

Sala Constitucional

Resolución N° 03316 - 2019

Fecha de la Resolución: 22 de Febrero del 2019 a las 13:04

Expediente: 18-018380-0007-CO

Redactado por: Paul Rueda Leal

Clase de asunto: Recurso de amparo

Analizado por: SALA CONSTITUCIONAL

Sentencia con Voto Salvado

Indicadores de Relevancia

Sentencia relevante

Sentencia clave

Sentencias Relacionadas

Sentencia con datos protegidos, de conformidad con la normativa vigente

Contenido de Interés:

Temas Estratégicos: Perspectiva de Género, Derechos Humanos

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: 4. ASUNTOS DE GARANTÍA

Tema: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PRENSA

Subtemas:

- MEDIOS DE COMUNICACION.

03316-19. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PRENSA. SE CUESTIONA LA PUBLICACIÓN REALIZADA POR UN DIARIO NACIONAL, EN LA SECCIÓN DE FARÁNDULA, VIOLANDO SU DERECHO A LA IMAGEN Y A LA INTIMIDAD Y, ADEMÁS, CON INFORMACIÓN QUE SALIÓ A LA LUZ PÚBLICA DE FORMA ILEGAL Y SIN CONSENTIMIENTO. SE ORDENÓ DE INMEDIATO ELIMINAR LA REFERENCIA DEL VIDEO OBJETO DE ESTE AMPARO EN LAS PUBLICACIONES HECHAS.

"(...) Por consiguiente, este Tribunal estima que el derecho a la intimidad en relación con el honor y el buen nombre de la amparada así como su derecho al libre desarrollo de la personalidad han sido vulnerados con la divulgación impugnada, pues esta distorsionó de forma grave y significativa el concepto público que de la recurrente se tenga, retrotrayendo a una situación referida a la difusión ilegítima de un video privado y, de esta forma, volviéndola a revictimizar, lo que incluso podría incitar el morbo social de algunos que nunca vieron tal video y que ahora lo buscarían en la Internet, con lo que se agrava el daño que en la esfera psicológica ilegítimamente se le produjo a la víctima en el año 2009. Bajo estas condiciones tan particulares del sub examine, el recurso debe ser declarado con lugar respecto de este extremo, a los efectos de ordenarle al medio recurrido eliminar dicha referencia del video en cuestión de las publicaciones del 19 y 25 de setiembre de 2018 que figuran en la Internet o en sus bases de datos, que pudieren ser indexados por motores de búsqueda en dicha red. (...)” VCG06/2022

... Ver menos

Sentencias Relacionadas

Contenido de Interés:

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: 4. ASUNTOS DE GARANTÍA

Tema: INTIMIDAD

Subtemas:

- DERECHO A LA IMAGEN.

03316-19. INTIMIDAD. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERMITE LA DIFUSIÓN SIN CONSENTIMIENTO DE LA IMAGEN DE UNA PERSONA CUANDO DICHA REPRODUCCIÓN SE JUSTIFICA POR LA NOTORIEDAD DE AQUELLA.

"(...) F- En relación con el uso dado a las fotografías publicadas por la amparada en su espacio de Instagram, el amparo debe ser desestimado. Tal como se indicó previamente, nuestro ordenamiento jurídico permite la difusión sin consentimiento de la imagen de una persona cuando "dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquella, por la función pública que desempeñe, por necesidades de justicia o de policía o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de

interés público, o que tengan lugar en público” (conforme lo dispone el artículo 47 del Código Civil). (...) este Tribunal pudo constatar lo afirmado por el recurrido, en el sentido de que el acceso a sus fotografías en Instagram se encontraba abierto a todo público, incluso a quien no estuviera registrado en esa red social, a pesar de que dicho medio cuenta con las políticas de privacidad respectivas que permiten restringir el acceso del público a los perfiles de sus usuarios. En ese sentido, ha sido la propia recurrente quien ha hecho públicas sus fotografías y ha difundido su imagen. Tampoco consta que la amparada haya establecido algún tipo de limitación para su acceso. En igual sentido, no considera este Tribunal que la mera difusión de las mismas en el contexto de la noticia procurara su deslegitimación o denigración como mujer, pues se reitera, están dirigidas al público por la propia recurrente. En consecuencia, el amparo debe ser declarado sin lugar en cuanto a este extremo se refiere. (...)”VCG06/2022

... Ver menos

Contenido de Interés:

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: 1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA CON JURISPRUDENCIA

Tema: 029- Libertad de expresión

Subtemas:

- NO APLICA.

ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

“(…) A) Sobre la libertad de expresión. Tal como lo ha señalado este Tribunal en la sentencia n.º 2012-7391 de las 11:33 horas del 1 de junio de 2012, esta libertad resulta uno de los pilares fundamentales sobre los que se erige la sociedad democrática. Por un lado, se le concibe como el **derecho** de los medios de comunicación a informar, por otro, como **derecho** del ciudadano a ser informado. El artículo 29 de la Constitución Política permite la comunicación de pensamientos sin previa censura, ya sea de palabra o por escrito, así como su publicación. Tal garantía se ve reforzada con lo dispuesto en el numeral 28 de la Constitución que prohíbe la persecución por el ejercicio de esa libertad, al señalar que “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones”. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su ordinal 19, expresa que “Todo individuo tiene **derecho** a la libertad de opinión y expresión; este **derecho** incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.” La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13, se refiere a la libertad de pensamiento y de expresión en los siguientes términos: “1. Toda persona tiene **derecho** a la libertad de pensamiento y de expresión. Este **derecho** comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Tal numeral va acompañado, por un lado, de varias limitaciones legales cuya infracción puede acarrear responsabilidad ulterior, y, por otro, de una prohibición casi absoluta de la censura previa que solo se contempla en el inciso 4, según se desprende de la literalidad del texto: “2. El ejercicio del **derecho** previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o a la salud o a la moral públicas. 3. No se puede restringir el **derecho** de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.” Adviértase que la norma convencional antedicha contempla como **derecho** humano correlativo el referido a tener acceso a la justicia para exigir responsabilidades ulteriores en los términos transcritos. (...)”VCG06/2022

... Ver menos

Contenido de Interés:

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: 1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA CON JURISPRUDENCIA

Tema: 024- Intimidad. Secreto de las comunicaciones

Subtemas:

- NO APLICA.

ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

“(…) B) Sobre el **derecho** a la intimidad e imagen. En sus precedentes, la Sala ha explicado que el **derecho** a la imagen constituye uno de los derechos integrantes de la personalidad y, a su vez, una extensión del **derecho** a la intimidad, protegido en el numeral 24 de la Constitución. La intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos del conocimiento de extraños y, si fueran divulgados o publicados sin el consentimiento del sujeto, podrían turbarle moralmente por verse afectados su honor y reputación. En principio, salvo razones de especial interés público, lo que sucede en el hogar de una persona atañe a su vida privada, lo que se extiende a otros recintos privados, como oficinas particulares o a espacios privados distintos del domicilio propio, e incluso a la correspondencia. Recordemos que no se

debe confundir el llamado interés público con el interés del público. El primer caso se trata de un interés especial, un interés moral y socialmente relevante y dotado por tanto de prioridad normativa; en el segundo tan solo se enuncia el interés, el deseo o la curiosidad compartidos por un número más o menos significativo de personas. Precisamente, el ordinal 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene, entre otros, el **derecho** a la vida privada y prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en ella, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. En el caso *Fontevecchia vs. Argentina* del 29 de noviembre de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó lo siguiente: “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública y comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público. 49. El artículo 11.2 de la Convención Americana protege al individuo frente a la posible interferencia arbitraria o abusiva del Estado. Sin embargo, eso no significa que el Estado cumpla sus obligaciones convencionales con el solo hecho de abstenerse de realizar tales interferencias. Además, el artículo 11.3 de la Convención impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra aquellas injerencias. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de garantizar el **derecho** a la vida privada mediante acciones positivas, lo cual puede implicar, en ciertos casos, la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho **derecho** protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas así como también de las personas o instituciones privadas, incluyendo los medios de comunicación.” En igual sentido, la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia T-063A/17 del 3 de febrero de 2017, al referirse a su propia jurisprudencia, expuso los aspectos comprendidos por el **derecho** a la intimidad, que “involucra aspectos diversos de la persona humana, que van desde el **derecho** a la proyección de la propia imagen hasta la reserva de espacios privados, adicionales al domicilio del individuo, en los que éste desarrolla actividades que sólo le conciernen a sus intereses” 19. De manera más extensa, la jurisprudencia de esta Corporación ha referido los siguientes aspectos: “[...] constituyen aspectos de la órbita privada, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo “comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación” que éstos tienen de aquel. En sentido complementario, en la sentencia T-787 de 2004, la Sala de Revisión señaló que “dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad” que incluyen la intimidad personal, familiar, social y gremial (C.P. art. 15). Respecto de la intimidad social, la misma decisión sostuvo que ésta “involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos laborales o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social”. En igual medida, precisó que a pesar de que el alcance de este **derecho** se restringe en estos casos, “su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el **derecho** a la dignidad humana”. Esa misma sentencia se refiere a la protección o **derecho** al buen nombre, que es definido como “la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás” y “la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan”. En ese sentido, el buen nombre puede ser vulnerado no solo por las autoridades sino también por los particulares; tal afectación puede llegar a ser de tal magnitud que lesione el **derecho** fundamental a la dignidad humana. En algunos casos, como en nuestro país, “el buen nombre” y la “honra” son tratados de forma similar, pues finalmente ambos dependen de cómo son percibidas y tratadas las personas por una determinada colectividad. Ambos están relacionados con la dignidad humana. La honra involucra la consideración que una persona tenga de sí misma, sus conductas más íntimas; mientras que el buen nombre está referido a su reputación, es decir, su proyección frente al ámbito público. Igualmente están conexos al **derecho** a la intimidad y, en el sentido expuesto, constituyen un límite para los terceros y el Estado.

Particularmente, en cuanto al **derecho** a la imagen, este Tribunal ha precisado en sus precedentes, lo siguiente:

“El **derecho** a la imagen es uno de los derechos de la personalidad y tiene independencia funcional y se manifiesta en forma negativa cuando la persona se niega a que se le tome una fotografía y en forma positiva cuando el sujeto solicita o autoriza tal conducta; además, el retrato fotográfico de la persona no puede ser puesto en el comercio, sin el debido consentimiento...”

De este modo, para poder invocar la protección del **derecho** en cuestión la imagen ha de identificar a la persona, es decir la imagen debe aludir directamente al afectado ya sea físicamente, por su nombre o por otros elementos de los que se pueda derivar inconfundiblemente a quién se refiere la información brindada. La fotografía es una reproducción de la imagen de la persona, que, dentro de los atributos esenciales de la personalidad, constituye un **derecho** fundamental. Este **derecho**, sin embargo, no es absoluto. Encuentra ciertas excepciones cuando estén comprometidos fines igualmente esenciales de la sociedad, según los términos señalados por el artículo 28 párrafo segundo de nuestra Constitución Política: cuando dañen la moral, el orden público o los derechos de terceros. Ejemplo de ello es la averiguación de la verdad dentro de las investigaciones policiales y la localización de personas extraviadas o fallecidas (v. en este sentido la sentencia de esta Jurisdicción #1441-96 de las 16:15 horas del 27 de marzo de 1996). En el **derecho** positivo la única regulación expresa sobre el **derecho** a la imagen es la del artículo 47 del Código Civil, que expresa:

“La fotografía o la imagen de una persona no puede ser publicada, reproducida, expuesta ni vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que la reproducción esté justificada por la notoriedad de aquella, la función pública que desempeñe, las necesidades de justicia o de policía, o cuando tal reproducción se relacione con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público. Las imágenes y fotografías con roles estereotipados que refuercen actitudes discriminantes hacia sectores sociales no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas ni vendidas en forma alguna.” (El resaltado no corresponde al original). (sentencia n.º 2004-11154 de las 9:45 horas del 8 de octubre de 2004, y en sentido similar la n.º 2012-7391 de las 11:33 horas del 1 de junio de 2012)

En resumen, el **derecho** de imagen consiste en el **derecho** que tiene toda persona sobre su propia representación externa, el cual ha sido considerado por gran parte de la doctrina como un **derecho** de la personalidad, vinculado a la dignidad humana y destinado a la protección de la dimensión moral de las personas, que a su titular le confiere el **derecho** de determinar la difusión pública de la

información gráfica generada por sus rasgos físicos personales. Esta facultad conlleva para el titular la posibilidad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad informativa, comercial, científica, cultural, etc., perseguida por quien pretende captarla o difundirla (ver en este sentido la sentencia n.º 2005-15057 de las 15:53 horas del 1 de noviembre de 2005). A partir de lo anterior, el **derecho** a la propia imagen atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior, así como factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. Con la protección constitucional de la imagen se preserva no solo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación; en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana, tal como lo precisó esta Sala en la sentencia n.º 2014-11715 de las 9:05 horas del 18 de julio de 2014. Sin embargo, este **derecho**, al igual que los demás de orden constitucional, también se encuentra limitado por otros derechos y bienes constitucionales, en particular, por el **derecho** a la comunicación de información y las libertades de expresión y creación artística. Por esta razón, el ordenamiento jurídico permite la difusión sin consentimiento de la imagen de una persona cuando “dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquella, por la función pública que desempeñe, por necesidades de justicia o de policía o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público, o que tengan lugar en público” (conforme lo dispone el artículo 47 del Código Civil) .

En la sentencia número 2012-000226 de las 14:50 horas del 11 de enero de 2012, la Sala precisó como límites del **derecho** a la propia imagen los siguientes:

“1) Cuando la imagen es notoria o se refiere a actos o actividades del ser humano que salen de lo común, el **derecho** se ve enervado y no se puede acceder.

2) El segundo límite está constituido por aquellas actividades públicas que desempeñan los funcionarios públicos. En esta hipótesis se hace referencia, únicamente, a la actividad que realiza el sujeto como titular de su función, estando excluidas las actividades que la persona realice en su vida íntima.

3) La tercera excepción hace referencia a publicaciones que sean necesarias para cumplir con las funciones de policía y justicia, como podría ser la difusión de fotografías de personas buscadas por la comisión de delitos.

4) El cuarto límite se refiere a la divulgación de imágenes relacionadas con acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público. En este supuesto debe ubicarse aquella información de una clara e inequívoca relevancia pública -en cuanto le interesa y atañe a la colectividad políticamente organizada- que cualquier particular o los medios de comunicación colectiva tienen el **derecho** de buscar, obtener y difundir.

Ahora bien, en todos los supuestos anteriores no existe una desprotección absoluta para el titular de la imagen, puesto que, igualmente, la publicación no debe atentar contra la ley, el orden público, las buenas costumbres y no debe ocasionarle un perjuicio antijurídico a la persona cuya imagen se ha reproducido”. (...)”VCG06/2022

... Ver menos

Contenido de Interés:

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: 2. PRINCIPIOS CON JURISPRUDENCIA

Tema: Género

Subtemas:

- NO APLICA.

PRINCIPIO GÉNERO

“(…) F) La protección contra la discriminación de la mujer. Esta Sala, en sentencia n.º 2011-6401 de las 15:25 horas del 18 de mayo de 2011, se refirió al respecto de esta forma:

“La sociedad occidental se ha caracterizado por el androcentrismo, de modo que la visión del mundo y las relaciones sociales han girado y estructurado desde el punto de vista masculino. Esta situación se ha fomentado a partir de las diferencias biológicas entre hombre –mujer, las cuales han pautado el establecimiento de los roles sociales que cada uno debe asumir. Así, entonces, se ha relegado a la mujer las labores domésticas y el cuidado de los hijos —ámbito privado— mientras que al hombre se le ha reservado, principalmente, las labores fuera del hogar —ámbito público—. Como bien lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso González y otras, “Campo Algodonero c/ México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009, “el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (supra párr. 398), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.” (El énfasis es agregado). Todos estos prejuicios acerca del rol que ocupa la mujer dentro de una sociedad patriarcal han fomentado su discriminación en muchos planos de la vida social. El nivel normativo no escapa de esto. A través del ordenamiento jurídico se seleccionan un conjunto de valores socialmente privilegiados, los cuales se ven reflejados en las normas. Así, una norma puede resultar discriminatoria en perjuicio de las mujeres si, en forma expresa o implícita, tiende a restringir o anular el ejercicio y goce de sus derechos. La discriminación es expresa cuando una norma excluye a la mujer de un **derecho** particular e, implícita si como resultado o efecto de su aplicación se menoscaba o anula el ejercicio del **derecho** para la mujer. La discriminación, igual, podría surgir al existir un vacío legal en materia de reconocimiento de derechos, o bien, de mecanismos procesales para hacerlos efectivos. Aplicando la definición de discriminación establecida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de

discriminación contra la mujer (por sus siglas en inglés CEDAW), sería discriminatoria y contraria al principio de igualdad, toda aquella norma que haga una "(...) distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil (...)" (artículo 1°).

V.- PROTECCIÓN DE LA MUJER EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Podría decirse que la tutela de los derechos de las mujeres en el Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos, inicia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, instrumento aplicable a todas las personas, sean éstas mujeres u hombres. En su numeral 1° se establece que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)" Asimismo, en su artículo 2°, párrafo primero, se afirma que "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición" (el resaltado no es del original). De igual forma, el artículo 7° del supra citado instrumento, dispone lo siguiente: "Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.". Posteriormente, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952 aprobó la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, en la cual se reconoce el derecho al voto de las mujeres en todas las elecciones, lo cual debe garantizarse en igualdad de condiciones respecto de los hombres, sin discriminación. Aparte de esto, se reconoció su derecho a ser electas para los puestos públicos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres. Es decir, no sólo se reconoce su derecho a elegir, el que, de acuerdo con la doctrina, es un derecho pasivo sino que, además, se consagró la posibilidad de participar en forma activa en el proceso electoral como candidatas a puestos públicos. Más importante en este proceso de normativización, resulta aún la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución No. 34/180, de 18 de diciembre de 1979, aprobada por nuestro país mediante Ley No. 6968 de 2 de octubre de 1984. Este instrumento marcó un verdadero hito en el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres como parte de los derechos humanos, atendiendo a las circunstancias especiales y vulnerabilidad que este grupo enfrenta. En este instrumento resulta valiosa la definición de discriminación contra la mujer, precisándola de la siguiente manera: "toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera" (artículo 1°). En su artículo 2° se establecen una serie de compromisos para los Estados parte en distintos ámbitos, los cuales deben integrar una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer en todas sus formas. Entre las principales obligaciones destacan el compromiso de reconocer, vía constitucional o legal, el principio de igualdad del hombre y la mujer; adoptar las medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; adoptar todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación, entre otros. En el sistema regional interamericano de protección de los derechos humanos se encuentra la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer también conocida como "Convención De Belem Do Pará" en reconocimiento de la ciudad brasileña donde fue firmada el 9 de junio de 1994, aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 7499 de 2 de mayo de 1995. En esta Convención se reconoce que la violencia contra la mujer es "una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres", consagrando el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia lo que incluye el derecho a estar exenta de toda forma de discriminación. Todos estos instrumentos internacionales tienen como objetivo eliminar toda forma de discriminación en contra de la mujer por su condición de tal y, en esa medida, garantizar su dignidad como ser humano, y su igualdad."

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la Recomendación General n.º 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, relativa a medidas especiales de carácter temporal, ha señalado que para alcanzar el propósito de eliminar "todas las formas de discriminación contra la mujer" los Estados Partes tienen tres obligaciones centrales:

"7. En primer lugar, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación —que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares— por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. La segunda obligación de los Estados Partes es mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar los Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales." (...) VCG06/2022

... Ver menos

Contenido de Interés:

Tipo de contenido: Voto salvado

Rama del Derecho: 4. ASUNTOS DE GARANTÍA

Tema: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PRENSA

Subtemas:

- MEDIOS DE COMUNICACION.

Voto salvado parcial de los Magistrados Salazar Alvarado y Araya García. Los suscritos Magistrados afirmamos de manera vehemente, que coincidimos y compartimos las afirmaciones contenidas en el criterio de mayoría, respecto de la necesaria protección que merecen el **derecho** a la intimidad, el **derecho** a la imagen y el **derecho** al libre desarrollo de la personalidad. De igual manera, coincidimos plenamente con la absoluta y necesaria protección de la mujer frente a la discriminación y la violencia de cualquier tipo. Sin embargo, nos separamos del criterio de mayoría y salvamos el voto respecto de dos temas concretos: a) la admisibilidad del presente recurso de amparo; y, b) la valoración que por el fondo se hizo, de las premisas expuestas en los considerandos generales, y en el precedente del **derecho** comparado que se utiliza como base para el dictado de la resolución, sin tomar en consideración una dimensión esencial, consustancial e inmanente de la libertad de prensa, como lo es el **derecho** a la contextualización de la información.

A.-Sobre la admisibilidad del recurso de amparo . El artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional estipula que:

"(...) El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de **Derecho** Privado cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de **derecho** o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a), de esta ley (...)" (el énfasis no pertenece al original).

Según se desprende de la lectura del numeral citado, el recurso de amparo contra sujetos de **derecho** privado, tiene carácter excepcional, subsidiario o residual, en el sentido que es admisible si se cumplen dos presupuestos: 1) que el sujeto de **derecho** privado actúe o deba actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentre, de **derecho** o de hecho, en una posición de poder; y, 2) que frente a dicho ejercicio o posición de poder, los remedios jurisdiccionales comunes, resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades involucrados -ver, entre otras, la sentencia número 2017-4271, de las 9:15 horas de 21 de marzo de 2017-. De tal forma, tomando en consideración que lo aducido por la recurrente es un tema directamente relacionado con las consecuencias que podría significarle la publicación realizada por un medio privado de comunicación masiva, estimamos que el ordenamiento jurídico costarricense ofrece otros mecanismos procesales que le permiten abordar de manera apropiada lo planteado por la amparada, previsiones que desde antaño se contemplan en nuestro ordenamiento, y que se remontan, incluso, al artículo 6 del Decreto XXXVI, de 9 de setiembre de 1833, lo que denota una larga tradición jurídica en cuanto a la tutela que estas situaciones deben recibir, y que de forma más reciente, el así denominado Bloque de Legitimidad continúa tutelando de similar manera. Así, los artículos 47 y 48 del Código Civil estipulan que:

"ARTÍCULO 47.- La fotografía o la imagen de una persona no puede ser publicada, reproducida, expuesta ni vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que la reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla, la función pública que desempeñe, las necesidades de justicia o de policía, o cuando tal reproducción se relacione con hechos , acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público. Las imágenes y fotografías con roles estereotipados que refuercen actitudes discriminatorias hacia sectores sociales no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas ni vendidas en forma alguna.

ARTÍCULO 48.- Si la imagen o fotografía de una persona se publica sin su consentimiento y no se encuentra dentro de alguno de los casos de excepción previstos en el artículo anterior, aquella puede solicitarle al Juez como medida cautelar sin recursos, suspender la publicación, exposición o venta de las fotografías o de las imágenes, sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva. Igual medida podrán solicitar la persona directamente afectada, sus representantes o grupos de interés acreditados, en el caso de imagen o fotografías que estereotipen actitudes discriminantes (...)" (los énfasis no pertenecen al original).

En el caso que ahora se conoce, es evidente que por la actividad profesional de la recurrente y la exposición propia del medio, se está ante un supuesto donde se justifican publicaciones a ella relacionadas, precisamente «por la notoriedad» de la persona. Asimismo, las normas de cita se encuentran en la dirección de lo ya mencionado en el primer párrafo de este voto respecto del **derecho** a la contextualización de la información - publicación «relacionada con hechos»-, y sin que de modo alguno, como se indicará más adelante, tales publicaciones deban entenderse como la reproducción de roles estereotipados. De la lectura de las normas de comentario, se entiende que aún queriéndose situar un caso como este en alguno de aquellos tres criterios, le subsiste a la persona interesada la posibilidad de acudir a la vía ordinaria para impedir de forma oportuna la reproducción o difusión que estima lesiva a sus intereses o derechos. Esta posibilidad permanece aún en la época actual, donde la inmediatez y rápido acceso a la información es innegable, toda vez que se trata de disposiciones cautelares que pueden solicitarse y adoptarse ante la jurisdicción ordinaria y que por su propia naturaleza cautelar, su valoración y disposición debe producirse de manera célere y oportuna.

Por otra parte, la tutela provista por el ordenamiento trasciende incluso, y especialmente, al ámbito penal -como ya lo anticipaba también aquel histórico Decreto aquí referenciado-, tal como se contempla en el Título II del Código Penal, de donde resulta que si la recurrente considera que las publicaciones del medio de comunicación recurrido resultan injuriosas, calumniosas, difamatorias, o de algún modo, agraviantes, tiene abierta también la opción que le brinda el ámbito de lo penal.

De igual manera, tampoco puede pasarse por alto la misma ley que rige esta jurisdicción, cuando al tenor del artículo 66, la Ley de la Jurisdicción Constitucional señala:

"Artículo 66. El recurso de amparo garantiza el **derecho** de rectificación o respuesta que se deriva de los artículos 29 de la Constitución Política y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, por medios de difusión que se dirijan al público en general, y, consecuentemente, para efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establece esta ley (...)" (el énfasis no pertenece al original).

En este sentido, tal y como la Sala Constitucional lo señaló en la sentencia número 2018-5053, de las 09:30 horas de 23 de marzo de 2018:

"El artículo 66 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que se deriva de los artículos 29 de la Constitución Política y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, garantiza el **derecho** de rectificación o respuesta a "toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, por medios de difusión que se dirijan al público en general, y, consecuentemente, para efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establece

esta Ley". Esta norma, y las que le sirvieron de base o inspiración, tiene por finalidad principal, la efectiva protección de la honra y reputación de la persona, frente a publicaciones indebidas, por ser "inexactas o agraviantes" transmitidas a través de los medios de comunicación colectiva (...)" (el énfasis no pertenece al original).

Sobre el particular, debe señalarse que el recurso de amparo de rectificación y respuesta, no solamente procede frente a informaciones inexactas, sino también por aquellas que el titular del **derecho** estime agraviantes -de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, agravante es lo que agravia, hace agravio - ofensa a la fama o al honor de alguien. Perjuicio que se hace a alguien en sus derechos e intereses-. De la lectura del escrito de interposición del recurso de amparo, se desprende, con meridiana claridad, que la amparada estimó las publicaciones que cuestiona, como agraviantes, por lo que bien pudo ejercer su **derecho** de rectificación y respuesta, de conformidad con los artículos 66 y 69 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo cual no alegó ni demostró haber llevado a cabo. Nótese que presentó el recurso de amparo el 19 de noviembre de 2018, 1 mes y 1 día luego de la primera publicación, y 24 días después de la segunda. De tal forma, no resulta admisible que la amparada evada los recaudos y garantías que establece el Capítulo III del Título I de la Ley que rige esta jurisdicción, para que a través del recurso de amparo contra sujetos de **derecho** privado, esta Sala conozca el proceder del medio de comunicación.

En este sentido, es criterio de los suscritos que este recurso de amparo devendría en inadmisibile. No obstante, habiendo sido cursado y resuelto por el fondo con el criterio plasmado por la mayoría de esta Sala, resulta ineludible para los suscritos separarse parcialmente de dicho criterio -recuérdese la aclaración formulada en el primer párrafo de este voto salvado-, con base en las siguientes argumentaciones.

B. Sobre el criterio de mayoría en cuanto al fondo del caso planteado. La libertad de prensa y el **derecho** a la contextualización de la información. La libertad de prensa se fundamenta en la libertad de expresión y, al mismo tiempo es uno de sus vehículos naturales. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que la libertad de prensa:

"Se traduce en el **derecho** para los administrados de buscar y difundir las informaciones y las ideas a un número indeterminado de personas sobre hechos que por su naturaleza son de interés de la generalidad por considerarse noticiosos (...)" -sentencia número 2018-8396 de las 12:40 horas de 25 de mayo de 2018-).

Por su parte, desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver la opinión consultiva OC-5/85, mediante sentencia de 13 de noviembre de 1985, señaló claramente que:

"72. (...) La profesión de periodista -lo que hacen los periodistas- implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención (...)

74. (...) El ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado (...)"

La libertad de prensa en relación con la libertad de expresión, hacen referencia al **derecho** de toda persona, y de los medios de comunicación en particular, de investigar e informar, sin limitaciones irrazonables o coacciones. Sobre este extremo, la jurisprudencia de la Sala ha indicado que:

"(...) la libertad de prensa es un pilar fundamental del Estado democrático al punto de que no puede existir el segundo sin la garantía efectiva a favor de todos los habitantes de la República del ejercicio del **derecho** de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, sin que dicho **derecho** pueda ser sometido a la previa censura (...)" -sentencia número 2017-12926, de las 09:30 horas de 18 de agosto de 2017-.

Es evidente que la libertad de prensa es una de las libertades básicas, esenciales y consustanciales para la vida en democracia, y así debe protegerse y potenciarse. Sin embargo, ese mismo ejercicio democrático permite que esta libertad encuentre ciertos ámbitos de morigeración, los cuales, tratándose de esta libertad fundamental, se encuentran en la tutela de los derechos de terceros y el orden público, situaciones que, en todo caso, deberán ser analizadas para que, si resultare procedente, se dé lugar a la valoración balanceada de los derechos o circunstancias en pugna, para que pueda optarse por la solución más apropiada en el contexto de ese mismo Estado Democrático de **Derecho** y el principio democrático que debe protegerse. Es por tal razón, que el párrafo 2 del artículo 13 de la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, claramente dispone:

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

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

Asimismo, correlativa a esa libertad se encuentra la responsabilidad ulterior del periodista y de los medios de comunicación, tanto frente al individuo como la sociedad en su conjunto, por la veracidad y objetividad de lo informado. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 29 de noviembre de 2011 dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, precisó:

"43. (...) El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este **derecho**. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar más allá de lo estrictamente necesario el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

44. En su jurisprudencia la Corte ha establecido que los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

45. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la

circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas (...)

50. En este contexto, la Corte debe encontrar un equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática. El Tribunal recuerda que el ejercicio de cada **derecho** fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención (...)” -el énfasis no pertenece al original-.

Para que la libertad de prensa pueda ser efectiva, también deben respetarse otros derechos, principios y garantías que guardan una relación instrumental con aquella: a) el **derecho** de acceso a la información, b) el **derecho** a la contextualización de la información, c) el **derecho** a informar, d) el secreto de las fuentes -sentencia de la Sala Constitucional número 2008-7548, de las 17:37 horas de 30 de abril de 2008), y, d) la prohibición de la censura previa -sentencia de la Sala Constitucional número 2018-8396, de las 12:40 horas de 25 de mayo de 2018).

En este sentido, la nota de prensa contra la cual la recurrente muestra especial inconformidad, debe necesariamente valorarse conforme al referido «**derecho** a la contextualización», el cual es particularmente relevante. En el ámbito periodístico, la contextualización busca interpretar la información que se brinda sobre un hecho principal, presentando un contexto que denote una mayor amplitud de la realidad; es decir, su propósito es evitar que el acontecimiento aparezca aislado, sino vinculado a mayor información que enriquezca la comprensión y en análisis por parte del destinatario de la comunicación. Vista de esta forma, la contextualización es un elemento fundamental del ejercicio de la libertad de prensa, y es parte de su contenido esencial, en la medida que resulta medular para informar de forma completa y ubicar al lector en los acontecimientos que ahora se le presentan. La contextualización de la información es una herramienta primordial para la libertad de prensa, pues no sólo contribuye a la formación de la opinión pública, sino también, posibilita al receptor de la noticia adoptar un criterio completo y comprehensivo sobre lo informado.

El **derecho** a la contextualización así entendido, es pasado por alto por el criterio de mayoría, aún cuando en su redacción de alguna manera se contempla y menciona, precisamente en cuanto al caso que ahora se conoce, cuando la mayoría afirma que «la amparada es una reconocida modelo y profesional en periodismo, de ahí que resulta de interés del público lo que en su vida acontezca..”-el destacado no es del original-

Es decir, el propio criterio de mayoría reconoce que resulta de interés del público -y por ende también interés público- conocer lo que suceda en la vida de la amparada debido a su ocupación profesional -“reconocida modelo” y periodista-. De ahí que, hacer referencia a situaciones que la persona ha enfrentado, carece por tesis de principio, de ser una afectación a la intimidad o la imagen de la persona, siempre que sirva para contextualizar el acontecimiento del que ahora se informa y ubicar al lector respecto de los hechos que se ponen a su disposición.

Del mismo modo, el criterio de mayoría se fundamenta en lo que refieren son cuatro requisitos que harían posible la información sobre situaciones anteriores de la persona. Según la mayoría, esa difusión sería posible si tales hechos referenciados: a) «en un momento dado fueron noticiosos»; b) «resulta válida en tanto estos no causen un daño moral injustificado a la persona»; c) «sean relevantes para la noticia actual»; y, d) «se trata de un caso de interés público».

En criterio de los suscritos, los cuatro requisitos se encuentran en el caso que ahora se conoce, y, por tanto, la reiteración y contextualización que hace el medio de comunicación, dista de ser ilegítima desde el punto de vista de la constitucionalidad de la información. Nótese que el agravio que estima la recurrente, se produce por la referencia a un anterior video suyo y cuya existencia también fue referenciada por la prensa; es decir, si fue un hecho noticioso en su momento. Del mismo modo, las informaciones ahora publicadas, se limitan a dar cuenta de la existencia de aquel video, sin mostrarlo ni referir dónde podría ser habido, ni referir detalles de las imágenes o del contenido que podrían allí visualizarse. Se trata, igualmente, de una referencia que permiten ubicar al personaje del cual se informa, de donde aquella reseña sí se entiende como relevante para la noticia actual. Y, finalmente, sí es un caso de interés público y de interés del público, por cuanto la misma mayoría refiere el carácter de «reconocida modelo y profesional en periodismo». De tal forma, la referencia que el medio de comunicación hace en sus publicaciones de 19 y 25 de setiembre de 2018, se ajusta a los parámetros de referenciación que plantea el mismo criterio de mayoría, de donde debe necesariamente concluirse, que tal referencia dista de ser ilegítima.

En todo caso, más allá de esta apreciación, es evidente que tales notas cumplen no sólo con hacer una referenciación, sino, especialmente y según lo dicho, esas referencias se plantean y formulan en pleno ejercicio del **derecho** a la contextualización, el cual, tal como se ha indicado, es consustancial con el ejercicio de la libertad de expresión y su correlativa libertad de prensa.

En este sentido, reafirmamos, la publicación cuestionada por la recurrente se encuentra dentro del pleno ejercicio responsable de la libertad de expresión y la libertad de prensa, así como debidamente justificada en el marco del **derecho** a la contextualización de donde resultaría impropio aplicarles a dichas publicaciones las pretendidas limitaciones, sin que ellas resulten a su vez lesivas a la propia libertad de expresión y a la libertad de prensa.

C.- Sobre la fundamentación del criterio de mayoría.- El voto de mayoría se sustenta prioritariamente en la citada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Español, referente a la aplicación del **derecho** al **olvido** a un medio de prensa -acápites 8.a-, y por mantener información de larga data en sus bases digitales, lo que resultaba agravante. Sin embargo, de la lectura adecuada de dicha referencia jurisprudencial, resulta claro que el mismo dista de aplicarse al caso que ahora conoce esta Sala Constitucional. Nótese que, en efecto, dicho precedente refiere la aplicación del **derecho** al **olvido** en materia periodística. Sobre el particular, son necesarias dos observaciones concretas: la primera de ellas, es que la jurisprudencia de esta Sala es sostenida en cuanto al ámbito de aplicación del **derecho** al **olvido**, referenciándolo, precisamente, al contexto de aplicación de las bases de datos y la

protección del **derecho** de autodeterminación informativa, sin hacerlo extensivo, de modo alguno, a materia periodística, de libertad de expresión ni de libertad de prensa, y sin que en nuestro criterio, dicho proceder resulte válido; los suscritos no soslayan de modo alguno la importancia del carácter progresivo y la característica de progresividad de los derechos humanos, mas de conformidad con el contenido mismo del **derecho al olvido**, debe indicarse que el mismo resulta inviable de ser aplicado en materia de libertad de expresión y, sobre todo, de libertad de prensa, lo cual nos lleva a la segunda observación sobre este aspecto.

En segundo lugar, debe evidenciarse que el denominado «**derecho al olvido**» tiene una connotación particular en el contexto latinoamericano, que trasciende el punto concreto de la autodeterminación informativa en los términos reconocidos por eso la Sala, pues este debe apreciarse según la importancia que el mismo representa en un contexto como el regional, donde el **olvido** en materia económica, política y social dista de ser aplicable. Esta inaplicabilidad trasunta igualmente hacia el ejercicio de la libertad de prensa, llamada a mantener precisamente aquella contextualización de la que se hacía referencia, y a procurar buena parte de la memoria histórica de nuestros países. Por supuesto, que en un caso como el que ahora nos ocupa, debe circunstanciarse el ámbito de aplicación de esta contextualización, pues además de que se valida que la recurrente es una «reconocida modelo y profesional en periodismo», es decir, una figura pública, lo es más aún en el propio contexto en el que se desenvuelve, y dentro del cual la recurrente y la información a ella atinente es de particularísima importancia y trascendencia. Así entendido, toda descontextualización, y toda actuación tendiente a la eliminación de referencias a acontecimientos anteriores respecto de dicha figura pública, devendría, necesariamente, en una limitación insostenible al ejercicio de la libertad de prensa.

Es claro que la redacción del criterio de mayoría omite referir expresamente la frase del «**derecho al olvido**», pero si lo hace la sentencia del Tribunal Constitucional Español que se utiliza de base para la estimatoria y consecuente condena que se impone. Asimismo, no resulta baladí la disposición contenida en la parte dispositiva del criterio de mayoría, pues al disponer «eliminar de inmediato la referencia del video objeto de este amparo», está ordenando, sin más, que el medio de comunicación omita, elimine y nunca más, haga referencia a un acontecimiento noticioso del pasado, que es aún reciente para una figura pública que es la recurrente dentro del medio en el cual se desempeña. Así las cosas, el criterio de mayoría da plena aplicación al denominado «**derecho al olvido**», estableciéndolo como una limitación al ejercicio de la libertad de prensa.

En criterio de los suscritos, según lo ya adelantado, esta aplicación es totalmente inviable en materia de libertad de prensa, más aún cuando existen sendos pronunciamientos de entidades especializadas que así lo advierten y previenen. Sirva a modo de ejemplo, que mediante la resolución de la 72ª Asamblea General de la Sociedad Interamericana de Prensa, celebrada del 13 al 17 de octubre de 2016 en Ciudad de México, claramente se señaló que:

“[E]l denominado “**derecho al olvido**” contradice la tradición americana en la materia, basada en la necesidad de mantener vivo el recuerdo de una historia de violencia política y social corrupción y crimen organizado en buena parte de los países de la región. (...) [E]s no sólo conveniente sino imperioso que se garantice la plena libertad de expresión, en razón de (pie la preservación del honor, la intimidad y la imagen de las personas puede y debe ser asegurada mediante otros institutos legales ya vigentes.”. -énfasis añadidos-

De igual manera, refiere la resolución de cita que:

“[L]a confusión sobre los alcances del llamado “**derecho al olvido**” comienza a traducirse en peligrosos avances sobre las libertades de prensa y de expresión, debido a fallos judiciales, leyes o proyectos legislativos que privilegian el interés individual por sobre el **derecho** colectivo a informarse y preservar la memoria.”. -lo destacado no es del original-

Es nuestra consideración que esto es precisamente lo que plantea el criterio de mayoría, no sólo al dar aplicación a un referente jurisprudencial del **derecho** comparado, que a su vez aplica un instituto no dable de utilizar en el contexto latinoamericano, y al ordenar de manera expresa al medio de comunicación, eliminar toda referencia. Nótese que la frase «eliminar de inmediato la referencia del video objeto de este amparo de las publicaciones del 19 y 25 de setiembre de 2018 atinentes a la tutelada que figuran en el sitio Web de la recurrida», no es más que una orden expresa a un medio de comunicación, para que elimine una referencia histórica de una nota de prensa; es una orden para que se omita un hecho circunstanciado respecto de la actividad de una figura que es pública en el contexto dentro del cual se desenvuelve, y, como tal, es una limitación al ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de prensa, que no solamente es excesivo, sino inviable, más aún si para ello existen otros mecanismos o «remedios»- sustantivos y procesales aplicables.

En este punto es importante resaltar, que al disponerse una limitación de este tipo para que el medio de comunicación omita la contextualización sobre una nota de interés público, al mismo tiempo que eliminar toda referencia de esa contextualización de la documentación que aparezca en la página web del medio informativo, se entiende como una oposición directa al ejercicio de la libertad de prensa, tal y como se señala en la ampliamente conocida Declaración de Chapultepec, adoptada en la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión, de 11 de marzo de 1994 que en su quinto punto señala que:

“La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa.” -énfasis añadido-

Es por tal razón, que la protección a la libertad de prensa debe verse con amplio criterio, evitando establecer limitaciones inviables que vacíen de contenido la libertad de expresión, la libertad de prensa y la libertad de información. Así ante una situación similar donde igualmente se discute la posibilidad de eliminar un registro en Internet, la misma Sociedad Interamericana de Prensa, el 14 de noviembre de 2017, presentó sendas argumentaciones ante la Corte Europea de Justicia -caso C-507/2017- señalando:

“Estimamos que eliminar la publicación original o desindexarla en los buscadores de internet implicaría en cualquier caso no sólo afectar la libertad de prensa, sino restringir el **derecho** a la información de otros ciudadanos. Nos preguntamos, en qué medida los ciudadanos podrían seguir confiando en la información publicada en la Red si los datos son alterados con criterios poco claros y cambiantes. ¿Es acaso irrelevante que quien se postula como alcalde de nuestra ciudad haya sido investigado por presunto desfalco? ¿O que aquel que lleva a nuestros niños a la escuela haya enfrentado años atrás un proceso por presunta corrupción de menores?” -el destacado no es del original-

Se evidencia, entonces, la importancia que reviste el **derecho** a la contextualización, entendido, según lo dicho, como la referencia que se incluye en una información determinada, para permitir al lector una mejor comprensión de la nota publicada, de su

contenido, y una mejor formación de criterio u opinión.

Es en este sentido, que el 6 de marzo de 2016, la antigua y el actual Relator para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresaron en Lima que:

“[E]l **derecho** al **olvido** es un riesgo que debe ser analizado y afrontado por las graves consecuencias que conllevaría su aplicación en los buscadores de Internet y eventualmente en los medios de comunicación”.

Lo anterior, aún más preocupante cuando se utiliza la función jurisdiccional para la imposición de este tipo de limitaciones, toda vez que, como señala el actual Relator, «cada vez es más recurrente que se les pida a los jueces la aplicación del **derecho** al **olvido**, lo que es preocupante considerando que en la mayoría de los países de la región ni siquiera se tienen garantizados los derechos a la verdad y a la memoria», enfatizando, además, que «es preocupante que la mayoría de casos que apelan al **derecho** al **olvido** proceden de entidades y personas públicas relacionados a violaciones de derechos humanos, pues es vista como una herramienta de los corruptos para seguir haciendo de las suyas», e incluso, podría llegar a funcionar como «censura indirecta».

De tal forma, es claro que no sólo resulta impropio dar cabida al **derecho** al **olvido** en un caso como el descrito, sino que además, dicho proceder entraña un riesgo ostensible para la vida en democracia, más aún si dicha limitación viene impuesta de manera indebida por la vía judicial.

D.- Sobre la fundamentación del criterio de mayoría (bis) .- Por otra parte, además de lo ya indicado, el precedente del **derecho** comparado que sirve de base al criterio de mayoría dista de ser aplicable para la consideración y resolución del amparo que ahora se conoce, por cuanto se trata de premisas distintas no identificables con el caso de la recurrente. Véase que el caso conocido por la justicia española, lo es respecto de personas que no eran figuras públicas; en el acápite 8.b así se establece, al indicarse que «las personas recurrentes en amparo ni eran entonces, ni son ahora personajes públicos». En el amparo que ahora resuelve esta Sala la situación es totalmente contraria, pues como ya se ha indicado, la recurrente sí es una figura pública y la propia redacción de mayoría así lo reconoce. Así, la consideración de este precedente a este caso parte de una premisa inexacta.

Por otra parte, el caso conocido por la justicia española en la sentencia de referencia, se encuentra relacionado con la retransmisión de una noticia de treinta años atrás. En el caso de este amparo, no se trata de la retransmisión o redifusión de noticia alguna, sino de una simple referenciación en el marco del pleno ejercicio del **derecho** a la contextualización.

De tal manera, el criterio de mayoría se sustenta en un caso jurisprudencial donde se hizo una retransmisión -no referencia- de una noticia de vieja data, y respecto de figuras que no son públicas. En el caso de la recurrente, no hubo retransmisión, y sí se trata de una figura pública. En consecuencia, es claro que no hay similitud entre los supuestos, de donde resulta inviable sustentar el criterio de mayoría en un supuesto no aplicable al caso que se conoce, y menos aún, para derivar de ello una limitación igualmente improcedente al pleno ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de prensa.

La cita del precedente español solo tiene sentido, en el sub lite para justificar el reproche al medio por traer a colación en ambas notas, el video difundido en el año 2009. En ese sentido, de la argumentación expuesta por el Tribunal Constitucional Español, la mayoría de la Sala Constitucional resaltó igualmente la idea de que: “(...) La noticia relata hechos pasados sin ninguna incidencia en el presente. No se trata de una noticia nueva sobre hechos actuales, ni de una nueva noticia sobre hechos pasados, que pueden merecer una respuesta constitucional distinta. Su difusión pública actual en poco contribuye al debate público (...)”. Los suscritos no compartimos la extrapolación de criterios como el enfatizado, referentes a institutos que, mal entendidos, representan una amenaza a la libertad de prensa, por privar al periodista del **derecho** a la contextualización de la información.

E.- Sobre la fundamentación del criterio de mayoría (ter).- En la fundamentación propia, refiere el criterio de mayoría que «resultaba innecesario hacer alusión a la existencia del video íntimo de la tutelada que (...) fue publicado en Internet en el año 2009». Sin embargo, ya hemos explicado que dicha «alusión» obedece a la contextualización de la información, sin que de modo alguno implique una redifusión de tal documento, y más aún referencia importante en el caso de una figura pública y reconocida como la recurrente.

Asimismo, señala la redacción de mayoría, que dicha referencia a aquel documento, representa «un tipo de violencia en contra de la mujer, basada en estereotipos». Los suscritos reiteramos y reafirmamos nuestro compromiso con la protección de los derechos de la mujer, la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y por razones de género, y la preocupación por la erradicación de todas las formas de violencia relacionadas, tal como bien lo reconoce la amplia jurisprudencia de esta Sala. Debe quedar claro que los suscritos no estamos y nunca estaremos de acuerdo con la estigmatización por roles de género, ni con cualquier forma de violencia contra la mujer o su revictimización.

No obstante, en el caso concreto, es nuestro criterio que la sola referenciación a un video de una figura pública, donde no hay retransmisión alguna, y donde no se publica contenido alguno del mismo, dista de tener el carácter que le otorga la mayoría de la Sala. Situación contraria sería que la publicación de cita contuviera frases o comentarios directamente contrarios a la dignidad de la recurrente, en cuyo caso se activarían los mecanismos legales previstos al efecto. Por el contrario, las publicaciones carecen de juicios de valor y se limitan a referir la existencia anterior de un video de la misma recurrente. Es una referenciación, una contextualización que permite al lector ubicar la noticia respecto del personaje noticioso del que se informa, y que resulta de interés dado el carácter de figura pública de la tutelada en el ámbito dentro del cual se produjo la nota de prensa.

En criterio de los suscritos Magistrados, la argumentación de la mayoría de la Sala, tal como fue expuesta, dista de considerar la contextualización del hecho noticioso y su importancia. En las notas periodísticas cuestionadas no se hace referencia, propiamente, al contenido del video, sino al hecho en sí de su divulgación y las circunstancias en que ocurrió, esto en el marco de dos notas de farándula, sobre la vida sentimental de la promovente -una figura pública, periodista y modelo ampliamente conocida en el país-. Se entiende que la referencia a hechos ocurridos en el año 2009 se efectuó para contextualizar lo que se estaba informando. Por su parte, la preservación del honor, la intimidad y la imagen, es asegurada a través de diversos institutos legales y mecanismos procesales, pero su protección nunca puede traducirse en una velada restricción o vaciamiento de las libertades de expresión o de prensa, obstaculizando la contextualización del hecho noticioso.

Es por las razones aquí señaladas, que los suscritos Magistrados salvamos parcialmente el voto, coincidiendo con las apreciaciones relacionadas con la no discriminación contra la mujer, la protección de la imagen y el libre desarrollo de la personalidad, pero señalando que dicha tutela debe ser consecuente con la protección del **derecho** a la contextualización, y a evitar

que de manera impropia e indebida se pretenda aplicar el **derecho** al **olvido** en contra de la libertad de expresión y de información a través de los medios de comunicación, teniendo como premisa la imperiosa necesidad de preservar no solo el honor, la intimidad y la imagen de la persona, sino también la finalidad de garantizar su coexistencia con la libertad de expresión y de prensa, en los términos que aquí hemos expuesto.

Mag. Luis Fdo. Salazar A. / Mag. Jorge Araya García

VCG06/2022

... Ver menos

Texto de la Resolución

Exp: 18-018380-0007-CO

Res. N° 2019003316

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las trece horas y cuatro minutos del veintidós de febrero de dos mil diecinueve .

Recurso de amparo interpuesto por [Nombre 001], cédula de identidad [Valor 001], contra el **DIARIO LA TEJA**.

Resultando:

1.- Por escrito presentado ante la Secretaría de la Sala Constitucional a las 9:36 horas de 19 de noviembre de 2018, [Nombre 001] interpone recurso de amparo en contra del Diario La Teja. Explicó que, el 19 de setiembre de 2018, el diario de circulación nacional "La Teja", en su versión digital, publicó una nota en la sección de Farándula, escrita por la periodista Francesca Chinchilla. En esa publicación se hizo alusión a que "le declara su amor a un jugador", referido a un jugador del club Real Madrid C.F. de España; asimismo, el título de la nota decía: "[Nombre 001] le declara su amor a un jugador". No obstante, como parte del contenido de la nota y fuera del contexto de la noticia, también se hizo referencia a un video íntimo suyo que había salido a la luz pública de forma ilegal en el año 2009: "La vida de [Nombre 001] ha estado rodeada de mucho amor y, aunque ha hecho oficial pocas relaciones, a cada una ha tenido una dosis de polémica distinta. Uno de sus mediáticos pasados amorosos fue con el exjugador del Deportivo Saprissa [Nombre 140]. Muchos recuerdan el escándalo por las fotos y los videos íntimos que se filtraron. Años atrás [Nombre 136] había afirmado que solo salió mes y medio con el jugador y, según contó, las imágenes habían sido tomadas con la cámara del exjugador". Posteriormente, expone que el 25 de setiembre de 2018, la versión digital de ese diario publicó una nota, redactada por la misma periodista, cuyo título reza: "Video: [Nombre 001] cena con [Nombre 138] en Nueva York". Acota que, nuevamente y totalmente fuera de contexto, se hizo referencia al video íntimo en mención: "Uno de sus mediáticos, y más recordados pasados amorosos fue con el exjugador del Deportivo Saprissa [Nombre 140]. Ellos fueron los protagonistas del escándalo por las fotos y los videos íntimos que se filtraron". Estima que las publicaciones citadas violentan su derecho a la intimidad, pues en forma injustificada e insidiosa se alude a un video íntimo que salió a la luz pública de forma ilegal y sin su consentimiento. Afirma que la difusión de esas notas significa una odiosa injerencia en su vida privada basada en estereotipos discriminatorios, a pesar de que las noticias no tienen interés público alguno. Considera, además, que el periódico accionado violentó su derecho a la autodeterminación informativa; toda vez que utilizó sus datos personales como el nombre completo en las notas supra citadas, asociadas a un hecho negativo que ocurrió hace aproximadamente 10 años. Aunado a lo anterior, el medio recurrido mantiene en una base digital, accesible al público mediante el link www.lateja.cr, un motor de búsqueda, por medio del cual es posible acceder a la noticia con su nombre. Finalmente, reclama una flagrante violación a su derecho de imagen, pues sus fotografías utilizadas en ambas notas fueron sustraídas de sus perfiles de redes sociales sin valor informativo alguno, sin autorización a publicarlas y sin estar relacionadas con asuntos de interés público. Por las razones expuestas, solicita que se declare con lugar el recurso.

2.- Mediante auto de las 13:28 horas de 21 de noviembre de 2018, la Presidencia de la Sala Constitucional admitió el recurso de amparo y le confirió audiencia a Manuel Francisco Jiménez Echeverría, en su condición de Presidente del Grupo Nación S.A.

3.- Por escrito incorporado al expediente digital a las 14:59 horas del 6 de diciembre de 2018, Carolina Muñoz Con, abogada de la tutelada, pidió a la Sala Constitucional se gestionara la notificación del demandado y se le diera también audiencia a Francesca Zúñiga Chinchilla.

4.- Mediante escrito sin firma, agregado al expediente a las 15:29 horas de 20 de diciembre de 2018, Carolina Muñoz Con insistió en que se llevara a cabo la notificación, de conformidad con lo regulado por el artículo 61 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

5.- Por escrito agregado al expediente digital a las 14:38 horas del 14 de enero de 2019, contestó la audiencia conferida Pedro Manuel Abreu Jiménez, en su condición de Apoderado Generalísimo del Grupo Nación GN S.A. Indica que se opone al recurso de amparo interpuesto por la recurrente. Asegura que se trata de información divulgada al amparo de la libertad de expresión. Subraya que se trata de notas atinentes a una figura pública, cuya exposición mediática la ha convertido en una persona de interés para los costarricenses por sus constantes apariciones en medios de comunicación visuales y escritos. Sostiene que "(...) No es cierto que las dos publicaciones que cuestiona la recurrente afecten su derecho a la intimidad, imagen o autodeterminación informativa. Tampoco es cierto que se hiciera referencia a los videos de forma injustificada e insidiosa, toda vez que dicha mención a los videos se realiza en el contexto de la nota que versa sobre las actividades públicas de la señora [Nombre 001], quien es una figura pública (...)". En cuanto a las características del periódico La Teja, detalló que "(...) Se trata de un periódico cuyo contenido se centra, mayoritariamente, en un enfoque de la realidad nacional, de una manera breve, simple y amena para ser comprensible y atractivo a la mayoría de los ciudadanos (sic) . Dentro de estos contenidos se encuentra la cobertura de personajes de la farándula

costarricense, como modelos reconocidas, deportistas, presentadoras de programa de televisión nacional, locutores de radio, animadoras de programas televisivos, participantes en concursos de televisión, actores, actrices, bailarines cantantes e influencers (personas que dedican sus perfiles públicos de redes sociales a promocionar su imagen, marcas o productos entre sus miles de seguidores). A los lectores del periódico La Teja les interesa informarse sobre personajes públicos nacionales e internacionales, sean de la farándula o del mundo deportivo (...). Tanto lo que dicen, escriben y comentan, así como las fotografías o videos que postean (publican) abiertamente para todo el público estas personas en sus redes sociales (...) son utilizadas por los medios de comunicación tradicionales como La Teja para elaborar notas informativas, complementar o ilustrar publicaciones que relaten acontecimientos, actividades o alguna circunstancia de la vida de estas figuras públicas, que siempre son de interés para la mayoría de la publicación en cualquier sociedad (...). Concerniente a la condición de la amparada, subraya que: "(...) se puede afirmar que la recurrente encuadra dentro de la categoría de figura pública por su perfil de personaje de la farándula y del deporte, toda vez que es reconocida por sus trabajos en medios de comunicación como modelo, periodista deportiva, presentadora de televisión, animadora e influencer. Estos personajes de farándula son lo que la jurisprudencia y la doctrina denominan figuras públicas. Precisamente en su perfil público de Instagram la recurrente se describe como periodista deportiva, modelo y presentadora. Es decir, la misma recurrente se reconoce y está consciente que es una figura pública. Tan es así que de su perfil de Instagram se extrae que la señora [Nombre 136] cuenta con 275.000 seguidores, que significa que son personas que leen, ven y comentan sus actividades publicadas, lo mismo que sus fotografías y videos. Cifra que es incluso mayor a los suscriptores del periódico La Teja. Se trata de una persona que es una figura pública. El periódico La Teja tiene una sección de Farándula en la cual se publican temas relacionados con figuras públicas del mundo de la farándula y es una de las secciones que recibe mayor cantidad de visitas en internet al mes por parte de los lectores. Las notas relacionadas con este tipo de personajes se basan en lo que cada uno comparte en internet de manera pública en sus perfiles de redes sociales tal y como lo hace la recurrente en su propio perfil de Instagram. Importante para resolver el reclamo de la recurrente es que el umbral de privacidad de las figuras públicas es menor o más restringido frente a particulares, por cuanto estas se han ubicado de una manera voluntaria a una mayor exposición de sus actividades e incluso de su vida privada. Además, la doctrina y la jurisprudencia han considerado también que al existir un conflicto entre el derecho a la vida privada y el derecho a informar, prevalece este último por el interés que tiene la libertad de expresión y la libertad de prensa en una sociedad democrática (...). En lo que respecta a las noticias propiamente dichas, aclara que "(...) se trata de noticias que narran las actividades públicas de la recurrente como figura pública, las cuales son de interés para los lectores de La Teja. En dichas notas se realiza una reconstrucción histórica de las relaciones sentimentales de la recurrente con otras figuras públicas como futbolistas y modelos. En este contexto es que se hizo la referencia al video de la recurrente, que se trata de un hecho que es verdadero y que además es de conocimiento público como parte de su relación sentimental con un futbolista del Deportivo Saprissa. Consecuentemente, no es cierto que se hiciera alusión al video de forma injustificada, insidiosa y con la finalidad de afectar su intimidad, ya que se trata de un hecho que es de conocimiento público. Tampoco es cierto que la noticia violente su derecho a la autodeterminación informativa, toda vez que se tratan (sic) de datos públicos como su nombre e imágenes públicas de su cuenta de Instagram, los cuales no están considerados datos sensibles según la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos. El nombre es un dato que es de acceso público en el Registro Civil (...) De tratarse de un problema de autodeterminación informativa, lo procedente sería entonces que la Sala Constitucional se declare incompetente y remita a la recurrente a los procedimientos establecidos en la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (...) Tampoco es cierto que las noticias cuestionadas realicen una "odiosa injerencia en su vida privada" pues no solamente se trata de una figura pública, sino que ella misma publica el contenido que origina las noticias en su cuenta de Instagram de forma pública, ya sea mediante fotos permanente o mediante "historias" (publicaciones temporales que se borran después de 24 horas) y a las que cualquier persona tiene acceso incluso sin necesidad de tener una cuenta de Instagram. La misma interesada ha permitido el acceso a sus derechos de imagen y personalidad, toda vez que en su perfil de Instagram se puede acceder a 1.681 publicaciones en donde la recurrente, de forma voluntaria, expone su vida privada al público, tal y como se comprueba con la certificación notarial que se adjunta. La misma gestionante, mediante el uso de las tecnologías de la información, ha configurado su perfil como público, por lo que tampoco es cierto que se haya violentado su derecho a la imagen ni mucho menos "que se hayan sustraído" las fotografías como afirma la recurrente, pues en su carácter de figura pública con más de 275.000 seguidores, cualquiera puede acceder a esas fotos, incluso sin necesidad de una cuenta de Instagram. Dichas imágenes tienen carácter ilustrativo en las notas periodísticas cuestionadas, para que el lector pueda identificar a la persona que se hace referencia sin ninguna motivación para afectar derechos de privacidad o de imagen (...). Solicita que se declare sin lugar el recurso.

6.- Mediante escrito agregado al expediente digital a las 10:51 horas del 18 de enero de 2019, Roy de Jesús Herrera Muñoz, abogado de la tutelada, señala que: "(...) Durante (sic) la lectura del documento brindado por la parte demandada, en ningún momento se hace alusión al motivo "e" de la interposición del recurso de amparo. Este motivo hablaba, específicamente, sobre la violación del derecho de toda mujer a vivir libre de discriminación y de violencia, en especial sobre la violación del artículo sexto de la Convención "Belem do Para" y el artículo primero de CEDAW, ambas convenciones que han sido ratificadas por Costa Rica, y que esta representación considera que están siendo violentadas por el diario La Teja por las razones que se exponen en el escrito inicial. Por lo anterior le solicitamos a esta Honorable Sala hacer uso de su función como intérprete de los Tratados y Convenios Internacionales (sic) ejerciendo el Control de Convencionalidad (...). En este sentido, pide que se aplique también el artículo 45 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Detalla que "(...) En el caso que nos ocupa, nos hemos referido a la imagen como el derecho de controlar la difusión de la misma y la finalidad con que se hace, derecho que solo corresponde al retratado y no como dato personal, por las razones que expondremos más adelante. Aclarado ello, y a pesar de que el recurrido lo confunda, la afectación al derecho en este caso no se fundamenta per se, en los datos personales, sino en la publicación sin autorización y la asociación de la imagen con informaciones negativas, de un hecho (filtración de video íntimo) que aconteció hace aproximadamente 10 años y que es amparado por el llamado "derecho al olvido", derivado del (sic) el derecho a la intimidad y al honor consagrados en el artículo 24 y 33 de la Constitución Política, por lo cual, para poder garantizar la preservación de los derechos asociados, resulta necesario que la Sala entre a conocer el fondo del asunto. Por último, debe tener presente que esta Honorable Sala Constitucional resulta competente en este caso y no así la PRODHA, toda vez que la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de

sus Datos establece en su numeral 2, que “(...) la ley será de aplicación a los datos personales que figuren en bases de datos automatizadas o manuales, de organismos públicos o privados, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos”, debiendo ser entendido el término base de datos como “cualquier archivo, fichero, registro u otro conjunto estructurado de datos personales, que sean objeto de tratamiento o procesamiento, automatizado o manuales, cualquiera que sea la modalidad de su elaboración, organización o acceso.” Por lo tanto, siendo que el presente caso no trata de una base de datos, consecuentemente la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes no es el ente competente para conocer el asunto (...) Sobre lo anterior, esta Sala Constitucional, en la resolución número 4269 de las 09:15 del 28 de marzo de 2014, entró a conocer el fondo del caso en el que, si bien se acusaba una lesión al derecho de autodeterminación informativa, también se alegaban vulneraciones a los derechos amparados en el artículo 30 de la Constitución Política (...). ”.

7.- En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado **Rueda Leal**; y,

Considerando:

I.- Objeto del recurso. La recurrente estima lesionados sus derechos fundamentales, por cuanto el medio periodístico recurrido, en las publicaciones que realizó sobre su persona – como las del 19 y 25 de setiembre de 2018 –, sin necesidad alguna aludió a la existencia de un video íntimo que salió a la luz pública de forma ilegal y sin su consentimiento en el año 2009, merced al cual ha sido estereotipada y discriminada como mujer. Asimismo, estima lesionado su derecho a la imagen, por cuanto se publicaron fotos suyas que se encuentran en sus perfiles personales y carecen de interés público.

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

1. El 19 de setiembre de 2018, el periódico La Teja publicó la siguiente noticia: “(...) [Nombre 001] le declara su amor a un jugador. La modelo afirmó que ama al defensor que es padre de tres niños. (...) La vida amorosa de la modelo [Nombre 001] siempre ha estado rodeada de futbolistas. Su última conquista fue el portero del Deportivo Saprissa Kevin Briceño, relación que llegó a su fin meses atrás. El pasado martes, decidió gritar a los cuatro vientos que ama a un defensor. [Nombre 136], quien fue panelista del programa Conexión Fútbol, no pudo ocultar que está enamorada de un zaguero y lo dejó en evidencia en su cuenta de Instagram... aunque el dichoso caballero no juega en campeonato local, tiene pareja y es padre de tres varones. “Lo amo, ¿qué hago?” fue lo que escribió la modelo en un video donde aparece el jugador español ... ¿Pero quién es el dichoso caballero que le roba los suspiros? Se trata de Sergio Ramos, compañero de Keylor Navas en el Real Madrid y quien mantiene una relación con la presentadora Pilar Rubio desde el 2012. Ellos son padres de Sergio, Marco y Alejandro. Constantemente ventilan sus (sic) amor en alfombras rojas, estadios de fútbol, y redes sociales. Esto fue lo que le dijo la modelo al jugador [Inserta multimedia]. Por su parte, [Nombre 136] está soltera y enfocada en el modelaje, luego de su paso por [ilegible] donde no quisieron renovarle el contrato. No es la primera vez que AnaLu le declara su amor al defensor, pues constan [ilegible] en evidencia que es su amor platónico y hasta se ha pegado la paseadota [ilegible] del equipo madrileño. Cupido muy cerca de la modelo. La vida de [Nombre 001] ha estado rodeada de mucho amor y, aunque ha hecho oficial pocas relaciones, a cada una ha (sic) tenido una dosis de polémica distinta. Uno de sus mediáticos pasados amorosos fue con el exjugador del Deportivo Saprissa [Nombre 140]. Muchos recuerdan el escándalo por las fotos y los videos íntimos que se filtraron. Años atrás, [Nombre 136] había afirmado que solo salió mes y medio con el jugador y, según contó, las imágenes habían sido tomadas con la cámara del exjugador. En el 2013, Cupido volvió a tocar el corazón de la modelo, quien mantuvo una relación bastante mediática con el modelo Carlos Coto, cuando él estaba en el pleno éxito del desaparecido programa Combate. En aquella ocasión, y después de ocho meses, el romance se terminó debido a que el esparzano decidió seguir su vida como un muchacho soltero y aprovechar su momento. Quedaron como amigos y hasta el día de hoy continúan hablando. La última relación que se le conoció fue con el portero Kevin Briceño. Aunque en esta ocasión el romance se mantuvo alejado de las redes, sí fueron vistos en varios lugares públicos. Los tortolitos terminaron por el poco tiempo de la ocupada modelo. [Nombre 136] también había sido relacionada con jugadores como Francisco Calvo y otros caballeros alejados del medio (...)” (ver prueba adjunta).
2. El 25 de setiembre de 2018, el periódico La Teja divulgó esta publicación: “(...) Video: [Nombre 001] cena con [Nombre 138] en Nueva York. La modelo y el jugador compartieron copas de sangría y degustaron de comida italiana (...) Copas de sangría, comida italiana, agua y una amena conversación: eso fue parte de lo que degustó la modelo [Nombre 001] y el jugador [Nombre 138] en un restaurante de Nueva York, donde reside el jugador, quien milita en el New York City F.C. de la MLS. En la velada, se puede escuchar cómo el jugador brinda recomendaciones de lugares a visitar en La Gran Manzana... mientras la modelo saluda a la cámara, según el video que compartió [Nombre 136] en sus redes sociales. Así fue la rica cena [se inserta multimedia]. Aunque el jugador y la modelo no disfrutaron solitos de la rica comida, pues compartieron cena con varios amigos, entre ellos, el deportista Sebastián Rodríguez. Para el banquete en la ciudad que nunca duerme, la modelo estrenó una enagua y crop top blanco y bastante pegado al cuerpo, que dejaba en evidencia su esbelta figura, esto de acuerdo con lo que contó en su cuenta de Instagram. También usó una chaqueta jeans, por aquello del frío. La modelo partió, a inicios de esta semana, a Nueva York, Estados Unidos, según varios videos que ha compartido en sus redes sociales. A AnaLu, se le ha visto bastante feliz de vacaciones y, a lo mejor, era un descanso que se merecía después de su salida del programa Conexión Fútbol. Estos son parte de los videos que ha compartido la modelo en Nueva York [se inserta multimedia]. Por su parte, Matarrita no ha compartido nada en sus redes sociales y se desconoce si la modelo se estaría quedando en su apartamento. El lateral izquierdo de 24 años, ha sido uno de los futbolistas más cotizados por las fanáticas del fútbol tico. Aunque no ha tenido relaciones sentimentales muy mediáticas, el año pasado fue relacionado con la presentadora Keyla Sánchez, a quien se le vio en el estadio manudo y con la rojinegra bien puesta. Sin embargo, ese amor no floreció, pues Sánchez había dicho, en este momento, que solo era (sic) “buenos amigos”. Esta no es la

primera vez que [Nombre 001], de 35 años, se mezcla con jugadores de fútbol, pues en el pasado ha entrado a la cancha del amor con sus polémicas y mediáticas relaciones. Uno de sus mediáticos, y más recordados pasados amorosos fue con el exjugador del Deportivo Saprissa [Nombre 140]. Ellos fueron los protagonistas del escándalo por las fotos y los videos íntimos que se filtraron. Posteriormente, se le estuvo vinculando con el defensor Francisco Calvo, aunque ninguno de los dos confirmó ni desmintió la noticia y todo se quedó solo en rumores. La más reciente conquista de la modelo fue el portero Kevin Briceño. Ellos habían sido vistos muy acarameladitos en varios lugares públicos, sin embargo, pusieron fin a la relación en mayo pasado, esto debido al poco tiempo de la ocupada modelo. Posterior a la relación con Briceño, a [Nombre 136] también se le vinculó con el jugador Carlos Hernández, expareja de Keyla Sánchez, luego de que fueran vistos compartiendo en un reconocido bar escazucoño, sin embargo, ella aclaró que solo son amigos y se dejó decir, en ese momento, que “tiene derecho a tener amigos”. Amanecerá y veremos si se trata de la nueva pareja de la farándula tica o solo son muy buenos amigos, y Matarrita le estaba dando un excelente tour por la ciudad, como muy bien (sic) anfitrión y amigo (...)” (ver la prueba aportada por la recurrente, agregada al expediente digital).

3. En las noticias se incluyen fotografías de la tutelada en ropa interior y en vestido de baño, tomadas de su perfil de la red social Instagram (ver prueba adjunta).

III.- Sobre el fondo. En el *sub judice*, la recurrente estima lesionados sus derechos fundamentales, por cuanto el medio periodístico recurrido, en las publicaciones que difundió sobre su persona – como las del 19 y 25 de setiembre de 2018 –, sin necesidad alguna aludió a la existencia de un video íntimo que salió a la luz pública de forma ilegal y sin su consentimiento en el año 2009, merced al cual ha sido estereotipada y discriminada; además, publicó fotos suyas que están en sus perfiles personales. La reiteración innecesaria de tal referencia, según indica la tutelada, ha promovido en su contra violencia social en su condición de mujer, dado los comentarios ofensivos que el público en general emana al referirse de nuevo la periodista a tal situación, y a la notoriedad que pretende dar la noticia respecto de sus relaciones sentimentales para dañar su imagen. En efecto, en las publicaciones de los días 19 y 25 de setiembre de 2018, más allá de exponer con quién era su relación sentimental para ese momento o con quién compartía simplemente una cena, la periodista hizo estas alusiones: “La vida de [Nombre 001] ha estado rodeada de mucho amor y, aunque ha hecho oficial pocas relaciones, a cada una ha (sic) tenido una dosis de polémica distinta. Uno de sus mediáticos pasados amorosos fue con el exjugador del Deportivo Saprissa [Nombre 140]. Muchos recuerdan el escándalo por las fotos y los videos íntimos que se filtraron. Años atrás, [Nombre 136] había afirmado que solo salió mes y medio con el jugador y, según contó, las imágenes habían sido tomadas con la cámara del exjugador.”... “Esta no es la primera vez que [Nombre 001], de 35 años, se mezcla con jugadores de fútbol, pues en el pasado ha entrado a la cancha del amor con sus polémicas y mediáticas relaciones. Uno de sus mediáticos, y más recordados pasados amorosos fue con el exjugador del Deportivo Saprissa [Nombre 140]. Ellos fueron los protagonistas del escándalo por las fotos y los videos íntimos que se filtraron...” Resulta preciso aclarar, que lo pretendido por la recurrente no es plantear un amparo por rectificación y respuesta, pues no se niega la existencia de tal video, sino cuestionar la forma en que el medio periodístico propaga una información años después, sin interés público alguno, lo que en su criterio lesiona su imagen pública y la agrede como mujer. En ese sentido y ante la acusada violación de tales derechos fundamentales, el amparo resulta admisible y su resolución demanda un análisis y ponderación de los derechos y libertades que se debaten en el *sub lite*.

A) Sobre la libertad de expresión. Tal como lo ha señalado este Tribunal en la sentencia n.º 2012-7391 de las 11:33 horas del 1 de junio de 2012, esta libertad resulta uno de los pilares fundamentales sobre los que se erige la sociedad democrática. Por un lado, se le concibe como el derecho de los medios de comunicación a informar, por otro, como derecho del ciudadano a ser informado. El artículo 29 de la Constitución Política permite la comunicación de pensamientos sin previa censura, ya sea de palabra o por escrito, así como su publicación. Tal garantía se ve reforzada con lo dispuesto en el numeral 28 de la Constitución que prohíbe la persecución por el ejercicio de esa libertad, al señalar que “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones”. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su ordinal 19, expresa que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.” La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13, se refiere a la libertad de pensamiento y de expresión en los siguientes términos: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Tal numeral va acompañado, por un lado, de varias limitaciones legales cuya infracción puede acarrear responsabilidad ulterior, y, por otro, de una prohibición casi absoluta de la censura previa que solo se contempla en el inciso 4, según se desprende de la literalidad del texto: “2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o a la salud o a la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.” Adviértase que la norma convencional antedicha contempla como derecho humano correlativo el referido a tener acceso a la justicia para exigir responsabilidades ulteriores en los términos transcritos.

B) Sobre el derecho a la intimidad e imagen. En sus precedentes, la Sala ha explicado que el derecho a la imagen constituye

uno de los derechos integrantes de la personalidad y, a su vez, una extensión del derecho a la intimidad, protegido en el numeral 24 de la Constitución. La intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos del conocimiento de extraños y, si fueran divulgados o publicados sin el consentimiento del sujeto, podrían turbarle moralmente por verse afectados su honor y reputación. En principio, salvo razones de especial interés público, lo que sucede en el hogar de una persona atañe a su vida privada, lo que se extiende a otros recintos privados, como oficinas particulares o a espacios privados distintos del domicilio propio, e incluso a la correspondencia. Recordemos que no se debe confundir el llamado interés público con el interés del público. El primer caso se trata de un interés especial, un interés moral y socialmente relevante y dotado por tanto de prioridad normativa; en el segundo tan solo se enuncia el interés, el deseo o la curiosidad compartidos por un número más o menos significativo de personas. Precisamente, el ordinal 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene, entre otros, el derecho a la vida privada y prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en ella, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. En el caso *Fontevieja vs. Argentina* del 29 de noviembre de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó lo siguiente: “*el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública y comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público.* 49. *El artículo 11.2 de la Convención Americana protege al individuo frente a la posible interferencia arbitraria o abusiva del Estado. Sin embargo, eso no significa que el Estado cumpla sus obligaciones convencionales con el solo hecho de abstenerse de realizar tales interferencias. Además, el artículo 11.3 de la Convención impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra aquellas injerencias. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida privada mediante acciones positivas, lo cual puede implicar, en ciertos casos, la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho derecho protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas así como también de las personas o instituciones privadas, incluyendo los medios de comunicación.*” En igual sentido, la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia T-063A/17 del 3 de febrero de 2017, al referirse a su propia jurisprudencia, expuso los aspectos comprendidos por el derecho a la intimidad, que “*involucra aspectos diversos de la persona humana, que van desde el derecho a la proyección de la propia imagen hasta la reserva de espacios privados, adicionales al domicilio del individuo, en los que éste desarrolla actividades que sólo le conciernen a sus intereses*” 19. *De manera más extensa, la jurisprudencia de esta Corporación ha referido los siguientes aspectos: “[...] constituyen aspectos de la órbita privada, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo “comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación” que éstos tienen de aquel. En sentido complementario, en la sentencia T-787 de 2004, la Sala de Revisión señaló que “dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad” que incluyen la intimidad personal, familiar, social y gremial (C.P. art. 15). Respecto de la intimidad social, la misma decisión sostuvo que ésta “involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos laborales o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social”. En igual medida, precisó que a pesar de que el alcance de este derecho se restringe en estos casos, “su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana”. Esa misma sentencia se refiere a la protección o derecho al buen nombre, que es definido como “la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás” y “la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan”. En ese sentido, el buen nombre puede ser vulnerado no solo por las autoridades sino también por los particulares; tal afectación puede llegar a ser de tal magnitud que lesione el derecho fundamental a la dignidad humana. En algunos casos, como en nuestro país, “el buen nombre” y la “honra” son tratados de forma similar, pues finalmente ambos dependen de cómo son percibidas y tratadas las personas por una determinada colectividad. Ambos están relacionados con la dignidad humana. La honra involucra la consideración que una persona tenga de sí misma, sus conductas más íntimas; mientras que el buen nombre está referido a su reputación, es decir, su proyección frente al ámbito público. Igualmente están conexos al derecho a la intimidad y, en el sentido expuesto, constituyen un límite para los terceros y el Estado.*

Particularmente, en cuanto al derecho a la imagen, este Tribunal ha precisado en sus precedentes, lo siguiente:

“El derecho a la imagen es uno de los derechos de la personalidad y tiene independencia funcional y se manifiesta en forma negativa cuando la persona se niega a que se le tome una fotografía y en forma positiva cuando el sujeto solicita o autoriza tal conducta; además, el retrato fotográfico de la persona no puede ser puesto en el comercio, sin el debido consentimiento...”

De este modo, para poder invocar la protección del derecho en cuestión la imagen ha de identificar a la persona, es decir la imagen debe aludir directamente al afectado ya sea físicamente, por su nombre o por otros elementos de los que se pueda derivar inconfundiblemente a quién se refiere la información brindada. La fotografía es una reproducción de la imagen de la persona, que, dentro de los atributos esenciales de la personalidad, constituye un derecho fundamental. Este derecho, sin embargo, no es absoluto. **Encuentra ciertas excepciones cuando estén comprometidos fines igualmente esenciales de la sociedad, según los términos señalados por el artículo 28 párrafo segundo de nuestra Constitución Política: cuando dañen la moral, el orden público o los derechos de terceros. Ejemplo de ello es la averiguación de la verdad dentro de las investigaciones policiales y la localización de personas extraviadas o fallecidas** (v. en este sentido la sentencia de esta Jurisdicción #1441-96 de las 16:15 horas del 27 de marzo de 1996). En el derecho positivo la única regulación expresa sobre el derecho a la imagen es la del artículo 47 del Código Civil, que expresa:

“La fotografía o la imagen de una persona no puede ser publicada, reproducida, expuesta ni vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que la reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla, la función pública que desempeñe, las necesidades de justicia o de policía, o cuando tal reproducción se relacione con hechos,

acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público. Las imágenes y fotografías con roles estereotipados que refuerzan actitudes discriminantes hacia sectores sociales no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas ni vendidas en forma alguna.” (El resaltado no corresponde al original). (sentencia n.º 2004-11154 de las 9:45 horas del 8 de octubre de 2004, y en sentido similar la n.º 2012-7391 de las 11:33 horas del 1 de junio de 2012)

En resumen, el derecho de imagen consiste en el derecho que tiene toda persona sobre su propia representación externa, el cual ha sido considerado por gran parte de la doctrina como un derecho de la personalidad, vinculado a la dignidad humana y destinado a la protección de la dimensión moral de las personas, que a su titular le confiere el derecho de determinar la difusión pública de la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales. Esta facultad conlleva para el titular la posibilidad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad informativa, comercial, científica, cultural, etc., perseguida por quien pretende captarla o difundirla (ver en este sentido la sentencia n.º 2005-15057 de las 15:53 horas del 1 de noviembre de 2005). A partir de lo anterior, el derecho a la propia imagen atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior, así como factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. Con la protección constitucional de la imagen se preserva no solo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación; en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana, tal como lo precisó esta Sala en la sentencia n.º 2014-11715 de las 9:05 horas del 18 de julio de 2014. Sin embargo, este derecho, al igual que los demás de orden constitucional, también se encuentra limitado por otros derechos y bienes constitucionales, en particular, por el derecho a la comunicación de información y las libertades de expresión y creación artística. Por esta razón, el ordenamiento jurídico permite la difusión sin consentimiento de la imagen de una persona cuando *“dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquella, por la función pública que desempeñe, por necesidades de justicia o de policía o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público, o que tengan lugar en público”* (conforme lo dispone el artículo 47 del Código Civil) .

En la sentencia número 2012-000226 de las 14:50 horas del 11 de enero de 2012, la Sala precisó como límites del derecho a la propia imagen los siguientes:

“1) Cuando la imagen es notoria o se refiere a actos o actividades del ser humano que salen de lo común, el derecho se ve enervado y no se puede acceder.

2) El segundo límite está constituido por aquellas actividades públicas que desempeñan los funcionarios públicos. En esta hipótesis se hace referencia, únicamente, a la actividad que realiza el sujeto como titular de su función, estando excluidas las actividades que la persona realice en su vida íntima.

3) La tercera excepción hace referencia a publicaciones que sean necesarias para cumplir con las funciones de policía y justicia, como podría ser la difusión de fotografías de personas buscadas por la comisión de delitos.

4) El cuarto límite se refiere a la divulgación de imágenes relacionadas con acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público. En este supuesto debe ubicarse aquella información de una clara e inequívoca relevancia pública -en cuanto le interesa y atañe a la colectividad políticamente organizada- que cualquier particular o los medios de comunicación colectiva tienen el derecho de buscar, obtener y difundir.

Ahora bien, en todos los supuestos anteriores no existe una desprotección absoluta para el titular de la imagen, puesto que, igualmente, la publicación no debe atentar contra la ley, el orden público, las buenas costumbres y no debe ocasionarle un perjuicio antijurídico a la persona cuya imagen se ha reproducido”.

C) El derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho fue plasmado de modo jurídico positivo como derecho fundamental autónomo en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949 y se ha constituido en un eje básico de la jurisprudencia constitucional alemana. Según esa norma, *“la esencia del libre desarrollo de la personalidad, como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás.”* En esencia, la misma *ratio iuris* se advierte en el numeral 28 de nuestra Constitución Política, cuyos dos primeros párrafos estatuyen: *“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.”* Precisamente, de ahí, según la jurisprudencia constitucional, se infiere el cobijo jurídico positivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad en la Constitución Política patria (sentencias n.ºs 2018-011707 de las 9:20 horas del 20 de julio de 2018, 2018-009879 de las 9:20 horas del 22 de junio de 2018, 2017-014918 de las 9:15 horas del 22 de setiembre de 2017, entre otras). La Corte Constitucional de Colombia también lo ha desarrollado; verbigracia, en la sentencia T-594/93 de 15 de diciembre 1993 formula: *“la esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.”* De esta forma, cada ser humano es dueño de su propio proyecto de vida y tiene el derecho a desarrollarlo en libertad, en un entorno que lo favorezca, sin presiones ni intromisiones indebidas, condicionado a que no perjudique los derechos de terceros. Se trata de la libertad de las libertades y se erige como un “derecho paraguas”, puesto que por su amplitud cubija todos aquellos aspectos del desenvolvimiento humano más allá de las áreas de protección de cualesquiera libertades específicas, como las de opinión y de tránsito. Así, el referido derecho se convierte en un elemento cardinal de la personalidad humana, el presupuesto inexorable del que todo ser humano parte para

definirse por voluntad propia como individuo, en tanto ser único y valioso en sí mismo, y como miembro de la sociedad, en la medida que determina su forma de interactuar y desenvolverse dentro de esta; de ahí se colige su carácter de derecho inalienable de la persona. De esta forma, a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad, cada individuo concreta su proyecto de vida, lo que no solo define su individualidad, sino que constituye su realización personal y, por ende, una cuestión existencial, determinante para la vida. En palabras de Antônio Augusto Cançado: “ *Todos vivimos en el tiempo, que termina por consumirnos. Precisamente por vivimos en el tiempo, cada uno busca divisar su proyecto de vida. El vocablo "proyecto" encierra en sí toda una dimensión temporal. El concepto de proyecto de vida tiene, así, un valor esencialmente existencial, ateniéndose a la idea de realización personal integral. Es decir, en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida desvenda, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno.*” (Corte-IDH, Gutiérrez Soler Vs. Colombia, sentencia de 12 de septiembre de 2005, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade). De ahí que sea muy atinado ligar el concepto de libre desarrollo de la personalidad, al legítimo derecho de cada persona a buscar la felicidad y su realización como persona (Villalobos Badillo 2012).

D) Los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad como límites a la libertad de expresión. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido de modo reiterado, que a la prensa le corresponde “*impartir información e ideas en asuntos políticos así como en cualquier otra área de interés público*” (sentencia de 8-7-86 caso Lingens). De este modo, la regla general consiste en que los límites a la libertad de expresión deben ser interpretados de modo restrictivo, lo que resulta de trascendental importancia para una prensa libre. No obstante, la libertad de expresión debe desarrollarse en armonía con los demás derechos fundamentales, entre los que destacan los derechos a la intimidad y al honor. En esa ponderación debe tomarse en cuenta la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión y la necesidad de que goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones que afecten a la organización colectiva (véase sentencia número 9/2007 del Tribunal Constitucional de España). En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que se debe encontrar un equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática. El ejercicio de cada uno de ellos debe hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización, al Estado le corresponde establecer las responsabilidades y sanciones que aseguren tal propósito, pues resulta indispensable proteger los derechos que puedan llegar a verse afectados por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión. Al respecto, en *Fontevéchia vs. Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso: “59. *El Tribunal considera que los estándares que ha utilizado respecto a la protección de la libertad de expresión en los casos de los derechos a la honra y a la reputación son aplicables, en lo pertinente, a casos como el presente. Ambos derechos están protegidos en el mismo artículo bajo una fórmula común e involucran principios similares vinculados con el funcionamiento de una sociedad democrática. De tal modo, dos criterios relevantes, tratándose de la difusión de información sobre eventuales aspectos de la vida privada, son: a) el diferente umbral de protección de los funcionarios públicos, más aún de aquellos que son elegidos popularmente, respecto de las figuras públicas y de los particulares, y b) el interés público de las acciones que aquellos realizan.* 60. *El diferente umbral de protección del funcionario público se explica porque se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo cual lo puede llevar a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su derecho a la vida privada...* 61. *En cuanto al carácter de interés público, en su jurisprudencia la Corte ha reafirmado la protección a la libertad de expresión respecto de las opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes.*” De este modo, para establecer si la divulgación de una noticia o imagen deviene contraria al derecho al honor y prestigio, al igual que sus correlativos de intimidad e imagen, deben valorarse aspectos como la relevancia pública de la noticia (ver sentencia número 2008-009485 de las 9:53 horas del 06 de junio del 2008). Al respecto, en el caso *Gutiérrez Suárez c/. España*, demanda número 16023/07, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que “*la prensa desempeña un papel esencial en una sociedad democrática, si bien no debe traspasar ciertos límites que se encuentran, en particular, en la protección de la reputación y los derechos de terceros, así como en la necesidad de impedir la revelación de información confidencial, le incumbe, sin embargo, comunicar, en cumplimiento de sus deberes y sus responsabilidades, información e ideas sobre todas las cuestiones de interés general*”. En ese mismo orden de ideas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos explica que cuando se trata de un “hombre político”, los límites de la crítica admisible que este debe tolerar son más amplios que los que debe soportar un particular, debido a que es un personaje público; sin embargo, aclara que este “hombre político” tiene ciertamente derecho a que se proteja su reputación, incluso fuera del marco de su vida privada, pero las exigencias de esta protección deben ponderarse con los intereses del debate libre de las cuestiones políticas, las excepciones a la libertad de expresión deben ser interpretadas de forma restrictiva (véase, en particular, *Oberschlick c. Austria* (n 1), 23 de mayo de 1991, §§ 57-59, serie A n 204, y *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi c. Austria*, 19 de diciembre de 1994, § 37, serie A n 302). Propiamente, en cuanto a tales límites a la libertad de expresión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que se debe examinar si la injerencia a esa libertad está justificada, si es necesaria en una sociedad democrática, si es proporcionada y si los motivos invocados para justificarla son pertinentes y suficientes. Otro asunto interesante resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el caso *Von Hannover c/. Alemania*, sentencia número 24.6/2004, en el que se trataron los derechos a la intimidad y a la propia imagen de una reconocida figura pública y las fotografías que se habían publicado sobre su vida privada. En tal pronunciamiento, el Tribunal adujo que las imágenes difundidas mostraban escenas de la vida diaria con un carácter del todo privado; además, distingue entre narrar hechos, incluso controvertidos, que contribuyen a un debate en una sociedad democrática, relativos a políticos activos, y narrar hechos de la vida privada de un individuo que, en determinado momento, no ejerce funciones oficiales. El Tribunal Europeo opinó que la difusión de las fotografías tenía como único propósito satisfacer la curiosidad de unos lectores de cierto tipo, sin contribuir a ningún debate de interés general, a pesar de que la demandante era bien conocida del público. En resolución número STC 012/2012, el Tribunal Constitucional Español adujo que los derechos a la intimidad y la propia imagen constituyen límites externos al correcto ejercicio de la libertad de información, ya que “*todas las libertades reconocidas en el precepto tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia,*

que cumplen así lo que hemos denominado **"función limitadora"** en relación con dichas libertades". Asimismo, el Tribunal señala que el derecho a comunicar y emitir en forma libre información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad. Según el Tribunal, *"la intromisión en los derechos fundamentales de terceros resultante del ejercicio de la libertad de información solo será legítima en la medida que la afectación a dichos derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libertad de información."* Por otro lado, en sentencia n.º 49 del 26 de febrero de 2001, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España refirió que: *"el derecho al honor opera como un límite insoslayable a la libre expresión, prohibido como está que alguien se refiera a una persona de manera insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación, demeritándola ante la opinión ajena. Por ello la libertad de expresión no cubre las expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para el mensaje que se desea divulgar, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido"*.

Corolario, para esta Sala, la afectación a determinados derechos fundamentales de terceros en el ejercicio de la libertad de prensa es legítima siempre que se dé de manera adecuada, necesaria y proporcionada.

E) La información en la internet. La interrelación de las personas y la difusión de la información en las redes sociales han evolucionado de modo superlativo. La dinámica del manejo de esa información, subida a la internet por distintas personas y diversos recursos, puede significar una perenne referencia al pasado de una persona. De ahí que el movimiento de datos personales en la red ha venido a redefinir los términos del control de la información personal. Agregar, indexar y etiquetar datos de una persona en las redes sociales tiene, sin duda alguna, un efecto multiplicador, que en algunos casos, dado los datos que se han registrado de alguien en particular, la pueden perfilar de una manera equivocada o descontextualizada, o informar más allá de lo que esta persona dispuso exponer de su vida privada a la vía pública. Ahora, la libertad de expresión también es susceptible de límites o limitaciones en este ámbito, en el marco de un ejercicio de ponderación entre los derechos de expresión e información a través del internet y el perjuicio a otros derechos fundamentales, dentro del marco jurídico y convencional vigente. Justamente, en la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet de 2011, el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) manifestaron:

"a.- La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba 'tripartita');

b.- Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses".

F) La protección contra la discriminación de la mujer. Esta Sala, en sentencia n.º 2011-6401 de las 15:25 horas del 18 de mayo de 2011, se refirió al respecto de esta forma:

*"La sociedad occidental se ha caracterizado por el androcentrismo, de modo que la visión del mundo y las relaciones sociales han girado y estructurado desde el punto de vista masculino. Esta situación se ha fomentado a partir de las diferencias biológicas entre hombre –mujer, las cuales han pautado el establecimiento de los roles sociales que cada uno debe asumir. Así, entonces, se ha relegado a la mujer las labores domésticas y el cuidado de los hijos —ámbito privado— mientras que al hombre se le ha reservado, principalmente, las labores fuera del hogar —ámbito público—. Como bien lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso González y otras, "Campo Algodonero c/ México", sentencia de 16 de noviembre de 2009, **"el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (supra párr. 398), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer."** (El énfasis es agregado). Todos estos prejuicios acerca del rol que ocupa la mujer dentro de una sociedad patriarcal han fomentado su discriminación en muchos planos de la vida social. El nivel normativo no escapa de esto. A través del ordenamiento jurídico se seleccionan un conjunto de valores socialmente privilegiados, los cuales se ven reflejados en las normas. Así, una norma puede resultar discriminatoria en perjuicio de las mujeres si, en forma expresa o implícita, tiende a restringir o anular el ejercicio y goce de sus derechos. La discriminación es expresa cuando una norma excluye a la mujer de un derecho particular e, implícita si como resultado o efecto de su aplicación se menoscaba o anula el ejercicio del derecho para la mujer. La discriminación, igual, podría surgir al existir un vacío legal en materia de reconocimiento de derechos, o bien, de mecanismos procesales para hacerlos efectivos. Aplicando la definición de discriminación establecida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (por sus siglas en inglés CEDAW), sería discriminatoria y contraria al principio de igualdad, toda aquella norma que haga una "(...) distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil (...)" (artículo 1º).*

V.- PROTECCIÓN DE LA MUJER EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Podría decirse que la tutela de los derechos de las mujeres en el Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos, inicia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, instrumento aplicable a todas las personas, sean éstas mujeres u hombres. En su numeral 1º se establece que *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)"*

Asimismo, en su artículo 2°, párrafo primero, se afirma que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (el resaltado no es del original). De igual forma, el artículo 7° del supra citado instrumento, dispone lo siguiente: “Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”. Posteriormente, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952 aprobó la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, en la cual se reconoce el derecho al voto de las mujeres en todas las elecciones, lo cual debe garantizarse en igualdad de condiciones respecto de los hombres, sin discriminación. Aparte de esto, se reconoció su derecho a ser electas para los puestos públicos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres. Es decir, no sólo se reconoce su derecho a elegir, el que, de acuerdo con la doctrina, es un derecho pasivo sino que, además, se consagró la posibilidad de participar en forma activa en el proceso electoral como candidatas a puestos públicos. Más importante en este proceso de normativización, resulta aún la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución No. 34/180, de 18 de diciembre de 1979, aprobada por nuestro país mediante Ley No. 6968 de 2 de octubre de 1984. Este instrumento marcó un verdadero hito en el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres como parte de los derechos humanos, atendiendo a las circunstancias especiales y vulnerabilidad que este grupo enfrenta. En este instrumento resulta valiosa la definición de discriminación contra la mujer, precisándola de la siguiente manera: “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (artículo 1°). En su artículo 2° se establecen una serie de compromisos para los Estados parte en distintos ámbitos, los cuales deben integrar una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer en todas sus formas. Entre las principales obligaciones destacan el compromiso de reconocer, vía constitucional o legal, el principio de igualdad del hombre y la mujer; adoptar las medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; adoptar todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación, entre otros. En el sistema regional interamericano de protección de los derechos humanos se encuentra la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer también conocida como “Convención De Belem Do Pará” en reconocimiento de la ciudad brasileña donde fue firmada el 9 de junio de 1994, aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 7499 de 2 de mayo de 1995. En esta Convención se reconoce que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, consagrando el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia lo que incluye el derecho a estar exenta de toda forma de discriminación. Todos estos instrumentos internacionales tienen como objetivo eliminar toda forma de discriminación en contra de la mujer por su condición de tal y, en esa medida, garantizar su dignidad como ser humano, y su igualdad.”

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la Recomendación General n.° 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, relativa a medidas especiales de carácter temporal, ha señalado que para alcanzar el propósito de eliminar “todas las formas de discriminación contra la mujer” los Estados Partes tienen tres obligaciones centrales:

“7. En primer lugar, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación —que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares— por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. La segunda obligación de los Estados Partes es mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar los Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.”

e- Sobre el caso concreto. Tal y como este Tribunal lo advirtió en la sentencia n.° 2001-009250 de las 10:22 horas del 14 de setiembre de 2001, la libertad de información es un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, que alcanza uno de sus máximos niveles cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del medio institucionalizado de formación de la opinión pública: La Prensa. Sin embargo, esto no significa que tal libertad sea concebida de manera absoluta, sino que debe analizarse cada caso concreto y ponderar, si la información divulgada se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente o si por el contrario se ha transgredido ese ámbito afectando derechos fundamentales como los derechos al honor, la intimidad y la imagen, entre otros. Ahora bien, en el *sub iudice*, no corresponde a la Sala determinar la veracidad o no del contenido de la publicación. Además, si de lo expuesto en las publicaciones cuestionadas, la amparada considera que está siendo injuriada, calumniada o difamada, deberá acudir a la vía penal respectiva a plantear su reclamo. Lo que sí se considera procedente verificar en esta sede constitucional, es si la recurrida lesionó los derechos de la tutelada merced a la forma en que difundió las publicaciones y el uso dado a la información que se encontraba en Internet, incluyendo las redes sociales. En primer término, cabe destacar que sobre la persona periodista recae una mayor responsabilidad social en la difusión de la información en los medios colectivos, dada la responsabilidad social que estos últimos tienen a diferencia de los demás ciudadanos. Tal papel y su importancia han sido subrayados por esta jurisdicción:

“XI.- La responsabilidad social de los medios de comunicación como detentadores de poder frente al ciudadano. La lucha por la defensa de los derechos fundamentales de los habitantes, tradicionalmente surge contra el poder político, no obstante,

posteriormente evoluciona para proteger a la persona de otros sujetos particulares que tienen una relación de poder con respecto al ciudadano, en aquellos casos que lesionen algún derecho fundamental. Hay que tener claro que en las democracias, los medios de comunicación no tienen un papel simplemente pasivo en el tema de la libertad de expresión; no se limitan a ser víctimas de los atentados contra tan importante libertad. Tienen por el contrario una gran responsabilidad y poder al ser los vehículos naturales para que las libertades comunicativas (expresión, imprenta, información, etcétera) sean una realidad, que puedan servir al desarrollo de los procesos democráticos formando una ciudadanía bien informada, que conozca sus derechos y sus obligaciones, que tenga las herramientas necesarias para poder elegir bien a sus gobernantes. La responsabilidad social de los medios y el lugar de la libertad de expresión en el desarrollo democrático es lo que justifica que el estatuto jurídico de los medios y de los profesionales que en ellos trabajan sea distinto al del resto de las personas. Pero ese estatus, como se indicó no es invocable frente a fines ilegítimos, que incluyen el atentar contra libertades fundamentales de mala fe o con negligencia evidente. A tenor de estas razones y fundamentos, es que cabe concluir que el Estado, y concretamente el legislador, tiene derecho y el deber de proteger a los individuos, frente al uso ilegítimo de este derecho, el cual, mal utilizado, es tan dañino para la democracia como la censura misma, no sólo porque su ejercicio de mala fe, puede lesionar el honor de la persona afectada, sino el de la sociedad entera de recibir información adecuada capaz de ayudarla a conformar la opinión pública en forma transparente... Sin duda alguna que por su rol en la democracia, su posibilidad de difusión, los medios de comunicación están en una relación de poder con respecto al ciudadano y a la sociedad, y aunque su existencia es fundamental para fines legítimos y esenciales de la democracia, tienen el potencial, como cualquier poder, de desviarse ocasionalmente, frente a actuaciones individuales, en cuyo caso el Estado tiene la obligación de establecer las previsiones necesarias para la protección del sistema y del individuo. Evidentemente que como se indicó, la protección del Estado no puede darse como lo ha señalado la Corte de Derechos Humanos, con el derecho a censurar previamente las informaciones, lo cual será a todas luces inconstitucional (art. 28), sino que se refiere a su control a posteriori, en el caso que haya existido intención de infligir daño o actuado con pleno conocimiento de que se estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas y con ella resultó afectado el honor y reputación de alguna persona". (ver sentencia n.º 2015-1782)

En ese sentido, el periodismo, incluso el de farándula, está sujeto a los límites señalados en los considerandos previos y tiene una gran responsabilidad social en lo que difunde, más allá de lo que manifiesta cualquier ciudadano en las redes sociales. Como ya se indicó, para establecer si la divulgación de una noticia o imagen deviene contraria al derecho al honor y prestigio, al igual que sus correlativos de intimidad e imagen, deben valorarse aspectos como la relevancia pública de la noticia y el carácter sensible para la vida privada de lo divulgado. Según quedó acreditado, la amparada es una reconocida modelo y profesional en periodismo, de ahí que resulte de interés del público lo que en su vida acontezca, y de ahí que se haya dado el interés mostrado en ello por el medio periodístico recurrido. Ahora, aun cuando esa notoriedad puede implicar que la tutelada deba tolerar algún tipo de injerencia en su vida privada, esto no confiere una renuncia de sus derechos al honor, a la intimidad y, menos aún, a su dignidad. De manera que, si bien el medio recurrido puede difundir información relativa a su persona en el ejercicio de la libertad de prensa, la amparada siempre conserva su derecho a exigir responsabilidad ulterior, en la medida que elementos sensibles de su vida privada son expuestos al público sin un interés público que lo justifique y dañando su reputación. Tal derecho debe respetarse, pues está vinculado a su dignidad como ser humano y al derecho al libre desarrollo de su personalidad. Por otro lado, debemos recordar que no se debe confundir el llamado interés público con el interés del público. El primer caso se trata de un interés especial, un interés moral y socialmente relevante y dotado por tanto de prioridad normativa, para lo cual el periodismo tiene un ámbito mayor de difusión de la información por el carácter que esta reviste. En el segundo caso, que es el que nos ocupa, tan solo se enuncia el interés del público, esto es, el deseo o la curiosidad compartidos por un número más o menos significativo de personas. Dentro de este contexto, la reiteración (años después) de hechos que en un momento dado fueron noticiosos, resulta válida en tanto estos no causen un daño moral injustificado a la persona, sean relevantes para la noticia actual, y se trate de un caso de interés público. Sin embargo, en el *sub examine*, los datos revelados en las publicaciones cuestionadas no cumplen con tales parámetros.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional Español, en sentencia n.º 2016-2096 ST, conoció y acogió en forma parcial un amparo en el que el diario español El País mantenía información de larga data en sus bases digitales, que resultaba agravante para el gestionante, indicando lo siguiente:

"c) Por último, es preciso reconocer que la universalización de acceso a las hemerotecas, facilitado por su digitalización, es decir por su transformación en bases de datos de noticias, tiene un efecto expansivo sobre la capacidad de los medios de comunicación para garantizar la formación de una opinión pública libre. Poner a disposición del público un histórico de noticias como el que se contiene en las hemerotecas digitales, facilita que actores del tercer sector, organizaciones civiles, o ciudadanos individuales puedan actuar, trayendo de nuevo aquí la expresión utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como "perros de guarda" de la sociedad (por todas, STEDH de 8 de noviembre de 2016, asunto Magyar Helsinki Bizottsag c. Hungría). Pero también garantiza que los medios de comunicación, la prensa, pueda jugar ese mismo papel, que Estrasburgo califica como indispensable (por todas, STEDH de 20 de mayo de 1999, asunto Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega, §§ 59 y 62, STEDH de 17 de diciembre de 2004, asunto Pedersen y Baadsgaard, § 71; STEDH de 7 de febrero de 2012, asunto Axel Springer AG c. Alemania, § 79), trayendo al presente hechos o declaraciones del pasado que puedan tener un impacto en el momento presente, y contribuyendo así a efectuar un control político difuso a través de la opinión publicada que impacta en la opinión pública.

No obstante, este efecto expansivo también supone un incremento del impacto sobre los derechos fundamentales de las personas que protagonizan las noticias incluidas en hemerotecas. Esta consideración conduce a la cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014, Google Spain S.L contra Agencia Española de Protección de Datos, asunto C-34 131/12" que, en su párrafo 80, recuerda que "un tratamiento de datos personales como el controvertido en el litigio principal, efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de

búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate". Por tanto la universalización del acceso a las hemerotecas, como la universalización del acceso a la información a través de los motores de búsqueda, multiplica la injerencia en los derechos a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) de los ciudadanos.

Tal y como argumenta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los derechos de la persona citada en la noticia de prensa indexada, protegidos con arreglo a los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pueden entrar en conflicto con el derecho de los internautas a acceder a la información disponible en la red o, en el caso que nos ocupa, con el derecho de los medios de comunicación a facilitar dicha información. Y el equilibrio de derechos, en la resolución de ese conflicto, puede depender "en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública" (Google Spain S.L contra Agencia Española de Protección de Datos § 81). En esta necesidad de equilibrio entre las libertades informativas y el derecho a la autodeterminación informativa, es en la que hay que tener en cuenta el efecto del paso del tiempo sobre la función que desempeñan los medios de comunicación, y sobre la doble dimensión –estrictamente informativa o fundamentalmente investigadora– de esa función.

8. La aplicación de la doctrina expuesta a la presente demanda de amparo debe conducir a la estimación parcial del recurso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, y absolutamente circunscritas a este caso concreto, que han sido expuestas con detalle en los antecedentes.

a) Las personas recurrentes en amparo pretenden ejercitar el derecho al olvido respecto de una noticia que relata hechos veraces. No se ha discutido en todo el procedimiento que, efectivamente, en los años 80, fueron detenidas en el marco de una investigación policial por tráfico de drogas, por el que finalmente fueron condenadas (si bien como autoras del delito menos grave, entonces existente, de contrabando).

b) Sin embargo, la relevancia pública de la información, considerada desde la perspectiva de que es una noticia antigua, traída al momento presente por medio de la puesta a disposición en la hemeroteca digital de la misma, puede ser cuestionada. Es cierto que la materia de la noticia fue, y sigue siendo en buena medida, de gran interés público, al abordar el tema de la drogadicción y el tráfico de estupefacientes, y eso confiere un interés objetivo a dicha información. Pero no lo es menos que las personas recurrentes en amparo ni eran entonces, ni son ahora personajes públicos. Y tampoco resulta indiferente que se revelen sobre ellas datos que inciden muy directamente sobre su honor y su intimidad.

Numerosas Sentencias de este Tribunal reconocen que las noticias relativas a la implicación de la persona en la comisión de un delito, como la del presente recurso, afectan tanto a su reputación como a su intimidad (SSTC 14/2003, de 28 de enero; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4; y 144/1999, de 22 de julio, FJ 8). Del mismo modo las referencias a la adicción han sido consideradas atinentes al honor (en este sentido, STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 2) y a la intimidad, en la medida en que "pertenece a la esfera privada de la persona el hecho de haber consumido algún género de drogas" (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 5).

La noticia relata hechos pasados sin ninguna incidencia en el presente. No se trata de una noticia nueva sobre hechos actuales, ni de una nueva noticia sobre hechos pasados, que pueden merecer una respuesta constitucional distinta. Su difusión actual en poco contribuye al debate público. Por tanto, la retransmisión de la noticia en cuestión, transcurridos más de treinta años desde que los hechos ocurrieron, carece a día de hoy de toda relevancia para la formación de la opinión pública libre, más allá de la derivada de la publicación en la hemeroteca digital. De un lado, las personas recurrentes eran y son personas privadas, cuya relevancia pública sólo se derivó de su participación en los hechos noticiables. De otro lado, la noticia relata un suceso penal, sobre los que este Tribunal ha reiterado que revisten interés público, especialmente si entrañan una cierta gravedad o causan un impacto considerable en la opinión pública (por todas, STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4). Sin embargo, en el caso de autos el delito relatado en la noticia ni fue particularmente grave ni ocasionó especial impacto en la sociedad de la época. En consecuencia, **el transcurso de tan amplio margen de tiempo ha provocado que el inicial interés que el asunto suscitó haya desaparecido por completo. A la inversa, el daño que la difusión actual de la noticia produce en los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales de las personas recurrentes reviste particular gravedad, por el fuerte descrédito que en su vida personal y profesional origina la naturaleza de los datos difundidos** (participación en un delito, drogadicción). Este daño, por consiguiente, se estima desproporcionado frente al escaso interés actual que la noticia suscita, y que se limita a su condición de archivo periodístico.

c) Es esta condición de la noticia, y su inclusión en una hemeroteca, con la relevancia que este instrumento posee y que ha sido ya expuesta, la que conduce a la conclusión siguiente, referida al alcance de la estimación del amparo solicitado." (El énfasis no es del original).

En el *sub examine*, respecto de la divulgación impugnada, igualmente resultaba innecesario hacer alusión a la existencia del video íntimo de la tutelada que de manera ilegal y con violación a la intimidad de la tutelada fue publicado en Internet en el año 2009. En esa oportunidad, la amparada fue víctima de un tercero que subió a las redes tal video sin su consentimiento, y así lo manifestó la amparada en su momento. No obstante, no bastó con haber sufrido dicha situación en aquella oportunidad, sino que en las publicaciones de la recurrida de setiembre de 2018 se revictimizó a la recurrente, exponiéndola a revivir un hecho tan lamentable que afectó su intimidad, su buen nombre y su imagen frente al colectivo social, exponiéndola de nuevo a las burlas, comentarios

indeseados, críticas y descrédito del público. En efecto, tal situación representa un tipo de violencia en contra de la mujer, basada en estereotipos, lo cual está vedado por el ordinal 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), según el cual toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, lo que incluye, entre otros:

“a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y

b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.”

Esta obligación es imperativa para cualquier órgano o persona, sea de carácter público o privado. El artículo 3 de esa misma convención, así lo confirma: *“Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.”*

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la Recomendación General n.º 25 sobre el párrafo 1 del numeral 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referido a las medidas especiales de carácter temporal que deben adoptar los Estados Partes, ha señalado que, para alcanzar tal propósito, los Estados tienen tres obligaciones centrales:

“7. En primer lugar, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación —que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares— por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. La segunda obligación de los Estados Partes es mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar los Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.” (El énfasis no es del original).

La violencia simbólica es aquella que mediante estereotipos, mensajes, valores o signos se transmiten y favorecen relaciones basadas en la desigualdad, el machismo, la discriminación o la naturalización de cualquier rol de subordinación de las mujeres en nuestras sociedades. En el sub lite, hacer referencia al video de marras en un contexto donde se mencionan otras relaciones sentimentales de la amparada y en la forma en que se hizo, genera estereotipos sobre la mujer tutelada y su conducta social, que son propios de esquemas machistas que se deben superar, en los que se exacerba una imagen de la mujer devaluada en su libertad sexual y denigrada como ser humano. Para muestra de ello, solo basta ver los comentarios realizados por las demás personas en la red social, donde se condena el comportamiento sexual de la tutelada, mas no de todas sus parejas. Es bien conocido, que los estereotipos son preconcepciones basadas en prejuicios que pueden llegar a constituir una acción discriminatoria. Justamente, esto puede suceder, cuando se propicia un juicio de reproche por el colectivo social, por lo que se considera una desviación del comportamiento esperado de una persona por su mera condición de mujer, según convencionalidades sociales que incluso pueden atentar contra su dignidad. Frente a esas circunstancias particulares, personas afectadas como la recurrente deben obtener justicia pronta y oportuna. Por otro lado, se reitera, la información del video utilizada por la recurrida no guarda relación alguna con noticias actuales ni son de interés público. En su lugar, han provocado un fuerte descrédito en la vida personal y profesional de la amparada, lo cual se evidencia de los comentarios hechos por el público y aportados como prueba a dichas publicaciones, que no vale la pena aquí reiterar, pero que sí son sumamente ofensivos. Por lo demás, resulta evidente la afectación al libre desarrollo de la personalidad de la amparada, toda vez que de persistir la conducta lesiva de sus derechos fundamentales, de manera sensible se afecta el desarrollo del proyecto de vida personal de la tutelada, a quien siempre se le hará recordar un video íntimo divulgado de modo ilegítimo, con la consecuente condena social y demás repercusiones negativas para con su desenvolvimiento como mujer, compañera sentimental y, eventualmente, madre. Por consiguiente, este Tribunal estima que el derecho a la intimidad en relación con el honor y el buen nombre de la amparada así como su derecho al libre desarrollo de la personalidad han sido vulnerados con la divulgación impugnada, pues esta distorsionó de forma grave y significativa el concepto público que de la recurrente se tenga, retrotrayendo a una situación referida a la difusión ilegítima de un video privado y, de esta forma, volviéndola a revictimizar, lo que incluso podría incitar el morbo social de algunos que nunca vieron tal video y que ahora lo buscarían en la Internet, con lo que se agrava el daño que en la esfera psicológica ilegítimamente se le produjo a la víctima en el año 2009. Bajo estas condiciones tan particulares del *sub examine*, el recurso debe ser declarado con lugar respecto de este extremo, a los efectos de ordenarle al medio recurrido eliminar dicha referencia del video en cuestión de las publicaciones del 19 y 25 de setiembre de 2018 que figuran en la Internet o en sus bases de datos, que pudieren ser indexados por motores de búsqueda en dicha red.

F- En relación con el uso dado a las fotografías publicadas por la amparada en su espacio de Instagram, el amparo debe ser desestimado. Tal como se indicó previamente, nuestro ordenamiento jurídico permite la difusión sin consentimiento de la imagen de una persona cuando *“dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquella, por la función pública que desempeñe, por necesidades de justicia o de policía o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público, o que tengan lugar en público”* (conforme lo dispone el artículo 47 del Código Civil). En el caso particular de la tutelada, ha sido una modelo y periodista de notoriedad pública. Lo anterior se hace evidente con la cantidad de seguidores con que cuenta la tutelada en esa red social, los cuales para ese momento eran 275.000. Ciertamente, las fotografías adjuntas a las publicaciones impugnadas fueron extraídas de su perfil en Instagram. Sin embargo, este Tribunal pudo constatar lo afirmado por el recurrido, en el sentido de que el acceso a sus fotografías en Instagram se encontraba abierto a todo público, incluso a quien no estuviera registrado en esa red social, a pesar de que dicho medio cuenta con las políticas de privacidad respectivas que permiten restringir el acceso del público a los perfiles de sus usuarios. En ese sentido, ha sido la propia recurrente quien ha hecho públicas sus fotografías y ha difundido su imagen. Tampoco consta que la amparada haya establecido algún tipo de limitación para su

acceso. En igual sentido, no considera este Tribunal que la mera difusión de las mismas en el contexto de la noticia procurara su deslegitimación o denigración como mujer, pues se reitera, están dirigidas al público por la propia recurrente. En consecuencia, el amparo debe ser declarado sin lugar en cuanto a este extremo se refiere.

Por tanto:

Por mayoría se declara parcialmente con lugar el recurso por violación al derecho a la intimidad en relación con el honor y el buen nombre de la amparada así como su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se ordena a Pedro Manuel Abreu Jiménez, en su condición de apoderado generalísimo de Grupo Nación GN S.A., o a quien ocupe ese cargo, eliminar de inmediato la referencia del video objeto de este amparo de las publicaciones del 19 y 25 de setiembre de 2018 atinentes a la tutelada que figuran en el sitio Web de la recurrida y que pudieren ser indexados por motores de búsqueda de la Internet. Se advierte que, de conformidad con lo establecido por el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se impondrá prisión de tres meses a dos años o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada dentro de un recurso de amparo y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a Grupo Nación GN S.A. al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo civil. En lo demás, se declara sin lugar el recurso. Notifíquese esta resolución a Pedro Manuel Abreu Jiménez, en su condición de Apoderado Generalísimo de Grupo Nación GN S.A., o a quien ocupe ese cargo, en forma personal. Los Magistrados Salazar Alvarado y Araya García salvan parcialmente el voto, en cuanto a la imperiosa necesidad de preservar no solo el honor, la intimidad y la imagen de la persona, sino también con la finalidad de garantizar su coexistencia con la libertad de expresión y de prensa.

Fernando Castillo V.

Presidente a.i.

Paul Rueda L.

Nancy Hernández L.

Luis Fdo. Salazar A.

Jorge Araya G.

Marta Esquivel R.

Mauricio Chacón J.

Expediente No. 18-18380-0007 - CO

Voto salvado parcial de los Magistrados Salazar Alvarado y Araya García. Los suscritos Magistrados afirmamos de manera vehemente, que coincidimos y compartimos las afirmaciones contenidas en el criterio de mayoría, respecto de la necesaria protección que merecen el derecho a la intimidad, el derecho a la imagen y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. De igual manera, coincidimos plenamente con la absoluta y necesaria protección de la mujer frente a la discriminación y la violencia de cualquier tipo. Sin embargo, nos separamos del criterio de mayoría y salvamos el voto respecto de dos temas concretos: a) la admisibilidad del presente recurso de amparo; y, b) la valoración que por el fondo se hizo, de las premisas expuestas en los considerandos generales, y en el precedente del derecho comparado que se utiliza como base para el dictado de la resolución, sin tomar en consideración una dimensión esencial, consustancial e inmanente de la libertad de prensa, como lo es el derecho a la contextualización de la información.

A-Sobre la admisibilidad del recurso de amparo . El artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional estipula que:

*“(…) El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder **frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a), de esta ley** (…)”* (el énfasis no pertenece al original).

Según se desprende de la lectura del numeral citado, el recurso de amparo contra sujetos de derecho privado, tiene carácter excepcional, subsidiario o residual, en el sentido que es admisible si se cumplen dos presupuestos: **1)** que el sujeto de derecho privado actúe o deba actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentre, de derecho o de hecho, en una posición de poder; y, **2)** que frente a dicho ejercicio o posición de poder, los remedios jurisdiccionales comunes, resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades involucrados -ver, entre otras, la sentencia número 2017-4271, de las 9:15 horas de 21 de marzo de 2017-. De tal forma, tomando en consideración que lo aducido por la recurrente es un tema directamente relacionado con las consecuencias que podría significarle la publicación realizada por un medio privado de

comunicación masiva, estimamos que el ordenamiento jurídico costarricense ofrece otros mecanismos procesales que le permiten abordar de manera apropiada lo planteado por la amparada, previsiones que desde antaño se contemplan en nuestro ordenamiento, y que se remontan, incluso, al artículo 6 del Decreto XXXVI, de 9 de setiembre de 1833, lo que denota una larga tradición jurídica en cuanto a la tutela que estas situaciones deben recibir, y que de forma más reciente, el así denominado Bloque de Legitimidad continúa tutelando de similar manera. Así, los artículos 47 y 48 del Código Civil estipulan que:

*“ARTÍCULO 47.- La fotografía o la imagen de una persona no puede ser publicada, reproducida, expuesta ni vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, **a menos que la reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla**, la función pública que desempeñe, las necesidades de justicia o de policía, **o cuando tal reproducción se relacione con hechos**, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público. **Las imágenes y fotografías con roles estereotipados** que refuercen actitudes discriminantes hacia sectores sociales no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas ni vendidas en forma alguna.*

*ARTÍCULO 48.- Si la imagen o fotografía de una persona se publica sin su consentimiento y no se encuentra dentro de alguno de los casos de excepción previstos en el artículo anterior, aquella puede solicitarle al Juez como **medida cautelar sin recursos**, suspender la publicación, exposición o venta de las fotografías o de las imágenes, sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva. Igual medida podrán solicitar la persona directamente afectada, sus representantes o grupos de interés acreditados, en el caso de imagen o fotografías que estereotipen actitudes discriminantes (...)*” (los énfasis no pertenecen al original).

En el caso que ahora se conoce, es evidente que por la actividad profesional de la recurrente y la exposición propia del medio, se está ante un supuesto donde se justifican publicaciones a ella relacionadas, precisamente «por la notoriedad» de la persona. Asimismo, las normas de cita se encuentran en la dirección de lo ya mencionado en el primer párrafo de este voto respecto del derecho a la contextualización de la información - publicación «relacionada con hechos»-, y sin que de modo alguno, como se indicará más adelante, tales publicaciones deban entenderse como la reproducción de roles estereotipados. De la lectura de las normas de comentario, se entiende que aún queriéndose situar un caso como este en alguno de aquellos tres criterios, le subsiste a la persona interesada la posibilidad de acudir a la vía ordinaria para impedir de forma oportuna la reproducción o difusión que estima lesiva a sus intereses o derechos. Esta posibilidad permanece aún en la época actual, donde la inmediatez y rápido acceso a la información es innegable, toda vez que se trata de disposiciones cautelares que pueden solicitarse y adoptarse ante la jurisdicción ordinaria y que por su propia naturaleza cautelar, su valoración y disposición debe producirse de manera celeridad y oportuna.

Por otra parte, la tutela provista por el ordenamiento trasciende incluso, y especialmente, al ámbito penal -como ya lo anticipaba también aquel histórico Decreto aquí referenciado-, tal como se contempla en el Título II del Código Penal, de donde resulta que si la recurrente considera que las publicaciones del medio de comunicación recurrido resultan injuriosas, calumniosas, difamatorias, o de algún modo, agraviantes, tiene abierta también la opción que le brinda el ámbito de lo penal.

De igual manera, tampoco puede pasarse por alto la misma ley que rige esta jurisdicción, cuando al tenor del artículo 66, la Ley de la Jurisdicción Constitucional señala:

*“Artículo 66. El recurso de amparo garantiza el derecho de rectificación o respuesta que se deriva de los artículos 29 de la Constitución Política y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **a toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, por medios de difusión que se dirijan al público en general**, y, consecuentemente, para efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establece esta ley (...)*” (el énfasis no pertenece al original).

En este sentido, tal y como la Sala Constitucional lo señaló en la sentencia número 2018-5053, de las 09:30 horas de 23 de marzo de 2018:

*“El artículo 66 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que se deriva de los artículos 29 de la Constitución Política y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, garantiza el derecho de rectificación o respuesta a “toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, por medios de difusión que se dirijan al público en general, y, consecuentemente, para efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establece esta Ley”. **Esta norma, y las que le sirvieron de base o inspiración, tiene por finalidad principal, la efectiva protección de la honra y reputación de la persona, frente a publicaciones indebidas, por ser “inexactas o agraviantes” transmitidas a través de los medios de comunicación colectiva (...)**”* (el énfasis no pertenece al original).

Sobre el particular, debe señalarse que el recurso de amparo de rectificación y respuesta, no solamente procede frente a informaciones inexactas, sino también por aquellas que el titular del derecho estime agraviantes -de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, agravante es lo que agravia, hace agravio - ofensa a la fama o al honor de alguien. Perjuicio que se hace a alguien en sus derechos e intereses-. De la lectura del escrito de interposición del recurso de amparo, se desprende, con meridiana claridad, que la amparada estimó las publicaciones que cuestiona, como agraviantes, por lo que bien pudo ejercer su derecho de rectificación y respuesta, de conformidad con los artículos 66 y 69 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo cual no alegó ni demostró haber llevado a cabo. Nótese que presentó el recurso de amparo el 19 de noviembre de 2018, 1 mes y 1 día luego de la primera publicación, y 24 días después de la segunda. De tal forma, no resulta admisible que la amparada evada los recaudos y garantías que establece el Capítulo III del Título I de la Ley que rige esta jurisdicción, para que a través del recurso de amparo contra sujetos de derecho privado, esta Sala conozca el proceder del medio de comunicación.

En este sentido, es criterio de los suscritos que este recurso de amparo devendría en inadmisibles. No obstante, habiendo sido cursado y resuelto por el fondo con el criterio plasmado por la mayoría de esta Sala, resulta ineludible para los suscritos separarse

parcialmente de dicho criterio -recuérdese la aclaración formulada en el primer párrafo de este voto salvado-, con base en las siguientes argumentaciones.

B.Sobre el criterio de mayoría en cuanto al fondo del caso planteado. La libertad de prensa y el derecho a la contextualización de la información. La libertad de prensa se fundamenta en la libertad de expresión y, al mismo tiempo es uno de sus vehículos naturales. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que la libertad de prensa:

“Se traduce en el derecho para los administrados de buscar y difundir las informaciones y las ideas a un número indeterminado de personas sobre hechos que por su naturaleza son de interés de la generalidad por considerarse noticiosos (...)” -sentencia número 2018-8396 de las 12:40 horas de 25 de mayo de 2018-.

Por su parte, desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver la opinión consultiva OC-5/85, mediante sentencia de 13 de noviembre de 1985, señaló claramente que:

“72. (...) La profesión de periodista -lo que hacen los periodistas- implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención (...)

74. (...) El ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado (...).”

La libertad de prensa en relación con la libertad de expresión, hacen referencia al derecho de toda persona, y de los medios de comunicación en particular, de investigar e informar, sin limitaciones irrazonables o coacciones. Sobre este extremo, la jurisprudencia de la Sala ha indicado que:

“(...) la libertad de prensa es un pilar fundamental del Estado democrático al punto de que no puede existir el segundo sin la garantía efectiva a favor de todos los habitantes de la República del ejercicio del derecho de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, sin que dicho derecho pueda ser sometido a la previa censura (...)” -sentencia número 2017-12926, de las 09:30 horas de 18 de agosto de 2017-.

Es evidente que la libertad de prensa es una de las libertades básicas, esenciales y consustanciales para la vida en democracia, y así debe protegerse y potenciarse. Sin embargo, ese mismo ejercicio democrático permite que esta libertad encuentre ciertos ámbitos de morigeración, los cuales, tratándose de esta libertad fundamental, se encuentran en la tutela de los derechos de terceros y el orden público, situaciones que, en todo caso, deberán ser analizadas para que, si resultare procedente, se dé lugar a la valoración balanceada de los derechos o circunstancias en pugna, para que pueda optarse por la solución más apropiada en el contexto de ese mismo Estado Democrático de Derecho y el principio democrático que debe protegerse. Es por tal razón, que el párrafo 2 del artículo 13 de la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, claramente dispone:

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

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

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

Asimismo, correlativa a esa libertad se encuentra la responsabilidad ulterior del periodista y de los medios de comunicación, tanto frente al individuo como la sociedad en su conjunto, por la veracidad y objetividad de lo informado. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 29 de noviembre de 2011 dictada en el caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, precisó:

“43. (...) El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar más allá de lo estrictamente necesario el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

44. En su jurisprudencia la Corte ha establecido que los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

45. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas (...)

50. En este contexto, la Corte debe encontrar un equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos,

son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática. El Tribunal recuerda que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención (...)" -el énfasis no pertenece al original-

Para que la libertad de prensa pueda ser efectiva, también deben respetarse otros derechos, principios y garantías que guardan una relación instrumental con aquella: **a)** el derecho de acceso a la información, **b)** el derecho a la contextualización de la información, **c)** el derecho a informar, **d)** el secreto de las fuentes -sentencia de la Sala Constitucional número 2008-7548, de las 17:37 horas de 30 de abril de 2008), y, **d)** la prohibición de la censura previa -sentencia de la Sala Constitucional número 2018-8396, de las 12:40 horas de 25 de mayo de 2018).

En este sentido, la nota de prensa contra la cual la recurrente muestra especial inconformidad, debe necesariamente valorarse conforme al referido «derecho a la contextualización», el cual es particularmente relevante. En el ámbito periodístico, la contextualización busca interpretar la información que se brinda sobre un hecho principal, presentando un contexto que denote una mayor amplitud de la realidad; es decir, su propósito es evitar que el acontecimiento aparezca aislado, sino vinculado a mayor información que enriquezca la comprensión y en análisis por parte del destinatario de la comunicación. Vista de esta forma, la contextualización es un elemento fundamental del ejercicio de la libertad de prensa, y es parte de su contenido esencial, en la medida que resulta medular para informar de forma completa y ubicar al lector en los acontecimientos que ahora se le presentan. La contextualización de la información es una herramienta primordial para la libertad de prensa, pues no sólo contribuye a la formación de la opinión pública, sino también, posibilita al receptor de la noticia adoptar un criterio completo y comprehensivo sobre lo informado.

El derecho a la contextualización así entendido, es pasado por alto por el criterio de mayoría, aún cuando en su redacción de alguna manera se contempla y menciona, precisamente en cuanto al caso que ahora se conoce, cuando la mayoría afirma que «la amparada es una reconocida modelo y profesional en periodismo, de ahí que **resulta de interés del público lo que en su vida acontezca**...»-el destacado no es del original-

Es decir, el propio criterio de mayoría reconoce que resulta de interés del público -y por ende también interés público- conocer lo que suceda en la vida de la amparada debido a su ocupación profesional -"reconocida modelo" y periodista-. De ahí que, hacer referencia a situaciones que la persona ha enfrentado, carece por tesis de principio, de ser una afectación a la intimidad o la imagen de la persona, siempre que sirva para contextualizar el acontecimiento del que ahora se informa y ubicar al lector respecto de los hechos que se ponen a su disposición.

Del mismo modo, el criterio de mayoría se fundamenta en lo que refieren son cuatro requisitos que harían posible la información sobre situaciones anteriores de la persona. Según la mayoría, esa difusión sería posible si tales hechos referenciados: **a)** «en un momento dado fueron noticiosos»; **b)** «resulta válida en tanto estos no causen un daño moral injustificado a la persona»; **c)** «sean relevantes para la noticia actual»; y, **d)** «se trata de un caso de interés público».

En criterio de los suscritos, los cuatro requisitos se encuentran en el caso que ahora se conoce, y, por tanto, la reiteración y contextualización que hace el medio de comunicación, dista de ser ilegítima desde el punto de vista de la constitucionalidad de la información. Nótese que el agravio que estima la recurrente, se produce por la referencia a un anterior video suyo y cuya existencia también fue referenciada por la prensa; es decir, si fue un hecho noticioso en su momento. Del mismo modo, las informaciones ahora publicadas, se limitan a dar cuenta de la existencia de aquel video, sin mostrarlo ni referir dónde podría ser habido, ni referir detalles de las imágenes o del contenido que podrían allí visualizarse. Se trata, igualmente, de una referencia que permiten ubicar al personaje del cual se informa, de donde aquella reseña sí se entiende como relevante para la noticia actual. Y, finalmente, sí es un caso de interés público y de interés del público, por cuanto la misma mayoría refiere el carácter de «reconocida modelo y profesional en periodismo». De tal forma, la referencia que el medio de comunicación hace en sus publicaciones de 19 y 25 de setiembre de 2018, se ajusta a los parámetros de referenciación que plantea el mismo criterio de mayoría, de donde debe necesariamente concluirse, que tal referencia dista de ser ilegítima.

En todo caso, más allá de esta apreciación, es evidente que tales notas cumplen no sólo con hacer una referenciación, sino, especialmente y según lo dicho, esas referencias se plantean y formulan en pleno ejercicio del derecho a la contextualización, el cual, tal como se ha indicado, es consustancial con el ejercicio de la libertad de expresión y su correlativa libertad de prensa.

En este sentido, reafirmamos, la publicación cuestionada por la recurrente se encuentra dentro del pleno ejercicio responsable de la libertad de expresión y la libertad de prensa, así como debidamente justificada en el marco del derecho a la contextualización de donde resultaría impropio aplicarles a dichas publicaciones las pretendidas limitaciones, sin que ellas resulten a su vez lesivas a la propia libertad de expresión y a la libertad de prensa.

C.- Sobre la fundamentación del criterio de mayoría.- El voto de mayoría se sustenta prioritariamente en la citada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Español, referente a la aplicación del derecho al olvido a un medio de prensa -acápito 8.a-, y por mantener información de larga data en sus bases digitales, lo que resultaba agravante. Sin embargo, de la lectura adecuada de dicha referencia jurisprudencial, resulta claro que el mismo dista de aplicarse al caso que ahora conoce esta Sala Constitucional. Nótese que, en efecto, dicho precedente refiere la aplicación del derecho al olvido en materia periodística. Sobre el particular, son necesarias dos observaciones concretas: la primera de ellas, es que la jurisprudencia de esta Sala es sostenida en cuanto al ámbito de aplicación del derecho al olvido, referenciándolo, precisamente, al contexto de aplicación de las

bases de datos y la protección del derecho de autodeterminación informativa, sin hacerlo extensivo, de modo alguno, a materia periodística, de libertad de expresión ni de libertad de prensa, y sin que en nuestro criterio, dicho proceder resulte válido; los suscritos no soslayan de modo alguno la importancia del carácter progresivo y la característica de progresividad de los derechos humanos, mas de conformidad con el contenido mismo del derecho al olvido, debe indicarse que el mismo resulta inviable de ser aplicado en materia de libertad de expresión y, sobre todo, de libertad de prensa, lo cual nos lleva a la segunda observación sobre este aspecto.

En segundo lugar, debe evidenciarse que el denominado «derecho al olvido» tiene una connotación particular en el contexto latinoamericano, que trasciende el punto concreto de la autodeterminación informativa en los términos reconocidos por eso la Sala, pues este debe apreciarse según la importancia que el mismo representa en un contexto como el regional, donde el olvido en materia económica, política y social dista de ser aplicable. Esta inaplicabilidad trasunta igualmente hacia el ejercicio de la libertad de prensa, llamada a mantener precisamente aquella contextualización de la que se hacía referencia, y a procurar buena parte de la memoria histórica de nuestros países. Por supuesto, que en un caso como el que ahora nos ocupa, debe circunstanciarse el ámbito de aplicación de esta contextualización, pues además de que se valida que la recurrente es una «reconocida modelo y profesional en periodismo», es decir, una figura pública, lo es más aún en el propio contexto en el que se desenvuelve, y dentro del cual la recurrente y la información a ella atinente es de particularísima importancia y trascendencia. Así entendido, toda descontextualización, y toda actuación tendiente a la eliminación de referencias a acontecimientos anteriores respecto de dicha figura pública, devendría, necesariamente, en una limitación insostenible al ejercicio de la libertad de prensa.

Es claro que la redacción del criterio de mayoría omite referir expresamente la frase del «derecho al olvido», pero si lo hace la sentencia del Tribunal Constitucional Español que se utiliza de base para la estimatoria y consecuente condena que se impone. Asimismo, no resulta baladí la disposición contenida en la parte dispositiva del criterio de mayoría, pues al disponer «eliminar de inmediato la referencia del video objeto de este amparo», está ordenando, sin más, que el medio de comunicación omita, elimine y nunca más, haga referencia a un acontecimiento noticioso del pasado, que es aún reciente para una figura pública que es la recurrente dentro del medio en el cual se desempeña. Así las cosas, el criterio de mayoría da plena aplicación al denominado «derecho al olvido», estableciéndolo como una limitación al ejercicio de la libertad de prensa.

En criterio de los suscritos, según lo ya adelantado, esta aplicación es totalmente inviable en materia de libertad de prensa, más aún cuando existen sendos pronunciamientos de entidades especializadas que así lo advierten y previenen. Sirva a modo de ejemplo, que mediante la resolución de la 72ª Asamblea General de la **Sociedad Interamericana de Prensa**, celebrada del 13 al 17 de octubre de 2016 en Ciudad de México, claramente se señaló que:

*“[E]l denominado **“derecho al olvido” contradice la tradición americana en la materia**, basada en la necesidad de mantener vivo el recuerdo de una historia de violencia política y social corrupción y crimen organizado en buena parte de los países de la región. (...) [E]s no sólo conveniente sino **imperioso que se garantice la plena libertad de expresión**, en razón de (pie la preservación del honor, la intimidad y la imagen de las personas puede y debe ser asegurada mediante otros institutos legales ya vigentes.” - énfasis añadidos-*

De igual manera, refiere la resolución de cita que:

*“[L]a confusión sobre los alcances del llamado “derecho al olvido” comienza a traducirse **en peligrosos avances** sobre las libertades de prensa y de expresión, **debido a fallos judiciales**, leyes o proyectos legislativos que privilegian el interés individual por sobre el derecho colectivo a informarse y preservar la memoria.” -lo destacado no es del original-*

Es nuestra consideración que esto es precisamente lo que plantea el criterio de mayoría, no sólo al dar aplicación a un referente jurisprudencial del derecho comparado, que a su vez aplica un instituto no dable de utilizar en el contexto latinoamericano, y al ordenar de manera expresa al medio de comunicación, eliminar toda referencia. Nótese que la frase «eliminar de inmediato la referencia del video objeto de este amparo de las publicaciones del 19 y 25 de setiembre de 2018 atinentes a la tutelada que figuran en el sitio Web de la recurrida», no es más que una orden expresa a un medio de comunicación, para que elimine una referencia histórica de una nota de prensa; es una orden para que se omita un hecho circunstanciado respecto de la actividad de una figura que es pública en el contexto dentro del cual se desenvuelve, y, como tal, es una limitación al ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de prensa, que no solamente es excesivo, sino inviable, más aún si para ello existen otros mecanismos o «remedios»- sustantivos y procesales aplicables.

En este punto es importante resaltar, que al disponerse una limitación de este tipo para que el medio de comunicación omita la contextualización sobre una nota de interés público, al mismo tiempo que eliminar toda referencia de esa contextualización de la documentación que aparezca en la página web del medio informativo, se entiende como una oposición directa al ejercicio de la libertad de prensa, tal y como se señala en la ampliamente conocida Declaración de Chapultepec, adoptada en la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión, de 11 de marzo de 1994 que en su quinto punto señala que:

*“La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y **las limitaciones al libre ejercicio** y movilización de los periodistas, **se oponen directamente a la libertad de prensa**.” -énfasis añadido-*

Es por tal razón, que la protección a la libertad de prensa debe verse con amplio criterio, evitando establecer limitaciones inviables que vacíen de contenido la libertad de expresión, la libertad de prensa y la libertad de información. Así ante una situación similar donde igualmente se discute la posibilidad de eliminar un registro en Internet, la misma Sociedad Interamericana de Prensa, el 14 de noviembre de 2017, presentó sendas argumentaciones ante la Corte Europea de Justicia -caso C-507/2017- señalando:

*“Estimamos que **eliminar la publicación original o desindexarla en los buscadores de internet implicaría en cualquier caso no sólo afectar la libertad de prensa, sino restringir el derecho a la información de otros ciudadanos.** Nos preguntamos, en qué medida los ciudadanos podrían seguir confiando en la información publicada en la Red si los datos son alterados con criterios poco claros y cambiantes. ¿Es acaso irrelevante que quien se postula como alcalde de nuestra ciudad haya sido investigado por presunto desfalco? ¿O que aquel que lleva a nuestros niños a la escuela haya enfrentado años atrás un proceso por presunta corrupción de menores?”* -el destacado no es del original-

Se evidencia, entonces, la importancia que reviste el derecho a la contextualización, entendido, según lo dicho, como la referencia que se incluye en una información determinada, para permitir al lector una mejor comprensión de la nota publicada, de su contenido, y una mejor formación de criterio u opinión.

Es en este sentido, que el 6 de marzo de 2016, la antigua y el actual Relator para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresaron en Lima que:

“[E]l derecho al olvido es un riesgo que debe ser analizado y afrontado por las graves consecuencias que conllevaría su aplicación en los buscadores de Internet y eventualmente en los medios de comunicación”.

Lo anterior, aún más preocupante cuando se utiliza la función jurisdiccional para la imposición de este tipo de limitaciones, toda vez que, como señala el actual Relator, *«cada vez es más recurrente que se les pida a los jueces la aplicación del derecho al olvido, lo que es preocupante considerando que en la mayoría de los países de la región ni siquiera se tienen garantizados los derechos a la verdad y a la memoria», enfatizando, además, que «es preocupante que la mayoría de casos que apelan al derecho al olvido proceden de entidades y personas públicas relacionados a violaciones de derechos humanos, pues es vista como una herramienta de los corruptos para seguir haciendo de las suyas»,* e incluso, podría llegar a funcionar como *«censura indirecta»*.

De tal forma, es claro que no sólo resulta impropio dar cabida al derecho al olvido en un caso como el descrito, sino que además, dicho proceder entraña un riesgo ostensible para la vida en democracia, más aún si dicha limitación viene impuesta de manera indebida por la vía judicial.

D.- Sobre la fundamentación del criterio de mayoría (bis) .- Por otra parte, además de lo ya indicado, el precedente del derecho comparado que sirve de base al criterio de mayoría dista de ser aplicable para la consideración y resolución del amparo que ahora se conoce, por cuanto se trata de premisas distintas no identificables con el caso de la recurrente. Véase que el caso conocido por la justicia española, lo es respecto de personas que no eran figuras públicas; en el acápite 8.b así se establece, al indicarse que *«las personas recurrentes en amparo ni eran entonces, ni son ahora personajes públicos»*. En el amparo que ahora resuelve esta Sala la situación es totalmente contraria, pues como ya se ha indicado, la recurrente sí es una figura pública y la propia redacción de mayoría así lo reconoce. Así, la consideración de este precedente a este caso parte de una premisa inexacta.

Por otra parte, el caso conocido por la justicia española en la sentencia de referencia, se encuentra relacionado con la retransmisión de una noticia de treinta años atrás. En el caso de este amparo, no se trata de la retransmisión o redifusión de noticia alguna, sino de una simple referenciación en el marco del pleno ejercicio del derecho a la contextualización.

De tal manera, el criterio de mayoría se sustenta en un caso jurisprudencial donde se hizo una retransmisión -no referencia- de una noticia de vieja data, y respecto de figuras que no son públicas. En el caso de la recurrente, no hubo retransmisión, y sí se trata de una figura pública. En consecuencia, es claro que no hay similitud entre los supuestos, de donde resulta inviable sustentar el criterio de mayoría en un supuesto no aplicable al caso que se conoce, y menos aún, para derivar de ello una limitación igualmente improcedente al pleno ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de prensa.

La cita del precedente español solo tiene sentido, en el *sub lite* para justificar el reproche al medio por traer a colación en ambas notas, el video difundido en el año 2009. En ese sentido, de la argumentación expuesta por el Tribunal Constitucional Español, la mayoría de la Sala Constitucional resaltó igualmente la idea de que: *“(…) La noticia relata hechos pasados sin ninguna incidencia en el presente. No se trata de una noticia nueva sobre hechos actuales, ni de una nueva noticia sobre hechos pasados, que pueden merecer una respuesta constitucional distinta. Su difusión pública actual en poco contribuye al debate público (...)”*. Los suscritos no compartimos la extrapolación de criterios como el enfatizado, referentes a institutos que, mal entendidos, representan una amenaza a la libertad de prensa, por privar al periodista del derecho a la contextualización de la información.

E.- Sobre la fundamentación del criterio de mayoría (ter).- En la fundamentación propia, refiere el criterio de mayoría que *«resultaba innecesario hacer alusión a la existencia del video íntimo de la tutelada que (...) fue publicado en Internet en el año 2009»*. Sin embargo, ya hemos explicado que dicha *«alusión»* obedece a la contextualización de la información, sin que de modo alguno implique una redifusión de tal documento, y más aún referencia importante en el caso de una figura pública y reconocida como la recurrente.

Asimismo, señala la redacción de mayoría, que dicha referencia a aquel documento, representa *«un tipo de violencia en contra de la mujer, basada en estereotipos»*. Los suscritos reiteramos y reafirmamos nuestro compromiso con la protección de los derechos de la mujer, la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y por razones de género, y la preocupación por la erradicación de todas las formas de violencia relacionadas, tal como bien lo reconoce la amplia jurisprudencia de esta Sala. Debe quedar claro que los suscritos ***no estamos y nunca estaremos de acuerdo*** con la estigmatización por roles de género, ni con cualquier forma de violencia contra la mujer o su revictimización.

No obstante, en el caso concreto, es nuestro criterio que la sola referenciación a un video de una figura pública, donde no hay retransmisión alguna, y donde no se publica contenido alguno del mismo, dista de tener el carácter que le otorga la mayoría de la

Sala. Situación contraria sería que la publicación de cita contuviera frases o comentarios directamente contrarios a la dignidad de la recurrente, en cuyo caso se activarían los mecanismos legales previstos al efecto. Por el contrario, las publicaciones carecen de juicios de valor y se limitan a referir la existencia anterior de un video de la misma recurrente. Es una referenciación, una contextualización que permite al lector ubicar la noticia respecto del personaje noticioso del que se informa, y que resulta de interés dado el carácter de figura pública de la tutelada en el ámbito dentro del cual se produjo la nota de prensa.

En criterio de los suscritos Magistrados, la argumentación de la mayoría de la Sala, tal como fue expuesta, dista de considerar la contextualización del hecho noticioso y su importancia. En las notas periodísticas cuestionadas no se hace referencia, propiamente, al contenido del video, sino al hecho en sí de su divulgación y las circunstancias en que ocurrió, esto en el marco de dos notas de farándula, sobre la vida sentimental de la promovente -una figura pública, periodista y modelo ampliamente conocida en el país-. Se entiende que la referencia a hechos ocurridos en el año 2009 se efectuó para contextualizar lo que se estaba informando. Por su parte, la preservación del honor, la intimidad y la imagen, es asegurada a través de diversos institutos legales y mecanismos procesales, pero su protección nunca puede traducirse en una velada restricción o vaciamiento de las libertades de expresión o de prensa, obstaculizando la contextualización del hecho noticioso.

Es por las razones aquí señaladas, que los suscritos Magistrados salvamos parcialmente el voto, coincidiendo con las apreciaciones relacionadas con la no discriminación contra la mujer, la protección de la imagen y el libre desarrollo de la personalidad, pero señalando que dicha tutela debe ser consecuente con la protección del derecho a la contextualización, y a evitar que de manera impropia e indebida se pretenda aplicar el derecho al olvido en contra de la libertad de expresión y de información a través de los medios de comunicación, teniendo como premisa la imperiosa necesidad de preservar no solo el honor, la intimidad y la imagen de la persona, sino también la finalidad de garantizar su coexistencia con la libertad de expresión y de prensa, en los términos que aquí hemos expuesto.

Mag. Luis Fdo. Salazar A.

Mag. Jorge Araya García

Clasificación elaborada por SALA CONSTITUCIONAL del Poder Judicial. Prohibida su reproducción y/o distribución en forma onerosa.

Es copia fiel del original - Tomado del Nexus PJ el: 10-03-2025 16:50:29.