

INVESTIGACIÓN FISCAL DE LOS DELITOS QUE ATENTAN CONTRA EL EFECTIVO EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL: LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Dra. Mayra Campos Zúñiga¹

Introducción

El rol de las fiscalas y los fiscales en la investigación de los delitos de acción pública, tales como agresiones, homicidios, privaciones de libertad o secuestros, entre otros, en contra de las personas que ejercen el periodismo, tienen una connotación particular: no solo se violenta la vida, la integridad, la libertad o el patrimonio, sino que afecta la libertad de prensa, coartando la denuncia pública de actos de corrupción o la crítica legítima por la actuación de ciertas personas funcionarias, entre otros. Estos delitos en los que se ejecuta actos de violencia contra quienes ejercen el derecho fundamental a la libertad de expresión y tienen como móvil el socavar el sistema democrático², con especial atención a los hechos delictivos perpetrados contra quienes ejercen el periodismo, demandan un abordaje especializado y, a la luz del marco de convencionalidad que protege este derecho humano.

En la labor investigativa y, con el fin de evitar la impunidad, el órgano acusador debe cumplir con una serie de lineamientos mínimos de protección a la víctima, la prueba y el curso del proceso. Por ello, se han emitido las Directrices para fiscalas y fiscales en casos relacionados por delitos contra periodistas, por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura³, marco jurídico que reitera la obligación que tienen los Estados de investigar con celeridad y, con apego al debido proceso penal, evitando la impunidad. Se hace la aclaración que no se trata de los delitos contra el honor (tales como injurias, calumnias y difamación) que en nuestro

¹ Profesora en la Universidad de Costa Rica.

² Pérez Manrique, Ricardo. “silenciar la voz de un periodista es un ataque fatal a la libertad de expresión”. Juez de la Corte Interamericano de Derechos Humanos. En: Seminario No a la Impunidad, Unesco, Ciudad de México, noviembre 2019 de: <https://nl-nl.facebook.com/pg/UNESCOMX/posts/>

³ Directrices para fiscalas y fiscales en casos relacionados por delitos, emitidas por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura. 2021.

ordenamiento jurídico son delitos de acción privada, en los cuales no hay participación de las fiscalas y fiscales⁴, sino de los hechos violentos contra periodistas o personas que ejercen como actividad propia la libertad de expresión .“Estas directrices tienen por objeto incrementar los conocimientos y la capacidad de las y los fiscales (sic): (1) proporcionando información sobre la realización o la supervisión de las investigaciones y asesorando a los organismos encargados de hacer cumplir la ley; (2) identificando las etapas y la determinación de las actuaciones en los casos de delitos contra periodistas, y preservando la integridad de las pruebas; (3) destacando la importancia de la protección de las fuentes periodísticas; (4) dialogando sobre la protección a las víctimas, los testigos, las inmunidades y las ventajas para los testigos colaboradores; (5) examinando el tema de la asistencia jurídica mutua en materia penal y la extradición; (6) reconociendo las especificidades de los delitos basados en género y otras formas de crímenes de odio contra periodistas; y (7) analizando las jurisdicciones post-conflicto y las cuestiones de justicia transicional.”⁵

Actualmente existe un movimiento desde la UNESCO y otros organismos en la lucha contra la impunidad ante este tipo de delitos (eventos en Perú, México), abogando por la conclusión de la impunidad de los hechos violentos contra periodistas.⁶

Se pasa de una visión simplista a un enfoque en los que las fiscalas y los fiscales deben analizar el contexto en qué se comete el delito y, como señala las Directrices, las

⁴ En nuestro ordenamiento solo en este supuesto participa el Ministerio Público conforme a la Ley de Imprenta: “Artículo 11.- Cuando el delito de imprenta se cometiere en perjuicio de alguno de los miembros de los Supremos Poderes, por actos suyos como tales miembros del Gobierno, podrán requerir al Ministerio Público para que entable en su nombre la correspondiente acción. Cuando el delito se cometiere en perjuicio de un Representante Diplomático, del Arzobispo, de los Obispos o Gobernadores de la Arquidiócesis, o se estuviere en el caso del artículo 8°, el Ministerio Público establecerá la acción correspondiente si hubiere sido requerido por sus superiores, lo que harán éstos a solicitud del ofendido. (Así reformado por el artículo 2° de la Ley N° 213 de 31 de agosto de 1944) Artículo 8°.- Esta última pena será aplicada a los que con sus publicaciones intenten en cualquier forma subvertir el orden o alterar las relaciones amistosas con algún Estado. (Así reformado por el artículo 2° de la ley No.37 de 18 de diciembre de 1934)

⁵ Directrices para fiscalas y fiscales en casos relacionados por delitos contra periodistas, emitidas por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura. 2021. P.3

⁶ Como se expone en el Prólogo de las Directrices: “Estas directrices se enmarcan en la estrategia mundial de aplicación del Plan de Acción de las Naciones Unidas sobre la Seguridad de los Periodistas y la Cuestión de la Impunidad, que tiene por objeto crear un entorno libre y seguro para periodistas y trabajadoras/es de los medios de comunicación, con miras a fortalecer la paz, la democracia, los derechos humanos y el desarrollo en todo el mundo. A tal efecto, desde 2013, la UNESCO y sus asociados han capacitado a más de 17,000 agentes judiciales de América Latina, África y la región árabe sobre las normas internacionales y regionales relativas a la libertad de expresión y la seguridad de periodistas”. Ibid,p.3.

“actividades pasadas y presentes que la víctima realizaba en los medios de comunicación” y su relación con el hecho investigado.

Se parte de la premisa que la labor del órgano fiscal es fundamental en un Estado Democrático, por ende, el “Estado de Derecho y la primacía de los derechos fundamentales se encuentran en el corazón de las funciones de la fiscalía. Realizar, supervisar o asesorar una investigación imparcial, efectiva e independiente sobre los delitos contra los y las periodistas es fundamental para salvaguardar la libertad de opinión y de expresión. Cuando las y los fiscales toman decisiones justas, de manera imparcial y con integridad, para garantizar la justicia a las víctimas y a la colectividad, ayudan a mantener una sociedad libre y democrática. Los valores de justicia y equidad incluyen la transparencia y la rendición de cuentas con respecto a las decisiones tomadas mientras se llevan a cabo los procedimientos. Todo lo anterior forma parte del compromiso general de las y los fiscales con la protección de la justicia, de la equidad, del interés público y del bien común.”⁷

Esta postura coincide con los distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que han señalado que el Poder Judicial tiene la obligación de realizar el juzgamiento y sancionar, mediante sentencia judicial, aquellos casos de violación de los derechos a la libertad de expresión o de pensamiento. Esto incluye la obligación de investigar que, en el caso de Costa Rica por la estructura del modelo acusatorio, corresponde al Ministerio Público. Esta obligación no solo hace referencia a una adecuada investigación penal, sino a la adopción de la medidas de protección necesarias para preservar su vida e integridad personal o de sus familias.⁸ A su vez, es necesario comprender el rol de los periodistas como “observadores

⁷ Ibid, p.15.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C N°248, párr. 194 “Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas especiales de prevención y protección de los periodistas sometidos a un riesgo especial por el ejercicio de su profesión. Con respecto a las medidas de protección, La Corte destaca que los Estados tienen el deber de brindar medidas de protección a la vida y la integridad de los periodistas que estén sometidos a ese riesgo especial por factores tales como el tipo de hechos que cubren, el interés público de la información que difunden o la zona a la cual deben acceder para cumplir con su labor, así como también a aquellos que son objeto de amenazas en relación con la difusión de esa información o por denunciar o impulsar la investigación de violaciones que sufrieron o de las que se enteraron en el ejercicio de su profesión. Los Estados deben adoptar las medidas de protección necesarias para evitar los atentados a la vida e integridad de los periodistas bajo tales condiciones.”

independientes” y, no como potenciales testigos para los órganos de justicia y. por ende, para el Ministerio Público.⁹ Por su parte, la *Declaración conjunta sobre delitos contra la libertad de expresión*, del año 2012, dentro del principio general c), señala la obligación del Estado, a través de los órganos competentes, de “asegurar que los delitos contra la libertad de expresión estén sujetos a investigaciones y procedimientos judiciales independientes, rápidos y efectivos”. El establecimiento de un sistema efectivo para recibir y tramitar las denuncias impulsadas por personas funcionarias competentes y que deben actuar con objetividad. Y si los casos son frecuentes y reiterados, incluso crear dentro de su estructura organizativa una Unidad especializada de investigación¹⁰. Esto debe permitir la acción popular, es decir, “las organizaciones de la sociedad civil deberán estar autorizadas para interponer denuncias sobre delitos contra la libertad de expresión -lo cual resulta particularmente relevante en casos de asesinatos, secuestros o desapariciones en que los familiares más cercanos no tengan interés o posibilidades de hacerlo – e intervenir en el proceso penal”.¹¹

A. Control de convencionalidad: marco jurídico internacional

La libertad de expresión y la libertad de pensamiento, al ser asociada a la necesidad esencial de los seres humanos de comunicar y comunicarse, tiene una protección privilegiada en la normativa internacional¹². En efecto, encuentra regulación en la Convención Americana en su artículo 13¹³, la Declaración Americana de los

⁹ Relator de la ONU y la Relatora de la OEA. Declaración conjunta sobre violencia contra periodistas y comunicadores en el marco de manifestaciones sociales. 13 setiembre de 2013.

¹⁰ A la fecha, noviembre 2019, se contabilizan 31 periodistas muertos en América Latina.

¹¹ Declaración Conjunta sobre delitos contra la libertad de expresión, 2012.

¹² Dentro de la normativa internacional cabe destacar: Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19, Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 10, Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 13, Declaración Americana de los Derechos del Hombre, artículo 4, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, principio 2.

¹³ “**Artículo 13: Libertad de Pensamiento y de Expresión:**

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

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

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

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

Derechos y Deberes del Hombre en el artículo 4¹⁴ y, la Carta Democrática Interamericana en su artículo 44, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵ la Declaración de Principios sobre la libertad de Expresión, así como en el sistema de derechos humanos europeo, artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

B. Núcleo duro de la libertad de expresión

La protección reforzada se sustenta en la universalidad de la libertad de expresión y de pensamiento, es decir, deriva de su relación esencial con la condición de ser humano. Por ello, se trata de un derecho con tres aristas intrínsecamente relacionadas: por un lado, es un derecho personal o individual y, por otro lado, social o colectivo, ya que ese derecho individual solo se puede ejercer en la simbiosis social, en la relación con el otro. Y la última arista, su carácter instrumental para el ejercicio de otros derechos.

En la sociedad se hace un pacto social de garantizar el ejercicio del primero, para reforzar el segundo y, por último, exigir el cumplimiento de otros derechos fundamentales que son la base del sistema democrático. Es a partir de esta relación que se puede vincular el derecho de la libertad de expresión con la Agenda 2030 y con el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, ya que solo en la democracia se puede garantizar la

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

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

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

¹⁴ **Artículo 4:** *Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio. Derecho a la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión.*

¹⁵ **Artículo 19:**

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

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

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

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicos

existencia de sociedades pacíficas e inclusivas, en la que se proteja las libertades fundamentales y el acceso a la justicia. Es en esta línea que se le atribuye una tercera dimensión a la libertad de expresión: la connotación de herramienta o medio para el ejercicio de otros derechos fundamentales, tales como el derecho de petición y el de tutela judicial efectiva, a la vida e integridad, asociación, libertad religiosa, respeto a la identidad étnica, de género, etc.

Los distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana han calificado esta relación como "estrecha", "indisoluble", "esencial" y "fundamental" entre la libertad de expresión o de pensamiento con la democracia. Esta vinculación se destaca en la Declaración Conjunta sobre violencia contra periodistas y comunicadores sociales en el marco de las manifestaciones sociales, al señalar: “Los derechos de reunión y libertad de expresión, garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son fundamentales y su garantía es una condición necesaria para la existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática.”¹⁶

El ser humano tiene derecho a expresar libremente su pensamiento, y el otro tiene derecho a que se le suministre información. En ese intercambio se crea la “opinión pública”. En esta relación surge otra responsabilidad, esa opinión pública debe ser informada y que permita el debate crítico y autocrítico con transparencia, es decir, *una deliberación pública, abierta y plural*.

Desde esta perspectiva, el derecho de la libertad de expresión y de pensamiento y, conforme a la normativa de análisis, tiene un carácter universal, es decir, la ostentan todas las *personas*, sin discriminación y en un plano de igualdad, en sentido estricto; por lo que no se puede centrar su ejercicio a un grupo de personas. Por ello, el Ministerio Público sí tiene participación activa como un garante de su ejercicio.

En este sentido la Sala Constitucional en el voto 5977-2006, a las quince y dieciséis horas del tres de mayo del dos mil ocho señaló que “... el intercambio de opiniones e informaciones que se origina con la discusión pública contribuye a formar la

¹⁶ Relator de la ONU y la Relatora de la OEA. Declaración conjunta sobre violencia contra periodistas y comunicadores en el marco de manifestaciones sociales. 13 setiembre de 2013.

opinión personal, ambas conforman la opinión pública, que acaba manifestándose por medio de los canales de la democracia representativa.”

Referente a este aspecto cobra importancia el pronunciamiento de la Sala Constitucional 15039-2015, a las doce y cuarenta y un minutos del 9 de agosto de dos mil diecinueve, en que resuelve un recurso de amparo contra el Colegio de Periodistas, en el que se consideró una amenaza a la libertad de expresión el exigir estudios profesionales para tal ejercicio. En lo que nos interesa, la Sala Constitucional indicó: “Del análisis del bloque de constitucionalidad, resulta claro que para ser considerado periodista no se requiere un título académico o estar colegiado, puesto que periodistas son quienes "en forma habitual o regular se dedican a informar"; e inclusive la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el "periodista profesional" es la persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado (cfr. Opinión Consultiva 5-85, Fontevecchia y D'Arnico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C Na 238, Párrafo 46; Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C No. 248, Párrafo 140; Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013, Serie C. No 265, Párrafo 120; Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C No. 293, Párrafo 138; y, Caso Carvajal Carvajal y otros Ve. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352., Párrafo 173). Además de lo anterior, debe considerarse lo establecido por la propia Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, la cual indica que "periodista profesional en ejercicio" es quien tiene por ocupación principal, regular o retribuida, el ejercicio de su profesión en una publicación diaria o periódica, o en un medio noticioso radiodifundido o televisado, o en una agencia de noticias y que obtiene de ella los principales recursos para su subsistencia. Por otro lado, no lleva razón el Colegio de Periodistas al alegar que la necesidad de un título académico sea un requisito para ser considerado como periodista. En consecuencia, el Colegio de Periodistas sí amenaza a los periodistas no titulados con presentar denuncias solo por el hecho de denominarse periodista —personas que en forma habitual o regular se dedican a

informar- y por ende, en clara contravención de lo dispuesto por el artículo 28 de la Constitución Política (...) En consecuencia, el recurso debe ser estimado por configurarse una amenaza a la libertad de prensa, de opinión y pensamiento de los periodistas, implicando necesariamente, la anulación de los comunicados de prensa del 05 de junio de 2019, únicamente en cuanto, el Colegio de Periodistas sí amenaza a los periodistas no titulados con presentar denuncias solo por el hecho de denominarse periodista”.

En nuestro criterio, este tipo de “amenazas”, afectan las tres aristas de la libertad de expresión: la individual, social y la condición de instrumentos para el ejercicio del derecho de recibir información y garantizar los fundamentos del sistema democrático. Un caso similar de amenaza, que nos sirve de parámetro, es el de Palamara Iribarne vs. Chile, en que las autoridades de la justicia penal militar chilena realizaron actos para impedir la publicación de un libro concluido, que se encontraba en proceso de edición y distribución, afectando el derecho personal de exponer sus ideas, el derecho de la sociedad de conocerlas y el que dicho medio sirviera de crítica en la sociedad.

En este orden de ideas, cabe destacar la resolución 220-E1-2018, del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, de las diez horas del dieciséis de enero de dos mil dieciocho, en la cual, mediante un amparo electoral, se resaltan estas aristas de libertad de expresión y el tema de la censura previa. La relevancia de este pronunciamiento es que destaca en sus considerandos que “...los medios de comunicación no pueden ser restringidos arbitrariamente toda vez que, por la labor que desempeñan, les asiste a un amplio ejercicio de las libertades de que disponen para el desarrollo de su actividad informativa y la expresión de sus líneas editoriales”. Además, reconoce al resolver por el fondo que: “Ese preponderante papel de los medios de comunicación en cuanto al ejercicio de la libertad de expresión se ve contrariado, al parecer de esta Autoridad Electoral, si tales empresas asumen un rol de contratar en punto al contenido de la propaganda político-electoral que, vía campos pagados, los partidos políticos desean difundir por medio de sus plataformas. De ahí que procede descargas de esa obligación a las empresas recurridas, así como a otros medios de comunicación masiva que sean contratados por los partidos políticos, sus representantes y candidatos para la difusión de

pauta publicitaria -en campos pagados por los partidos políticos- durante la campaña electoral (sea, a partir de la convocatoria a elecciones y hasta verificadas estas).”

B. 1 Responsabilidades ulteriores

El ejercicio de la libertad de expresión y de pensamiento encuentra sustento en el artículo 28 de nuestra Constitución Política. Esto significa que es un derecho que no admite restricciones injustificadas. La regla general es el respeto a la libertad de expresión, al acceso de la información y a la protección de los periodistas. Por ello, tanto la normativa nacional como la internacional han establecido parámetros para valorar si alguna limitación impuesta a la libertad de expresión o de pensamiento tiene legitimación. Es decir, si tal limitación respeta el principio de legalidad (lex previa y lex certa), principio de legitimidad, es decir que busque alcanzar el contenido esencial de la norma y busca una finalidad legítima y, por último, que se trate de una limitación necesaria, útil y proporcionada dentro de los fundamentos de una sociedad democrática (test tripartito).

El ejercicio de la libertad de expresión implica, como todo derecho, su correlativo deber y responsabilidades ulteriores. Tal y como se desprende de la resolución del Tribunal Electoral costarricense, el derecho a la libertad de expresión o de pensamiento “...no relega a un estado de indefensión a las personas que puedan sentirse agraviadas por los mensajes que pauten los partidos políticos o sus candidatos, ni, mucho menos, faculta un ejercicio irresponsable de la libertad de expresión. En cuanto al primero de esos extremos, la tesis expuesta por este Tribunal no constituye una negación de los remedios jurisdiccionales que, en otras sedes (la penal, por ejemplo, en materia de delitos contra el honor), puedan ser accionados por las personas que se sientan afectadas por los mensajes pautados por los partidos políticos o sus candidatos. Así, las responsabilidades ulteriores en cuanto al ejercicio abusivo de la libertad de expresión, de las que trata el artículo 13 de la CADH y la jurisprudencia electoral (ver, entre otras, resoluciones N° 1792-E8-2008, 978-E8-2009, 4875-E8-2010, 8553-E1-2012 y 567-E1-2013), se mantienen incólumes y es, sobre su base, que los eventuales afectados podrán encontrar reparación al daño que se les pueda causar por la publicación de opiniones o informaciones que estimen personalmente dañosas. Respecto del

segundo punto en cuestión, la decisión de este Tribunal –de no admitir el control de los medios de comunicación en cuanto al contenido de la propaganda político-electoral– tampoco debe tenerse como una autorización para el ejercicio irresponsable de la libertad de expresión, pues los restantes límites a los que esta se encuentra sujeta deben ser, en todos los casos, cabalmente observados. Así, por ejemplo, no resulta jurídicamente válido que los partidos políticos o sus candidatos divulguen mensajes con insultos soeces, o bien, que constituyan propaganda de la proscriba en el párrafo 5 del artículo 13 de la CADH. En esos casos, las empresas propietarias de los medios de que se trate estarán habilitadas, según lo estimen oportuno, para no difundir el spot publicitario en cuestión. Tratándose de publicidad partidaria difundida a partir de la convocatoria a elecciones y que no incurra en los extremos señalados en el párrafo anterior, los medios de comunicación no pueden negarse a pautarla. En tales casos, la responsabilidad por las manifestaciones es exclusiva de sus autores, sin que se extienda solidariamente al medio que las difunde.

De cara a los razonamientos anteriores, no se puede pasar por alto que el criterio adoptado por esta magistratura resulta acorde –con sus evidentes matices– con la decisión expuesta por la Sala Constitucional en su resolución n° 1027-1994 de las 10:57 horas del 18 de febrero de 1994, fallo en el que esa autoridad jurisdiccional dispuso, en lo conducente, cuanto sigue:

“IV.- La libertad de empresa en cuanto a los medios periodísticos consiste en elegir el giro de su actividad, la forma de organización y de fijar la contraprestación de sus servicios. Pero la libertad pública que sirve de sustrato para el servicio que se presta, hace que ceda la libertad de empresa, en el punto que interesa. Las empresas periodísticas aun cuando están reguladas en su formación y actividad por el derecho mercantil, ejercitan las libertades públicas contempladas en los numerales 28 y 29 de la Constitución Política, y no es lógico que se conviertan en entes que restrinjan esas mismas garantías que sustentan su desempeño convirtiéndose en censores. Si el periódico tiene un servicio de campo pagado, no se pueden poner condiciones que restrinjan el acceso de los ciudadanos a ejercer su derecho de expresarse, salvo que la ley u otra norma de

rango superior lo determine. En nuestro caso concreto, la publicación es en respuesta de una información que dió (sic) el diario recurrido, y habiendo ya pagado el precio correspondiente la empresa lo objeta, por un supuesto que no está contemplado por la Constitución o por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se pueda determinar antes de la publicación. De manera tal que, a posteriori será la jurisdicción indirecta la que determine la eventual responsabilidad por el abuso en el ejercicio del derecho. Así, al no publicarse el campo pagado de la empresa recurrente, se quebranta su derecho fundamental consagrado en los artículos 28 y 29 de la Constitución Política.”

Esta posición es coincidente con el contenido del artículo 13 de la Convención Americana, en que se enuncian los discursos especialmente protegidos, es decir, el discurso político y sobre asuntos de interés público; el discurso sobre personas funcionarias públicas en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos¹⁷; y el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales, en especial en protección del derecho al uso del idioma grupos étnicos o minoritarios, en los que no se admite censura previa, sino las responsabilidades ulteriores fijadas por ley. Estas limitaciones deben analizarse conforme al test tripartito anteriormente mencionado, donde se destaca como especialmente protegido el honor.

¹⁷ Relatoría Especial para la libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010: “el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, la Corte Interamericana consideró que estaba especialmente protegida la reproducción fiel en un diario local de ciertas afirmaciones publicadas en la prensa europea, que comprometían seriamente la reputación de un alto funcionario público costarricense destacado en Bélgica. Tales publicaciones se referían a la supuesta comisión de delitos graves por parte del (entonces) representante diplomático de Costa Rica ante la Organización Internacional de la Energía Atómica, en el marco de un supuesto pago de comisiones ilegales. La Corte Interamericana, resaltando que, en relación con las limitaciones admisibles a la libertad de expresión, siempre debe distinguirse las expresiones referidas a personas públicas de las que aluden a particulares, explicó que, “es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención [Americana], de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático”. También señaló que, “el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”

No se encuentran bajo la protección – como lo prescribe el artículo 13.5 de la Convención Americana, admitiendo censura previa: "... **prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso** que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". **La incitación directa y pública al genocidio**, como también lo contempla la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. **La pornografía infantil**, prohibida en términos absolutos por la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 34.c), por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y por el Convenio No. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (artículo 3.b), en relación con el artículo 19 de la Convención Americana.

C. Derecho de acceso a la información: Posición del Ministerio Público

Como corolario de la libertad de expresión y del pensamiento, se encuentra el derecho de acceso a la información. Por ello, desde la Fiscalía General de la República con el apoyo de la Unidad de Capacitación y Supervisión ha emitido la directriz mediante Circular 04-ADM-2019, en la que se reconoce el derecho a la información en la fase de investigación penal, con las limitaciones establecidas por la Ley. La finalidad de esta directriz es que las fiscalas y los fiscales del Ministerio Público reconozcan la importancia del acceso a la información y de la libertad de expresión como sustento de la democracia, y que las limitaciones de recibir y de comunicar información solo puede ser restringida por disposición legal, siempre y cuando se cumpla con el test tripartito, ya mencionado.

Dicha circular señala que: “El derecho a la información encuentra una limitante en la etapa de investigación de los procesos penales, en tal sentido, el artículo 295 del Código Procesal Penal dispone que el procedimiento preparatorio no será público para terceras personas, no obstante, las actuaciones pueden ser examinadas por las partes o sus representantes. A las personas abogadas que invoquen un interés legítimo, la fiscalas o el fiscal del Ministerio Público, luego de constatar ese interés, puede informar acerca de los

hechos que se investigan y personas detenidas. Así mismo, todas las partes y personas funcionarias que participaron en la investigación deben guardar secreto sobre la misma”.

Si se trata de información administrativa, los distintos despachos del Ministerio Público deben atender la solicitud sin cuestionar el fin de la consulta tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en los votos número 2003-136 y 2003-2120, en el sentido que el acceso a la información es la regla y el secreto es la excepción, no pudiéndose rechazar ad portas gestión alguna puesto que existe obligación de informar a la ciudadanía sobre los diversos actos que se realizan¹⁸.

La persona funcionaria, de previo a brindar información, debe tener claridad de cuál información es privada o pública, pues depende de ello el tratamiento que se le pueda dar según lo dispuesto en la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, Ley N°8968, (fuero íntimo de las personas, origen racial, convicciones religiosas, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida u orientación sexual). La circular citada dispone:

“En ese sentido, el artículo 9 de la Ley N°8968 prohíbe el tratamiento de los datos definidos como sensibles y dispone las excepciones bajo las cuales se puede dar el tratamiento de los mismos. Se trata de informaciones que no conciernen más que a su titular y a quienes éste permita imponerse de ellos mediante el consentimiento informado. Mientras que los datos personales de acceso irrestricto son de acceso público por lo que está previsto su tratamiento exceptuando: la dirección exacta de la residencia (con excepción si su uso es producto de un mandato, citación o notificación), la fotografía, los números de teléfono privados o (sic) otros de igual naturaleza cuyo tratamiento pueda afectar los derechos de la persona titular. Por otro lado, el tratamiento de los datos de acceso restringido será únicamente permitido para fines públicos o si se cuenta con el consentimiento expreso del titular”.

“De acuerdo con el principio de autodeterminación informativa la información privada relacionada a datos sensibles y el contenido declaración jurada, pueden ser revelados únicamente cuando se cuente de previo con el consentimiento expreso, el cual

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de septiembre de 2006, caso Claude Reyes y otros vs Chile.

corresponderá a la manifestación libre y voluntaria del titular del derecho. El consentimiento no será necesario para los datos sensibles y de acceso restringido cuando exista orden fundamentada por una autoridad judicial o comisión legislativa, y cuando deban ser entregados por disposición constitucional o legal, de manera tal que entes como la Contraloría General de la República, Defensoría de los Habitantes, las Comisiones de Investigación Legislativas, la Procuraduría General de la República y Ministerio de Hacienda tienen acceso privilegiado a la información”.

“Cuando se presente una solicitud de información ante el personal del Ministerio Público, los despachos requeridos deben dar la información a la persona gestionante en un plazo máximo de diez días hábiles contados a partir de la fecha en que fue presentada la solicitud¹⁹. En caso de no contar con lo petitionado, se deberá explicar detalladamente a la persona interesada y dentro del término indicado, las razones por las cuales no se ha podido dar cumplimiento. Así mismo y una vez que se cuente con la información, esta debe ser completa, actual, ordenada, sin que se impongan barreras injustificadas, es decir, debe entregarse por medios y formatos de fácil acceso. Debe tomarse en consideración que ante el incumplimiento de lo anterior y la interposición de un eventual recurso de amparo, la carga de la prueba le corresponde al Estado”.

“Cuando un medio de prensa solicite al personal del Ministerio Público datos sobre un proceso penal en etapa de investigación, debe tomarse en consideración que sólo puede llegar a ser facilitada información pública, siempre y cuando no ponga en riesgo el proceso, por lo que la solicitud debe ser valorada en conjunto con la Oficina de Prensa del Ministerio Público para que la información sea canalizada de manera correcta”.

Este aspecto, del acceso a la información por parte del Ministerio Público, contribuye a reforzar la democracia representativa, ya que permite que se transmita información fidedigna, y que las personas se formen una opinión personal, y participar en la discusión pública, fortaleciendo la “opinión pública”.

D. Investigación Fiscal

¹⁹ Ley de Jurisdicción Constitucional, artículo 32. Ver también voto 2976-1992 de la Sala Constitucional.

Las Directrices parten de la necesidad que las fiscalas y los fiscales desarrollen sus competencias de investigación, asesoramiento y toma de decisiones sobre la base de una sólida formación, por lo que se demanda la capacitación especializada en dos aristas esenciales: “los derechos fundamentales relacionados con el rol y las funciones de los y las periodistas y, con la protección de las fuentes periodísticas”.

Se reitera la importancia de una investigación célere y simplificada, conforme al modelo acusatorio, en que se analice contexto víctima y su actividad en el área de la comunicación, desde “una etapa temprana del proceso de investigación para ayudar a identificar a las personas sospechosas y el móvil del delito. Todas las personas que hubieren participado en el presunto delito deberán ser identificadas, incluidas las que hubieren ordenado, ayudado, instigado, aconsejado o procurado el agravio. Cuando sean admisibles, esas pruebas deberán presentarse al tribunal como sustento del móvil del delito para efectos de la sentencia o para cualquier otro propósito legal”.²⁰

Para lograr que las causas no queden impunes, se recalca la importancia de la legitimidad de las pruebas (físicas y digitales) y en particular de su preservación, en el caso de la prueba electrónica. Recomienda que: “Las y los investigadores y fiscales deben actuar con rapidez para identificar, localizar y preservar la evidencia electrónica. Antes de enviar cualquier solicitud a un país extranjero, las y los fiscales deben agotar todas las vías nacionales para obtener las pruebas electrónicas requeridas. Las y los fiscales deben tomar medidas para dar inicio a las órdenes de conservación con el proveedor de servicios de comunicaciones, antes de recibir una solicitud para producir los datos mediante la asistencia judicial recíproca o una orden de producción. Algunos proveedores de servicios de comunicaciones aceptan las solicitudes de conservación de datos directamente de los organismos policiales extranjeros o de las fiscalías. Las y los fiscales deben verificar con la autoridad requerida o los proveedores de servicios de comunicaciones si el o la titular de una cuenta puede enterarse de la solicitud de preservación y considerar su estrategia de investigación en consecuencia”. En todo caso, este procedimiento se debe realizar conforme a las reglas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico y con la finalidad de garantizar la legitimidad y la preservación de

²⁰ Directrices, op.cit,p.6.

la prueba, para que evitar actividades procesales defectuosas absolutas, que la postre, se traduce en impunidad para el caso concreto.

En el proceso penal se da preponderancia a la aplicación de medidas de protección procesal y extraprocesal para las víctimas, señalando que: “Tras una evaluación de la amenaza realizada por parte de las autoridades competentes, se deben establecer medidas específicas. Estas medidas pueden incluir un programa de asistencia financiera, reubicación, alojamiento, cambio de identidad, asistencia psicológica, seguridad personal, seguridad pasiva o activa del lugar de residencia temporal o permanente, y/o un procedimiento de reubicación cuando la amenaza haya terminado.”

E. Dos casos para reflexionar:

Para concluir, se va a analizar en forma breve dos casos en los que, lamentablemente han fallecido dos personas periodistas en nuestro país. Se pretende realizar el ejercicio de revisar las sentencias con el fin de determinar si dentro de los aspectos discutidos jurídicamente se incluyó el tema de la libertad de expresión o de pensamiento, el sustrato convencional y si ese ejercicio del derecho fue el móvil del evento o un elemento determinante de la investigación o imposición de la pena.

D. 1. CASO:

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2008-008, a las dieciocho horas doce minutos del diecinueve de agosto del dos mil ocho.

Al revisar el texto señalado, únicamente en dos ocasiones se menciona el concepto de libertad de expresión, aspecto que se analizará posteriormente.

Hechos según acusación del Ministerio Público:

Así, el núcleo sustancial de la acusación planteada por el Ministerio Público: al imputado (...), mantenía una relación comercial con Radio María de Guadalupe y su director (...). La víctima (...) según su juicio y ante aparentes conductas sexuales y personales poco edificantes, llevaba a cabo el citado (...), y los manejos inadecuados en su opinión, sobre los fondos percibidos en la mencionada emisora, provenientes de las donaciones, ofrendas y diezmos que depositaban los radioescuchas, seguidores del sacerdote (...), tales acontecimientos llevaron a la víctima a evidenciarlos en múltiples

oportunidades, durante casi dos años, en su programa radial denominado “La Patada”, lo que motivó a que (...) y otro, al ver en peligro sus intereses económicos y reputación personal, a planificar la muerte del comunicador, para lo cual contratan a un grupo de personas, para que ejecutaran materialmente el homicidio, a cambio de la cancelación de una suma alta de dinero, acción delictiva que en efecto realizaron los autores materiales del hecho contratado, el 7 de julio de 2001, disparando en reiteradas oportunidades contra el vehículo en que viajaba la víctima, impactando algunos de los proyectiles en su humanidad, causando su muerte.

ARGUMENTO DE LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PARA EL JUICIO DE REPROCHE.

Mediante el recurso de Casación se cuestionó el quantum de pena impuesta. Sobre este particular la Sala Tercera resolvió: “El motivo no es procedente: Conforme lo ha señalado esta Sala en reiterados antecedentes jurisprudenciales, en cuanto a la imposición de la pena a un imputado, por la comisión de un delito debidamente comprobado, no se requiere, para estimar correctamente fundamentada una decisión sobre el particular, que la autoridad sentenciadora se remita a todos los presupuestos contenidos en el numeral 71 del Código Penal, en tanto, tales indicadores no son taxativos, sino enunciativos de las razones que llevan al Tribunal a decantarse por un monto determinado de pena, sin que esté obligado a hacer mención de todos los presupuestos señalados normativamente, pudiendo incluso los Juzgadores, tomar en consideración otras circunstancias que no se encuentren directamente determinadas en dicha norma, pero que estime, dentro de criterios de racionalidad y proporcionalidad, importantes para fundamentar su decisión en cuanto a la sanción punitiva se refiere (ver entre otros, voto N° 2008-0025, de las 8:53 horas del 18 de enero de 2008. Sala Tercera Penal). En cuanto a la causa examinada, a folios 1829 a 1831, del tomo IV del fallo, el Tribunal de sentencia expresó los fundamentos por los cuales estimó razonable y proporcional a la conducta desplegada por el justiciable (...), la aplicación de una pena privativa de libertad en el quantum máximo permitido en la norma sustantiva correspondiente, sea treinta y cinco años, para lo cual tomó en cuenta la gravedad del hecho cometido, así como la personalidad del partícipe, enfatizando, según se reclama, en los aspectos psicológicos del imputado, acreditados

mediante las pericias pertinentes. Pero no solamente estos aspectos estimó procedentes el Tribunal de mérito: así, pese a considerar que en efecto el justiciable tenía una familia que mantener (esposa e hijos) y que era de limpios antecedentes penales, tales consideraciones cedían ante las implicaciones y el significado de la muerte del comunicador (...), **en tanto su deceso homicida se produce, como corolario al ejercicio por parte de la víctima, de un derecho constitucionalmente determinado, atinente a la libertad de expresión, característico de un Estado de Derecho, con incidencia profunda en la vida institucional de nuestro país, comprometido en preservar tales principios democráticos.** Por otra parte, tomaron en cuenta los Jueces, que la conducta del imputado se tradujo, previo a la muerte del ofendido, en una sistemática campaña de desprestigio en su perjuicio, así como la expresión de graves amenazas y el ofrecimiento de dinero, para procurar que (...) cesara en sus denuncias periodísticas, lesionando su honor. Las anteriores manifestaciones expresadas por el Tribunal, se muestran suficientes a juicio de esta Sala, y permiten derivar y comprender, para cualquiera persona que tenga acceso al fallo mencionado, las motivaciones que llevaron a los Jueces a imponer el monto de pena indicado, sin que se advierta vicio alguno que afecte la eficacia de la resolución dictada en quebranto de las garantías procesales del enjuiciado. En consecuencia, se declara sin lugar el motivo de casación interpuesto.”

En este caso, el móvil de la muerte y la grave afectación de la libertad de expresión fue uno de los argumentos de peso para la pena impuesta. Pese a ello, no fue el elemento esencial de la discusión, ya que de la lectura integral se observa que únicamente en dos ocasiones se menciona dicho concepto. Esto significa que el órgano requirente debe, en sus conclusiones y al fundamentar la pena, destacar que no solo se violentó el bien jurídico vida e integridad personal, sino la libertad de expresión y, por ende, los propios cimientos del sistema democrático, de allí que el juicio de reproche debe ser mayor.

D. 2 CASO:

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 2008-01061, a las diez horas del veintidós de setiembre dos mil ocho.

De la lectura integran del fallo no hay mención de los conceptos libertad de expresión o de pensamiento.

Hechos según la acusación del Ministerio Público:

Aparentemente un grupo de cuatro personas fue contratado (...), a solicitud de (...) finales de noviembre del año 2003, para que acabaran con la vida de (...). Pese a que se tuvo por acreditada la dinámica del homicidio se concluyó que la prueba no permitía endilgar la responsabilidad de los encartados.

Aspectos procesales: Recepción de prueba en el extranjero.

En este caso en particular, la discusión se centró en el procedimiento de recepción de la prueba en el extranjero, lo que generó la invalidez de la misma. En los argumentos de la Sala Tercera se señaló:

a) Respecto a la falta de competencia del Juez Penal que dirigió el acto: Como lo corroboró esta Sala, la resolución de las 10:00 horas, del 6 de setiembre de 2004, dictada por el Juez Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, (...), que ordenó la recepción de la declaración del testigo (...), mediante el anticipo jurisdiccional de prueba (ver folios 578 y siguientes), fue notificada a las 14:18 horas, del 6 de setiembre de 2004, a la licenciada (...), Consejera y Cónsul General de Costa Rica en Colombia, directamente mediante fax (Ver tomo III, folio 591), a pesar de que el procedimiento formal que debía seguirse, fue el que se respetó al tramitarse la extradición de (...) de Panamá (Ver tomo III, folios 637 a 641), procedimiento que se sintetizó en la Circular N.º 146-2003, emitida por la Secretaría General de la Corte, en la que a su vez, se reiteró la Circular N.º 01-2003, publicada en el Boletín Judicial N.º 169, del 3 de setiembre de 2003, sobre el debido trámite que debe realizarse a los exhortos dirigidos al extranjero. En ella, se indicó que éstos deben diligenciarse por medio de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, la cual, a su vez, los remitirá al Ministerio de Relaciones Exteriores, entidad que finalmente, será la encargada de diligenciar con su homóloga en el país extranjero, lo solicitado en el exhorto. En este caso, a pesar de que la Cónsul (sujeto procesal con capacidad jurídica para la realización del acto) sí se hizo presente en la diligencia, tal y como se desprende de las actas levantadas y se pudo constatar en el video

que reprodujo lo actuado: "...estuvo en el acto como una espectadora pasiva, es decir, dándole razón de fecha cierta al acto...", como ciertamente lo concluyó el a quo a folio 5543. Lo anterior, porque fue el Juez costarricense (...), quien en todo momento dirigió el acto, careciendo de jurisdicción y de competencia para ello. En relación con este tema, resulta básico lo dispuesto en el artículo 132 del Código Procesal Penal, que dispone claramente que: "...El tribunal podrá constituirse en cualquier lugar del territorio nacional, cuando estime indispensable conocer directamente elementos probatorios decisivos en una causa bajo su conocimiento y competencia...". Según se observa, dicho numeral no faculta al Tribunal, en modo alguno, a que se constituya en un lugar fuera del territorio nacional. Es evidente que un Juez no puede realizar un acto jurisdiccional en otro país, pues tal potestad de resolver, encuentra su límite en el territorio en el que la misma ha sido otorgada y en ese tanto, la actuación del Juez (...), de trasladarse a Colombia a dirigir personalmente la declaración que mediante anticipo jurisdiccional rindió (...), vulneró el principio de soberanía de ese país. Ahora bien, se observa que el Juez (...) justificó su actuación, partiendo de una premisa errónea, al entender que el Estado costarricense comprende el territorio de las sedes consulares y diplomáticas. Por el contrario, las mismas son parte del territorio nacional del Estado receptor, como con acierto lo concluyó el a quo. En ese orden de ideas, la doctrina mayoritaria: "...ha abandonado la vieja concepción de la extraterritorialidad de tales edificios y su pertenencia al territorio del país representado, para considerar que lo único que existen son privilegios de carácter procesal recogidos... en el art. 23 del Convenio de Viena de 1975 sobre relaciones diplomáticas y en el art. 31 del Convenio de Viena sobre relaciones consulares, que garantizan la inviolabilidad de las sedes diplomáticas y consulares, en las que los jueces no pueden ordenar la entrada sin autorización de sus responsables..." (LUZON PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I, Colombia, Editorial Hispamer, pág. 203). El haber partido el Juez (...), de una premisa errónea, según se indicó, al considerar que el Consulado de Costa Rica en Colombia era territorio costarricense, tuvo como consecuencia, que el trámite seguido posteriormente resultara inadecuado, invalidando la diligencia. Debe tenerse claro, entonces, que el único funcionario acreditado para realizar actos a nombre del Estado costarricense en el Estado receptor (es decir, en el Estado que recibía al agente diplomático), en este caso, no era el

juez costarricense como se creyó, sino la Cónsul, quien se limitó a elaborar el documento visible de folios 654 a 658, que constituye una transcripción del acta levantada por (...) y a quien por el contrario, le correspondía dirigir la realización de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5 inciso j) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y 41 de la Ley Orgánica del Servicio Consular. C.b) Sobre la inobservancia del trámite consular correspondiente y la vulneración del principio de inmediación de la prueba. Como punto de partida, se observa que el Juez (...). se trasladó a Colombia, aclarando en dicha diligencia, que quien realizaba el acto era él, limitándose la Cónsul de Costa Rica en aquel país, a dar fe de lo que lo observó realizar, circunstancia que ya fue expuesta en el apartado anterior. Además de dicho yerro, se presentaron otras irregularidades de igual importancia, que de seguido se exponen. Así, se observa irrespetado el procedimiento legal establecido, que exigía la solicitud pertinente a las autoridades colombianas, mediante exhorto. Únicamente fue enviada desde nuestro país, una comunicación vía fax al Consulado, informándose la fecha en que se realizaría el acto de anticipo jurisdiccional de prueba, según se observa al tomo III, folio 591. En segundo lugar, el Juez (...). tomó la declaración en presencia del fiscal (...) y los defensores públicos, (...) y (...), sin que simultáneamente, esa declaración se estuviera recepcionando en Costa Rica. Según se deriva de las actas respectivas que constan en el expediente, y se verificó al tenerse a la vista los videocasetes que reprodujeron la diligencia que ahora se discute, en este caso no se dio una “videoconferencia” en sentido técnico, sino, una mezcla de actuaciones que desembocó en la decisión acertada del a quo de tenerla por ilegítima. La transmisión de la declaración del deponente, recibida en horas de la mañana, a las partes presentes en Costa Rica, no fue simultánea, sino, fue en horas de la tarde que se realizó el acto para proceder a dar lectura de lo declarado por (...), lo que evidentemente, irrespetó de manera absoluta, la inmediación, que según se ha dicho: “...implica contacto directo con los sujetos del proceso y con la prueba, en el momento original de su producción, sobre todo lo referido a la prueba testimonial y va mucho más allá de ver o escuchar al declarante, sino que comprende el entorno y su lenguaje verbal y para verbal, así como su comportamiento en el propio escenario en que la prueba se produce, no en vano se dice que en la inmediación, los juzgadores y las partes son insustituibles, precisamente porque es un elemento complejo que está en garantía de una

mejor y correcta apreciación de la prueba y que además, se complementa e integra con la posibilidad de interrogar al testigo...” (En ese sentido, ver resolución de esta Sala N° 65-2008, de las 9:30 horas del 1 de febrero de 2008). G. V. tomó un acta de lo que, según su percepción, había declarado el testigo, siendo eso lo que se puso en conocimiento de las demás partes involucradas en la causa, en una audiencia en la que intervino otra Jueza, a quien se le vedó toda intervención en la misma, indicándosele a las partes en esa oportunidad, que tenían la posibilidad de interrogar a (...). No existe ninguna duda de que el procedimiento descrito, carece de todo sustento legal, pudiendo calificarse de “inventado” o “improvisado”, de parte, tanto del Juez (...) como del Ministerio Público, viciándose así, la declaración de (...), en forma absoluta. El procedimiento desarrollado en este caso, no puede tenerse entonces, como una actuación consular, porque no se siguió el trámite correspondiente, acatándose lo dispuesto en la Circular N° 146-2003 emitida por la Secretaría General de la Corte. Tampoco consistió en una videoconferencia como probablemente se pretendía, pues esta, en síntesis, permite la transmisión de video y audio en forma continua y en tiempo real (pese a los desfases en segundos que se dan en la práctica), impidiéndose la tergiversación u omisión de aspectos del testimonio recibido. Por lo tanto, lo lógico era que fuera a la declaración de (...), a la que tuvieran acceso todas las partes, y no, a la del Juez (...). Con tal actuación, se le impidió a las partes inmediatez la declaración del testigo, pues al igual que sucede con la elaboración de las actas, solamente se logró hacer constar, la impresión que le quedó a la autoridad jurisdiccional que la elaboró, del contenido de la declaración. No se alcanzó, en lo absoluto, reflejar fielmente el contenido del testimonio recibido, sino solamente una aproximación (aunque cercana) a la deposición recibida. En consecuencia, se le impidió a las partes conocer los gestos, actitudes y reacciones del testigo al declarar, lo que resultaba indispensable, no solo en el interrogatorio efectuado una vez finalizada la lectura del acta de parte de (...). Tomando en consideración las observaciones expuestas, concluye este Despacho que en efecto, con el anticipo jurisdiccional de prueba, efectuado para recibir la declaración de (...), ciertamente se vulneraron garantías constitucionales del debido proceso, específicamente, el derecho de defensa, el principio de juez natural, la tutela judicial efectiva y los principios de legalidad, objetividad e inmediatez. Según se indicó, el Juez (...) no era la autoridad competente para realizar el anticipo discutido,

pese a ser el Juez Penal del II Circuito Judicial de San José, pues al igual que el fiscal y los defensores públicos presentes en Colombia, se encontraban solamente en calidad de extranjeros con un permiso de permanencia temporal en dicho país, insuficiente para la prórroga de la jurisdicción. Entonces, siendo un acto procesal realizado en el extranjero que tendría efectos en nuestro país, era a la Cónsul, como agente judicial, a quien le correspondía llevar a cabo la diligencia, en respeto del principio de soberanía, debiendo descartarse, la supuesta necesidad de una actuación conjunta de los dos jueces penales y la Cónsul, como lo pretende la representación fiscal. Por todos los factores expuestos en el presente considerando, queda claro que la declaración de (...), recibida mediante anticipo jurisdiccional de prueba, no puede tenerse como válida.

Estos dos casos deben generar una reflexión profunda sobre el tema de la investigación, ya que como se expone en el informe de la Relatoría Especial para la libertad de Expresión del año 2010, Comisión Interamericana de derechos Humanos la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara al demandar de los Estados responsabilidad internacional, cuando se han generado impunidad, por carencia o malas investigaciones. El principio 9 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión 9 de la Declaración de Principios establece que, "el asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada". "A su vez, la Corte Interamericana ha considerado que la investigación sobre la posible vulneración de un derecho como la vida o la integridad física, puede ser un medio para "amparar, proteger o garantizar este derecho [a la libertad de expresión]" y que la intensidad de la obligación de investigar depende de "la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados" alcanzando en algunos casos la naturaleza de jus cogens²¹.

Igualmente en el informe del año 2018, respecto a nuestro país, los Relatores Especiales de la ONU y CIDH, observaron que "en el contexto de las manifestaciones y

²¹ Relatoría Especial para la libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010.

situaciones de alta conflictividad social, el trabajo de periodistas y comunicadores, y el libre flujo de información a través de medios alternativos como las redes sociales, es fundamental para mantener informada a la población sobre los acontecimientos, a la vez que cumple un importante rol al reportar sobre la actuación del Estado y de la Fuerza Pública ante las manifestaciones, previniendo el uso desproporcionado de la fuerza y el abuso de autoridad”.

Además, advirtieron que el Estado “tiene el deber de garantizar que los periodistas y comunicadores que se encuentran realizando su labor informativa en el marco de una manifestación pública no sean detenidos, amenazados, agredidos, o limitados en cualquier forma en sus derechos por estar ejerciendo la profesión.”²²

Conclusión

A modo de conclusión, en Costa Rica existe normativa, pronunciamientos constitucionales e incluso electorales que respetan la libertad de expresión, pese a ello, el país aún tiene como deuda pendiente el incluir dentro de su formación de las distintas personas operadoras del sistema judicial, el significado de su afectación desde los fundamentos del sistema democrático. Los pocos casos que se han identificado, la muerte de dos personas comunicadoras, reflejan esa carencia formativa. Desafío que debe asumir el Poder Judicial como un todo, pero en particular los órganos de investigación como el Ministerio Público y su órgano auxiliar, el Organismo de investigación judicial y por su parte, los órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de las personas y valoración de la prueba sometido a su conocimiento. Obligación que se deriva de la Declaración conjunta sobre delitos contra la libertad de expresión del 2012, en su principio b) al indicar: “Los Estados deberían reflejar claramente en sus sistemas jurídicos y sus prácticas (...) que los delitos contra la libertad de expresión revisten especial gravedad, puesto que representan un ataque directo contra todos los derechos fundamentales”. Por ello, se hace necesario operativizar las Directrices para fiscalas y fiscales en casos relacionados por delitos, emitidas por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, reforzando la capacitación tanto del personal fiscal como del órgano auxiliar, la policía judicial. Tal como lo indica el

²² Relatoría Especial para la libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018.

instrumento: “Los delitos cometidos contra periodistas no sólo tienen repercusiones en las personas que son víctimas de ellos y sus familias, sino que también tienen importantes consecuencias para los derechos a la libertad de expresión, a la libertad de prensa, al acceso público a la información y a otras libertades fundamentales reconocidas en las normas, tratados y convenciones internacionales”.

Bibliografía

Corte I.D.H., Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Circular 04-ADM-2019, Fiscalía General de la República de Costa Rica. Enero de 2019.

Directrices para fiscalas y fiscales en casos relacionados por delitos contra periodistas, emitidas por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura. 2021.

Relatoría Especial para la libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010 y 2018.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N°15039-2015, a las 12:41 hrs minutos de 9 de agosto de 2019.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2002-3074 a las 15:24 hrs del 2 de abril del 2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2015-15420 de las 09:05 hrs del 02 de octubre del 2015.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N°2006-6255, de las 15:26 hrs de 10 de mayo del 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N°5977-2006, a las 15:16 hrs de 3 de mayo de 2008

Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica, número 1 (32) (13) . Homenaje al Prof. Dr. Daniel González Álvarez. Año 1. ISSN **pendiente**. RDCP-UCR. 2021.

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 3984-92, a las 15:27 hrs de 15 de diciembre de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N°3154-95, a las 15:09 hrs de 16 de junio de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2004-10427, a las 08:55 hrs de 24 de septiembre del 2004.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°2003-1435, a las 10:57 hrs de 21 de febrero del 2003.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°2609-1991, a las 14:00 hrs de 05 de diciembre del 1991.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 2008-00872, a las 18:12 horas de diecinueve de agosto del dos mil ocho.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2008-01061, a las 10:00 horas del veintidós de setiembre dos mil ocho.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Caja de Herramientas para escuelas judiciales iberoamericanas. Formación de formadores en libertad de expresión, acceso a la información pública y seguridad de periodistas. 2017.

Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, voto N° 220-E1-2018, a las 10:00 horas del dieciséis de enero de dos mil dieciocho. -