlamentarios que precedieron a la promulgación de la Ley sobre Regulación del Referéndum y en relación con los servidores públicos con función política en general, hacía ver:

“Pero, yo me pregunto, por ejemplo, en el caso de un referéndum que tuviera que ver con la participación política de las mujeres ¿cómo una Ministra de la Mujer ausente en un tema de esto? ¿O cómo un Ministro de Ambiente ausente en un tema de protección ambiental de referéndum? Cuando inclusive, puede haber sido hasta parte de su propio programa de Gobierno.

A mí no me parece mal que el Gobierno de la República promueva el TLC y que otros lo adverbemos. Lo que pasa es que hay hacerlo decentemente, hay que hacerlo de cara a la gente y no

por debajo como acostumbran hacer todo aquí y tendríamos oportunidad de tener un debate interesante, debate que ni siquiera se puede dar en la Asamblea Legislativa, porque aquí cada vez, como dice, el diputado Corrales, cada vez hay menos posibilidades de debatir ...

Decía, que lo que me parecería impertinente en la ley, sería prohibirle a un funcionario público que tiene una tarea política, que llevar a adelante que sea parte de eso. Yo entiendo perfectamente y voy a aprobar la moción, que hay algunas partes que no me gustan mucho, pero, bueno, eso que lo corrija la Comisión de Redacción. Pero, lo apruebo en el entendido que es dinero, porque, bueno, si el Estado pone dinero en efectivo, para promover a un grupo, pues debería de ponerlo para promover otro, pero si es parte de su proyecto político querer aprobar o querer llevar adelante una propuesta de referéndum. Me parece que es una tarea política absolutamente razonable en un Gobierno" (Acta de la sesión ordinaria n.º 16 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, celebrada el 5 de julio del 2005, folio 11).

IV.- Excesos que deben ser evitados: Resulta evidente que con la inclusión del artículo 20 de la Ley de Regulación del Referéndum, que prohíbe "al Poder Ejecutivo, las entidades autónomas, las semiautónomas, las empresas del Estado y los demás órganos públicos, utilizar dineros de sus presupuestos para efectuar campañas a favor o en contra de los textos o proyectos sometidos a la consulta del referéndum;(...)", el legislador optó por conjurar el desequilibrio que podría provocar, en la campaña previa al referéndum, la utilización de recursos públicos en favor de una u otra de las tesis en contienda. Sin duda, además de producir asimetrías, tal accionar constituiría una infracción a las normas que regulan la administración de la Hacienda Pública.

Conforme ya se ha manifestado, no contraviene la disposición citada que el Presidente de la República, en sus diferentes actividades y apariciones públicas, haga mención y exhiba su postura en relación con un proyecto de ley que se encuentre en proceso de ser sometido a consulta popular. Sin embargo, se espera del Primer Mandatario responsabilidad y cautela con el fin de evitar que sus giras y acciones oficiales degeneren en actividades propagandísticas. No cabe, en ese sentido, que en éstas y en cualesquiera otras actividades de las instituciones (ministerios, instituciones autónomas, universidades, etc.) se utilicen recursos públicos para incurrir en excesos proselitistas como los que se citan a manera de ejemplo:

a.- Confección y distribución de volantes o impresos que promuevan el voto en favor de alguna de las posiciones;

b.- Contratación, fabricación y repartición de signos externos (emblemas, banderas, camisetas, banderines, calcomanías, etc.) que se identifiquen con alguna de las opciones sometidas a referéndum.

c.- La contratación de presentaciones artísticas, musicales o culturales, en general, que busquen la promoción del voto en favor de algunas de las tesis.

d.- La utilización de vehículos, chóferes o tiempo laboral de funcionarios públicos para la elaboración, transporte o distribución de los elementos mencionados en los puntos anteriores.

e.- El uso de edificios, oficinas, bodegas y demás recintos que albergan dependencias públicas para preparar o almacenar signos externos y demás emblemas del tipo indicado.

f.- La contratación de pauta publicitaria y la incorporación en anuncios o en cadena nacional de radio o televisión de información e imágenes que documenten la promoción que realice el Poder Ejecutivo, en giras o actividades oficiales, de alguna de las opciones sometidas a consulta.

Debe indicarse, además, que, por sus connotaciones delictivas, constituiría un hecho de suma gravedad que se condicionen beneficios públicos a que los ciudadanos expresen estar de acuerdo con las opiniones del Presidente o que, en general, se materialice cualquiera de las conductas tipificadas en el inciso r) del artículo 152 del Código Electoral: "Serán sancionados con pena de dos a seis años de prisión: ...r) Quien, con dádivas, promesas de dádivas, violencia o amenazas compeliere a otro a adherirse a una candidatura, a votar en determinado sentido o a abstenerse de votar...".

Este tipo de excesos no aparecen denunciados en los memoriales que se conocen y, por ende, no corresponde decretar la apertura de expediente alguno en esta instancia electoral. Sin embargo, dado que compete a las auditorías internas de cada reparto administrativo "... velar por el debido respeto a estas restricciones, reportando a la Contraloría General de la República y al jerarca institucional cualquier trasgresión que detecten ..." (art. 24 del Reglamento para los Procesos de Referéndum), póngase este expediente en conocimiento de las auditorías internas de la Presidencia de la República y del Ministerio de Salud. Se aclara que esa remisión no precalifica el contenido de las denuncias presentadas.

POR TANTO

Se declara sin lugar la denuncia interpuesta en lo referido a las

alegadas participación política prohibida e invocación de motivos religiosos en propaganda política, formulada contra el Presidente de la República y la Ministra de Salud. No obstante, tome nota el primero de ellos de la instancia que se le formula en el considerando segundo in fine de esta resolución. En lo que respecta a las denuncias por uso de recursos públicos con fines propagandísticos, en el marco de las giras y otras actividades oficiales del Presidente, pónganse en conocimiento de las auditorías internas de la Presidencia de la República y del Ministerio de Salud, aclarando que esta remisión no precalifica el contenido de las mismas. Adjúntese copia certificada del expediente a ambas unidades auditoras. Notifíquese a los denunciados y al Presidente de la República.

Luis Antonio Sobrado González
Eugenia María Zamora Chavarría
Max Alberto Esquivel Faerron

Exp. n.º 213-S-2007
Denuncia Electoral
Víctor Emilio Granados Calvo
C/ Óscar Arias Sánchez y
María Luisa Ávila Agüero
LDB

FUENTES CITADAS

- 1 OMEBA Enciclopedia Jurídica. Tomo XVII. Argentina. Driskill S.A. P 844.
- 2 PACHECO SALAZAR, Aracelly. Derechos, Deberes y Responsabilidades de los Funcionarios Públicos. Artículo de revista publicado en Revista de la Contraloría General de la Republica. N° 36. Año XVII- Diciembre. San José, Costa Rica. 1983.
- 3 JIMENEZ A. Manuel. Deontología en el servicio público. Artículo de revista publicado en IVSTITIA. N°109-110 Año 10. Enero-Febrero 1996. San José, Costa Rica. pp 22-24.
- 4 SOLÍS FALLAS, Ottón. Ética y probidad en el poder legislativo. Artículo de revista publicado en Revista Parlamentaria. N° 8. Volumen 8, agosto 2000. San José, Costa Rica. pp 246-248.
- 5 Asamblea Legislativa. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Ley : 8422. del 06/10/2004.
- 6 Tribunal Supremo de Elecciones. 7 de setiembre de 2007. STSE-4322-2007.
- 7 Tribunal Supremo de Elecciones. Resolución N.º 2156-E-2007. San José, a las quince horas del veintisiete de agosto del dos mil siete.