

Estado
de la
Nación

EN DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE

DECIMOCUARTO INFORME ESTADO DE LA NACIÓN EN DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE

Informe Final

Participación de las instancias de control jurídico, político y administrativo durante el proceso de referéndum 2007

*Investigador:
Enrique González Roldán*



Nota: Las cifras de las ponencias pueden no coincidir con las consignadas por el Decimocuarto Informe Estado de la Nación en el tema respectivo, debido a revisiones posteriores. En caso de encontrarse diferencia entre ambas fuentes, prevalecen las publicadas en el Informe.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	3
LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA TUVO UNA PARTICIPACIÓN MUY ACTIVA	4
INFORME A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA	4
LA DHR PRESENTÓ CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD ANTE LA SALA CUARTA.....	5
DIVERSAS GESTIONES ANTE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	5
PRESUNTOS CONFLICTOS DE INTERESES FUERON VALORADOS POR LA PGR	6
UN MEMORÁNDUM QUE AGITÓ EL REFERÉNDUM	7
UNA PROPUESTA QUE GENERÓ GRAN CONTROVERSIA.....	7
SITUACIÓN DE KEVIN CASAS: PRONUNCIAMIENTO FINAL DEL TSE	8
SI SOLO HAY INTENCIONES, EL TSE NO APLICA SANCIONES	9
SALA CONSTITUCIONAL FUE UN FOCO IMPORTANTE DE ATENCIÓN.....	10
DIPUTADOS DE OPOSICIÓN SE INCORPORARON A LA CONSULTA CONSTITUCIONAL	11
COMEX RESPONDIÓ LOS ALEGATOS DE LA DHR Y DIPUTADOS OPOSITORES.....	12
TSE SE PRONUNCIÓ EN GRAN DIVERSIDAD DE TEMAS.....	15
TSE AUTORIZA LA RECOLECCIÓN DE FIRMAS PARA CONVOCAR A REFERÉNDUM	15
PARTICIPACIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN CAMPAÑA Y USO DE RECURSOS PÚBLICOS	16
SE CUESTIONÓ LA PARTICIPACIÓN DE LOS CLÉRIGOS.....	17
EL TSE SE PRONUNCIA ACERCA DE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN	17
ARESEP SE PRONUNCIA ACERCA DEL MARCO REGULATORIO EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES	18
A MODO DE SÍNTESIS.....	19
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	22
ANEXOS.....	24

Introducción

La democracia es el sistema de gobierno en el que la ciudadanía alcanza mayor cercanía con el ejercicio del poder y de este modo con la satisfacción de sus intereses. En una democracia las personas participan en la gestión pública procurando influir en la toma de decisiones dentro de las instituciones del Estado, y para ello un Estado de derecho debe garantizar la existencia y funcionamiento real de diversos mecanismos para el ejercicio de la soberanía popular.

Los sistemas políticos democráticos varían notablemente en la cantidad y calidad de las oportunidades que sus instituciones ofrecen para la participación ciudadana. En una democracia la ciudadanía no es simplemente una audiencia de los gobernantes. La soberanía del poder reside en ella, y este es, precisamente, el fundamento de su participación en la política. La participación es la herramienta que poseen las y los ciudadanos para ejercer esa soberanía (Proyecto Estado de la Nación, 2001).

El establecimiento de la Ley 8492 en febrero de 2006, la figura del Referéndum como vía directa para la toma de decisiones por parte de la ciudadanía, afianzó de manera significativa el principio contenido en la Constitución Política, que en su artículo 2 establece que “la soberanía reside exclusivamente en la Nación”.

En el contexto de la realización del referéndum acerca del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos (en adelante TLC) tuvieron particular participación las instituciones de control político, jurídico y administrativo que usualmente son analizadas en los Informes Estado de la Nación. En esta oportunidad serán abordadas las principales gestiones y pronunciamientos desarrollados por el Tribunal Supremo de Elecciones, la Sala Constitucional, la Procuraduría General de la República y la Defensoría de los Habitantes. En el caso de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), únicamente serán reseñados de manera muy sucinta sus pronunciamientos técnicos en el área de telecomunicaciones. De igual modo será incluido el aporte realizado por aquellas Auditorías Internas de instituciones en particular, que durante el proceso debieron emprender algún tipo de estudio o pronunciamiento.

Como parte del estudio que se propone, se procurará dar respuesta entre otras a las siguientes preguntas: ¿mediante cuáles gestiones tuvieron participación las instituciones mencionadas durante el proceso de referéndum?; ¿de cuáles sectores (políticos, sociales, académicos) provenían los recurrentes ante las instancias de control?; ¿cuáles temas fueron los que generaron mayor cantidad de denuncias ante las instituciones analizadas?; ¿cuál es el patrón seguido en las votaciones y resoluciones de las instancias de control jurídico?; ¿cuáles actores sociales y políticos fueron los más denunciados, y por cuáles causas durante el proceso en estudio?; ¿las gestiones analizadas implicaron acciones de coordinación interinstitucional entre las instancias analizadas y otras del Estado?; y ¿cuál ha sido el procedimiento seguido en el caso de las denuncias presentadas contra funcionarios públicos que presuntamente atentaron contra la ética pública?

La Defensoría de los Habitantes de la República tuvo una participación muy activa

En el proceso relativo a la discusión del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, tanto en el ámbito parlamentario como en el proceso de referéndum, la Defensoría de los Habitantes de la República (DHR) tuvo una participación particularmente activa. Las gestiones más destacadas que realizó la institución son el informe-dictamen sobre el proyecto de Ley del TLC que emitió a solicitud de la Comisión de Asuntos Internacionales. Por otra parte destacó la presentación de una consulta de constitucionalidad ante la Sala Constitucional, una vez que el proyecto contó con el primer debate.

Informe a la Asamblea Legislativa

Como es usual en el trámite legislativo, la Asamblea Legislativa y específicamente la Comisión de Asuntos Internacionales le solicitó su pronunciamiento en torno al proyecto de ley nº 16.047 del TLC. Si bien es cierto inicialmente el foro legislativo requirió la posición de la DHR en un plazo de unos cuantos días, dada la complejidad del documento y a solicitud de la defensoría, le fue concedida una prórroga mucho más amplia, presentando su informe en marzo de 2006.

Para llevar adelante este encargo, las diferentes áreas de trabajo de la DHR realizaron un trabajo articulado, en el que -a lo interno de la institución- cada director de área sería la persona responsable de coordinar el análisis en profundidad de las secciones del tratado atinentes a su área de especialidad. Éste proceso fue conducido técnicamente por la dirección de asuntos económicos, y contó con un acompañamiento permanente de la jerarca de la institución (Zeledón, A. 2008).

No obstante la diversidad de áreas desde las cuales sería analizado el tratado a lo interno de la DHR, todas partieron de la premisa de estudiarlo desde el enfoque de los derechos humanos, por lo que en última instancia con este proceso se procuró identificar posibles lesiones o amenazas contra los derechos humanos que pudieran derivarse del TLC.

El análisis que desarrolló la DHR partió del criterio desarrollado por sus expertos, sin dejar de lado consultas a personas e instituciones con amplio conocimiento y experiencia en temas particularmente complejos o específicos contemplados en el texto consultado, tal es el caso de las telecomunicaciones, en el que se contó con la participación de expertos del Instituto Costarricense de Electricidad y la ARESEP. Adicionalmente, en la DHR fueron recibidas diferentes organizaciones sociales que solicitaron hacer del conocimiento de la defensoría sus diferentes opiniones y posturas en torno a lo establecido en el tratado (Zeledón, A. 2008).

Si bien los pronunciamientos de la DHR no tienen carácter vinculante, en esa institución se señalaron -a partir de su propio análisis- ciertos sectores particularmente vulnerables ante los acuerdos establecidos en el TLC, entre los que sobresalen el agrícola y su relación con la seguridad alimentaria nacional, además del sector salud, ligado al tema

de los medicamentos y las limitaciones en el acceso a los genéricos. De igual modo en el informe remitido a la Comisión de Asuntos Internacionales por parte de la DHR se subrayó la vulnerabilidad en que a su criterio se debía enfrentar el recurso hídrico de aprobarse el TLC. Finalmente en el tema de los arbitrajes internacionales la DHR consideró que cabe la posibilidad de que, en un futuro se privilegien los procesos de resolución de conflictos en foros o tribunales internacionales, antes que recurrir a la legislación y litigios en el ámbito local (Zeledón, A. 2008).

La DHR presentó consulta de constitucionalidad ante la Sala Cuarta

Otra de las acciones desarrolladas por la DHR, y probablemente la que generó mayor expectación fue la consulta de constitucionalidad presentada ante la Sala Constitucional el día 27 de abril de 2007. Ese trámite implicó incluso que el TSE esperara el pronunciamiento de los magistrados para así establecer de manera definitiva la fecha en que se llevaría a cabo el referéndum.

La DHR sustentó este trámite en los lineamientos establecidos tanto en la Ley de la Defensoría de los Habitantes (nº 7319), así como en la Ley de la Jurisdicción Constitucional (nº 7135). Adicionalmente la DHR ha indicado que desde el momento en que se presentó a la Asamblea Legislativa -en marzo de 2006- el informe sobre el Proyecto de ley nº 16.047, se señalaron eventuales roces de constitucionalidad presentes en el mismo, particularmente en lo que a los Derechos Humanos se refiere (DHR, 2007).

Como el principal vicio de forma señalado por la DHR destaca la omisión de la consulta preceptiva de constitucionalidad, regulada en el artículo 10 de la Carta Magna, que a criterio de la defensoría debió ser presentada en primera instancia por el Directorio Legislativo, esto por cuanto el tema en discusión era un Tratado de Libre Comercio que estaba siendo tramitado en el seno legislativo. En su defecto, ya que el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) había convocado un referéndum para la aprobación o no de ese proyecto, en la DHR se consideró oportuno que TSE fuese el llamado a plantear la consulta respectiva ante el tribunal constitucional. En síntesis, la DHR considera que esta omisión tanto por parte del Directorio de la Asamblea Legislativa como del Tribunal Electoral “... *no solo constituye un serio y grosero vicio de constitucionalidad, sino que sus efectos podrían afectar la propia institucionalidad del Estado*” (DHR, 2007).

Diversas gestiones ante la Procuraduría General de la República

Las gestiones ante la Procuraduría General de la República (PGR) en torno al tema del TLC y su discusión por medio del referéndum datan del año 2006. En marzo de ese año, los entonces diputados del Partido Libertario Carlos Salazar y Federico Malavassi consultaron a la PGR acerca de la vialidad de someter a consulta vía referéndum materia de tratados de libre comercio. El punto central de la consulta giraba alrededor de las limitaciones establecidas en la legislación para consultar -por medio de referéndum- materia tributaria.

En su opinión jurídica OJ-055-2006, a finales del mes de abril de 2006, la PGR concluyó, en síntesis que, “*de conformidad con el artículo 105 de la Constitución Política, la materia tributaria no puede ser objeto de referéndum. Límite que reafirma el*

artículo 2 de la Ley sobre Regulación del Referéndum, N°8492 de 9 de marzo de 2006. Al constituir la regulación arancelaria materia tributaria, se sigue como lógica consecuencia que la aprobación de las leyes que la concierna no puede ser objeto de referéndum. En consecuencia, un tratado de libre comercio que regule materia arancelaria no puede ser aprobado por vía de referéndum” (PGR, 2006).

No obstante este pronunciamiento de la PGR, prácticamente un año después y a partir de la gestión de un grupo de ciudadanos encabezados en ese momento por el exdiputado José Miguel Corrales Bolaños, el TSE autorizó -de acuerdo con lo establecido en los artículos 6,7 y 8 de la Ley de Referéndum- la recolección de firmas para convocar a un referéndum mediante el cual se aprobara o improbara el TLC (TSE, Resolución 790-E-2007). Posteriormente, el Poder Ejecutivo el 17 de abril de 2007 presentó a consideración de la Asamblea Legislativa el decreto 33717-MP, esto con el fin de acelerar el proceso de consulta popular, de acuerdo con lo establecido en la legislación correspondiente.

Presuntos conflictos de intereses fueron valorados por la PGR

Ante la PGR, específicamente en la Procuraduría de la Ética Pública (PEP), fueron presentadas sendas denuncias contra las diputadas Mayi Antillón (Partido Liberación Nacional) y Evita Arguedas (Partido Movimiento Libertario) por presuntos conflictos de intereses en el marco de la discusión de algunos proyectos de ley en particular, atinentes a la implementación del TLC.

La prensa nacional dio cuenta de la presentación de estas denuncias, así como del pronunciamiento de la PEP, no obstante, el trámite de estos procesos se fundamenta en la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito, por lo que se apegan al principio de confidencialidad, de ahí que no se ha tenido acceso a la documentación que sistematiza estos trámites.

En el caso de la Diputada Evita Arguedas la PEP se pronunció a instancia del diputado del PAC Alberto Salom. Según relataron los medios de comunicación, la PEP estableció que dados los intereses comerciales de la señora Arguedas en el ámbito de la radiocomunicación troncalizada sí existe un conflicto de intereses al tener participación en la comisión legislativa que conocía y dictaminaba el proyecto de Ley General de Telecomunicaciones (Diario Extra, 10 de marzo de 2007).

Por su parte, la denuncia contra la diputada Antillón presentada por la Unión de Empleados de la Caja Costarricense de Seguro Social, la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados y el diputado José Merino, de Frente Amplio fue desestimada (La Nación, 28 de abril de 2007).

Un memorándum que agitó el referéndum

La publicación de un memorándum emitido el 29 de julio de 2007 por Fernando Sánchez Diputado del PLN y del segundo Vicepresidente y Ministro Planificación Kevin Casas Zamora generó gran revuelo en diversos sectores políticos y sociales del país. En el documento dirigido al Presidente de la República y al Ministro de la Presidencia, se proponía una serie de acciones que los autores consideraron convenientes para activar la campaña a favor del TLC. Entre las medidas propuestas está la constitución de una coalición social a favor del TLC, gestionar un receso en la Asamblea Legislativa, implementar una campaña masiva en medios de comunicación, y estimular el miedo en cuatro líneas básicas: a la pérdida de empleo, al ataque a las instituciones democráticas, a la injerencia extranjera en la tendencia del No, y al efecto del triunfo del No sobre el gobierno.

Una propuesta que generó gran controversia

La trascendencia a la luz pública un documento que los autores insistieron en catalogar como privado, no solo agitó el ambiente propio del referéndum, sino que derivó -ante denuncia presentada por los diputados del Movimiento Libertario- en un pronunciamiento del TSE que en su artículo único establece que:

“1. Al intitularse esa comunicación como “memorandum” (sic), 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” (TSE, Oficio STSE-4322-2007).

En este contexto, el TSE instruyó a la Auditoría interna del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN) para que realizara la investigación respectiva, sobre todo ante la posibilidad que el tercer punto señalado se hubiera concretado. Una vez concluida la investigación, el informe de resultado fue remitido al TSE y consigna que *“del estudio realizado a lo interno del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica*

(MIDEPLAN), se puede concluir que el señor Kevin Casas Zamora, quien desempeñara el cargo de Ministro de Planificación Nacional y Política Económica hasta el pasado 22 de setiembre de 2007, día en que presentó la renuncia ante el señor Presidente de la República, no utilizó fondos públicos del presupuesto asignado al Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, con inclusión de los programas y proyectos, con fines propagandísticos de cara al Referéndum, ni que funcionarios de esta Institución fueran a dar charlas a favor o en contra del TLC, a empresas privadas, encubriendo como actividades oficiales acciones propagandísticas” (MIDEPLAN, Oficio AUD-064-2007) .

Como se cita en el informe de la investigación, uno de los efectos de la trascendencia pública del memorándum fue la renuncia del Vicepresidente y Ministro, mientras que el coautor del documento, Diputado Fernando Sánchez Campos, a la fecha de redacción de este documento (01 de julio de 2008) sigue fungiendo como legislador. Ante la denuncia presentada contra los autores del memorándum por la DHR el 12 de setiembre de 2007, la PEP desarrolló una investigación preliminar y mediante el Informe AEP-INF-009-2007 remitió los resultados a los Magistrados Electorales para que decidieran si procede o no la remoción de sus credenciales como Diputado a Sánchez, no obstante, los detalles de este proceso son de orden confidencial, pues así lo establecen la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito y la Ley de Control Interno. En su gestión la DHR solicitó formalmente una investigación por la supuesta violación a los deberes de la función pública, a la ética pública, deber de probidad, imparcialidad y observancia del interés público por parte de Casas y Sánchez.

Vale señalar que el proceso de investigación sobre el Diputado Sánchez se encuentra suspendido desde el 21 de diciembre de 2007, dado que la Sala Constitucional admitió una acción de inconstitucionalidad presentada por el Diputado Sánchez Campos “*para que se declaren inconstitucionales los artículos 2, 3, 4 y 43 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, número 8422 del 06 de octubre del 2004 y el artículo 3 inciso h) de la Ley 6815. Estima lesionados los artículos 9, 33, 111, 112 y 121 inciso 22) de la Constitución Política*” (Sala Constitucional, Expediente N° 07-015484-0007-CO). A la fecha de redacción de este informe (01 de julio de 2008) la Sala Cuarta no se ha pronunciado al respecto, por lo cual el TSE no ha emitido su criterio definitivo en torno a la participación del Diputado Sánchez.

Situación de Kevin Casas: pronunciamiento final del TSE

Si bien la resolución del TSE acerca de la participación del Ex Vicepresidente Casas Zamora se dio fuera del periodo en estudio (2007), es de gran relevancia retomar el fallo emitido por el Tribunal Electoral el 29 de mayo de 2008 y redactado por el Magistrado Presidente Sobrado González. En el por tanto de la resolución “*se declara sin lugar la denuncia por parcialidad o participación política (...) en contra del señor Kevin Casas Zamora, quien fungía como Segundo Vicepresidente de la República y Ministro de Planificación y Política Económica*” (TSE, 1957-E6-2008).

A pesar de que tanto el entonces Vicepresidente y Ministro, como el Diputado Sánchez reconocieron su autoría del memorándum, durante la instrucción del proceso, Casas alegó que no había forma de determinar de manera fehaciente la autenticidad del

documento en cuestión. Además, a pesar de que el TSE catalogó el documento como de carácter público, el exministro insistió en que se trataba de un documento privado que según su criterio había sido sustraído ilegalmente de la esfera privada de sus autores, y que en última instancia su participación en la redacción del comunicado no conlleva ilícito alguno, *“por cuanto no se demostró que el memorando haya sido escrito en horas laborales o con ocasión del cargo público que ostentaba [Casas Zamora], ni que existiera un beneficio, demostrable y de naturaleza electoral, para un partido político”*(TSE, 1957-E6-2008).

Entre los principales argumentos que consideró el TSE para tomar su decisión está la ausencia de una norma clara o específica en el marco de los procesos de referéndum que permita la aplicación del artículo 88 del Código Electoral, en el que se regula la participación de los funcionarios públicos en actividades políticas. Al respecto los magistrados indican que en dicha norma se alude a la prohibición de funcionarios con el rango de Casas Zamora a favor de partidos políticos o de sus propuestas, de ahí que en los procesos consultivos no tienen vigor las restricciones a la participación política que establece el artículo 88 del Código Electoral y normas conexas, siempre y cuando 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”*(TSE, Resolución 1119-E-2007). Es decir, a pesar de las semejanzas entre ambos procesos (eleccionario y consultivo), de la situación legal vigente y del pronunciamiento de los magistrados se desprende que, los funcionarios estatales - independientemente de su rango- que manifiesten abiertamente su apoyo a una u otra tendencia en el proceso de referéndum, no pueden ser sancionados mediante lo dispuesto en el Código Electoral, esto por cuanto al ser en este caso el Código Electoral una norma supletoria, se pueden aplicar los procedimientos que en él se establecen, mas no así las sanciones igualmente contenidas en el código.

Si solo hay intenciones, el TSE no aplica sanciones

Otro elemento que sobresale entre los razonamientos que plantea el TSE en su resolución acerca de la participación del entonces Vicepresidente de la República y Ministro de Planificación, es que las autoridades competentes pueden sancionar únicamente el “hacer” de los sujetos activos, no así sus ideas o intenciones, que pasan a ser parte del “ser” de la persona, ámbito en el que no se justifica la intervención del poder público.

Del razonamiento de los Magistrados se desprende que en el tanto las motivaciones internas del funcionario investigado no se tradujeran en acciones concretas que afecten la esfera de la convivencia social, éstas no tienen relevancia jurídica, de ahí que el TSE declinó emitir sanción alguna, pues según su criterio el asunto en discusión nunca llegó a materializarse en conductas o hechos concretos, sino que no trascendió de situaciones eventuales, supuestos o meras intenciones, por más reprochables que sean (TSE, Resolución 1119-E-2007).

Como punto final de su resolución, los Magistrados Electorales aclaran que *“pese a que este Tribunal calificó como “inaceptable” el memorando en cuestión, esta valoración no constituye motivo suficiente para fundamentar una condena por parcialidad o participación política en contra del investigado, pues para acreditar la comisión de este ilícito debe verificarse la tipicidad de la conducta reprochada, la cual, según se indicó, no se acredita del examen del contenido del documento”*(TSE, Resolución 1957-E6-2007).

Sala Constitucional fue un foco importante de atención

En esta sección se pretende caracterizar la gestión de las instancias de control ante la Sala Constitucional, así como los principales alegatos interpuestos ante el alto tribunal. No se persigue entrar a analizar jurídicamente el detalle de las sentencias o pronunciamientos emanados de la Sala Constitucional en este contexto.

El primer intento de consulta ante la Sala Constitucional se formuló mediante la intervención de la Dirección de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, que a su vez actuó instruida por el TSE. En su momento los Magistrados Electorales consideraron que *“(…) al pretenderse someter a referéndum la aprobación de un convenio internacional y según lo preceptuado en el inciso b) del artículo 10 de la Constitución Política, dicho trámite comprende la consulta preceptiva de constitucionalidad regulada en los numerales 96 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (...)”* (TSE, Resolución del 2 de enero de 2007, citada en la resolución 790-E-2007).

Por su parte, en su resolución 2007-02159 del 16 de febrero de 2007 los magistrados de la Sala Constitucional no solo consideraron prematura la consulta, sino que además indicaron que ese departamento legislativo carecía de competencia para plantear esa consulta. La Sala Cuarta resolvió entrar a conocer el texto del TLC *“una vez el proyecto en cuestión adquiriera una viabilidad jurídica clara, valga decir, cuando se hubiera aprobado en primer debate, superadas otras etapas que pudiéramos llamar por ahora, meramente preparatorias”* (Sala Constitucional, Resolución 2007-02159).

Llama la atención que el TSE haya instruido a la Directora de Servicios Técnicos para que planteara la consulta, en vez de plantearla de manera directa desde la autoridad electoral, esto a pesar de que en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se habilita -entre otras instancias- al TSE para plantear consultas de constitucionalidad sobre los proyectos *“en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional”* (Asamblea Legislativa, 1989).

A criterio de la DHR (2007) el Directorio Legislativo era el primer llamado a presentar la consulta preceptiva de constitucionalidad establecida en el artículo 10 de la Constitución Política en el que se indica que *“corresponderá a una sala especializada de la Corte*

Suprema de Justicia (...) b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley” (Constitución Política, Artículo 10).

Igualmente, el artículo 96 de la Ley de Jurisdicción Constitucional dicta que *“por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos: a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente Ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros”* (Asamblea Legislativa, 1989). Según la valoración de la DHR, con base en las normas citadas, además del voto 7005-94 de la Sala Constitucional (mediante el cual se resolvió el proyecto de Ley del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y los Estados Unidos Mexicanos), es el Directorio de la Asamblea Legislativa el que debe cumplir con la consulta preceptiva de constitucionalidad (DHR, 2007).

Diputados de oposición se incorporaron a la consulta constitucional

La consulta número 07-005632-0007-CO fue interpuesta con base en el inciso ch del artículo 96 de Ley de la Jurisdicción Constitucional, por la Defensora de los Habitantes el 27 de abril de 2007. A este trámite se adjuntó la consulta 07-007153-0007-CO, presentada casi un mes después por un nutrido grupo de diputados del Partido Acción Ciudadana, así como los legisladores del PASE y del Frente Amplio. Respecto a la admisibilidad de las consultas vale señalar que *“por mayoría de los Magistrados Solano, Vargas, Armijo, Jinesta, y Cruz, se admiten ambas consultas. La Magistrada Calzada salva el voto, únicamente, en cuanto a la procedencia de la consulta de las diputadas y los diputados y la declara inadmisibile. El Magistrado Mora salva el voto y declara inadmisibles ambas consultas”* (Sala Constitucional. Resolución 2007-09469). La Ley de Jurisdicción Constitucional establece que la DHR puede presentar consultas de constitucionalidad sobre los proyectos legislativos si considera que se *“infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República”* (Asamblea Legislativa, 1989).

La mayoría de los Magistrados declinaron pronunciarse en torno a los posibles vicios de procedimiento, dado que ya entonces el trámite legislativo había sido suspendido en razón de la convocatoria a referéndum por parte del TSE. Por su parte los Magistrados Cruz y Armijo, salvaron su voto y sí consideraron oportuno pronunciarse acerca del procedimiento.

Concretamente, la DHR planteó la consulta, dado que -a su juicio- el proyecto de aprobación del TLC quebrantaba varios artículos de la Constitución Política; el texto íntegro de la Declaración Universal de Derechos Humanos; de los Pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Texto Íntegro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente en lo que compete a cuestiones de forma, la DHR consideró la existencia de un vicio de forma por omisión de la consulta preceptiva

de constitucionalidad (Sala Constitucional, Resolución 2007-09469). En el siguiente cuadro se resumen los principales elementos que caracterizaron este trámite en la Sala Constitucional.

COMEX respondió los alegatos de la DHR y diputados opositores

La participación del Poder Ejecutivo en la dinámica suscitada ante la Sala Constitucional se dio por medio del escrito presentado el 6 de junio de 2007 ante la Sala constitucional para plantear su postura, en contraposición a los argumentos presentados por la DHR y los diputados consultantes. En torno a la omisión de una consulta preceptiva señalada por la DHR, el COMEX indica que si bien la Sala Constitucional está facultada para conocer las consultas de aprobación de convenios o tratados internacionales, también lo es que dicha competencia debe ejercerse “según se disponga en la ley” pues así lo establece la norma constitucional. Agrega el COMEX que la Ley sobre Regulación del Referéndum no prevé el control previo de constitucionalidad sobre los proyectos de ley que se sometan a referéndum, por lo cual *“no es posible concluir que en este caso el Directorio Legislativo se encuentra sujeto a la obligación de remitir a la Sala Constitucional la consulta preceptiva del TLC (...) lo cual descarta la existencia del vicio de procedimiento que se alega”* (COMEX, 2007). Adicionalmente el Ministerio reconoce que con la admisibilidad de la consulta presentada por la DHR ante el Tribunal Constitucional, pierde interés la supuesta omisión del Directorio Legislativo.

Con base en amplios criterios técnicos, el COMEX abordó desde su perspectiva, y de manera cada uno de los cuestionamientos y supuestos vicios de constitucionalidad planteados por los diputados de oposición y la DHR. Seguidamente se ofrece un desglose de cada una de las contraposiciones desarrolladas por COMEX ante la Sala Constitucional.

Acerca de los planteamientos de la DHR, el COMEX se refirió a:

- Supuesto vicio de forma en el procedimiento legislativo
- Supuestos vicios de constitucionalidad por limitación de la soberanía a los Estados Parte del Tratado.
- Supuesta violación a los artículos 1, 2, 6, 121 y 140 de la Constitución Política y a los principios de libre determinación de los pueblos, soberanía nacional, democracia y razonabilidad y proporcionalidad.
- Supuesta violación a los artículos 9, 10, 121 inciso 4, 140 incisos 3 y 153 de la Constitución y a los principios *pro homine*, soberanía y razonabilidad y proporcionalidad, por el carácter “supranacional” de la Comisión de Libre Comercio.
- Supuesta inconstitucionalidad por violación a los artículos 21, 50 y 73 de la Constitución en relación con el derecho a la vida y la salud.
- Supuesta inconstitucionalidad por violación al principio de igualdad y de protección a las poblaciones vulnerables.
- Supuesta inconstitucionalidad por violación al principio de irretroactividad y razonabilidad y proporcionalidad en el Anexo 13 (Telecomunicaciones).
- Supuesta inconstitucionalidad por violación al derecho de propiedad.

- Supuesta inconstitucionalidad por no salvaguardar el medio ambiente y violación a los artículos 6 y 50 de la Constitución y al principio pro-natura.
- Supuesta inconstitucionalidad por violación a los derechos laborales previstos en la Constitución y al Estado Social de Derecho.
- Supuesta inconstitucionalidad por violación a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y seguridad jurídica al haber negociado mediante la técnica de listas negativas.
- Supuesta inconstitucionalidad por violación a los artículos 182 y siguientes de la Constitución sobre el control de fondos del Estado y a los principios de Estado Social de Derecho y razonabilidad y proporcionalidad.

Acerca de los planteamientos de los Diputados de Oposición, el COMEX se refirió a:

- De previo y especial pronunciamiento. Sobre la convocatoria a referéndum.
- Aspectos de procedimiento.
- Definición de “territorio”.
- Supuesta incorporación automática de reglamentos técnicos extranjeros.
- Solución de controversias inversionista-Estado.
- Anexo 13 sobre telecomunicaciones.
- Supuestos vicios de constitucionalidad en el Capítulo 15 (Propiedad Intelectual)
- Capítulo 20, “Solución de Controversias”, artículo 20.2(c) y Anexo 20.2 en relación con el Capítulo 15, “Propiedad Intelectual”.
- Capítulo 19, “Administración del Tratado”, artículo 19.1 sobre la Comisión de Libre Comercio.
- Capítulo 16, “Laboral”, artículo 16.8.
- Capítulo 9, “Contratación Pública”, artículo 9.10.3.
- Supuesta violación de la autonomía municipal (artículos 169, 170 y 173 de la Constitución).
- Supuesta participación de otros Estados en el proceso de formación de las leyes y reglamentos nacionales.
- Sobre el denominado proceso de certificación.

Cuadro 1

Sala Constitucional: síntesis de actores, componentes y resultados de la consulta de constitucionalidad sobre el proyecto de TLC presentada por la Defensoría de los Habitantes. 2007

Fecha	Número	Recurrentes	Org.	Resultando	Por tanto	Votación	
						Constitucional	Inconstitucional
03/07/07	2007-09469	Lisbeth Quesada	DHR	Consulta la DHR si el proyecto de aprobación del TLC quebranta varios artículos de la CP; el texto íntegro	Por mayoría se admiten ambas consultas	Solano Carrera	Armijo Sancho
		Rafael Elías Madrigal	PAC		Por mayoría se evacuan las consultas en el sentido de que no se observan vicios de constitucionalidad en el Tratado consultado.	Mora Mora	Cruz Castro
		Alberto Salom	PAC		Por mayoría se declara que no ha lugar evacuar la consulta por procedimiento	Calzada Miranda	

Fecha	Número	Recurrentes	Org.	Resultando	Por tanto	Votación		
						Constitucional	Inconstitucional	
		José Joaquín Salazar	PAC	de la Declaración Universal de Derechos Humanos; de los Pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Texto Íntegro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Considera que existe un vicio de forma por omisión de la consulta preceptiva de constitucionalidad.	Por unanimidad se declara inadmisibles la ampliación presentada por las y los diputados, y las gestiones presentadas por personas no consultantes.	Vargas Benavides		
		Andrea Morales	PAC		Voto salvado	Jinesta Lobo		
		Ronald Solís	PAC		Calzada declara inadmisibles la consulta de los y las diputadas		Magistrado redactor	
		Marvin Rojas	PAC		Mora declara inadmisibles ambas consultas		Vargas Benavides	
		Nidia González	PAC		Armijo y Cruz: Inconstitucional en cuanto a:			
		Leda Zamora	PAC		Comisión de Libre Comercio			
		Lesvia Villalobos	PAC		Aplicación retroactiva del Anexo 13 (Telecomunicaciones)			
		José Rosales	PAC		Lo dispuesto en materia ambiental, salvo lo relativo a participación ciudadana			
		Olivier Pérez	PAC		Lo relativo al proceso de certificación en los EEUU			
		Elizabeth Fonseca	PAC		El arbitraje Inversionista-Estado			
		Orlando Murillo	PAC		El tema de los medicamentos en el capítulo de Propiedad Intelectual			
		José Merino	FA		Resolución de controversias, inversiones y salud.			
		Oscar López	PASE		Concepto de Territorio (Mag. Armijo)			
					Sobre el trámite, Armijo y Cruz, Inconstitucional en cuanto a:			
					El trámite de la iniciativa, por vulnerar el artículo 10 de la CP, al no haberse realizado consulta preceptiva.			
				El Plenario Legislativo modificó los términos de la iniciativa del PE para someter a referéndum el proyecto.				
				Violación de los principios de publicidad al omitir efectuar una traducción oficial de la integridad del tratado.				
				Se omite la inclusión del acta de la sesión 183 (23-4-07) del Plenario Legislativo en el expediente 16.047, violando principios de seguridad jurídica y publicidad.				

Fuente: elaboración propia con base en Resolución 2007-09469 de la Sala Constitucional y DHR, 2007.

La presentación de esta consulta ante la Sala Constitucional generó un ambiente de gran expectativa en diversos sectores y actores nacionales. Uno de los efectos manifiestos fue que el TSE esperó el pronunciamiento de los magistrados constitucionales para determinar la fecha definitiva en la que se realizaría la consulta popular, que inicialmente se había propuesto para el mes de setiembre, y una vez conocida la posición de la Sala Cuarta se estableció para el siete de octubre de 2007.

TSE se pronunció en gran diversidad de temas

Sin lugar a dudas, y por condiciones naturales del proceso de referéndum, en el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) se concentró la conducción del proceso de consulta, así como el arbitraje entre las diversas fuerzas involucradas para defender o adversar la iniciativa sometida a consulta. Como se verá seguidamente, más allá de la logística propia de la organización del referéndum que le asigna la ley al TSE, la gama de temas en torno a los cuales los Magistrados Electorales debieron pronunciarse fue sumamente amplia y diversa. Buena parte de las resoluciones del TSE surgió a partir de consultas hechas por diversos actores sociales y políticos, ante las cuales los Magistrados debieron interpretar tanto la Ley que regula el Referéndum, como el Código Electoral y la misma Constitución Política.

En la sección de anexos se ha incluido una serie de cuadros en los que se sintetizan los principales elementos, valoraciones, actores involucrados y resultados de cada una de los pronunciamientos emitidos por el TSE. De los diez casos abordados, la redacción de las resoluciones fue llevada a cabo por la Magistrada Eugenia María Zamora Chavarría en cinco oportunidades; por su parte el Magistrado Luis Antonio Sobrado González participó como redactor en tres ocasiones, mientras que el Magistrado Max Esquivel Faerron redactó la resolución en una oportunidad. En el caso de la resolución 2607-P-2007, referente a una denuncia por presuntas irregularidades en el desempeño de sus funciones por parte del TSE y algunos efectivos de la Fuerza Pública, la discusión estuvo a cargo de tres Magistrados suplentes y en el documento no consta sobre quién recayó la redacción.

TSE autoriza la recolección de firmas para convocar a Referéndum

Uno de los puntos determinantes en este proceso fue la autorización brindada por el TSE el 12 de abril de 2007 para que un grupo de ciudadanos emprendiera la recolección de firmas que permitieran convocar a un referéndum para aprobar o improbar el TLC. Esta gestión fue encabezada por el exdiputado José Miguel Corrales. Esta resolución se da en contraposición con el pronunciamiento de la PGR anteriormente reseñado, en el que se indicaba que la materia arancelaria no podía ser aprobada o rechazada por la vía del referéndum. En esta resolución (790-E-2007), redactada por la Magistrada Zamora Chavarría se aclara además, que la autorización para la recolección de firmas no implica la suspensión de la tramitación legislativa del proyecto a consultar, lo cual únicamente se produciría con la eventual convocatoria a referéndum.

En un caso concreto, se denunció al Presidente de la República y a la Ministra de Salud por presunta beligerancia política, invocación de motivos religiosos y manifestaciones públicas a favor del TLC haciendo uso de recursos públicos. No obstante, luego de un conjunto amplio de consideraciones acerca del evento en el que se dieron los hechos denunciados, así como después de invocar legislación y jurisprudencia relevante, en la resolución 2156-E-2007, redactada por el Magistrado Sobrado González, se declara sin lugar la denuncia, no obstante, en lo que respecta al uso presunto uso de recursos estatales para favorecer la aprobación del TLC, el TSE puso en conocimiento de las auditorías internas de la Presidencia de la República y del Ministerio de Salud la situación para que emprendieran las investigaciones correspondientes.

Participación de funcionarios públicos en campaña y uso de recursos públicos

La posibilidad de que los funcionarios públicos pudieran participar abiertamente en la campaña a favor o en contra del TLC también fue un tema que tuvo una amplia discusión ante el TSE. A esto habría que agregar las consultas que se hicieron en torno al uso de recursos públicos para favorecer a alguna de las dos tendencias.

Entre los actores que se apersonaron a interponer sus consultas desataca un grupo de funcionarios judiciales y el Ministro de la Presidencia, que consultaron acerca la aplicación del artículo 88 del Código Electoral, en el que se regula la participación de funcionarios y empleados públicos en procesos y actividades de índole político-partidista. La norma establece concretamente: *“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”* (Asamblea Legislativa, 1953). De igual modo a los jefes de los supremos poderes y otras instituciones del Estado se les previene que *“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”* (Asamblea Legislativa, 1953).

Al respecto el TSE dispuso que las restricciones propuestas en el Código Electoral no eran aplicables a los funcionarios públicos -incluidos los judiciales- en el contexto de un proceso consultivo como el del referéndum. El TSE hace la salvedad de que esa participación debe ser acorde con las obligaciones como funcionario de cada empleado público, *“lo que incluye la prohibición de utilizar recursos públicos que directa e indirectamente favorezcan las campañas a favor o en contra del proyecto consultado”* (TSE, Resolución 119-E-2007). Vale destacar que tanto en esta como en otras resoluciones sobre estos temas, los Magistrados llaman la atención acerca de la responsabilidad que tienen las Auditorías Internas dentro de su ámbito de acción para velar por el respeto de este tipo de restricciones.

La resolución citada generó a su vez otra serie de consultas al respecto de la participación de los funcionarios estatales y el uso de recursos públicos en el proceso de referéndum. Estas interrogantes fueron aclaradas por el TSE por medio de la resolución 1617-E-2007 (ver anexo 2). Entre las personas consultantes destacan

representantes de partidos políticos, diputados, representantes estudiantiles y funcionarios públicos. En esta ocasión no hubo consulta por parte de los jefes del Poder Ejecutivo.

En el por tanto de la resolución, redactada por la Magistrada Zamora Chavarría, se establece que el Presidente de la República, Ministros y otros jefes institucionales del Poder Ejecutivo pueden participar activamente del proceso consultivo de referéndum, sin que ello implique la disposición de los recursos públicos a su disposición para dichos fines. Al respecto nuevamente insiste el TSE en la importancia de una adecuada fiscalización por parte de la administración activa y en particular de las auditorías internas, acerca del uso de los recursos, sobre todo aquellos de uso discrecional.

A raíz de una consulta específica se señala que lo establecido en el Código Electoral atañe a todos los funcionarios del Estado, incluidos los que laboran en entidades con autonomía como es el caso de la Universidad de Costa Rica (UCR). En una resolución posterior (2018-E-2007) el TSE emitió una aclaración oficiosa en la que se subraya que la posición del Tribunal no pretendía limitar la participación de las universidades en el proceso de discusión, sino procurar espacios de expresión y análisis en los que ambas tendencias pudieran tener posibilidades reales de expresarse al respecto. En lo concerniente al uso de los recursos públicos, el TSE insiste en que compete a los órganos contralores internos de la UCR velar por su adecuada disposición, así como denunciar ante la CGR posibles acciones ilícitas.

Se cuestionó la participación de los clérigos

Otro de los temas sobre los cuales debió pronunciarse el TSE fue el de la legalidad o no de la participación de clérigos en el proceso de referéndum. De la resolución 1948-E-2007, redactada por el Magistrado Esquivel Faerron, se desprenden dos elementos relevantes: primero, que tanto en los procesos consultivos como electivos toda persona -seglar o clérigo- está impedida de realizar propaganda invocando motivos religiosos; y segundo, que no existe ningún tipo de prohibición constitucional ni legal que impida la participación activa de los clérigos en el proceso de referéndum.

En esta misma resolución se atiende la interrogante de los ciudadanos que preguntan acerca de la habilitación o no del Poder Ejecutivo de para explicar los alcances del TLC. Al respecto el TSE responde que en efecto el Ejecutivo está habilitado para ello mediante foros o debates en las instalaciones del Estado, *“siempre que dicha actividad no constituya propaganda”* (TSE, resolución 1948-E-TSE). Sin embargo, vale señalar que la resolución no establece qué debería entenderse por “propaganda”.

El TSE se pronuncia acerca de la información difundida en los medios de comunicación

A raíz de la consulta planteada por el Diputado del PAC Rafael Madrigal Brenes, el TSE se pronunció, entre otros elementos del Reglamento para los procesos de Referéndum, a la difusión de la información relativa al proceso de referéndum, a la regulación o no de la calidad de la información difundida por los medios, así como a las limitaciones y control en materia de propaganda.

Los Magistrados Electorales dejan constancia de los mecanismos que ellos, como cuerpo colegiado responsable de informar acerca del texto y consulta y sobre las dos posiciones de cara al TLC. Para ello destacan la realización de una serie de debates coordinados por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), y del resumen del texto a consultar elaborado por el Programa Estado de la Nación.

Ahora bien, en lo que se refiere al contenido de las pauta publicitarias, el TSE reconoce que *“no será regulado ni publicitado, toda vez que la Ley solamente dispone la consignación de la identidad del financista y el monto de su aporte, única información de interés en aras de dar cabal cumplimiento a la limitación legal establecida en el artículo 20 de la Ley”* (TSE, Resolución 2413-E-2007). En cuanto a el enfoque periodístico y el tratamiento que los medios de comunicación privados den a las posturas de cara a la consulta, el TSE se limita a disponer que *“están amparados a la libertad de prensa y de empresa”* (TSE, Resolución 2413-E-2007).

Por su parte, al aludir los medios de comunicación estatales, el TSE considera de sí mismo que favorece la más amplia y equitativa información sobre las posturas alrededor del objeto de la consulta. A pesar de esa postura, no se especifica en la resolución mencionada, mediante cuáles mecanismos es que el TSE es que propiciaría ese balance en el acceso a las posibilidades disponibles a través de los medios de comunicación del Estado.

Recuadro 1

ARESEP se pronuncia acerca del marco regulatorio en el sector de telecomunicaciones

Como ya se ha mencionado, los aportes realizados por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) fueron eminentemente técnicos. Uno de los insumos más relevantes generados por esa instancia lo materializó por medio del documento titulado *“Hacia un nuevo marco regulatorio en el sector de telecomunicaciones de Costa Rica: opciones y riesgos a considerar”*. El documento plantea las observaciones de la ARESEP en torno al contenido de los dos proyectos de ley en los que se propone un marco normativo para el sector de telecomunicaciones costarricense, a saber, el *“Proyecto de Ley general de Telecomunicaciones”* (expediente 16.398); y el *“Proyecto de Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del sector de telecomunicaciones”* (expediente 16.397). El texto sintetiza los informes remitidos por parte de la Junta Directiva de ARESEP a las comisiones legislativas que tramitaron esos expedientes.

Como parte de los estudios realizados por ARESEP, esa instancia aborda los aspectos conceptuales comunes a ambos proyectos de ley, así como una caracterización de los principales contenidos de las iniciativas. De igual modo se subrayan las principales limitaciones de cada propuesta, y finalmente una serie de elementos que se sugiere modificar (ARESEP, 2007).

A modo de síntesis

Por razones propias de la legislación costarricense, resulta obvio el protagonismo que recayó en el TSE como actor protagonista en el proceso de referéndum, tanto por su rol desde el ámbito jurisdiccional, así como administrador del proceso de referéndum. De cara a un procedimiento inédito en la realidad política costarricense, el TSE debió pronunciarse de manera reiterada acerca de temas bastante polémicos entre los que sobresalió por ejemplo la participación de funcionarios públicos en la campaña para favorecer a alguna de las tendencias inmersas en la consulta. De igual modo el tema del uso de los recursos estatales en favor de una u otra de las posiciones generó diversas reacciones, máxime cuando el TSE subrayó las limitaciones vigentes, aún para aquellas instituciones de carácter autónomo.

Por otra parte, el TSE tuvo que asumir una serie de carencias patentes en la Ley sobre regulación del Referéndum, por lo que debió aplicar como norma supletoria, y con las limitantes que esto implica, el Código Electoral. No obstante, por principios del derecho, de la norma supletoria se pueden aplicar los procedimientos, mas no las sanciones ahí establecidas. Esta situación se vio especialmente reflejada en el caso del memorándum en el que se vieron involucrados dos funcionarios de alto rango político (Vicepresidente-Ministro y Diputado respectivamente), y a pesar de que en su momento el TSE calificó el documento como “inaceptable”, con base en la normativa vigente declaró sin lugar la denuncia presentada contra el Ex Vicepresidente Casas por parcialidad o participación política, esto por cuanto al recurrir al Código Electoral, éste sanciona la participación de los funcionarios públicos específicamente a favor de partidos políticos, instancias que en el proceso de referéndum no tenían el monopolio de la representación o coordinación de las tendencias a favor o en contra del TLC.

Por su parte, la DHR también tuvo una participación muy destacada en este proceso. Esta instancia, desde que emitió su dictamen del proyecto (TLC) ante la Comisión de Asuntos Internacionales, asumió que la iniciativa tenía una serie de roces importantes tanto con la Constitución Política, como con un conjunto de instrumentos de derecho internacional atinentes al tema de los derechos humanos. Adicionalmente la DHR consideró que el TLC que sería sometido a aprobación o rechazo por medio del referéndum, vendría en detrimento de sectores especialmente vulnerables como es el caso del sector agrícola y el sector salud asociado particularmente al tema de los medicamentos. Estos criterios y la posición como tal de la DHR ante el TLC fue finalmente materializada por medio de una consulta de constitucionalidad ante la Sala Constitucional. La DHR acudió, facultada por la Ley de Jurisdicción Constitucional, dado que este trámite no fue concretado por otras instancias igualmente legitimadas como es el caso del Directorio Legislativo o el mismo TSE.

En lo que respecta al rol de la Sala Constitucional, su acción más destacada se dio en el caso de la consulta de constitucionalidad presentada por la DHR y secundada por diputados de oposición. El pronunciamiento de los Magistrados Constitucionales generó gran expectativa en el ámbito nacional, y finalmente la mayoría de ellos estableció que

el tratado no presentaba roces con la Carta Magna, ni con alguno de los Instrumentos Internacionales aludidos por los consultantes.

Una vez realizado el referéndum, en diciembre de 2007 la Sala volvió a ser foco de atención, esto por una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Diputado Fernando Sánchez, coautor junto con el exministro y exvicepresidente de la República Kevin Casas, del memorándum en que hacía una serie de recomendaciones al Presidente de la República y Ministro de la Presidencia para, según su propuesta, alcanzar el triunfo del “Sí” en el proceso de referéndum. Casi medio año después la Sala Cuarta no se ha pronunciado al respecto, lo que ha impedido al TSE determinar si le retira o no sus credenciales como legislador a Sánchez.

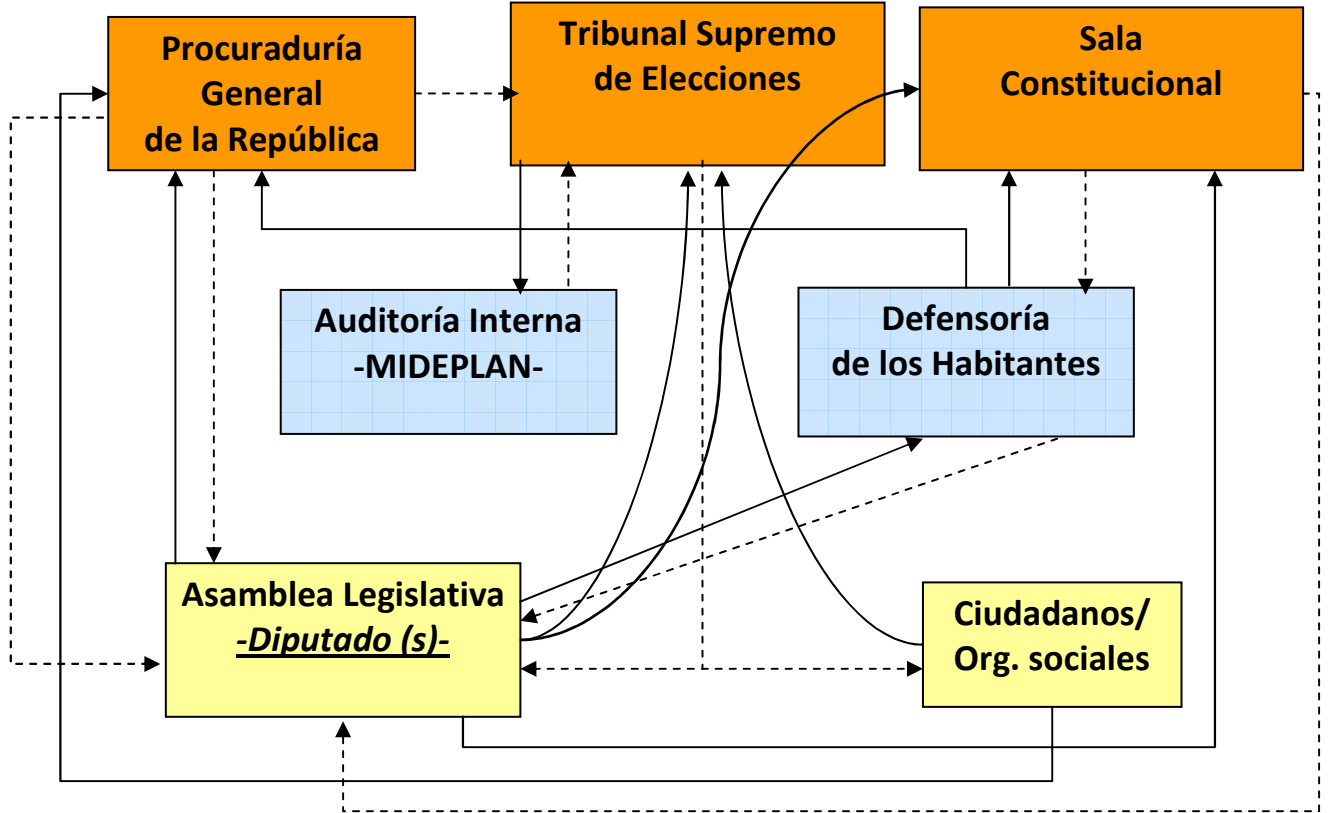
Este mismo caso (memorándum), así como denuncias presentadas por un diputado y organizaciones sindicales ante supuestos conflictos de interés que implicaban a dos diputadas en particular (Evita Arguedas y Mayi Antillón), propiciaron varios pronunciamientos de la Procuraduría de la Ética Pública (PEP). No obstante vale reseñar que la Procuraduría General de la República (PGR), ya se había manifestado - no por asuntos de ética- durante el 2006 cuando al atender la consulta de varios diputados, opinó que dada la presencia de temas de impuestos en el TLC, su aprobación o rechazo no podría decidirse por la vía del referéndum.

Finalmente, es de destacar que el TSE de manera reiterada en su jurisprudencia, sobre todo aquella atinente al tema del uso de los recursos públicos para favorecer alguna de las tendencias, llamó la atención acerca de la responsabilidad de las auditorías internas institucionales de la administración activa de velar para que no se dieran situaciones ilícitas al respecto, y que en caso de materializarse alguna acción ilegal, ésta fuera debidamente denunciada ante las instancias judiciales correspondientes. De los casos aquí abordados, el único concreto en que el TSE solicitó un estudio a una auditoría interna fue en el del MIDEPLAN, pues dada la participación del entonces Ministro de esa cartera en la emisión del citado memorándum, se requirió a la Auditoría Interna verificar si alguna de las propuestas había requerido del uso de recursos de ese Ministerio.

Un elemento fundamental es que las diferentes gestiones, intervenciones y pronunciamientos de las instancias de control jurídico, administrativo y político fueron activadas tanto por acciones propias de otras instituciones contraloras, como desde denuncias y acciones específicas de ciudadanos independientes, o agrupados en organizaciones sociales.

El siguiente diagrama pretende ilustrar las principales gestiones llevadas adelante por instancias de los tres ámbitos de control mencionados. Las líneas continuas reflejan las acciones o denuncias que emite una instancia, en dirección de aquella de la cual solicita su intervención, mientras que la línea discontinua representa la respuesta o resolución que emite la entidad a la que se acudió.

Figura 1
Interacción de las principales instancias de control jurídico, administrativo y político durante el Referéndum 2007.



Fuente: elaboración propia

Fuentes de información

ARESEP, 2007. Hacia un nuevo marco regulatorio en el sector telecomunicaciones de Costa Rica: opciones y riesgos a considerar. San José, Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Asamblea Nacional Constituyente. 1949. Constitución Política. San José, Asamblea Nacional Constituyente.

Asamblea Legislativa, 1953. Código Electoral. San José, Asamblea Legislativa.

Asamblea Legislativa, 1989. Ley de la Jurisdicción Constitucional. Nº 7135. San José, Asamblea Legislativa.

Asamblea legislativa, 2004. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Nº 8422. San José, Asamblea Legislativa.

Asamblea legislativa, 2006. Ley sobre regulación del Referéndum, Nº 8492. San José, Asamblea Legislativa.

COMEX. 2007. Respuestas de COMEX a las consultas de constitucionalidad presentadas por la Defensoría de los Habitantes y varios diputados. En: <http://www.comex.go.cr/negociaciones/usa2/referendum/default.htm>

DHR, 2007. Informe Anual de labores 2006-2007. San José, Defensoría de los Habitantes de la República.

Diario Extra, 10 de marzo de 2007. “Ante pronunciamiento de Procuraduría de la Ética: Libertaria renunció a Comisión de Telecomunicaciones”.

La Nación 28 de abril de 2007. “Desestiman denuncia contra Mayi Antillón”.

MIDEPLAN, Oficio AUD-064-2007

PGR. 2006. Opinión Jurídica 055-2006. San José, Procuraduría General de la República.

Proyecto Estado de la Nación, 2001. Auditoría Ciudadana de la Calidad de la Democracia. San José, Proyecto Estado de la Nación

Sala Constitucional, Expediente Nº 07-015484-0007-CO

Sala Constitucional, Resolución 2007-02159

Sala Constitucional. Resolución 2007-09469

TSE, Resolución 790-E-2007

TSE, Resolución 1119-E-2007

TSE, Resolución 1634-E-2007

TSE, Resolución 1617-E-2007

TSE, Resolución 1948-E-2007

TSE, Resolución 2018-E-2007

TSE, Resolución 2156-E-2007

TSE, Resolución 2413-E-2007

TSE, Resolución 2607-P-2007

TSE, Resolución 2695-E-2007

TSE, Oficio STSE-4322-2007

TSE, Resolución 1957-E6-2008

Zeledón, A. 2008. Coordinadora del Área de Asuntos Económicos de la DHR. Entrevista realizada el 29 de abril de 2008.

ANEXOS

ANEXO 1

Principales vicios de fondo señalados por la DHR

Seguidamente se ofrece una síntesis de los principales vicios de fondo encontrados por la DHR en el proyecto de TLC consultado por la Asamblea Legislativa y sometido a referéndum en octubre de 2007.

- El arbitraje. Tal como está concebido en el TLC, violenta la libertad y el consentimiento que las partes deben tener al momento de determinar la vía por medio de la cual resolverán sus controversias.
- Vigencia. El capítulo 22 del Tratado de Libre Comercio que establece la vigencia del Tratado es inconstitucional por vulnerar los artículos 1 (democracia), 2 (soberanía), 121 (funciones indelegables del Estado) y 140 (funciones del Gobierno y potestad de gobernar) de la Constitución Política. También vulnera los principios de soberanía nacional, democracia, razonabilidad y proporcionalidad.
- Comisión de Libre Comercio. como un ente supranacional es inconstitucional por violación a los artículos 2 (soberanía), 9 (atribuciones de los funcionarios públicos), 10 y 48 (prevalencia de los Tratados de Derechos Humanos), 121 inciso 4 (funciones del Legislativo), 140 inciso 3 (funciones del Ejecutivo) y 153 (jurisdicción interna) de la Constitución Política y a los principios pro homine, soberanía y razonabilidad y proporcionalidad de los fines perseguidos, porque se ve al mercado y sus requerimientos por encima del ser humano y sus necesidades, lo que implica una violación profunda a la Constitución Política.
- El artículo 10.9.3 del Tratado es violatorio de los derechos constitucionales a la vida, a la salud y a la calidad de vida y por lo tanto contrario a lo establecido en los artículos 21 y 50 de la Constitución y al Principio de Progresividad y No regresión, al Principio “pro homine” y al Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad. La obligación de progresividad implica la de no regresividad. (...) Es decir, en lugar de continuar con la implementación de medidas que permitan el goce absoluto de los derechos que se encuentran garantizados en la Constitución política, el Estado costarricense se compromete a no hacerlo si ello significa impedir el libre comercio.
- En cuanto al Principio *Pro Homine*, el reconocimiento constitucional de los derechos constituye una protección básica y vital para la garantía de los mismos. Toda normativa o actuación del Estado, debería dirigirse a la expansión de la protección y garantía de los derechos fundamentales. En el caso del Tratado, se restringe más bien, el ámbito de ejercicio de estos derechos y se atenta contra su realización. Esto, que es lo más grave, lo hace el Estado, al comprometer estos derechos a favor del comercio y la inversión.
- En cuanto a la razonabilidad y proporcionalidad, las acciones estatales deben realizarse de forma tal que si deben limitar algún derecho para cumplir con el fin público o favorecer el interés general, esta limitación debe ser mínima. En el caso

del Tratado, no nos encontramos frente a una acción que garantice beneficios para la generalidad de la población, sino únicamente para aquellas personas que se constituyan en inversionistas o comerciantes.

- La omisión de la reserva en materia de minorías socialmente vulnerables representa un aspecto de inconstitucionalidad por violación al derecho fundamental a la igualdad y de protección especial dispuestos en los artículos 33 y 51 de la Constitución Política.
- El Anexo XIII del Capítulo del Tratado que dispone aplicación retroactiva de normas es inconstitucional por vulnerar flagrantemente el artículo 34 de la Constitución Política, y los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad.
- En las Cláusulas 1.4., 10.7, 13.1, 13.10 del Tratado en las cuales se define la expropiación y la indemnización junto con las situaciones en que éstas se pueden alegar, se regula una expropiación que no tiene su razón en la función social de la propiedad, disposición que a todas luces vulnera severamente el artículo 45 de la Constitución Política y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
- El derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, lo cual reforzado con lo establecido en el artículo 6 el cual prevé la soberanía del Estado para la administración de sus aguas territoriales se vería limitado con la aprobación del Tratado puesto que si bien dentro de éste se presenta un concepto de legislación ambiental, éste es muy restrictivo y a consecuencia de ello, se dejan por fuera muchos aspectos ambientales que nuestra legislación ambiental interna sí prevé y las posibles discrepancias que se generaran entre las partes serían sometidas al conocimiento de tribunales arbitrales, los cuales en definitiva resolverían los conflictos dejándose de lado la soberanía que posee el estado de resolver sus conflictos a nivel interno.
- El restrictivo concepto de legislación ambiental contenido en el artículo 17.13 del Tratado, no contempla claramente una serie de aspectos ambientales como el uso, administración, protección y posible comercialización del agua, lo cual genera una clara lesión a lo establecido tanto en el artículo 6 como en el 50 de la Constitución Política.
- Luego del análisis del artículo 17.2.1 del Tratado en el cual se establece el hecho de que cada país analizará y aplicará su legislación ambiental interna siempre y cuando esta no afecte el comercio de las partes, se puede concluir que estamos ante una posible desprotección del ambiente y los recursos naturales, puesto que se dejan de ver como tales y se convierten en objetos o bienes comerciales, (...) lo que podría suponer que el bien jurídico comercio podría estar por encima del bien jurídico medio ambiente como derecho humano, en lo que corresponde a este Capítulo 17. Ello en posible violación del artículo 50 de la Constitución Política y la vasta jurisprudencia dictada por la Sala Constitucional en el tema del medio ambiente.
- El artículo 17.5, mediante el cual se crea el Consejo de Asuntos Ambientales, excluye la representación ciudadana en general y de las organizaciones

ambientales en particular. Esto puede considerarse como un retroceso que iría en contra del principio de no regresión con respecto a la Ley # 7554, que en su capítulo II establece la participación ciudadana y crea incluso Consejos Regionales Ambientales y una clara lesión al principio de razonabilidad anteriormente expuesto.

- El artículo 16.8 del Tratado mediante el cual se define lo que se entenderá por Derecho Laboral es restrictivo y limitado y por ello deviene en inconstitucional por violar las Garantías Laborales que se derivan del Derecho al Trabajo reconocidas en los artículos 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64 y 70 de la Constitución Política y los principios pro-homine, Estado Social de Derecho, y la razonabilidad y proporcionalidad.
 - La regulación contenida en el Tratado en materia de contratación pública mutila el concepto de contratación administrativa en aspectos que son esenciales para garantizar que éste sea un medio idóneo para el cumplimiento de los fines públicos. Esta situación afecta directamente los derechos fundamentales de la habitantes, principalmente en lo referente a los derechos económicos y sociales en el tanto el disfrute de estos requieren de una acción positiva del Estado que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio.
 - El Tratado negociado mediante el mecanismo de listas negativas modificó, violentándose el principio constitucional de razonabilidad, la estructura de negociación que repetidamente Costa Rica ha utilizado en la OMC. (...) Además, como consecuencia de la negociación, la Defensoría estima que la inclusión de una lista de Desgravación Arancelaria que permite la fabricación e importación de armas de guerra con carácter militar dentro del Tratado, lesiona los principios constitucionales y el derecho fundamental a la paz rigen la vida civilista de Costa Rica y los cuales se encuentran contenidos en aspectos tales como ser un país sin ejército, con vocación a la paz internacional y con proclamas de neutralidad, con lo cual resultan inconstitucionales las disposiciones del Tratado en ésta materia (DHR, 2007).
-

Anexo 2

Tribunal Supremo de Elecciones. Síntesis de resoluciones emitidas durante el proceso de Referéndum 2007

Fecha	Número	Recurrentes	Organización	Resultando	Redactor (a)	Por tanto
12/04/2007	790-E-2007	José Miguel Corrales Bolaños et al	No indica	Gestión para que el TSE autorice la recolección de firmas necesarias para convocar a un referéndum vinculante mediante el cual los ciudadanos aprueben o imprueben el TLC	Zamora Chavarría	Se autoriza la recolección de firmas en los términos señalados en los artículos 6, inciso e), 7 y 8 de la Ley sobre Regulación de Referéndum.
						Se aclara que la autorización conferida no suspende la tramitación legislativa del referido proyecto, lo cual únicamente se produciría con la eventual convocatoria a referéndum.
17/05/2007	1119-E-2007	Carlos Manuel Álvarez	No indica	Consultas acumuladas respecto a la aplicación a los funcionarios públicos, del art. 88 del Código Electoral y normas conexas en el proceso de referéndum relativo al proyecto de ley de aprobación del TLC	Zamora Chavarría	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 de referéndum
		Ricardo Salas	Funcionario del Poder Judicial			Los miembros de las fuerzas de policía tienen impedimento absoluto para participar en el proceso de referéndum, salvo la emisión del voto
		David Fallas	Funcionario del Poder Judicial			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
		Helena Ulloa	Funcionaria del Poder Judicial			Los funcionarios electorales han de abstenerse, al igual que los miembros de los cuerpos policiales, de participar en deliberaciones, manifestaciones o declaraciones en torno al tema sometido al proceso consultivo del referéndum
		Laura Murillo	Funcionaria del Poder Judicial			
		Rodrigo Arias	Ministerio de la Presidencia			
12/07/2007	1634-E-2007	Hernán Cordero Maduro	No indica	Consulta acerca de la aplicación de los artículos 20, c y 30 de la Ley sobre Referéndum.	Sobrado González	El límite de gasto establecido en la Ley sobre la regulación del Referéndum se circunscribe a los espacios propagandísticos pautados o contratados en medios de comunicación colectiva y respecto de los cuales no resulta procedente la centralización o acumulación masiva de aportes.
12/07/2007	1617-E-2007	Rafael Madrigal	PAC	Consultas acumuladas respecto de los alcances de la resolución n.º 1119-E-2007 que se refirió a la aplicación, a los funcionarios públicos, del artículo 88 del Código Electoral y normas conexas en el proceso de referéndum	Zamora Chavarría	Sí pueden el Presidente, los Ministros y Viceministros y los Presidentes Ejecutivos y Gerentes de las Instituciones Autónomas participar activamente en el proceso de referéndum sin que ello conlleve, como regla de principio, la disposición de recursos públicos para dichos fines
		José Miguel Corrales Bolaños	No indica			Para los funcionarios de la Defensoría de los Habitantes, como a cualesquiera otros funcionarios del Estado, rigen todos los extremos de la resolución consultada
		Epsy Campbell	PAC			Los miembros de las fuerzas de policía, que estrictamente cumplan funciones de seguridad pública, tienen prohibición absoluta de participar en el proceso consultivo de referéndum

Fecha	Número	Recurrentes	Organización	Resultando	Redactor (a)	Por tanto
		Fernando Orozco Salas	Asociación de Estudiantes de Derecho de la UCR			A los funcionarios públicos de la Universidad de Costa Rica les aplican, de igual modo, todos los extremos de la resolución
		Gerardo Castillo	ICAA			En lo que atañe a la regulación de los espacios en Radio Universidad, Canal 15 y Semanario Universidad deberá estarse a lo que preceptúan los numerales 19, 20 y 21 del reglamento que rige el proceso
						El derecho de participación de los funcionarios públicos en el proceso consultivo de referéndum no es irrestricto por estar condicionado a la no utilización de recursos públicos y al efectivo cumplimiento de los horarios de trabajo y del régimen estatutario o laboral que rige en cada una de las instituciones públicas
						La posibilidad de que los funcionarios del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados puedan participar en las campañas a favor o en contra del proyecto sometido a referéndum durante sus horas laborales depende, exclusivamente, del permiso otorgado por cada una de las jefaturas, el cual deberá entenderse concedido a título de excepción siempre y cuando no exista menoscabo del servicio e interés público inherente a la Administración
10/08/2007	1948-E-2007	Mario Varela	No indica	Consulta sobre la aplicación del Art. 28 de la CP al proceso de referéndum	Esquivel Faerron	No existe prohibición, constitucional ni legal, que impida la participación activa de clérigos en los procesos de referéndum
		Ronald Solano	No indica			Toda persona sea clérigo o seglar, tanto en los procesos electivos como en los consultivos como el de referéndum, está impedida de realizar propaganda política invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas
						El legislador no estableció en la Ley sobre Regulación del Referéndum sanción alguna para quien contraviniera la citada prohibición constitucional
						El Poder Ejecutivo está habilitado para explicar los alcances del Tratado de Libre Comercio, mediante foros o debates en las instalaciones del Estado, siempre que dicha actividad no constituya propaganda.
15/08/2007	2018-E-2007	Fernando Orozco Salas	Asociación de Estudiantes de Derecho de la UCR	Aclaración de la sentencia 1617-E-2007 respecto de la utilización de fondos públicos y la participación universitaria en los procesos de referéndum	Zamora Chavarría	Se da por aclarada la sentencia 1617-E-2007
27/08/2007	2156-E-2007	Víctor Emilio Granados	PASE	Denuncias interpuestas contra el Presidente de la República, y la Ministra de Salud, por presunta beligerancia	Sobrado González	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

Fecha	Número	Recurrentes	Organización	Resultando	Redactor (a)	Por tanto
		Alberto Cabezas	No indica	política, invocación de motivos religiosos y manifestaciones públicas a favor del TLC haciendo uso de recursos públicos.		Ministra de Salud. (...) 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
		Fabio Delgado	Rescate Nacional			
14/09/2007	2413-E-2007	Rafael Madrigal	PAC	Consulta respecto de disposiciones del Reglamento para los procesos de Referéndum en torno a la difusión	Zamora Chavarría	<p>La información sobre quién sufraga, y en qué monto, las campañas de cara al referéndum, se publica y actualiza en la página electrónica del TSE</p> <p>El TSE cumple con su mandato legal de informar sobre el texto objeto de la consulta, y sobre las dos posiciones de cara al referéndum, principalmente, a través del resumen del texto elaborado por el Programa Estado de la Nación, y de los debates organizados por FLACSO</p> <p>El contenido de las pautas publicitarias no será regulado ni publicitado toda vez que la Ley solamente dispone la consignación de la identidad del financista y el monto de su aporte</p> <p>El enfoque periodístico y el tratamiento que los medios de comunicación colectiva privados den a las posturas enfrentadas de cara al referéndum, están amparados a la libertad de prensa y de empresa.</p> <p>La figura del Asesor Electoral tiene a su cargo las mismas tareas que en los procesos electorales ordinarios y requiere de las facilidades logísticas que le brinden las autoridades locales para el desempeño de sus funciones.</p> <p>Evitar que las actividades informativas de cara al referéndum, organizadas por las instituciones públicas, encubran actividad propagandística, es deber de sus propias autoridades, y queda en manos de las auditorías internas, y de la Contraloría General de la República, sancionar las trasgresiones en que se incurra.</p>
26/09/2007	2607-P-2007	Rodrigo Carazo Odio José Miguel Corrales Álvaro Montero Carlos Campos Célimo Guido	No indica	Denuncia por presuntas irregularidades cometidas en el desempeño de sus funciones	No indica. Tribunal integrado por Magistrados suplentes	Se rechaza de plano la denuncia y se ordena el archivo del expediente
02/10/2007	2695-E-2007	Oscar López	PASE	Recurso de amparo electoral contra la fracción legislativa del PLN y el Presidente de la AL por irrespetar el alcance y contenido del Art. 114 de la CP	Sobrado González	Se rechaza de plano el recurso electoral interpuesto

Fuente: elaboración propia con base en resoluciones del TSE