

Aplicabilidad del artículo 28 de la Constitución Política al proceso de Referéndum

N° 1948-E-2007.- TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. San José, a las nueve horas del diez de agosto del dos mil siete.

Consulta planteada por los señores Mario Varela Martínez y Ronald Solano Pérez, sobre la aplicación del artículo 28 de la Constitución Política al proceso de referéndum.

RESULTANDO

1.- Mediante escrito presentado el 4 de mayo del 2007, en la Secretaría de este Tribunal, los señores Mario Varela Martínez y Ronald Solano Pérez, consultan sobre varios aspectos relacionados con el proceso de referéndum. En concreto consultan: “1) *La Convocatoria al Referendo, es o no un Proceso Político?* // 2) *En caso de resultar afirmativa la conclusión a que arribe ese Tribunal. Solicitamos que se aclare y defina si los **CLERICOS**(sic)**O SEGLARES**, se encuentran o no inhibidos o limitados, para hacer en forma alguna propaganda política, en torno al Referendo del TLC, todo al tenor de lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 28 de la Constitución Política.* // 3) *Si el Poder Ejecutivo, se encuentra o no inhibido para explicarle al Pueblo el Tratado de Libre Comercio, durante el proceso de Referendo”.*

2.- En oficio de fecha 30 de mayo del 2007, recibido el 8 de junio del 2007 en la Secretaría de este Tribunal, el señor Roy Rodríguez Araya, solicita se aclare si las iglesias cristianas, sean evangélicas o católicas pueden participar en las campañas del “sí” o del “no” del Tratado de Libre Comercio.

3.- Este Tribunal, en sesión número 50-2007, celebrada el 12 de junio del 2007, acordó agregar esa gestión al presente expediente.

4. En el procedimiento se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Esquivel Faerron**; y,

CONSIDERANDO

I.- Sobre la interpretación de la normativa electoral: El inciso 3) del artículo 102 de la Constitución Política establece como una de las atribuciones del Tribunal Supremo de Elecciones interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales atinentes a la materia electoral.

Estos pronunciamientos, según lo establece el artículo 19, inciso c) del Código Electoral, proceden de manera oficiosa, cuando las disposiciones en materia electoral requieran de complementación para que surtan sus efectos o a solicitud de los miembros del Comité Ejecutivo Superior de los partidos políticos.

En resolución n.º 1863 de las 9:40 horas del 23 de setiembre de 1999, esta Autoridad Electoral precisó que la interpretación oficiosa resulta procedente cuando el Tribunal, en cualquier momento, perciba la necesidad de interpretar o integrar el ordenamiento, en punto a

aquellas de sus disposiciones que no sean claras o suficientes, cuando su entendimiento literal conduzca a la desaplicación o distorsión de sus principios rectores o a una contradicción con mandatos constitucionales o cuando las previsiones requieran de una posterior complementación práctica para que surtan sus efectos.

En el presente caso, el artículo 28 de la Constitución Política en tanto prohíbe hacer propaganda política a clérigos y seglares invocando motivos religiosos, ha propiciado cierta duda en punto a si esa prohibición resulta aplicable a los procesos de referéndum, por lo que este Tribunal procede, de oficio, a evacuar la consulta formulada.

II.- Sobre la naturaleza jurídica del referéndum: Este Tribunal, desde la resolución número 3387-E-2006 de las 11:00 horas del 24 de octubre del 2006, definió que, a la luz del concepto de sufragio, la celebración de consultas populares, incluida la consulta no vinculante, en las que se deba aplicar la Regulación del Referéndum, Ley número 8492, es de naturaleza electoral, dado que el concepto de sufragio debía entenderse en sentido amplio, por cuanto:

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

(...)

Bajo este concepto de sufragio, la realización de una consulta popular para pronunciarse sobre un tema de trascendencia nacional, como lo es el TLC, aún cuando sus resultados no sean vinculantes para la Asamblea Legislativa, debe ser considerada materia electoral (...)” (el resaltado no es del original).

Bajo el criterio expuesto, el referéndum surge como una votación de carácter consultivo, en la que corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones “Organizar, dirigir, fiscalizar, escrutar y declarar los resultados”, en los términos previstos en el artículo 102, inciso 9) de la Constitución Política. Así, la Ley sobre Regulación del Referéndum, en su artículo 11, 12 y 13 al regular las distintas formas de convocatoria de este mecanismo, le atribuye al Tribunal Supremo de Elecciones su convocatoria.

De manera que la comunicación de la convocatoria a referéndum, al constituirse en el instrumento mediante el cual se informa oficialmente a todos los ciudadanos inscritos como electores en el Departamento Electoral del Registro Civil para que, ejerciendo el derecho constitucional al sufragio, en votación OBLIGATORIA, DIRECTA Y SECRETA, concurren a las respectivas juntas receptoras de votos, con la finalidad de decidir sobre la aprobación o improbación de un determinado proyecto de ley o reforma parcial de la Constitución, es una derivación lógica del mandato constitucional otorgado a este Tribunal de organizar y dirigir los procesos consultivos, y por ende, de un acto eminentemente electoral, dictado por esta Autoridad Electoral en ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 9, 99, 102 inciso 9) y 105 de la Constitución Política y 16, 17, 18, 19, siguientes y concordantes de la Ley sobre la Regulación del Referéndum.

III.- Sobre la prohibición contenida en el párrafo tercero del artículo 28 de la Constitución Política: El artículo 28 constitucional consagra, en términos generales, el derecho que tiene toda persona a la libertad de opinión o expresión, estableciendo que:

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

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

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

Conforme a ese precepto constitucional, se garantiza que las manifestaciones de todas las personas deben respetarse, independientemente del mecanismo que utilicen para difundirlas; de ahí que para cumplir con ese propósito la propia norma autoriza a realizar todo aquello *“que no infrinja la ley”*. Asimismo, en el párrafo segundo se garantiza la mínima intervención del Estado en la esfera de los derechos de los particulares, al establecer que quedarán fuera de la acción de la ley *“las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que perjudiquen a terceros”*, lo cual permite entender que la persona, no solo puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, sino que también se le garantiza que ni siquiera la ley podrá invadir su esfera de libertad, salvo por los supuestos expresamente contemplados en la propia Constitución.

Precisamente, uno de los supuestos que limitan ese derecho es el previsto en el párrafo tercero del citado artículo 28, el cual le impide a toda persona, sea ésta clérigo o seglar, hacer propaganda política invocando motivos de religión o valiéndose como medio de creencias religiosas.

En efecto, al revisar los conceptos que utilizó el constituyente para establecer quienes tenían prohibición de realizar ese tipo de propaganda (clérigos o seglares), no cabe duda que incluyó a todas las personas, pues, según el Diccionario de la Real Academia Española en su vigésima segunda edición (2001) la palabra “seglar”, como segunda acepción, significa: *“Que no tiene órdenes clericales”*; por su parte, al revisar el término “clero” en aras de precisar el significado de “órdenes clericales”, la Real Academia estipula: *“1.m. Conjunto de los clérigos. 2.m. Clase sacerdotal en la Iglesia católica.”* (ver en el mismo sentido resolución número 0566-E-2005 de las 09:35 horas del 10 de marzo del 2005). De esta forma, respetando las acepciones transcritas y acudiendo a una interpretación literal de la norma, clérigos serán las personas que forman parte de clase sacerdotal de la Iglesia Católica y seglares las personas que no pertenecen a esa clase.

IV.- Sobre la participación de los clérigos en las actividades políticas: El derecho de participación política, consagrado en el artículo 98 de la Constitución Política, tanto en su forma activa como pasiva, a pesar de ser un derecho fundamental, puede estar condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos, siempre que éstos no resulten arbitrarios ni desproporcionados, que respondan al principio de democracia participativa y no se conviertan en obstáculos infranqueables que impidan el ejercicio de ese derecho. Asimismo, debe tenerse en cuenta que por tratarse de un derecho fundamental, toda limitación a la libertad de

participación política debe estar expresamente prevista en una norma y la interpretación que se haga de ésta, debe ser restrictiva en favor de aquella libertad.

En este sentido, la Constitución Política, estableció restricciones a ese derecho de participación, en su forma activa, para los clérigos, pues la pertenencia al estado seglar constituye, junto con otros, un requisito para quienes pretendan ser Presidente o Vicepresidente de la República (artículo 131, inciso 2), Ministros de Gobierno (artículo 142, inciso 3), Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (artículo 159, inciso 3) y Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones (remisión del artículo 100 al numeral 159). Sin embargo, hay otros cargos, como el de Diputado de la República, para los cuales la Constitución Política no exige ese requisito, por lo que un miembro de la clase sacerdotal de la Iglesia Católica, bien podría postularse al cargo de Diputado de la República.

Recientemente, este Tribunal, al realizar un repaso de lo discutido en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente del por qué ese requisito no se incluyó para el cargo de Diputado de la República, en resolución número 0566-E-2005 de las 09:35 horas del 10 de marzo del 2005, citó el siguiente extracto de la discusión, según el cual, en criterio del constituyente: “ *no existía ningún peligro para que los sacerdotes formaran parte de una Asamblea Legislativa, integrada por cuarenta y cinco diputados. En cambio, la prohibición se justifica en el caso del Presidente o de los Ministros*” (el subrayado no es del original).

De manera que, en lo que respecta a las prohibiciones para intervenir en los procesos electorales, por parte de los clérigos, no cabe duda que debe imperar lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Política según el cual todos los costarricenses “(...) *tienen derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, ya sea para negocios privados o para discutir asuntos políticos y examinar la conducta pública de los funcionarios*”. En consecuencia, constitucionalmente, no existe prohibición alguna para que los clérigos participen en las actividades electorales; sin embargo, se hace ver que, tal y como se indicó, ese derecho fundamental a la libertad de participación política, no es absoluto, por lo que podría ser limitado por una ley.

V.- Sobre la participación de los clérigos en los procesos electivos de carácter consultivo: Habiéndose definido que resulta constitucionalmente válida la participación de los clérigos en las actividades políticas y, que ese derecho, únicamente, podría ser limitado por una ley de la República, corresponde analizar si las prohibiciones contenidas en la Ley sobre Regulación del Referéndum, número 8492, limitan el derecho de los clérigos de participar en el proceso de referéndum; sobre todo si se toma en cuenta que en la legislación electoral, no existe ninguna disposición legal que impida a éstos intervenir en las actividades político-electorales, salvo las limitaciones apuntadas en el considerando anterior, referidas a la postulación en algunos cargos de elección popular.

Ahora bien, analizada la Ley sobre Regulación del Referéndum, tampoco existe, de forma expresa, una disposición en este sentido, pues las normas que regulan las prohibiciones y sanciones (20 y 32), no limitan la participación activa de los clérigos en el proceso de referéndum, en tanto, el artículo 20, al regular las prohibiciones de ese instrumento establece las siguientes:

“*a) Prohíbese al Poder Ejecutivo, las entidades autónomas, las semiautónomas, las empresas del Estado y los demás órganos públicos, utilizar dineros de sus presupuestos para efectuar campañas a favor o en contra de los textos o proyectos sometidos a la consulta del*

referéndum; asimismo, queda prohibido usar, para tal fin, dinero procedente del exterior donado por entidades privadas o públicas.

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

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

Por su parte, el artículo 32 de la citada ley, al regular los delitos y contravenciones, establece los siguientes:

“A quien cometa las conductas tipificadas en los numerales 149, 150, 151, 152 y 153 del Código Electoral, durante la realización de consultas populares bajo la modalidad de referéndum o con ocasión de estas, se le impondrán las penas establecidas en estos artículos para dichas infracciones”.

En virtud de que, como se indicó, para imponer una limitación a los derechos de participación política, debe mediar una norma que la autorice y siendo que, en el caso de la Ley sobre Regulación del Referéndum, no se estableció ninguna limitación para que los clérigos participaran activamente en ese procedimiento, este Tribunal no podría imponer limitaciones al respecto, toda vez que, por ser materia reservada a la ley, la interpretación que se realice debe ser restrictiva a favor de las libertades públicas (principios *pro homine* y *pro libertate*).

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

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

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

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

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

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

Tampoco es posible admitir que la falta de sanción se puede solucionar con la remisión que hace el artículo 32 de la Ley sobre Regulación del Referéndum al Código Electoral, en cuanto reenvía al artículo 151 del Código Electoral y cuyo inciso d) a su vez, sanciona penalmente a quienes transgredan lo estipulado en el numeral 87 del mismo Código. Dicha conclusión se asienta en la circunstancia de que ese artículo 87 proscribe la invocación propagandística de motivos religiosos en cuanto dirigida a procurar que los ciudadanos “se adhieran o se separen de partidos o candidaturas determinadas”, situación del todo ajena a los procesos electorales de corte consultivo, siendo que adicionalmente está rigurosamente prohibido imponer sanciones mediante la aplicación analógica de la ley penal (artículo 2 del Código Penal).

De manera que esta omisión del legislador, al igual que otras, que resultan evidentes en la citada ley, deberá ser objeto de una profunda revisión de cara a la posibilidad de formular reformas a la citada ley.

VII.- Sobre la consulta de “Si el Poder Ejecutivo, se encuentra o no inhibido para explicarle al Pueblo el Tratado de Libre Comercio, durante todo el proceso de Refrendo”:

El Reglamento para los procesos de referéndum, Decreto número 11-2007, publicado en La Gaceta número 122 del 26 de junio del 2007, en su artículo 24, regula el objeto de la presente consulta, al indicar que es jurídicamente posible que en las instalaciones de la Administración Pública se puedan realizar actividades de carácter informativo.

El citado artículo establece lo siguiente:

Artículo 24.—Prohibiciones. Ninguna persona física o jurídica extranjera podrá contratar, directamente o por interpósita mano, la publicación de campos pagados a favor o en contra del proyecto sometido a referéndum. Los medios de comunicación colectiva velarán por el cumplimiento de esta disposición.

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

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

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

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

Conforme lo expuesto, el Poder Ejecutivo está habilitado para explicar los alcances del Tratado de Libre Comercio, mediante las actividades antes señaladas, siempre que dicha actividad no constituya propaganda.

VIII.- Reflexión adicional: Este Tribunal, en sus distintos pronunciamientos, ha dejado claro que uno de los aspectos centrales que se deben considerar en los procesos consultivos es el

derecho que tienen todos los sectores de participar activamente en el proceso de consulta, concretamente en lo que se refiere a los procesos de información y de propaganda; de ahí que, las iglesias en general, sean éstas católicas o no, debido a la función social que cumplen, están en todo el derecho de participar en este proceso, razón por la cual se reitera que la prohibición constitucional de invocar motivos religiosos para hacer propaganda no limita, en modo alguno, la participación activa de la iglesia en el proceso de referéndum convocado para el 7 de octubre del 2007, toda vez que esa prohibición no solo aplica para clérigos sino también para los seculares, es decir, para toda la ciudadanía.

POR TANTO

Se evacua la consulta en los siguientes términos: **a)** La comunicación de la convocatoria a referéndum es un acto de naturaleza electoral; **b)** no existe prohibición, constitucional ni legal, que impida la participación activa de clérigos en los procesos de referéndum; **c)** toda persona sea clérigo o secolar, 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; **d)** el legislador no estableció en la Ley sobre Regulación del Referéndum sanción alguna para quien contraviniera la citada prohibición constitucional; y **e)** 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. Notifíquese y comuníquese en los términos previstos en el inciso c) del artículo 19 del Código Electoral.-