

LOS PODERES CREADORES DEL JUEZ EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Lic. Román A. Navarro Fallas

SUMARIO

Introducción

I)- Reconocimiento positivo de los poderes creadores del juez

- 1- Se reconocen y legitiman los poderes creadores del juez, cuando se le prohíbe abstenerse o excusarse de fallar por falta de norma aplicable.
- 2- El reconocimiento de un contenido sustancial del derecho, tiene como corolario la admisión de la tarea creadora del juez en su interpretación y aplicación.
- 3- Papel del juez en la funcionalidad del estado. La creación judicial como cooperación necesaria entre poderes.
- 4- Incremento del papel creador del juez como consecuencia del lugar que ocupan la constitución y los derechos fundamentales en el estado constitucional de derecho.

II)- Legitimación democrática de los poderes creadores del juez.

- 1- Legitimación democrática de origen y de ejercicio. El principio de mayorías.
- 2- Derechos humanos y legitimación democrática de la actividad creadora del juez.

III)- La posición que ocupa el juez en el orden jurídico. Especial referencia al juez constitucional.

- 1- El juez en el estado constitucional de derecho. Superación de la posición del juez en el estado legal de derecho.
- 2- La posición del juez constitucional.
- 3- La posición del juez ordinario en el derecho de la constitución. El caso de costa rica.
- 4- El caso español. La posición del juez ordinario en el orden constitucional.
- 5- El papel del juez ordinario a la luz del derecho comunitario.
- 6- El papel del juez interno en la aplicación del derecho internacional.

IV)- papel creador del juez derivado de la interpretación a partir de principios del ordenamiento jurídico.

- 1- La creación judicial en la identificación de principios.
- 2- Los poderes del juez en la valoración sobre la pertinencia del principio.
- 3- Los poderes creadores del juez en la integración del derecho por medio de principios jurídicos.

- 4- El reconocimiento de derechos a partir de principios.
- 5- Poderes en la atribución de sentido de interpretación en sentido estricto de las normas a partir de principios.
- 6- Poderes en la determinación del contenido del principio y del ordenamiento.
- 7- Poderes creadores del juez en la valoración de los erectos de sus sentencias.
- 8- Poderes creadores del juez derivados de su tarea armonizadora y de jerarquización de los principios jurídicos.

V)- perfil del juez creador en el marco del estado constitucional de derecho.

Conclusión.

LOS PODERES CREADORES DEL JUEZ
EN EL MARCO DEL ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Lic. Román A. Navarro Fallas

INTRODUCCIÓN

A partir de la revolución francesa se desarrolló una confianza ciega en el legislador (único legitimado democráticamente para regular las conductas humanas) y una desconfianza en la actividad creadora del juez. El Parlamento era el representante del interés general. La ley, respondía al interés general. Cualquier otro poder, debía estar subordinado a ella. En virtud de lo anterior, se estableció que el juez debía ser “...la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar ni la fuerza, ni el rigor de la ley...” (MONTESQUIEU).

Dentro de este orden de ideas, el Parlamento controlaba la aplicación e interpretación de las leyes. Todo juez que tuviera una duda sobre el correcto sentido de una norma legal, debía consultar al Parlamento la interpretación de la misma, antes de proceder a su aplicación. Con el tiempo, el papel del juez evolucionó. Primero se le permitió la interpretación literal (escuela de la exégesis) y en caso de oscuridad normativa, previa solicitud, se le autorizaba a interpretar; luego, se le autorizó integrar el Derecho mediante la analogía, en todos aquellos casos en que el ordenamiento presentaba lagunas. Con posterioridad, se admitieron los criterios de interpretación extensiva y restrictiva, siempre como métodos idóneos para salvaguardar el texto y la voluntad general allí expresada. El proceso de subsunción del hecho en la norma, es un fiel reflejo de esta corriente

mecanicista del juez. Durante los siglos XIX y XX especialmente, toda esta corriente de pensamiento fue superada.

En efecto, durante este período los poderes del juez se incrementaron, paralelo al reconocimiento de la incapacidad del Parlamento para dar respuesta acabada a todos los problemas que la realidad presenta. Se reconoce la ineludible tarea creadora del juez. Los cambios en la concepción del Derecho, tienen como corolario un cambio en la concepción del método y ambos, provocan un cambio en la posición y papel del juez en el orden jurídico. En consecuencia, la ley, otrora sacralizada, se debilita frente a los derechos humanos, que se entienden ahora como materia constitucional y para garantizarlos, se somete la ley al control de Tribunales Constitucionales.

Hoy, no son los jueces los que consultan al Parlamento, son las Cámaras las que consultan al juez (al menos al juez constitucional). Ya no es el Parlamento el que controla la actividad judicial, ahora son los jueces los que controlan la actividad parlamentaria (en Costa Rica el juez constitucional, en España también el juez ordinario desde el Derecho Comunitario). Ya no son los parlamentarios los que limitan la discrecionalidad judicial (aunque pueden), ahora es el juez el que limita la discrecionalidad o libertad del Parlamento (el juez constitucional en Costa Rica, constitucional y ordinario en España). No es el Parlamento el que inter-

preta de manera definitiva el Derecho, son los jueces quienes realizan esta labor. No es el juez la boca que pronuncia la ley, son los parlamentarios los que solo pueden querer lo que la Constitución, el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional (en particular el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) quiere que quieran. Esta superioridad del juez, en particular del juez constitucional se observa en el efecto erga omnes de sus sentencias.

Se ha pasado de una concepción formal a una material del Derecho. Prima la sustancia sobre la forma, lo que supone una inversión total de las jerarquías originales. El ordenamiento jurídico continúa, no podría ser de otra manera, reconociendo los elementos formales que componen el Derecho, pero los subordina a los componentes materiales o sustanciales. Dentro de este contenido material, los principios jurídicos pasan a ser reconocidos como elementos principales, fundamentales del orden jurídico.

Los principios jurídicos no sólo son reconocidos por el ordenamiento, también se les asigna un sitio, unas funciones y una eficacia hasta entonces desconocida. El Derecho no avanza hasta allí, a la transformación del Derecho la acompaña una transformación del método, y a la transformación del Derecho y del método los acompaña, como no podría ser de otra manera, una transformación del papel del intérprete, en particular de los poderes y el papel del juez. Aumenta la discrecionalidad del juez, pero también su responsabilidad. Su actividad ya no es mecánica, es creadora, no es libre es vinculada, no es arbitraria es racional. Este nuevo papel del juez, demanda una legitimación democrática y sus poderes, demandan límites, parámetros, que permitan someter su ejercicio a control objetivo y racional.

I- Reconocimiento Positivo de los Poderes Creadores del Juez

El ordenamiento jurídico reconoce expresa o implícitamente los poderes creadores del juez. Ese reconocimiento no supone mera tolerancia, ni la imposibilidad de evitarlo. Por el contrario, los poderes creadores del juez son necesarios e indispensables para “cerrar” el Derecho o completar el orden jurídico, garantizar el Estado Constitucional de Derecho y administrar justicia en una sociedad democrática. Como veremos, el constituyente primero y el legislador después, le asignan al juez la aplicación del Derecho de un modo independiente, imparcial y objetivo, dentro de un territorio determinado a un pueblo políticamente organizado y a los extranjeros que habitan ese espacio territorial. Su actuación está encaminada a tutelar los derechos e intereses de personas físicas o jurídicas, independientemente de la nacionalidad, procurando la aplicación efectiva del Derecho.

No cabe hablar de poderes creadores del juez si entendemos que el ordenamiento es completo, pleno y que el legislador es omnipotente y omnisciente. Si desmitificamos el Derecho, obviamente, aparece con claridad meridiana la indispensable tarea creadora del juez. Más aún, si concebimos el Derecho como una realidad formal y sustancial, con un contenido inmanente de valores, fines, principios y derechos, entre otros, la tarea creadora del juez no sólo es inevitable, sino además necesaria. El ordenamiento reconoce expresa o implícitamente estos poderes creadores del juez.

1- Se reconocen y legitiman los poderes creadores del juez, cuando se le prohíbe abstenerse o excusarse de fallar por falta de norma aplicable.

El artículo 5, párrafo segundo de la ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica establece (LOPJ): “Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes”. Se trata de un reconocimiento legislativo, en primer lugar, de la imposibilidad de prever todas y cada una de las situaciones futuras y de regular todas las posibilidades que se puedan presentar en las relaciones humanas. Es un reconocimiento de las limitaciones del legislador. En segundo lugar, reconoce que el ordenamiento no es completo, ni pleno y por consiguiente, admite la existencia de lagunas y la necesidad de llenarlas, como una exigencia del interés público para resolver las controversias humanas. Finalmente, reconoce y asigna un papel creador al juez, a quién le ordena la tarea de colmar esas lagunas, creando la norma o regulación “inexistente” para alcanzar la finalidad propuesta por el ordenamiento, de administrar justicia y de satisfacer el derecho fundamental de toda persona a una tutela judicial efectiva.

Se infiere de la norma, una superación de la idea positivista de colmar el orden jurídico con elementos externos al Derecho. Por el contrario, la norma reconoce la existencia de lagunas, pero asimismo, que tales lagunas pueden y deben ser colmadas por el juez desde el mismo ordenamiento jurídico, en particular echando mano a los principios, garantías, límites, fines, derechos y valores inmanentes

al orden jurídico. Los principios son normas no escritas del orden jurídico y cumplen una función integradora, como ya sabemos.

2- El reconocimiento de un contenido sustancial del Derecho, tiene como corolario la admisión de la tarea creadora del juez en su interpretación y aplicación.

El orden jurídico reconoce que el Derecho tiene un contenido sustancial y le asigna al juez la obligación de actuar ese derecho sustancial, a sabiendas, de que con ello realizará una inevitable tarea creadora. Esa tarea, así entendida, es consecuencia, en primer lugar, de la misma naturaleza sustancial del Derecho, ya que determinar el valor, los fines, los límites y su alcance, los principios y el espacio jurídico de protección que les corresponde, es una tarea creadora, donde la discrecionalidad del juez se ve ampliada e incrementada.

Cuando la Constitución Española (art. 1 CE), reconoce como valores superiores del orden jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (lo que supone el reconocimiento y juridicidad de muchos otros valores), y cuando reconoce los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad, irretroactividad de las normas no favorables, la seguridad, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad, entre otros (art. 8,9,13.3, rúbrica del capítulo III del Título primero, art. 53.3 CE), está reconociendo un contenido sustancial del Derecho Constitucional. Contenido que debe actuar el juez constitucional y todos los ciudadanos y los poderes públicos (art. 9.1) y por ende, incluidos los jueces constitucionales, y los ordinarios cuando examinan la validez de las normas legales a aplicar (art. 5 LOPJE).

Esa actuación de la Constitución por los jueces, supone una actividad creadora que es conforme con la voluntad del constituyente. En efecto, el constituyente no hizo reconocimiento expreso de algunos de los valores y principios en la Constitución, para que quedaran en una mera declaración lírica, un “canto a la bandera” o una mera declaración de valores y principios sin contenido jurídico, ni valor práctico alguno. El constituyente sabía, que estaba incorporando cláusulas abiertas (cuál de las constitucionales no lo es), cuya interpretación y alcance “delegaba” en el juez constitucional (también en el ordinario en la medida que veremos) y en el legislador.

En síntesis, el reconocimiento expreso de algunos valores y principios en la Constitución, tiene como consecuencia:

- A- Revela la validez, vigencia y existencia constitucional de un contenido axiológico y principal en la Constitución. El reconocimiento expreso demuestra que el Constituyente está consciente de que esos valores y principios informan todo el orden constitucional e infraconstitucional. Desde luego, que no se trata de un numerus clausus, esos valores y principios son solo la cabeza visible, la punta del “iceberg”, de cuyo reconocimiento se sirven todos aquellos que son contenido implícito del orden jurídico en general, de cada norma, de cada derecho, de cada principio en particular.
- B- Supone una sujeción del poder y de toda conducta humana a un orden de valores y principios. En otras palabras, su reconocimiento constitucional no es una mera declaración. La Constitución los propugna y garantiza día a día, es decir, los actualiza constantemente en la aplicación

y en la interpretación del Derecho de la Constitución y de todo el orden jurídico.

- C- La actuación de ese Derecho, por tanto, la aplicación e interpretación de esos contenidos supone una interpretación valorativa y principialista, que de suyo trae aparejada una discrecionalidad judicial que la misma naturaleza del valor y del principio suponen, a la par, que vinculan aquella interpretación y aplicación sirviendo de límites a la tarea creadora del juez.
- D- El constituyente no ignora que para que tales principios, valores y contenidos tengan eficaz realización se requiere la cooperación y participación de todos los poderes públicos: del legislador, de la administración y del juez. En este último caso, como veremos, es imprescindible su papel de contralor, de garantía objetiva del cumplimiento y desarrollo de aquellos valores y principios. El juez, especialmente aunque no exclusivamente el juez constitucional, controla que la aplicación–creación (en el sentido de Kelsen), que realizan los poderes constituidos sean coherentes con el contenido de la Constitución. El juez constitucional es, en última instancia, el garante de la Constitución, pieza vital en el engranaje del Estado de Derecho Constitucional. El constituyente espera de los poderes públicos, por ende también del juez, que actualicen su obra atendiendo con primacía los valores, principios y derechos por él reconocidos y todos aquellos compatibles con estos. Ese papel trae consigo un reconocimiento ineludible de una tarea creadora del juez constitucional primero y del ordinario después, mediante la cual el juez contribuye en la conformación,

determinación y delimitación de las decisiones fundamentales del Estado.

Siguiendo lo dispuesto por la Constitución, el ordenamiento infraconstitucional reconoce un contenido material, esencial del ordenamiento y exige al juez su interpretación, aplicación y actualización. En efecto, los artículos 3.1 del Código Civil español y diez del costarricense establecen: *“Las normas se interpretarán según... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.”* (El destacado es nuestro). Pues bien, la norma jurídica, por lo visto, supera en mucho la literalidad con que usualmente se le mira. Su contenido es amplísimo, tanto que es imposible conocerlo mediante la aplicación de la interpretación literal o de la voluntad del legislador, por tanto, el intérprete, en especial el juez, al que nos referimos, tiene que estar investido no sólo de unas herramientas metodológicas importantes para aquella tarea, sino que además de poderes creadores, que el mismo Derecho le reconoce. Cuando los respectivos Códigos civiles exigen que la interpretación se haga *“atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad”* (art. 10 CC) de las normas, está reconociendo poderes creadores al intérprete,

para que descubra, comprenda y aplique aquel contenido.

Nótese además, que la norma va dirigida al intérprete, es una orden interpretar con esa prioridad material, con lo que el mismo Derecho Positivo no sólo presupone la ineludible tarea creadora del juez, sino que también la exige. Ambos artículos reconocen que esas normas, con ese contenido que les es propio, responden a una realidad social, en particular a la realidad social del tiempo en que se aplica; con ello, el legislador reconoce otra tarea creadora al juez, además de la de descubrir su sentido y contenido, la de adaptar ese sentido y contenido a la realidad social del tiempo en que se aplica la norma.

El juez, principal intérprete de la norma, debe acudir a la interpretación armado de un conjunto de reglas metodológicas que le permitan superar la literalidad del texto y descubrir sus profundidades que a simple vista parecen ocultas.¹ Por eso la actividad del juez es una actividad creadora. Interpretar es reconducir las normas a ese sentido material que le es inmanente,² sin que con ello se esté saliendo de la ley. Cuando el juez declara los principios, los valores, los fines, los derechos, las garantías y límites contenidos en las

1 “Sin acudir a los principios generales que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido a las instituciones y para articular ésta en el sistema general del ordenamiento. Desde esta base, hasta las últimas operaciones mentales de la interpretación, ésta está entera, y no puede no estar, dominada por los principios generales; tal es la diferencia, como observa certeramente ESSER, entre una interpretación jurídica y una comprensión filológica de un texto, y la justificación del hecho elemental de que la interpretación de la ley escrita sea un menester técnico y no gramatical, para el cual hay que acudir armados con categorías y principios jurídicos. De ahí que la interpretación sea una actividad creadora” GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, op. cit. pp. 22-26.

2 “Interpretar es reconducir las normas a esos principios, los cuales son hoy para los juristas españoles de dos clases; los “superiores” contenidos en la Constitución (y aquí, por la amplitud de estos principios -Justicia, dignidad humana, libertad, igualdad, etc. - entran virtualmente todos los tradicionalmente tenidos por Derecho Natural), y los institucionales, que articulan alrededor de un núcleo institucional dado, a la vez, una idea material de la justicia referida a una concreta relación social con el funcionamiento interno de todos los elementos técnicos que la institución organiza.” GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, op. cit. pp 133-134

normas no está haciendo otra cosa que afirmar el sentido objetivo del ordenamiento jurídico³ según la escala jerárquica de sus fuentes.

En definitiva, de lo establecido por los artículos 3.1 y 10 de los Códigos Civiles de España y Costa Rica respectivamente, podemos extraer:

- A- El objeto de la interpretación es el contenido o esencia de las normas jurídicas; contenido o esencia que el artículo 3.1 y 10 de los respectivos códigos civiles llaman “espíritu y finalidad”. El Derecho tiene tanto elementos formales como sustanciales. Hay, sin embargo, una primacía de lo sustancial sobre lo formal. Primacía que se pone de manifiesto cuando expresa “...*fundamentalmente al espíritu...*”, con esa expresión, claramente da a entender que el sentido inmanente de las normas prevalece sobre el sentido literal y formal de éstas;
- B- La norma regula, ordena y reconoce la colaboración del juez en el perfeccionamiento del Derecho. En efecto, se recoge la idea sustancial del Derecho, pero se reconoce que la tarea de descubrir y aplicar aquella realidad jurídica le corresponde al intérprete, quién queda ceñido a los principios (pro- espíritu, por ejemplo) que le establece. El juez queda autorizado para interpretar el lenguaje de la norma, a sabiendas de que en cada

interpretación hay una elección y por ende una creación, es decir un margen de libertad frente al texto.

- C- De la misma manera le autoriza a acudir al contexto para desentrañar su significado, así como a los antecedentes históricos y legislativos, por tanto a una selección de las normas y documentos pertinentes. Le autoriza adecuar el sentido y contenido del Derecho a la realidad del tiempo en el que se aplica, lo que supone, una valoración por parte del juez de la realidad social vigente y contrastarla con la anterior, es decir, con aquella cuando la norma fue creada y que ella revela. Por esta vía el legislador autoriza al juez a comportarse como “legislador dinámico” (a diferencia de él que es un legislador estático), adaptando los contenidos para que respondan a una realidad y,
- D- Finalmente, reconoce que no es la letra de la ley la que debe perdurar, la que el juez en particular y el intérprete en general debe conservar; a diferencia de Napoleón, nuestro legislador, reconoce que su obra sólo seguirá viva si el juez la actualiza cada día y extrae de ella, sus principios, los fines, derechos y valores, la esencia o sustancia que es lo que debe pasar a la historia, esa es su obra, pero sólo lo logrará si en ella participa activamente el intérprete, en particular el juez.

3 “Es, por tanto, un cometido importante de la Jurisprudencia poner en manos del juez métodos con cuya ayuda pueda éste cumplir esta tarea de modo objetivo y definitivo. Pero, de vez en cuando, al desarrollar judicialmente el Derecho no se trata sólo de colmar lagunas legales, sino de adoptar y conformar ulteriormente nuevas ideas jurídicas que, en todo caso, han sido insinuadas en la propia ley, cuya realización por parte de la jurisprudencia de los tribunales rebasa, por ello, el plan original de la ley y lo modifica más o menos. Se comprende que también esta clase de desarrollo del Derecho, si ha de estar justificada sólo debe tener lugar en consonancia con los principios directivos de todo el orden jurídico; es más, muchas veces será motivada precisamente por la aspiración a hacer valer estos principios en mayor medida de lo que en la ley ha ocurrido.” LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 359.

El juez es para el legislador un colaborador, participa de su tarea y es necesario que así lo haga. Desde luego, el legislador tampoco le está firmando un cheque en blanco. La norma le fija límites generales. En primer lugar, le regula su objeto, luego le sugiere un método y finalmente, lo vincula a ciertos principios. El juez no es totalmente libre en el desempeño de la tarea encomendada.

3- El papel del juez en la funcionalidad del Estado. La creación judicial como cooperación necesaria entre poderes.

Toda la organización del Estado está informada y estructurada sobre la base del principio de funcionalidad.⁴ En virtud de este principio constitucional, las tareas del Estado se encuentran divididas y asignadas a diversos órganos evitando la concentración de funciones (principio de no delegación o de división de poderes), pero, al mismo tiempo establece la relación entre éstos, de manera que cooperen entre sí para lograr la consecución de los fines del Estado como organización (principio de cooperación entre poderes); al mismo tiempo, el principio de funcionalidad procura la existencia de salidas en caso de que aquella cooperación se vea entorpecida de forma que siempre se garantice el funcionamiento del Estado (principio de no bloqueo). Se entiende, desde el principio de funcionalidad, que las funciones de legislar, administrar y juzgar son distintas pero complementarias, se necesitan mutuamente para la consecución cabal de los fines del Estado y satisfacer el

interés público, siendo su núcleo duro, los derechos fundamentales.

Veamos un ejemplo del valor operativo del principio de funcionalidad en el Derecho Constitucional costarricense, para luego sacar nuestras conclusiones sobre el valor del principio para los poderes creadores del juez. En primer lugar, el párrafo primero del artículo 9 de la Constitución establece que “*El Gobierno de la República...lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial*”. El principio de funcionalidad supone esa “unidad” de acción, cumpliendo cada uno su función de manera independiente, pero cooperando entre si y no obstruyéndose así mismos en el ejercicio de aquellos propósitos. El párrafo segundo del numeral 9 citado, reconoce expresamente el principio de no delegación o de división de poderes “*Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias*”. La causa y el fin de la no concentración no se puede encontrar en la misma organización del Estado, es externa a ella, es precisamente lo que la legitima, la mediatiza y condiciona su organización: los derechos fundamentales de las personas, en particular los de libertad. Ahora bien, el Legislativo aprueba las leyes (art. 105 CP), pero el Ejecutivo en una labor de cooperación debe sancionarlas, promulgarlas, reglamentarlas y velar por su exacto cumplimiento (inciso 3, art. 140 CP). Tiene asimismo, el derecho de veto (inciso 5 art. 140 y 126 CP) mediante el cual el Ejecutivo en una labor de cooperación realiza un control subjetivo de oportunidad

4 Por tratarse de un principio que informa la organización, es un principio instrumental, por ende, debe guardar conformidad con el principio de limitación constitucional, en virtud del cual los derechos fundamentales le ponen límite a los poderes públicos. De esta manera el principio de limitación constitucional le da sentido al principio de funcionalidad. Así por ejemplo, la división de poderes o principio de no delegación, como lo señaló KARL LOEWENSTEIN, tiene por fin, la protección de la libertad.

(político) y objetivo (de constitucionalidad) de las leyes, en el sistema presidencialista que nos rige.⁵ ¿Que sucedería si este instrumento pusiera en peligro la necesaria cooperación para el buen funcionamiento del Estado?, bueno, la Constitución establece dos salidas (principio de no bloqueo), que la Asamblea Legislativa podría resellar la ley vetada, solo que ahora con la concurrencia de una mayoría calificada en el Parlamento (artículo 127 CP) y el Ejecutivo no podrá negarle la sanción pertinente; o consultar a la Sala Constitucional cuando las razones son de constitucionalidad, lo resuelto por la Sala será vinculante para ambas partes.

Corresponderá al juez constitucional y ordinario según el caso, fiscalizar la constitucionalidad y legalidad de la funcionalidad (en sus tres principios) del Estado. Así, por ejemplo, cuando el juez constitucional se comporta como legislador negativo realiza labores de control, pero cuando excepcionalmente se comporta como legislador positivo realiza labores de cooperación, aunque por este medio podría saltar la frontera hacia la intervención. Esta tarea de cooperación la realiza también cuando interpreta la Constitución, determinando su sentido y contenido y cuando da interpretación a las leyes conforme con la Constitución. Las controversias se resuelven mediante la sujeción de todos los poderes públicos a los precedentes y jurisprudencia

constitucional (erga omnes), en virtud de lo cual, sus resoluciones se imponen también sobre las decisiones legislativas. Sin embargo, para evitar un posible bloqueo a la decisión política legítima y democrática del Parlamento, por contradicción con la posición del Tribunal Constitucional, el Legislativo podría ejercer sus funciones constituyentes derivadas y mediante una reforma constitucional variar aquella jurisprudencia (principio de no bloqueo). De esta manera, el juez constitucional y el ordinario, como se verá más adelante, participan en las decisiones fundamentales del Estado y contribuyen al correcto funcionamiento del ejercicio del poder en un Estado democrático y constitucional de Derecho, para la realización y salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas.

¿Para qué toda esta explicación?, para poner de manifiesto que la tarea del juez en general y la creadora en particular no está excluida ni prohibida por el orden jurídico, sino todo lo contrario, es necesaria, ineludible e imprescindible para el correcto funcionamiento del Estado Constitucional de Derecho. Es al juez constitucional y ordinario según el caso, a quienes corresponde fiscalizar y garantizar que aquellos contenidos materiales del ordenamiento jurídico alcancen su respeto y realización plena. Para ello, no pueden participar en esta tarea con actitudes mecánicas, como en el pasado se pensó, por el

5 *Los jueces ejercen un control objetivado que sirve de garantía (aunque no es la única) para el cumplimiento de las obligaciones (punto de vista subjetivo), en particular, las limitaciones, garantías y derechos que establece el orden jurídico (punto de vista objetivo). Como se ve no es lo mismo el límite, la garantía y el control. El control es una garantía, pero no agota éstas. Se trata de una garantía objetiva y de un control objetivado. Hay controles políticos, por tanto subjetivos, de oportunidad, que se ejerce según la libertad y elección voluntaria del controlante, ejercido por órganos políticos; mientras los controles jurídicos, son objetivados, su parámetro es objetivo, previo e indisponible por el controlante, que debe ejercerlo de manera necesaria (obligatoria) y generalmente por órganos imparciales y técnico jurídicos. Los primeros realizan juicios de oportunidad y los segundos de legalidad. El control no es un límite, por el contrario, es el que los hace respetar y los hace efectivos. Sobre el particular véase ARAGON Manuel; La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 6, número 17, mayo-agosto, 1986, p. 17-33.*

contrario, sólo mediante una actitud dinámica y creadora, “dibujando” con sus sentencias los perfiles materiales del ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional, contribuirá al eficaz funcionamiento del Estado en particular y de la sociedad en general. Esta tarea creadora del juez está incluida expresa o implícitamente en los principios estructurales que informan la Constitución y cumplen tanto con una labor de control como con el principio de cooperación.

4- Incremento del papel creador del juez como consecuencia del lugar que ocupan la Constitución y los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho.

La Constitución, que por naturaleza contiene cláusulas abiertas se ha convertido no sólo en la norma suprema en el ordenamiento jurídico interno, si no que además, debido a ello, se ha convertido también en un parámetro de interpretación obligado para el juez constitucional y para el juez del orden común, que deben interpretar todo el ordenamiento jurídico a la luz del contenido constitucional, lo que supone una tarea creadora del juez en su labor interpretativa.

La tarea interpretativa del juez común se ha visto ampliada por el valor normativo de la Constitución y del Derecho Internacional de los derechos humanos (y del Derecho comunitario, especialmente en el caso europeo), dado que se convierten en parámetros obligados de interpretación. El juez puede y debe atribuir sentido a las normas legales e infralegales acordes con aquellos contenidos. Eso supone una tarea inevitablemente creadora, que facilitará una jurisprudencia principialista, axiológica y finalista.

Toda esta corriente viene impulsada por el lugar que ocupan en el sistema jurídico los derechos fundamentales. La interpretación del ordenamiento jurídico desde los derechos fundamentales ha transformado el Derecho. En efecto, la mayoría de las instituciones, normas y figuras jurídicas han sido reinterpretadas, gozando ahora de un sentido que antes no tenían. Piénsese por ejemplo, en las medidas cautelares y el proceso en general a la luz del derecho a una tutela judicial efectiva; en el papel y lugar que ocupa la ley y como veremos, el juez, en el orden jurídico. Los derechos fundamentales dotan al juez en general y constitucional en especial de poderes creadores, única manera de hacer posible su efectiva realización.

En definitiva, los poderes creadores del juez, están reconocidos y exigidos por el ordenamiento jurídico. Sin ese papel creador del juez (aunque vinculado, como ya vimos), no se actualiza ni realiza el Derecho. Sin la cooperación y control judicial no se logra el Estado de Derecho, ni se administra justicia en nuestras sociedades democráticas.

II)- Legitimación Democrática de los Poderes Creadores del Juez

En relación con la legitimación democrática del juez y de su actividad creadora, tenemos dos tesis: la primera es aquella que legitima los poderes creadores del juez acudiendo a una concepción bastante reducida de democracia, es decir, al concepto de democracia formal, representativa y por tanto, como voluntad de mayorías. La segunda tesis, vincula la legitimación de de la actividad creadora del

juez con los derechos fundamentales, por tanto con una concepción sustancial y no meramente formal de democracia.

1- Legitimación democrática de origen y de ejercicio de la creación jurídica de los jueces. El principio de mayorías.

La legitimación democrática del poder judicial español emana del artículo 1.2 de la Constitución española (CE) que al respecto expresa: *“La soberanía reside en el pueblo del que emanan los poderes del Estado.”* Sin embargo, LÓPEZ GUERRA⁶ nos aclara que esa legitimación la tiene el Poder en abstracto (art. 117 CE), pero no los que administran justicia, esto es los jueces. Muy acertadamente el autor hace diferencia entre legitimación de origen (nombramiento en el cargo) y legitimación de ejercicio (actuación de las competencias propias del cargo). Así por ejemplo, la legitimación democrática de las Cortes Generales (Compuestas de dos cámaras: Senado y Congreso de los Diputados), viene de la elección popular, mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto de todas y todos los ciudadanos españolas. El presidente del Gobierno (en el caso español que tiene un sistema de monarquía parlamentaria) no lo elige de manera directa el pueblo español, sino que lo nombra el Rey, después de que el Congreso de los Diputados le otorga la confianza al candidato propuesto por él. La legitimación democrática (de origen) del Presidente le viene dada por el voto de confianza del Congreso de los Diputados (art. 99 CE) órgano democrático por excelencia y por el nombramiento del Rey que actúa las competencias constitucionales.

El Rey no tiene legitimación democrática de origen, su legitimación viene dada por herencia no por elección, empero, sí goza de legitimación democrática de ejercicio, en tanto sus actuaciones se ajusten a la Constitución democráticamente aprobada. Los magistrados y jueces los nombra el Consejo del Poder Judicial, que es el órgano de gobierno del mismo (art. 122). El Consejo General del Poder Judicial está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, quién lo presidirá y veinte miembros nombrados por el Rey, doce de entre los jueces y magistrados y cuatro a propuesta de cada una de las cámaras de las Cortes Generales. Los miembros del Tribunal Constitucional también son nombrados por el Rey a propuesta de cada Cámara, del Presidente del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial (art. 159 CE). En conclusión, la única legitimación democrática de origen de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional viene de que su nombramiento le compete a un órgano cuyas actuaciones (no su origen) se ajustan a la constitución democrática. Los magistrados y los jueces en España no son escogidos por órganos con legitimación democrática de origen, como sería el caso, si su escogencia y nombramiento lo realizaran las Cortes Generales.

La legitimación democrática (de ejercicio) del juez le viene dada por la sujeción a la ley y a la Constitución (obviamente esta premisa supone, en primer lugar, que la ley y la Constitución son un producto democrático). Según LÓPEZ GUERRA, esta legitimación elimina la posibilidad de una función innovadora o creadora del juez con respecto de

6 LÓPEZ GUERRA Luis. *La Legitimación democrática del Juez*; Madrid, Cuadernos de Derecho Público, Instituto Nacional de Administración Pública, Número 1, mayo-agosto, 1997.

la ley (por la sujeción del juez a la voluntad general).⁷ Son corolarios de la sujeción del juez a la ley y a la Constitución, la imparcialidad, la objetividad, la necesidad de motivación de sus sentencias, donde demuestre la conformidad de sus actos con la ley (vinculo entre norma y decisión); y la irresponsabilidad política del juez, puesto que su actuación no es libre, sino vinculada a la ley. Asimismo, la sujeción del juez a la ley (art. 117.1 CE) explica –según LÓPEZ GUERRA- la ausencia de control difuso de la constitucionalidad de las leyes en el sistema español, porque el juez está sujeto a la ley y por tanto no puede inaplicarla. Esa sujeción del juez a la ley, a la voluntad popular expresada en el Parlamento, obliga al juez a estar sujeto a la letra de la ley, su tarea creadora quedaría fuera de ese “paraguas” legitimador. La voluntad popular es el único origen de la legitimación democrática; dentro de esta teoría, los derechos fundamentales son fundamento del principio democrático, pero ello solo supone que las mayorías deben respetar los derechos fundamentales aunque sean los de una sola persona.

Ahora bien, para LOPEZ GUERRA es evidente que todo juez crea derecho. En primer lugar, porque tienen el deber jurídico de resolver y el ordenamiento jurídico tiene lagunas y contradicciones que le obligan a resolver creando Derecho; o en segundo término, cuando eligen entre posibles interpretaciones. En ambos casos el juez crea normas individuales para el caso concreto y normas generales. Entre éstas últimas podrían entrar los principios según la tesis que de ellos se sostenga. Esa capacidad creadora es reducida, toda vez que el juez debe atenerse al sistema de fuentes establecido. Los jueces

tienen una función democrática al controlar el ejercicio democrático de la ley, para garantizar la voluntad popular, pero esa voluntad no puede ir en contra de lo derechos humanos. Para él, un juez electo por democracia directa tendría su creación legitimada, pero la ley, la imparcialidad y objetividad del juez podrían verse, con razón, relegadas.

Según LÓPEZ GUERRA, un mecanismo para otorgar legitimación democrática de origen a los jueces españoles, sería encomendarle el nombramiento de los magistrados a las Cortes Generales o Parlamento, como ocurre en América Latina, en algunos casos por mayorías calificadas para superar el partidismo. En este caso, la legitimación de origen se deriva del principio de mayorías y de la representación política en el marco del sistema democrático. En el caso de que el juez fuera electo popularmente, mediante sufragio directo, universal, libre y secreto, el juez debe tener también responsabilidad política, a diferencia de hoy, donde la responsabilidad del juez es objetiva y no subjetiva, jurídica y no política.

Siguiendo esta tesis, en Costa Rica la legitimación de origen de los magistrados es indirecta, mediante el nombramiento que de ellos hace la Asamblea Legislativa, mediante mayoría calificada (art. 121.3, 157 y 158 CP). Mientras que la legitimación de ejercicio la encontramos en la sujeción de sus actuaciones a la Constitución y la ley (art. 154 CP). La legitimación de los poderes creadores de los jueces vendría dada por su conformidad con el ordenamiento jurídico superior (Constitución, tratados y leyes), por tanto, en la medida que dicho ordenamiento se lo permita (como ya nos

7 LÓPEZ GUERRA Luis. *La Legitimación democrática del Juez*, op. cit. p. 50.

consta) y por la aplicación de la jurisprudencia de las Salas de casación, encargadas de dar uniformidad a la aplicación del Derecho y de la Sala Constitucional, en tanto gozan de legitimación democrática de origen de carácter indirecto y su jurisprudencia se legitima en la conformidad de sus fallos con el ordenamiento jurídico (de origen democrático) que aplican.

En definitiva, los poderes creadores del juez encuentran legitimación democrática (de ejercicio) en la medida que su actividad creadora: a) se encuentre reconocida expresa o implícitamente en el ordenamiento jurídico; b) sea conforme con el contenido formal y sobretodo sustancial de dicho ordenamiento; c) sea validada por las Salas de la Corte Suprema de Justicia y sea conforme con ella. La legitimación democrática (de origen) es de carácter indirecta, se funda en el nombramiento que de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia hace la Asamblea Legislativa.

2- Derechos humanos y legitimación democrática de la actividad creadora de los jueces.

La segunda tesis, sostiene que la legitimidad democrática del juez le viene dada por los derechos fundamentales, anteriores al Estado y a la Constitución, que esta reconoce y recoge, pero no crea. Más aún, la sujeción del juez, es primeramente respecto de los derechos fundamentales, por encima de la misma ley, la que debe guardar conformidad con ellos, con lo que los derechos fundamentales se convierten en parámetros sustanciales de racionalidad de las decisiones judiciales. Esta es la tesis que sostiene FERRAJOLI :

“Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicional, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad en droits: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen.” Más adelante dirá: “Aquí, de nuevo, no juega el principio de mayoría. Es más, no sólo resulta extraño, sino que está en contradicción con el fundamento específico de la legitimación del poder judicial. Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero...”⁸

Los derechos fundamentales cambian la relación entre el juez y la ley. Para empezar, cuando la Constitución establece la sujeción del juez a la ley, ya no se entiende esta como sujeción a la letra de la ley y tampoco como sujeción a la ley únicamente en sentido formal. Así, toda interpretación judicial de la ley, trae consigo un juicio sobre la ley misma y sólo está

8 FERRAJOLI Luigi; *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, TROTTA, Madrid, I edición, 1999. Pág. 26-27

sujeto a ella, si es conforme con la Constitución, entendida como sistema de garantías sustanciales. Cuando el contraste deviene en una contrariedad con la Constitución, el juez debe cuestionar la validez de la ley. Esto supone que la legitimación del juez no le viene de la democracia formal, de la representación popular de los Parlamentos y mucho menos del principio de mayorías, como algunos han querido verlo, sino de los derechos humanos, de los que todas las personas son titulares y de donde el juez recibe su legitimidad, precisamente para controlar que los derechos fundamentales sean reconocidos, respetados y promovidos por igual a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría. En efecto, el juez garantiza esos derechos aún contra la mayoría. De manera que su independencia como juez, es un corolario y por tanto garantía de esa supremacía de los derechos fundamentales, frente a todos, incluso, frente al legislador.

“Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. ...debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría e incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución.”⁹

9 FERRAJOLI Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit. p. 26-27.

La legitimación de los poderes creadores del juez, pero también de su independencia, imparcialidad y objetividad, vienen dados por su relación con los derechos fundamentales y en virtud de estos, por su sujeción al ordenamiento jurídico, pero no ya a cualquier ordenamiento jurídico, sino a uno, conforme con aquellos. Sus poderes creadores, como ha quedado demostrado, no es un mandato de cada mayoría parlamentaria, es un reconocimiento expreso o implícito de la Constitución, y de la leyes que se dictan conforme con ella. Sí, la legitimación del juez está directamente relacionada con la del orden jurídico y ambos la tienen, sí las actuaciones del primero y el contenido del segundo, guardan conformidad con los derechos humanos fundamentales.

Siguiendo este orden de ideas, también se puede decir que el constitucionalismo ha sido superado por normas internacionales, comunitarias o de Derecho Internacional que vinculan a los Estados a los derechos humanos fundamentales. De lo anterior se infiere que la legitimación del juez, interno o internacional viene siempre de la supraestatalidad de los derechos fundamentales. Esta tesis resulta de enorme utilidad práctica para explicar – como en adelante se hará- la posición del juez (constitucional y ordinario) en el marco del Derecho de la Constitución, el Derecho Comunitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Es necesario e ineludible contar con un juez creador. El mismo orden jurídico lo reconoce y lo exige. Se requiere un juez de principios, esto es, un juez que realice su tarea centrada en descubrir y actuar los principios jurídicos contenidos en el ordenamiento.

Los principios se hacen indispensables en el Derecho Administrativo dada la imposibilidad de codificación y sistematización de la materia. En el Derecho Constitucional dada la indeterminación de sus normas, en el Derecho Público Internacional por la escasez de las mismas. Todas estas ramas del Derecho requieren, aunque por razones distintas, una sistematización de la materia siguiendo los principios jurídicos que la informan. La única forma para que opere el Estado de Derecho frente a los poderes cada vez mayores de la Administración, del legislador o de los Estados, es si a ella oponemos un Derecho material, sustancial, integrado, sustentado y estructurado por principios. La legalidad formal para frenar la arbitrariedad administrativa es insuficiente (GARCIA DE ENTERRIA).

III)- la posición que ocupa el juez en el orden jurídico, especial referencia al juez constitucional.

Los derechos fundamentales cambiaron la relación entre el juez y la ley. En consecuencia, en este punto, estudiaremos la posición jurídica del juez en el marco del Estado Legal y del Estado Constitucional de Derecho, estudiaremos la diferente posición que ocupan el juez constitucional y el juez ordinario, frente a la ley, la Constitución, el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1- El juez en el Estado Constitucional de Derecho. Superación de la posición del juez en el Estado Legal de Derecho.

El Estado Legal de Derecho se caracterizó¹⁰ por: **a)** la división de los poderes del Estado en legislativo, ejecutivo y judicial, siendo el poder legislativo, como emisor de las leyes, el que se encuentra en la cumbre de la organización Los restantes poderes deben sujetarse a la ley; **b)** La primacía de la ley, que sólo puede ser anulada por otra ley. Todas las demás normas que no tienen rango de ley deben someterse a ella, tal es el caso de reglamentos, ordenanzas... dictadas por la Administración, las que solo serán válidas en la medida en que hayan sido establecidas dentro del ámbito delimitado por la ley y siempre que no sean contrarias a ésta; **c)** La reserva de ley. Toda regulación que se refiera a los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente a la libertad y a la propiedad, sólo pueden tener lugar por medio de ley. Se concibe a la ley como la protectora de los derechos y libertades fundamentales de la persona; **d)** El principio de legalidad, aplicable a todos los actos de la autoridad del que se deriva que ésta no tiene más poderes que los que le confiere la ley y debe ejercerlos en favor del Bien Común, que las mismas leyes señalan; **e)** La ley debe ser decretada o aprobada por un órgano: el Parlamento, mediante la representación popular, de manera que la ley repose en el principio democrático; **f)** La actividad parlamentaria la informaba el principio de libre disposición de la Constitución y el principio de libre configuración social. No es que estos principios no estén presentes hoy, es que en el Estado legal de Derecho, gozaban de

10 Seguimos en este punto el excelente trabajo de GARCÍA PELAYO Manuel, Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal constitucional español. Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, San José, números 23-24, años 9-10.

una extensión y amplitud que no se les conoce en la actualidad. El Parlamento desarrollaba libremente la Constitución, regulaba y limitaba los derechos fundamentales sin controles ni parámetros superiores que determinaran la validez de sus actos; **g)** La existencia de una jurisdicción independiente de la propia Administración, que decide en cada caso planteado sobre la legalidad de sus actos: la jurisdicción contencioso administrativa. Se trata de la justiciabilidad de la Administración. Como se observa, el juez controla la legalidad del actuar administrativo, está por encima de los actos administrativos, de los que pueden declarar su nulidad cuando no guardan conformidad con la ley, pero, está por debajo de la ley, la que debe aplicar sin reservas y sin cuestionamiento alguno.

La posición jurídica del juez del orden común es evidente, es el garante de la legalidad, está sometido al imperio de la ley, como todavía expresa la Constitución española (art. 117.1) y la costarricense (art. 49 CP). La Constitución carecía de valor normativo, por lo que el juez no tenía parámetro alguno desde el cual cuestionar válidamente la ley aplicable al caso concreto. Sus actos, debían ser acatados por la Administración, de manera que cuando actuaba debía considerar la jurisprudencia de los tribunales contencioso administrativos. Si mediante la interpretación de la ley, el juez excedía la voluntad del legislador, éste podía reformar o interpretar la ley corrigiendo la actuación judicial.

Esta situación, no obstante, no impidió una rica jurisprudencia a partir de principios. Por el contrario, el Derecho Administrativo es obra de la jurisprudencia más que del legislador,

11 LLORENTE RUBIO Francisco. Prologo a la interpretación de la Constitución de Enrique Alonso García, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p XX y XXI).

especialmente pero no exclusivamente, del Consejo de Estado francés. Con el juez de lo contencioso, el ordenamiento jurídico (fundamentalmente civil) dejó de ser “letra muerta”, para convertirse en “espíritu viviente” para el interés público y para los derechos del administrado frente a la Administración, dejó de ser una obra perecedera, casuística, para en su lugar, dar paso a principios que ordenaban y daban unidad al ordenamiento disperso, que explicaban el fenómeno jurídico administrativo mejor que la legislación vigente. Esa jurisprudencia a partir de principios fue la fuente de la legislación no a la inversa.

En este sentido se expresa RUBIO LLORENTE: *“La inserción en el esquema clásico de nuestro Constitucionalismo de un juez creador del Derecho y no ya simple aplicador automático de la ley no suscita, sin embargo, problemas insolubles en cuanto el juez siga estando sometido a la ley. Se puede aceptar incluso una libertad interpretativa que desborda los estrechos límites de los métodos tradicionales de interpretación...porque el legislador dispone siempre de la posibilidad de corregir la desviación del juez modificando o sustituyendo el precepto interpretado, sin verse sometido él mismo a limitación alguna en esta tarea, bien sea porque la Constitución no impone condicionamiento o limitación alguna a los contenidos posibles de su voluntad, bien sea porque no existe ninguna otra instancia que pueda discutir o controlar la interpretación que el legislador haga de los preceptos que fijan tales condiciones o límites”*¹¹.

Sin embargo, el Estado Legal de Derecho evolucionó hacia el Estado Constitucional de Derecho. Transformación operada en Europa, especialmente durante la segunda mitad del siglo XX. El Estado Constitucional de Derecho mantiene, pues, los contenidos descritos del Estado Legal de Derecho, pero subordina sus formas a los nuevos principios que el Derecho de la Constitución implica.

En efecto, el Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por: **a)** La división esencial entre poder constituyente y poderes constituidos, no pudiendo los poderes constituidos invadir la esfera reservada al constituyente; **b)** Una limitación y configuración del ámbito válido de actuación de los poderes del Estado, donde pueden moverse lícitamente, sin violar la esfera que la Constitución reserva a la autodeterminación y autorregulación de la sociedad con sus sistemas económico, cultural, social y personal, que en términos generales están incluidos en el contenido esencial de los derechos que le son

fundamentales a la persona y en el sistema de libertad (art. 28 CP); **c)** La supremacía constitucional. El principio de supremacía significa que la Constitución se eleva al mundo de normas jurídicas vinculantes y por ende, la Constitución prevalece sobre la ley y los restantes actos jurídicos del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes, de allí, la inconstitucionalidad de todo acto que no sea conforme con la Constitución (art. 10, 48, 154 CP); **d)** La sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución, incluido por tanto, el Poder Legislativo; **e)** La jurisdicción constitucional. La existencia de tribunales constitucionales por encima de todos los poderes públicos que hacen del Derecho de la Constitución un verdadero Derecho. Controlan la conformidad de todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional con la Constitución. Sus fallos son vinculantes erga omnes; **f)** La existencia de una limitación recíproca entre los derechos fundamentales y las normas de organización. Los conflictos se resuelven en favor de la primacía de los derechos fundamentales.

Diferencias entre el Estado Legal y el Estado Constitucional de Derecho

Estado Legal de Derecho	Estado Constitucional de Derecho
<i>Principio de primacía de la ley</i> (se afirmaba la ley, que representaba la voluntad general, por sobre cualquier otro acto del Estado). Había Constitución pero sin valor normativo.	<i>Principio de supremacía de la Constitución.</i> Se le reconoce a la Constitución como la norma de mayor rango y fuerza (por tanto con valor normativo) del Estado. ¹²
<i>Principio de legalidad</i> (consecuencia de la supremacía de la ley, todos los actos de la Administración debían tener fundamento en una ley)	<i>Principio de constitucionalidad.</i> En adelante, todos los actos del Estado deben ser conformes con la Constitución y todos los poderes sujetos a ella.

12 El principio de supremacía de la Constitución sobre la ley aporta seguridad jurídica dado que ahora la ley ya no se ajusta a las notas de generalidad (hay leyes concretas y específicas o leyes a medida), publicidad, discusión o debate (pierde importancia dado el protagonismo de comisiones legislativas y partidos políticos).

<i>Principio de reserva de ley</i> (los derechos humanos, especialmente las libertades públicas y la propiedad solo se regulan por medio de ley).	<i>Principio de reserva constitucional</i> (El contenido esencial de los derechos humanos y un ámbito general de libertad fuera del alcance del legislador ordinario).
<i>Jurisdicción contencioso administrativa</i> (Encargada de velar por la supremacía de la ley, la legalidad administrativa, en síntesis que la Administración se subordine a la Ley, principal acto del Estado, por su carácter democrático).	<i>Jurisdicción constitucional.</i> En cualquiera de sus modalidades (descentralizada y no especializada; descentralizada y especializada; centralizada y no especializada; centralizada y especializada). Para la defensa de los DHF en su acepción subjetiva y como valores objetivos que sustentan el orden jurídico, control de constitucionalidad y resolución de conflictos constitucionales.
<i>División del Estado en tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial.</i> Con primacía, expresa o tácita del Parlamento (emisor de la ley), considerado por algunos como el soberano (modelo inglés).	<i>División en poder constituyente y poderes constituidos.</i> La soberanía reside en el pueblo y se autolimita y expresa a través de la Constitución.
<i>Principio de libertad.</i> (Áreas exentas de la injerencia de la Administración, cada época interpreta la amplitud de esa área, según la concepción sea liberal o no). Área sujeta a la reserva de ley.	<i>Principio de autodeterminación de las personas y de autorregulación de la sociedad. Principio de limitación constitucional.</i> Distinción entre: Competencia fundamental del Estado y el sistema de competencias en el Estado.
<i>La ley carece de control judicial.</i> Solo era modificada o deroga por otra ley	<i>La ley es sometida a control de constitucionalidad.</i>
<i>Principio democrático</i> (origen democrático del poder y legitimación de ejercicio, en la conformidad con la ley, principio de mayorías).	<i>Principio democrático derivada no de la representación, sino de la titularidad de derechos fundamentales, fuera incluso de las mayorías democráticas.</i>

La posición jurídica del juez en el Estado Constitucional de Derecho varía según se trata del juez constitucional o el de la jurisdicción común y según se trate de sistemas concentrados, difusos o mixtos de constitucionalidad. En el control difuso se le concede al juez ordinario, el poder para actuar como juez constitucional (caso norteamericano). En este sistema, las sentencias sólo inaplican la ley y tienen efectos ínter partes. La jurisprudencia es unificada mediante la doctrina del stare decisis,

teniendo carácter obligatorio para los jueces los precedentes de la Suprema Corte. En los sistemas concentrados, en sentido opuesto, la materia constitucional es conocida por un órgano especializado, cuyas sentencias tienen efectos declarativos y retroactivos, anulan y desaparecen del orden jurídico la norma contraria, y sus decisiones tienen efecto erga omnes. El sistema mixto, tiene características de ambos. En los sistemas difusos predomina un control sobre la eficacia de las normas jurídicas, mientras que en los concentrados el

control recae sobre la validez de la norma o acto inconstitucional. En los sistemas difusos cualquier juez revisa la constitucionalidad de las normas legales que aplica, pudiendo inaplicar la norma que considera contraria a la constitución. En los sistemas concentrados son los jueces constitucionales los llamados a declarar la inconstitucionalidad de las leyes, no pudiendo hacerlo el juez del orden común. En los sistemas mixtos, los jueces ordinarios se comportan igual que en el sistema difuso, inaplican la norma al caso concreto y los jueces constitucionales declararan con exclusividad la inconstitucionalidad de las leyes. Como se observa, las sentencias del juez constitucional siempre tienen mayor rango, fuerza y resistencia que las leyes, asimismo las del juez ordinario que interpreta y aplica la constitución, con la única excepción del juez ordinario en los sistemas concentrados que siguen subordinados a la ley, sin embargo, pueden formular una consulta sobre su constitucionalidad al Tribunal Constitucional.

2- La posición del juez constitucional.

Independientemente del sistema de que se trate, el juez constitucional no se encuentra en el mismo nivel que los restantes poderes constituidos del Estado. En este sentido se expresaba PIZA ESCALANTE:

“la jurisdicción constitucional no se encuentra en el mismo nivel que los poderes y órganos constitucionales ordinarios, desde que su función es precisamente, nos guste o no, la de garantizar la sumisión de todos ellos

*al Derecho de la Constitución de donde proviene toda su legitimidad, de manera que solo el poder constituyente –y no incluso en el concepto el simple poder reformador de la Constitución por el Parlamento- todo esto, por supuesto, de la potestad del legislador para regularlos en lo no esencial.”*¹³

Siguiendo este mismo orden de ideas MAURO CAPPELLETTI:

*“Desde un punto de vista cualitativo, la voluntad constitucional posee, en nuestro ordenamiento, no solamente carácter de mayor resistencia, sino también de pre-eminencia respecto a las otras voluntades y en especial respecto a la voluntad legislativa ordinaria, la cual es jurídicamente válida sólo si es conforme a ella”*¹⁴

El juez constitucional se encuentra vinculado a la Constitución. Los tribunales constitucionales fiscalizan, garantizan, dinamizan, actualizan los contenidos constitucionales. No es un poder más del Estado, precisamente porque su tarea es la de control jurídico objetivo. Los poderes constituidos se subordinan a sus decisiones, que se imponen erga omnes, pues a ellos se les ha conferido el control de la constitucionalidad de las leyes. Sólo con fundamento en el principio de funcionalidad constitucional, el Parlamento, en ejercicio del poder constituyente, puede en la medida que la Constitución no lo prohíba, reformar la ley fundamental con el propósito de corregir la jurisprudencia constitucional. Desde luego, este ejercicio podría ser estéril como lo ha apuntado RUBIO LLORENTE:

13 PIZA ESCALANTE Rodolfo. Lo valores en la interpretación constitucional. en La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 115.
14 CAPPELLETTI Mauro. Proceso, ideología y sociedad. Buenos Aires, Editorial Jurídicas Europa América, 1974, p. 392.

*“El legislador queda desprovisto de instrumentos (al menos de instrumentos legítimos) para contrarrestar la acción del juez y éste se alza como intérprete supremo de la ley fundamental, por encima del legislador mismo, que no puede actuar sobre la constitución para enmendar la actuación del juez, no sólo porque no tiene (o no puede tener) la facultad de reformarla, sino porque aunque la tuviera, le resultaría siempre imposible configurar los preceptos constitucionales de modo tal que se limite eficazmente la libertad del juez, pues los preceptos materiales de la Constitución, a diferencia de los preceptos legales, no pretenden disciplinar conductas o habilitar para concretas actuaciones de ejecución, sino garantizar el respeto a determinados valores, a asegurar a los ciudadanos unos derechos que tanto si actúan simplemente como límites frente a la ley (derechos de libertad), como si requieren de esta para su ejercicio (derechos de participación y de prestación o, en general, derechos de configuración legal), pero sobre todo en este segundo caso, han de ser necesariamente definidos en términos que hagan posibles diversas políticas, esto es, diversas interpretaciones.”*¹⁵

Aunque las decisiones del juez constitucional parecen invadir la competencia de otros poderes, en realidad no es otra cosa que control, es decir, la interpretación y aplicación de normas, valores y principios que tienen un carácter preeminente en el orden jurídico.

15 RUBIO LLORENTE Francisco. Prologo a la Interpretación de la Constitución de Enrique Alonso García, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p 20-21.
16 GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho, op.cit., p. 30.

La interpretación constitucional tienen una dimensión política, porque aunque sus fallos son jurídicos, sometidos a métodos jurídicos, tienen efectos políticos y por su carácter creativo, el contenido sobre el que recaen y la fuerza vinculante que poseen, se enmarcan dentro de las decisiones fundamentales del Estado (LOEWENSTEIN).

En el Estado Constitucional de Derecho el juez constitucional goza de una posición suprema, por encima de la de los poderes constituidos, sólo subordinado a la Constitución, obra del poder constituyente originario o reformador.

3- La posición del juez ordinario en el Derecho de la Constitución. El caso de Costa Rica.

La posición del juez común en el ordenamiento ha cambiado, ya no es la que se le señalaba en el Estado legal de Derecho. La Constitución y en general el Estado Constitucional de Derecho ha traído consigo una transformación profunda en este campo. Así lo expresa GARCIA DE ENTERRIA, *“la técnica del control judicial de las leyes, que constituyendo uno de los grandes temas del momento presente, hace expreso, ya desde su mismo planteamiento, la inversión de la relación tradicional entre el juez y la ley y una subversión definitiva del primado absoluto de ésta.”*¹⁶ En efecto, la Constitución ha venido a imponer una serie de valores y principios, esto es, contenidos, que por si misma es un testimonio de la superación del positivismo. Todos los poderes, incluido el legislador está sujeto a ella. Son valores, fines, principios y garantías con valor normativo. El

juez está obligado a acatar la Constitución por tanto a aplicarla. El juez actúa los contenidos constitucionales. Un sistema de valores no es positivista por su misma naturaleza y requiere para interpretarlo herramientas nuevas y dotar a quién está llamado a usarlas de poderes suficientes para el cumplimiento de su tarea. Cuando la Constitución establece la sujeción del juez a la ley, ya no se entiende esta como sujeción a la letra de la ley, ni a cualquier ley, sino solo a aquella coherente con los contenidos constitucionales (art. 1 LJC). Toda interpretación judicial de la ley, trae consigo un juicio sobre la constitucionalidad de ley y sólo está sujeto a ella, si es conforme con la Constitución.

La superioridad que el juez ordinario puede tener sobre la ley le viene de la Constitución, del valor democrático de ésta y sobre todo de la superioridad de los derechos fundamentales. La jurisprudencia ordinaria no puede oponerse a la ley, debe ser conforme con ella, salvo que del examen resulte inconstitucional. Frente a la legitimidad democrática de la ley, el juez común sólo puede oponer la legitimidad democrática de la Constitución y la superioridad de los derechos humanos.

Esa ineludible posición del juez ante la ley, deviene como corolario de la dificultad para separar por materias lo ordinario de lo constitucional, cuando lo constitucional informa todo el orden jurídico. La revisión de la constitucionalidad de la norma a aplicar al caso concreto, la inaplicación si el examen arroja resultado negativo, la aplicación si el resultado es positivo, la interpretación conforme con la Constitución en caso de que esa vía sea posible, son todas muestras de la supremacía del Derecho de la Constitución y de la vinculación a éste de todos y por ende, del juez del orden común, es una conclusión

obligada de esa posición superior y general de la Constitución.

En Costa Rica, la Constitución establece en el artículo 154 que el Poder Judicial está sometido a la *“Constitución y a la ley”*. Por otra parte, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: *“Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1) Aplicar leyes u otras normas o actos de cualquier naturaleza que sean contrarios a la Constitución Política. Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, deberán hacer la consulta correspondiente a la jurisdicción constitucional. Tampoco podrán interpretarlas o aplicarlos de manera contraria a los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional.”* Finalmente, sólo en lo concerniente al juez de lo contencioso administrativo, la Ley General de la Administración Pública establece en el artículo 6 el contenido de las fuentes formales del ordenamiento jurídico administrativo: *“1) La jerarquía de la fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden: a) La Constitución Política; b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana; c) Las leyes y los demás actos con valor de ley; d) Los decretos del Poder Ejecutivo....”*. Como se observa, los jueces en Costa Rica deben aplicar la Constitución y garantizar su supremacía jurídica, así como los precedentes y jurisprudencia de la Sala Constitucional (intérprete supremo, no exclusivo, de la Constitución) y cuyas sentencias son vinculantes erga omnes (art. 13 LJC).

La Sala Constitucional interpretando esas normas citadas, juntamente con lo dispuesto por los numerales 10 (concede la competencia a la Sala de declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público), 48 (Los

recursos de hábeas corpus y de amparo como competencia de la Sala Constitucional) y 49 (establece la jurisdicción contenciosa para garantizar la legalidad de la función administrativa) de la Constitución y con lo dispuesto en la Ley de la jurisdicción Constitucional (Ley 7128 de 18 de agosto de 1989), mediante sentencias 3035-96, 3036-96 y 3038-96, delimitó el papel y posición del juez común respecto de los actos de los restantes poderes, en especial, frente a la ley.

a- El Derecho de la Constitución es *“... vinculante por sí mismo para todas las autoridades y personas, públicas y privadas, inclusive, con mayor razón, para los tribunales de justicia, de todo orden y de toda materia. En este sentido la Sala ha definido, con valor vincular erga omnes de sus precedentes y jurisprudencia (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), los alcances de dicha sujeción con respecto a los tribunales de justicia, a los que corresponde el ejercicio universal y exclusivo de la función jurisdiccional ...como sigue: a) El Derecho de la Constitución les vincula directamente, y así deben aplicarlo en los casos sometidos a su conocimiento, sin necesidad de leyes u otras normas o actos que lo desarrollen o hagan aplicable, lo mismo que deben interpretar y aplicar todo el resto del ordenamiento en estricta conformidad con sus normas y principios”*¹⁷

De la cita anterior se desprende que de conformidad con nuestro Derecho de la Constitución y de conformidad con la jurisprudencia de la Sala, los jueces ordinarios se encuentran sujetos y vinculados por la Constitución y están por tanto, obligados a interpretar el orden jurídico a la luz de ella.

La Constitución y mejor aún el Derecho de la Constitución se erige como regla de interpretación y como parámetro de validez y legitimidad de la actuación del juez común. Para tal ejercicio, el juez del orden común no requiere de leyes u otros actos que desarrollen la Constitución; lo que no es otra cosa, que el valor normativo de toda la norma suprema.

Asimismo, el juez común, por propia autoridad, puede interpretar el ordenamiento jurídico conforme con la Constitución. Esta tarea supone diferentes fases o pasos: i) la revisión, de la norma legal a la luz del Derecho de la Constitución; ii) si la norma legal se revela inconstitucional; entonces, iii) cabe la posibilidad de conservar la norma (principio de conservación de las normas), para lo que el juez procederá a atribuirle un sentido conforme con el Derecho de la Constitución. Desde nuestro punto de vista, en esta labor interpretativa, el juez ordinario ha ganado poderes capitales.

Los principios constitucionales son parámetros de interpretación obligado para los jueces ordinarios. Las normas legales y la interpretación que de ellas realicen los jueces del orden común deben guardar total conformidad con los principios del Derecho de la Constitución. Si existen precedentes o jurisprudencia de la Sala, el juez debe considerarlos también en su interpretación, en virtud de lo dispuesto por el art. 13 LJC.

En conclusión, el juez ordinario puede y debe por propia autoridad interpretar y aplicar el Derecho de la Constitución y atribuirle a las normas legales o reglamentarias, cuando sea posible, una interpretación conforme con

¹⁷ Sentencia de la Sala Constitucional número 3038-96. En idéntico sentido Sentencias de la Sala Constitucional números 3036-96 y 3035-96.

la Constitución y el sentido que le atribuye la Sala Constitucional mediante la jurisprudencia. Resta saber, si el juez del orden común puede desaplicar una norma legal o una ley, y si esto es posible, en que casos puede hacerlo.

*b- “Sin embargo, al hacerlo no pueden desaplicar, por su propia autoridad, leyes u otras normas que consideren inconstitucionales, en cuyo caso deberían formular ante la Sala la correspondiente consulta judicial de constitucionalidad, en la forma prevista por los artículos 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 8 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: ...Lo anterior, salvo que existan precedentes o jurisprudencia de esta Sala Constitucional, los cuales si deberían acatar, incluso cuando para hacerlo deban desaplicar leyes y otras normas que resulten incompatibles con ellos ...Está claro que el juez del orden común ostenta esa facultad, siempre y cuando los precedentes y la jurisprudencia constitucionales permitan el encuadramiento del nuevo caso subjudice, pues tal es el propósito de la norma contenida en el artículo 8.1 párrafo final de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”*¹⁸

Si el juez ordinario realiza un juicio de constitucionalidad sobre normas legales o leyes, puede, como ya nos consta, interpretar y aplicar la Constitución si el juicio de constitucionalidad es positivo; o, interpretarla conforme si el juicio es negativo, pero la norma ofrece la oportunidad de conservarla.

Ahora bien, si el juez se encuentra frente a un resultado negativo sobre la constitucionalidad de la norma o leyes a aplicar, pero en este caso, no cabe la posibilidad de salvar la norma mediante una interpretación conforme con la Constitución. El juez que se encuentre en esta hipótesis tiene dos posibilidades: **1)** la desaplica o inaplica, en el supuesto de que existan precedentes o jurisprudencia de la Sala sobre el particular y de que el caso (o norma) se subsuma en la norma jurisprudencial. Sólo que aquí, como lo pone de manifiesto CASTRO LORÍA, ya no sería por propia autoridad,¹⁹ sino una consecuencia de la autoridad de la Sala Constitucional, toda vez que le corresponde al juez ordinario aplicar de forma obligatoria la jurisprudencia y precedentes del intérprete de la Constitución. **2)** Consultar a la Sala, dado que sobre el particular no existen precedentes ni jurisprudencia constitucional. El juez común no tiene potestad para desaplicar por propia autoridad como si sucede en los sistemas difusos de control de constitucionalidad.

El juez del orden común tiene una atribución de competencias para desaplicar las leyes limitada a los precedentes y jurisprudencia de la Sala. Si no existen precedentes o jurisprudencia constitucional, el juez ordinario se vería en la obligación de consultar aunque la inconstitucionalidad de la ley o norma legal sea evidente y manifiesta. En nuestro sistema concentrado, la Sala es la competente para anular y expulsar del ordenamiento jurídico, cualquier ley o norma que considere inconstitucional.

La aplicación de la Constitución por el juez ordinario (sin necesidad de desarrollo legis-

lativo) es una prueba más de su eficacia directa, y de su supremacía jurídica. La inaplicación garantiza la eficacia de la norma superior (constitucional) pero no resuelve el problema de la validez de la norma inferior (anulación); esa sanción está reservada en los sistemas concentrados a los tribunales constitucionales. Los jueces que inaplican realizan funciones similares a que cumplen los jueces en los sistemas difusos. La sentencia del juez común sólo tiene efectos ínter partes y sólo afecta la eficacia del acto, sin producir cosa juzgada material, quedando sujeta a revisión constitucional.

Todo juez debe realizar un enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de la norma que va aplicar o interpretar. El resultado puede ser positivo, en cuyo caso seguirá adelante con su tarea enjuiciadora; o tiene dudas sobre su constitucionalidad, en cuyo caso realiza la consulta de constitucionalidad o finalmente, su juicio es negativo, la norma es inconstitucional, en cuyo caso inaplica la norma o la interpreta de manera que sea conforme con los principios, normas y valores constitucionales y en aplicación y eficacia del principio de regularidad jurídica.

Conviene señalar que la Sala, respecto de la potestad de desaplicar normas del ordenamiento jurídico, realiza una distinción entre los jueces del orden común. En efecto, trata de manera distinta a los jueces de lo contencioso administrativo. Sustenta su razonamiento en que los jueces de lo contencioso son los llamados constitucionalmente a velar por la legalidad de los actos de la función administrativa y por tanto, pueden declarar la nulidad y expulsar

del ordenamiento jurídico administrativo cualquier acto y norma propias de esta función contrarias a las leyes. Veamos:

*c- “...en tratándose de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y dado que ésta sí tiene competencia constitucional para conocer de la legalidad y, por ende, de la constitucionalidad de los actos y normas administrativas (artículo 49 de la Constitución Política), en este caso la prohibición de desaplicar por propia autoridad las normas constitucionales se limita a las de rango de ley formal, de manera que sí pueden- deben hacerlo con las de rango infralegal. ... En consecuencia...los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para garantizar directamente los derechos y libertades fundamentales frente a las vías de hecho y, en general, a los actos o normas de la Administración; competencia que les corresponde concurrentemente con la de amparo encomendada a esta jurisdicción Constitucional y, desde luego, sin perjuicio de la supremacía de esta última y de la vinculatoriedad de su precedentes y jurisprudencia....”*²⁰

*“...los tribunales contenciosos administrativos sí pueden- deben conocer de la violación de derechos fundamentales, que lo es, por definición, del Derecho de la Constitución...”*²¹

El juez contencioso administrativo puede anular por propia autoridad, esto es, sin la necesidad de que sobre el particular existan precedentes o jurisprudencia de la Sala, los reglamentos ilegales e inconstitucionales

¹⁸ Sentencia de la Sala Constitucional número 3038-96. En idéntico sentido ver también sentencias 3036-96 y 3035-96.
¹⁹ CASTRO LORÍA Juan Carlos, La aplicación directa de la Constitución por parte de la Jurisdicción ordinaria y la tutela efectiva de las situaciones jurídicas de los administrados. IVSTITIA, N° 129, septiembre, 1997.

²⁰ Sentencia de la Sala Constitucional, 3035-96, en sentido similar: 3036-96 y 3038-96 del 21 de junio de 1996.
²¹ Sentencias de la Sala Constitucional, 3035-96, en sentido similar: 3036-96 y 3038-96 del 21 de junio de 1996.

(artículo 6.1, 8 y 11.1 LGAP, 1 CPCA, 49 CP). Es además, constituido en garante de los derechos fundamentales consagrados en el Derecho de la Constitución frente a las actuaciones materiales de la Administración no fundadas en acto administrativo eficaz: vías de hecho. Por esta vía el juez de lo contencioso, concurre con el juez constitucional en la protección de los derechos fundamentales (Amparo de legalidad).

El juez contencioso puede entonces, como cualquier juez del orden común, interpretar y aplicar el Derecho de la Constitución; interpretar las normas legales conforme con la Constitución y la doctrina de la jurisprudencia constitucional, cuando esto es posible; desaplicar o inaplicar las normas legales y leyes contrarias a los jurisprudencia de la Sala Constitucional; y, consultar a la Sala sobre la constitucionalidad de la leyes que a su juicio tienen vicios de constitucionalidad. Pero además, y esta es la diferencia con respecto de los restantes jueces del orden común, puede declarar la nulidad de los reglamentos por vicios de constitucionalidad y proteger los derechos fundamentales, por la vía del amparo de legalidad.

La inaplicación del juez ordinario afecta la eficacia y no la validez de la norma. Empero, dentro de los jueces del orden común, solo los jueces de lo contencioso afectan también la validez de las normas infralegales. El juez constitucional afecta la validez de cualquier

acto o norma; además, la Sala Constitucional revisa lo resuelto por los jueces ordinarios, que no resuelven con valor de cosa juzgada material sobre estos asuntos, sólo íter partes y solo con efectos ex nunc (salvo el juez de lo contencioso que también lo hace ex tunc dentro del ámbito de su competencia). El justiciable siempre puede acudir a la jurisdicción constitucional. La Sala resuelve sobre la validez de la norma, con efectos erga omnes, con valor de cosa juzgada material y también con efectos ex tunc.

La interpretación y aplicación del Derecho de la Constitución por el juez ordinario, es una garantía de la funcionalidad, eficacia y supremacía del Derecho de la Constitución. Asimismo, representa la garantía de coherencia, unidad y sistematicidad formal y material del ordenamiento infraconstitucional con el Derecho de la Constitución. Es por tanto, impensable, en la mayoría de los casos, la separación material de la interpretación y aplicación del ordenamiento en normas infraconstitucionales y constitucionales.

4- El caso español. La posición del juez ordinario en el orden constitucional.

En España, al igual que en Costa Rica, el Tribunal Constitucional no tiene el monopolio de enjuiciamiento, sino sólo el de rechazo de la norma inconstitucional. El Tribunal es el intérprete supremo, pero no el único de la Constitución.²² Este papel del juez ordinario,

22 “El Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, pero no el único, y nuestros Jueces y Tribunales están obligados a interpretarla, no solo para declarar derogadas las normas anteriores que se le opongan, o inconstitucionales las posteriores de rango infralegal que la infrinjan, sino también para solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de las Leyes posteriores, cuya constitucionalidad les parezca cuestionable o para resolver negativamente, optando por la aplicación de la Ley impugnada, las alegaciones de inconstitucionalidad que puedan hacer las partes. En uno y otro caso, el juez ordinario actúa como juez de la constitucionalidad, con entera libertad de criterio...” (El destacado es nuestro). Sentencia del TCE 4/1981, de 2 de febrero, Voto salvado del Magistrado RUBIO LLORENTE..

es además de lógico, el acorde con el orden constitucional y con el sentido de justicia que ésta promueve. Para RUBIO LLORENTE, negar esos poderes del juez ordinario, es negarle su posición constitucional, toda vez, que en virtud de ésta, a él le corresponde determinar la norma aplicable al caso concreto.²³

El enjuiciamiento y decisión de los jueces ordinarios, sólo tiene efectos íter partes, para el caso concreto que se encuentra subjudice. Pudiendo, el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución corregir la interpretación y aplicación que, de la Constitución, realicen los jueces, en esta ocasión con efectos generales, erga omnes.²⁴

En definitiva, en el ordenamiento jurídico español, el juez ordinario comparte con el constitucional la potestad de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes anteriores o posteriores a la Constitución. El juez constitucional es el intérprete supremo, pero no el único de la Constitución. La norma suprema vincula tanto a particulares, como a los poderes públicos, incluido por ende, también a los jueces del Poder Judicial (art. 9.1 CE y 5 LOPJE). Respecto de las normas preconstitucionales, cuando el juez del orden común tiene certeza de que la norma es contraria a la Constitución (porque está derogada o por inconstitucionalidad sobrevenida), puede inaplicar la ley o norma legal al caso concreto. Respecto de las normas legales

posconstitucionales, si el juez tiene dudas formulará la cuestión de inconstitucionalidad (art. 5 LOPJ). Si por el contrario tiene certeza de la inconstitucionalidad de la norma, podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o, si la norma puede conservarse, la interpretará conforme con la constitución (art. 5.3 LOPJE). Todos los jueces ordinarios tiene la potestad para interpretar y aplicar la Constitución, por tanto, inaplicarán los reglamentos contrarios a ella (art. 6 LOPJE); los que además podrán ser anulados por el juez de lo contencioso administrativo (art. 9.4 LOPJE). Los recursos de casación puede declararse con lugar por encontrar que el derecho aplicable transgrede la constitución (art. 5.4 LOPJE). El juez del orden común es garante de los derechos y libertades públicas contenidas en el capítulo segundo del título primero de la Constitución (art. 7 LOPJE) y en todo caso, los jueces ordinarios a la hora de interpretar y aplicar la Constitución deberán considerar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el papel del juez ordinario español no termina aquí. En efecto, la Constitución también le asigna al juez común, en particular al juez de lo contencioso administrativo, una posición relevante respecto de ciertas normas con rango o valor de ley. En efecto, el juez de lo contencioso administrativo, también pueda controlar la ultra vires en el ejercicio de la delegación legislativa, en concreto respecto de los decretos legislativos, de conformidad con

23 “La determinación de cual sea la norma aplicable al caso controvertido, es decir, la norma vigente..., es facultad propia de los Jueces y Tribunales que integran el poder judicial, ...Son también los Jueces y Magistrados que integran el Poder Judicial quienes, al determinar cuál sea la norma aplicable, han de hacer uso del principio de jerarquía, negando, en consecuencia, aplicación a aquellos preceptos contradictorios con otros ... la única limitación que la Constitución impone en este punto a la competencia del Juez Ordinario es la que, contenida en el art. 163, se refiere a la Ley.” Sentencia del TCE 4/1981, de 2 de febrero. Voto salvado del Magistrado RUBIO LLORENTE.

24 “No carece, sin embargo, el Tribunal Constitucional de facultades para rectificar, si ello fuera necesario, la interpretación defectuosa que los órganos del Poder Judicial pudieran hacer de la Constitución.” Sentencia del TCE 4/1981, de 2 de febrero. Voto salvado del Magistrado RUBIO LLORENTE.

lo dispuesto en el art. 82.6 de la Constitución y art. 9.4 LOPJE. Por otro lado, puede controlar la conformidad de las leyes autonómicas con las leyes marco que establece la Constitución en el artículo 150 CE. En ambos supuestos, el juez ordinario se impone sobre normas de rango o valor de ley, haciendo respetar con ello, la normativa, los principios de organización y los contenidos inmanentes a la Constitución.²⁵

En todos los supuestos en que el juez ordinario realiza contralor de constitucionalidad o interpreta y aplica la constitución, lo resuelto tiene efectos inter partes y ex nunc. El Tribunal constitucional puede conocer de lo resuelto y corregir la interpretación y aplicación defectuosa, esta vez con efectos erga omnes y también ex tunc.

Es evidente, que ninguno de los sistemas –ni el costarricense ni el español– son sistemas concentrados puros, ambos tienen elementos propios de los sistemas mixtos, los jueces ordinarios actúan como jueces de la Constitución, con las limitaciones que cada ordenamiento reconoce. Sus resoluciones tienen, en cuanto proceden, los mismos efectos que en un sistema difuso. Mientras que el Tribunal Constitucional (Sala constitucional en el caso de Costa Rica) conserva el monopolio de expulsar la norma legal del orden jurídico, con efectos generales.

En todo caso, nos parece que el juez ordinario, con el tiempo, se le irán reconociendo mayores competencias y un papel más activo en el control de la constitucionalidad y en la protección de los derechos fundamentales. Ese creciente papel vendrá de la mano de una cada vez mayor sensibilidad del juez ordinario por los valores, derechos y principios constitucionales, a partir del desarrollo jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales. Como apunta PACE entre más penetran los valores, principios y derechos constitucionales en la mentalidad del juez ordinario, paralelamente, en ese mismo grado, se incrementan sus poderes y el sistema se perfecciona²⁶.

Los sistemas concentrados no son los idóneos para salvaguardar la Constitución y los derechos fundamentales. Los Tribunales constitucionales tienden, por un lado, a estar saturados de casos, o, a no proteger los derechos fundamentales por el mínimo de casos que reciben, y por otro, tienden a dividir la justicia en ordinaria y constitucional, en compartimentos estancos, contrario a la naturaleza del orden jurídico y al sentido material que le es inmanente, especialmente, debido a la unidad que al orden jurídico le dan los valores, principios y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, como base y cúspide del orden jurídico. El Derecho de la Constitución lo debe aplicar el juez ordinario

y controlar el constitucional. Lo idóneo, nos parece, es el sistema mixto²⁷.

Es una revolución provocada por los derechos fundamentales y por los valores y principios que los informan. Mediante una jurisprudencia ordinaria a partir de principios, los jueces del orden común pueden interpretar el ordenamiento ordinario a la luz de la Constitución, armonizando su contenido y sentido con los valores, fines, garantías, derechos y principios constitucionales; puede, con fundamento en principios constitucionales inaplicar o desaplicar leyes y reglamentos, o declararlos nulos (en el caso del juez contencioso); además, puede reconocer o derivar derechos subjetivos a partir de los principios y en todo caso, garantizar los existentes; integrar el orden jurídico; limitar el ejercicio de los poderes públicos, cuando con ello se atente contra el contenido esencial de los derechos fundamentales. En definitiva, el juez del orden común ha ganado responsabilidades capitales, que debe atender con herramientas metodológicas nuevas. El juez ordinario debe acercarse a la ley con una actitud y mentalidad distinta, a la que le ha caracterizado por siglos. Ya no está sujeto a ella de la misma forma que antaño. Ya no es (si acaso alguna vez lo fue) la boca que pronuncia la ley. Su nuevo papel (en realidad el de siempre, o al menos el que nunca debió abandonar) es el de ensanchar el contenido del orden jurídico, dibujar sus

contornos y desarrollar su estructura, sobre la base de una jurisprudencia a partir de principios jurídicos. La sustancia ha ganado sobre la forma (sin que ésta pierda relevancia), para garantizarlo, el juez ve incrementados sus poderes creadores, su discrecionalidad, pero también su responsabilidad, objetividad y apego al Derecho. La jurisprudencia debe ser fiel testimonio de este cambio y eso es válido, tanto para el caso español como para el costarricense.

5- El papel del juez ordinario a la luz del Derecho Comunitario.

Esta es una hipótesis, que todavía para el caso costarricense no revista la misma profundidad y extensión que si tiene en el caso español. La razón es simple, existe un escaso desarrollo del Derecho comunitario centroamericano. Costa Rica se encuentra inmersa dentro del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), aprobó la normativa comunitaria, pero ha sido contundente y consistente en rechazar la jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ), órgano equivalente al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se encarga de uniformar la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario europeo. Desde esa perspectiva, los jueces costarricenses están obligados a aplicar prioritariamente el Derecho Comunitario centroamericano, aunque sus

25 SORIANO José Eugenio, Los Poderes del juez, la ley y la reforma del contencioso (a propósito de las competencias de las Salas de los Tribunales superiores de justicia); Revista Administración Pública, número 124, enero-abril, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, páginas 65-93.

26 “Cuanto más penetran los valores constitucionales en la cultura individual de los Jueces, tanto más la tutela de los derechos constitucionales se hace difusa en cualquier nivel de la jurisdicción” PACE Alejandro, Derechos Fundamentales y Jurisdicción Ordinaria en Italia; La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales, Madrid, CIVITAS, 1991. P .95.

27 No habría aquí, como se comprende, división material posible entre Constitución y legalidad ordinaria, en cuanto que ésta, como los tribunales que la aplican, tiene que impregnarse toda ella de los valores constitucionales, y en concreto de los derechos fundamentales. Por ello, la intervención del Tribunal Constitucional sería forzosa cuando esa legalidad y esa actuación judicial ordinarias no reflejasen esos valores y mucho más si los hiciesen obstáculos; aclarado lo cual, e impuesto con la primacía de su posición el nuevo criterio como un criterio efectivo en la actuación posterior judicial, el Tribunal Constitucional no tendría por qué perder tiempo en insistir de nuevo en casos idénticos; precisamente, porque no puede ni debe haber asignación material de espacios separados entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, el Tribunal constitucional deberá dejar ese campo ya aclarado constitucionalmente y buscar otros en que tal aclaración resulte necesaria u oportuna; la lucha por la justicia, y en concreto en el ámbito de los derechos fundamentales, es infinita y no concluye nunca.” GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios Generales del Derecho, p. 158-159.

fallos no encuentren revisión en la instancia judicial creada para garantizar la supremacía del Derecho Comunitario.

En relación con el papel del juez del orden común como garante del Derecho Comunitario europeo y con fundamento en los principios del efecto directo y de la supremacía del Derecho Comunitario sobre el estatal, el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas estableció, desde hace más de treinta años, en el caso *Simmenthal* lo siguiente:

*“El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada, si fuera necesario, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar o esperar la eliminación previa de esta última, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional.”*²⁸

En ejecución de esta jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Constitucional español, reconoció en la sentencia 28/1991 de 14 de febrero, que el juicio que se realiza sobre la conformidad de la legislación española con al Derecho Comunitario no es de constitucionalidad, por tanto, no corresponde a ese Tribunal resolver la cuestión, sino al juez ordinario. En vista del principio de supremacía del Derecho comunitario, del principio de efecto directo y del principio *pro communitate*, el juez ordinario tiene potestad para la inaplicación de la ley que surja con posterioridad a la publicación del Derecho comunitario y que sea contraria a éste. El Tribunal considera

que no toda violación al Derecho comunitario comporta una violación de la Constitución, lo que significa que el Derecho comunitario no forma parte del bloque de constitucionalidad, al menos en su totalidad, ni en todos los supuestos, por tratarse de un problema de determinación de la norma aplicable al caso concreto, el juez ordinario es el llamado al control de la regularidad jurídica existente entre el ordenamiento jurídico español y el comunitario. Asimismo, los derechos que se deriven del Derecho comunitario y que no encuentren cobertura en los reconocidos en la Constitución, serán protegidos por las vías ordinarias y no por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo.

El juez ordinario español tiene las siguientes potestades derivadas de la superioridad del Derecho comunitario sobre el nacional, y de los demás principios que lo informan: **1)** La potestad para interpretar y aplicar el Derecho comunitario, dando interpretación a las normas nacionales de conformidad con los principios de aquel, siempre que con ello, se respete la primacía y se garantice la eficacia del Derecho comunitario. El juez ordinario se levanta como el garante de la supremacía del Derecho comunitario y de su eficacia directa. **2)** En el supuesto, de que se encuentre ante una norma legal posterior a la publicación del Derecho comunitario aplicable, contraria a éste, el juez debe inaplicar al caso concreto las normas del ordenamiento estatal. Esa inaplicación tiene eficacia *inter partes*, y efectos *ex nunc*, por tanto, carece de efecto general, y sólo recae sobre la eficacia de la norma legal, no sobre su validez y vigencia. Será, en primer lugar el Estado, quién en cumplimiento de sus obligaciones comunitarias deberá eliminar del

28 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de marzo de 1978, caso *Administration de finances de l’Etat c. Simmenthal*.

orden jurídico la norma contraria al Derecho Comunitario. **3)** El Tribunal de Justicia podrá conocer con posterioridad de lo resuelto, y declarar la inconformidad con efectos *erga omnes* en el seno de la comunidad. En esto se revela la superioridad del juez comunitario y de sus sentencias sobre el juez y las sentencias de cualquier juez nacional. **4)** En la hipótesis de que se trate de una norma anterior a la publicación de la norma comunitaria, el juez tiene competencia para declarar la derogatoria de aquella. En efecto, la norma legal quedaría derogada con el nacimiento de la norma comunitaria, en virtud del principio de que norma superior deroga la anterior de igual o inferior rango. **5)** Si el juez, tiene duda sobre la contrariedad, debe formular la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²⁹.

Es fácil deducir los amplios poderes (creadores) que el Derecho comunitario concede al juez del orden común. Por un lado, incorpora todos los principios del Derecho comunitario que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido; y por otro, puede identificar nuevos principios en el ordenamiento jurídico comunitario, susceptibles de ser confirmados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; y finalmente, le pone límite al ordenamiento y poderes públicos internos a la luz de aquellos principios.

6- Sobre el papel del juez interno a la luz del Derecho internacional.

No nos vamos a referir aquí al Derecho internacional General, sino específicamente al Derecho Internacional de los Derechos

29 Sobre el particular puede consultarse el trabajo de ALONSO GARCÍA María Consuelo. *La facultad del juez ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al Derecho comunitario*; en *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, # 138, septiembre-diciembre, 1995, Madrid, páginas 203-223.

Humanos (DIDH) y del valor en el Derecho interno de las sentencias e interpretaciones que del DIDH realizan los respectivos Tribunal Internacionales, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respectivamente.

a- El caso de Costa Rica.

Se ha aceptado de forma pacífica la jurisprudencia de la Sala Constitucional, que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 48 CP, ha sostenido que todo instrumento de derecho internacional, esto es, no los tratados ratificados por Costa Rica, sino también cualquier declaración sobre derechos humanos de ámbito multilateral o conforme con la costumbre internacional, tiene igual valor que la Constitución. Pero, en la medida en que conceda mayores derechos y garantías al ser humano, prevalece sobre la Constitución. Por tanto, el Derecho internacional de los derechos humanos tiene aplicación inmediata y directa en Costa Rica, con rango igual o superior a la Constitución, según el caso.

“En tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derecho Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores

*derechos o garantías a las personas, privan por sobre la Constitución*³⁰

Este reconocimiento que nuestra jurisprudencia constitucional hace del Derecho Internacional de los derechos humanos, tiene su fundamento; en primer lugar, en la convicción, de que en materia de derechos humanos no hay separación posible entre Derecho internacional y Derecho interno, nosotros preferimos hablar del Derecho de los derechos humanos, a secas. No puede haber separación, porque se incurriría en los mismos errores, que si pretende separar el Derecho constitucional del Derecho ordinario. En segundo término, y en relación estrecha con el primero, uno de los principios fundamentales que informan el Derecho de los derechos humanos, es el principio pro homine. Eso significa, que la jerarquía de las normas que regulan los derechos humanos no están determinadas por aspectos formales sino sustanciales. La norma superior es aquella que más proteja al ser humano, y como lo ha reconocido la Sala Constitucional, para esto es irrelevante si la norma es legal, reglamentaria, internacional o constitucional.

Queda por ver qué valor tienen en Costa Rica las sentencias y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como Tribunal internacional regional, en materia de derechos humanos, en tanto, es el órgano encargado de controlar la conformidad del actuar de los Estados Americanos a la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica y en general al DIDH; y en su caso, declarar las violaciones y exigir a los Estados partes la reparaciones a los derechos conculcados, a la luz de esa Convención y del DIDH.

30 Sentencia de la Sala Constitucional número 6830-98, y en sentido similar: 1319-97, 2313-95 y 3435-92.
31 Sentencia de la Sala Constitucional número 2313-95.

La Sala Constitucional ha reconocido, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana, tiene el mismo valor de la norma que interpreta y aplica: *“Debe advertirse que la Corte Interamericana de Derecho Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derecho Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada.”*³¹

Este reconocimiento es posible, gracias a la comprensión de un Derecho de los Derechos humanos indivisible, de aplicación inmediata y directa en Costa Rica, y del reconocimiento de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entantorealiza interpretación de la Convención es el órgano natural, por tanto, sus sentencias y resoluciones, tienen el mismo valor que la norma que interpreta y aplica, independientemente de si se dictan en ejercicio de la función contenciosa o consultiva. Se infiere, entonces, que sus fallos tienen un valor igual o superior a la Constitución, en tanto que teniendo el mismo valor de la norma que interpretan o aplican, rige lo ya señalado respecto del valor del Derecho Internacional de los Derechos humanos. Sin embargo, en el eventual supuesto de que se diera una jurisprudencia conservadora, timorata o restrictiva de la CIDH, rige la norma y jurisprudencia más favorable a la protección y garantía de los derechos humanos de las personas, ya se trata de jurisprudencia de la Sala Constitucional o de los tribunales y jueces del orden común.

Si se reconoce un valor constitucional o supraconstitucional al DIDH y la aplicación inmediata y directa de los valores, fines, derechos, garantías y principios por él contenidos, o en su caso, desarrollada y reconocida por la Corte Interamericana, obviamente, este Derecho y la jurisprudencia que lo desarrolla, puede y debe ser aplicados por los jueces del orden común. Es más, la Sala ha entendido que esta es una forma, mediante la cual Costa Rica cumple con las obligaciones derivadas de aquellos instrumentos y una manera eficaz de hacerlos efectivos.

*“Una de las maneras de hacer cumplir la Convención Americana de Derechos Humanos, aparte de la actividad legislativa, es la emisión de fallos judiciales, que integrando la Constitución, el Derecho Internacional y la Legislación interna, produzcan el mismo efecto que la promulgación de una norma de carácter legislativo (ley o Decreto Ejecutivo) previsto por la Convención. De manera que, aún ante la ausencia de una norma específica, la jurisprudencia, en tanto derecho judicial, puede otorgar plena protección al individuo en sus derechos”*³²

Después de esta exposición, sobre el papel del juez interno, constitucional u ordinario, respecto del Derecho internacional de los derechos humanos, es imaginable, el ámbito material de contenidos que tiene a su disposición, tanto el juez constitucional

como el juez ordinario. Implica incorporar a su jurisprudencia los valores, principios, fines, derechos, garantías, límites, obligaciones, etc., propios del Derecho internacional o del Derecho de los derechos humanos a secas, y con ello, las reglas o principios metodológicos o de razonamiento, propias de estos sistemas jurídicos, de uso común por los jueces internacionales de derechos humanos, en tanto, con esas herramientas metodológicas se garanticen mejor los derechos humanos fundamentales de las personas.

b- El caso español.

En el Derecho español la situación no difiere de la costarricense. En virtud del artículo 96 CE, *“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno...”*, por tanto, son de aplicación obligada para los jueces y autoridades públicas (art. 9 y 117.1 CE), sin necesidad de norma que los desarrolle.

En este sentido, el Convenio Europeo para la salvaguarda de los derechos humanos tiene una eficacia inmediata y directa en el ordenamiento jurídico español. En igual sentido, aunque algunos duden de ello³³, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es vinculante para los jueces (constitucionales y ordinarios) españoles, en virtud de que de acuerdo con el Convenio (art.

32 Sentencia de la Sala Constitucional número 6982-94.
33 *“Es difícil determinar el valor que tienen en la interpretación constitucional las resoluciones de los órganos encargados de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos a los que se refiere el artículo 10.2 CE. En principio lo que debe condicionar la interpretación son los instrumentos y no sus interpretaciones oficiales, las cuales no tienen mayor valor que la interpretación que de los mismos textos pueda hacer el Tribunal Constitucional. Quién tiene autoridad para interpretar la Constitución completándola con instrumentos internacionales sobre derechos humanos es también quién tiene la competencia para interpretar dichos instrumentos par que sirvan de complemento hermenéutico”* RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑÍZ Joaquín. Principios, fines y derechos fundamentales; DYKINSON, Madrid, 2000, p. 191.

45), el TEDH es el órgano competente para interpretarlo, de manera que su interpretación vendría a ser necesariamente considerada a la hora de interpretar la Constitución y el Derecho interno de conformidad con lo dispuesto por el 10.2 de la Constitución. Esta parece ser la tesis mayoritaria.

Entendemos, que cuando el art. 96 CE establece que la norma relativa a los derechos fundamentales (del derecho interno) se interpretará “conforme”, significa que se ajustarán al contenido y garantías de aquellas normas y por tanto a su interpretación. Hay aquí un reconocimiento de superioridad del DIDH. No son pocas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en las que se aplican estos Convenios, Tratados y la Declaración Universal de Derechos Humanos, o se hace mención y también se acoge, lo resuelto por el TEDH.

IV)- Papel creador del juez derivado de la interpretación a partir de principios del ordenamiento jurídico.

Acudimos a la maduración de una corriente de pensamiento jurídico, en virtud de la cual se abre paso una nueva concepción del método y del objeto de estudio del Derecho. Por consiguiente, el objeto de estudio del Derecho no es más un sistema cerrado de normas con pretensión de autosuficiencia, sino más bien, lo que ese orden normativo contiene, lo que en

apariencia ese orden jurídico no expresa pero que está allí, esperando ser descubierto, con “herramientas” metodológicas cada vez más depuradas. El juez ya no es un ser inanimado frente a la norma, sino el develador de su riqueza. La búsqueda de la verdad científica (adecuación de la idea a la cosa), ha llevado a la interpretación jurídica a superar los viejos moldes del formalismo, del positivismo y del literalismo, para residenciarse en reglas sustantivas tendientes a conocer el contenido del Derecho, como bien lo decía ESSER hay una gran diferencia entre una interpretación jurídica y la comprensión filológica de un texto.³⁴ Sin duda, todo este cambio ha generado una transformación en los poderes del juez, principal intérprete del Derecho, pero también mayor conciencia y depuración de sus límites y del control consiguiente.

La interpretación a partir de principios, es un método o regla del método jurídico que le permite al juez descubrir o conocer un aspecto del objeto de análisis (ordenamiento jurídico), en aras de alcanzar mayores grados de justicia sin atentar contra la seguridad jurídica.³⁵ Nos consta, que el Derecho alberga en su seno una serie de contenidos materiales, de entre los cuales destacan los principios o relaciones objetivas. Tanto los principios en si mismos considerados como el método o regla para conocerlos no son nada precisos, por lo que revierte en una amplia discrecionalidad judicial, que le permite al juez una actividad creadora en la identificación de los principios, en la determinación de su contenido, en la valoración sobre su pertinencia, en su

utilización para colmar las lagunas del ordenamiento o atribuir sentido a las normas y figuras jurídicas existentes, o en el momento de armonizar, ponderar y jerarquizar principios (lo mismo puede decirse respecto de los fines, valores, etc.). La escogencia misma de la interpretación principialista supone una elección que también debería de justificar.

La utilización por el juez, de los poderes puestos a su disposición, para una labor creadora, tiene por objetivo el fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho en las sociedades democráticas. Garantizar la vinculación de todos y en particular del poder, al Derecho, contribuir a la superación de la forma en beneficio del espíritu de la norma y eliminar barreras formales que los principios no siempre suelen respetar, como las divisiones entre derecho interno e internacional, la jerarquía formal de fuentes o el fraccionamiento del Derecho en ramas, ordenamientos o sistemas jurídicos. No estamos negando la existencia de diferencias jurídicas entre ordenamientos, fuentes o sistemas normativos, esas particularidades tienen vida jurídica precisamente porque responden a una estructura de principios propia; no, en su lugar estamos afirmando que todas tienen un tronco, una armazón común, una rica sabia que los alimenta, una impronta que nos permite encontrar una comunión íntima, una unidad de sentido, que supera, en mucho, todos los vínculos u obstáculos formales.

1- La creación judicial en la identificación de principios.

El juez puede identificar los principios en las convicciones jurídicas de la sociedad o en el ordenamiento jurídico vigente. El primer supuesto sólo es válido en aquellos casos en que no existen normas que, al menos tangencialmente, le sean aplicables. En este

caso, la costumbre es la fuente primaria y material de los principios. Así nació el Derecho Civil y el Derecho Internacional y se ha desarrollado el Derecho Anglosajón. En la segunda hipótesis, el juez se encuentra con un ordenamiento jurídico ya existente, independientemente de si éste regula adecuadamente los hechos sometidos a su conocimiento (deficiencia de la regulación), en este caso, el juez identifica a partir de lo existente, los principios aplicables a esa realidad. Así, es como ha surgido la estructura de principios del Derecho Administrativo, del Agrario, del Mercantil, del de Familia, del Derecho Laboral, sobre la base del Derecho Civil existente. Todas estas ramas del ordenamiento y del conocimiento jurídico tienen hoy principios propios, pero tienen un tronco común: el Derecho civil y sus principios, que les sirve para integrarlo e interpretarlo supletoriamente. La mayoría de las figuras jurídicas del Derecho civil han sido instrumentalizadas, dotándolas de sentido propio y enmarcándolas dentro de una teoría unitaria, edificada sobre una estructura de principios propia, que responde a un objeto específico y delimitado.

En la actualidad, con la irrupción del valor normativo de la Constitución y la supremacía del Derecho de los derechos humanos, y con la incorporación de los Estados en organizaciones supranacionales, cuyo ordenamiento los vinculan (Derecho comunitario), asistimos a una reinterpretación de los institutos, figuras y normas de cada una de esas ramas del ordenamiento y del conocimiento jurídico. Es el Derecho de la Constitución y en particular el derecho de los derechos humanos (también del Derecho Comunitario, más en Europa que entre nosotros), un nuevo tronco común, que con su amplio contenido material, invade todo el sistema, dotándolo de un nuevo sentido.

34 Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho, CIVITAS, segunda edición, Madrid. P. 24-25.

35 Sobre los principios jurídicos y la interpretación a partir de principios, pueden consultarse mis apuntes en: NAVARRO FALLAS Román; Los principios jurídicos y la interpretación a partir de principios en el Derecho Público, en Principios Constitucionales, Investigaciones Jurídicas, San José, 2008. De hecho, este trabajo podría entenderse como continuación o complemento del que aquí se cita.

Así como otrora el juez participó identificando aquellos principios arquitecturales de cada uno de estos Derechos, hoy, participa en su reinterpretación, sin dejar de lado la inacabable tarea de descubrir las relaciones objetivas (principios) que informan el orden jurídico vigente y que el cambiar de los tiempos, las nuevas realidades que se enfrentan, los nuevos conflictos que a la luz de esas realidades surgen, ayudan a poner aquellos principios a la vista de sus descubridores.

Por consiguiente, podemos afirmar que la jurisprudencia es una fuente de principios, en la medida que los juridifica, cuando éstos son recogidos de la costumbre, de las convicciones jurídicas de la comunidad; o bien, cuando los descubre y declara como contenido fundamental del ordenamiento jurídico. El poder del juez está en identificarlos, descubrirlos, declararlos (juridificarlos cuando no lo están), y darles aplicación jurídica, eficacia, esto es: “vida de entre los muertos”.

Es la utilización creativa, por el juez, de sus poderes, lo que determina la eternidad de su obra y su mayor contribución social y jurídica. Como bien apunta GARCIA DE ENTERRIA, el éxito de los romanistas estuvo en que no depositaron su esperanza en un orden positivo perfecto (es imposible que lo haya), sino en que supieron extraer los principios rectores del Derecho³⁶.

2- Los poderes del juez en la valoración sobre la pertinencia del principio.

La valoración que realizan los jueces sobre la pertinencia, el mayor peso o importancia de un principio respecto de otros en la interpretación y aplicación al caso concreto, es una tarea que revela la discrecionalidad y la creatividad judicial en el ejercicio de los poderes puestos por el Derecho a su disposición. En efecto, el juez escoge, elige, valora entre una gama de principios, cual es el más pertinente al caso concreto. Esta tarea supone una discrecionalidad judicial amplia, aunque vinculada al razonamiento jurídico, al contenido del ordenamiento y a las reglas de la interpretación.

3- Los poderes creadores del juez en la integración del Derecho por medio de principios jurídicos.

Frente a las lagunas (ausencia de norma escrita) el juez no puede abstenerse porque el Derecho, lo obliga, en salvaguarda del interés público de que se haga justicia pronta y cumplida. Por consiguiente, el juez puede ejercer los poderes de que le dota el ordenamiento para subsanar el vacío mediante la interpretación a partir de principios, lo que supone la utilización de principios ya existentes o bien, identificar o descubrir aquellos aplicables al caso, dentro del ordenamiento jurídico.

Los principios que el juez descubra con la finalidad de colmar lagunas del ordenamiento tienen, en el Derecho costarricense, al menos el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan o en su defecto, tendrán rango de ley y prevalecerán sobre las normas escritas de grado inferior.³⁷

Frente a la laguna, los jueces disponen del plexo de valores, fines, derechos, principios, garantías, etc., contenidos en la Constitución, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico infraconstitucional. El principio que identifique y aplique tendrá el rango de la norma que interpreta, integra o delimita (art. 7 LGAP y 5 LOPJ).

En el supuesto, cada vez más escaso, de que no sea posible extraer un principio pertinente para el caso del ordenamiento existente, siendo necesario para el juez recurrir a la costumbre y a las convicciones jurídicas de la sociedad, el principio (extrasistemático) sólo será válido si guarda conexión con los principios sistemáticos. Cosa distinta, son aquellos supuestos en que el Juez recurre para colmar lagunas a los principios o reglas unívocos de otras ciencias o técnicas; en cuyo caso, el juez debe respetarlos, aunque se trate de elementos extrajurídicos, que no guardan ninguna relación con los jurídicos, pero que resultan juridificados para ejercer control de legalidad sobre aquellos actos jurídicos que los suponen.

4- El reconocimiento de derechos a partir de principios.

Una de las manifestaciones más claras de los poderes del juez constitucional, que nada impide que la realice el juez ordinario, es el reconocimiento de derechos fundamentales a partir de principios jurídico constitucionales o del Derecho de la Constitución (incluye los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos). Ahora bien, esta labor creadora es posible a partir de cualquier principio (constitucional o no). Por esta vía, es posible reconocer una amplia gama de derechos subjetivos a los administrados.

Los principios tienen una área jurídica de protección o ámbito de influencia. Ese espacio no es otra cosa que un amplio margen de libertad en favor de las personas, donde se encuentra el contenido esencial de los derechos (zona intocable por los poderes públicos) y aquella otra zona susceptible de limitación, pero que también encuentra protección por aquellos otros principios que informan las limitaciones el límite de los límites a los derechos, tales como los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Pues bien, en este amplio espacio de libertad protegido, es posible identificar una serie de derechos subjetivos (fundamentales o no), tendientes todos a la satisfacción de necesidades de las personas o de valores contenidos en el principio. No nos olvidemos

36 “La superioridad del Derecho Romano sobre otros sistemas jurídicos históricos anteriores o posteriores estuvo justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes (acaso las de Licurgo, o las de cualquier otro de los grandes legisladores mitificados, fuesen superiores), sino en que sus juristas fueron los primeros que se adentraron en una jurisprudencia según principios, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso, paradójicamente, su perennidad, y hasta su superior certeza frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia nos presenta.” GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo; Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho, op. cit. p. 34-35.

37 En este sentido el párrafo segundo del artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica, establece: “Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.” El artículo 7 de la Ley general de la Administración Pública además agrega: “Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior”.

que todos los principios son garantías de derechos y nos atrevemos a decir, también fuentes de derechos subjetivos. En esta tarea se revelan los amplios poderes del juez, que el ordenamiento ha puesto en su mano, para la mejor protección de las personas, frente a las constantes injerencias del poder y también, frente a cambios sociales que ponen de manifiesto la necesidad del reconocimiento de ciertos derechos que en el pasado eran impensables (en realidad creo que así surgieron todos los derechos, piénsese en el derecho de propiedad, los derechos de participación, los derechos de la mujeres, los derechos a la información y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, etc).

En el plano constitucional, el principal ejemplo lo encontramos en la Suprema Corte de los Estados Unidos. A lo largo de su historia, la Suprema Corte ha ido creando nuevos derechos e incorporándolos al Bill of Rights, mediante una interpretación basada en principios, en particular, con fundamento en los principios de igual protección (Enmienda XIV) y del debido proceso legal (Enmiendas V y XIV). La exigencia de respetar la garantía del debido proceso, pasó, gracias a la jurisprudencia de la Suprema Corte, de tener un sentido procesal adjetivo, formal, a tener un sentido material y sustantivo. El principio del debido proceso legal sustantivo se le conoce también como el principio de razonabilidad, en virtud del cual, las leyes deben guardar conformidad con los valores y principios constitucionales.

Como contenido del principio del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, la Suprema Corte norteamericana ha reconocido una serie de derechos, tales como: la li-

bertad contractual, el derecho a la privacidad; el derecho al desarrollo de la personalidad; dentro de este, la libertad para usar anticonceptivos, el matrimonio, la inmunidad personal, la autoeutanasia y otros más discutibles y controverciales como el aborto. Asimismo, en virtud de dicho principio ha puesto límite a los poderes públicos, protegiendo los derechos y la libertad de las personas frente: “a) actuaciones gubernamentales sobre la mente (ámbito de la libertad de conciencia, formación educativa obligatoria, condicionamientos coercitivos...); b) intromisiones gubernamentales en el cuerpo; c) control gubernamental sobre el cuerpo (decisiones relativas al nacimiento, o a la muerte); d) interferencias del gobierno en la elección del plan, diseño o estilo de vida (aceptación de riesgos, preferencias sexuales, vocación, viajes, apariencias); e) control de las pistas informativas de la vida (reputación y relaciones); f) derechos de asociación, como consecuencia de los derechos de la personalidad.”³⁸

Por otro lado, con fundamento en el principio de igual protección la Suprema Corte revisa todas aquellas normas o leyes que restrinjan o afecten negativamente la capacidad de una clase de personas (no de todas, en cuyo caso actuaría el *due process*) para ejercer los derechos fundamentales. Con base en este principio la Suprema Corte estableció una serie de categorías sospechosas o parámetros con fundamento en los cuales examina las leyes. Así nacieron como categorías sospechosas la raza u origen étnico, extranjería, hijos ilegítimos, el sexo, entre otros.

Es cierto, a raíz de estos reconocimientos se abren polémicas en torno a la creación judicial,

algunas veces sobre su legitimidad (que algunos pareciera pretenden encontrar en la sociedad misma y no en el ordenamiento jurídico en sí mismo considerado),³⁹ y en la mayoría sobre sus alcances y límites. Cada vez hay menos discusión sobre el papel creador del juez, sus poderes en este campo son inevitables y más aún, convenientes, eso sí, siempre con sustento y fundamento en el ordenamiento jurídico en general y en el texto constitucional en especial. Los principios y los valores podrán tener una gran amplitud de contenido, pero a pesar de ello no pueden ser ignorados, deben ser aplicados. La conformidad de éstos y más profundo, de su contenido (derechos reconocidos a su amparo) con el ordenamiento, no es una tarea fácil, tampoco arbitraria, es susceptible de discusión y control racional.

Los derechos reconocidos a su amparo no son por tanto, creaciones artificiales, “ases sacados de la manga” del juez, son, en la generalidad de los casos, la expresión de los espacios de libertad jurídicamente protegidos a las personas en el ámbito de influencia del principio. Es por ello, una labor y unos poderes justificados por su conformidad con el contenido sustancial del ordenamiento jurídico.

5- Poderes en la atribución de sentido o interpretación en sentido estricto, de las normas a partir de principios.

Interpretar es reconducir las normas a los principios (GARCÍA DE ENTERRÍA). El juez tiene amplios poderes para atribuir sentido a la norma jurídica a la luz de los principios aplicables. Con esta labor el juez le da un sentido coherente a todo el ordenamiento jurídico, a una rama o a una institución jurídica, delimita el área de influencia del principio y determina el contenido del principio y de todo el ordenamiento jurídico. Toda interpretación judicial de una norma implica necesariamente una conformación valorativa de ésta.⁴⁰ El proceso de interpretación debe estar dominado por los principios jurídicos.

La jurisprudencia a partir de principios es un “soplo de vida” para esos cuerpos normativos “muertos”. Sólo por medio de ella es posible sujetar al poder, y a los sujetos jurídicos en general, a un Estado de Derecho en sentido material. Cobrando entonces, sentido las actuaciones de las personas físicas y jurídicas y de los poderes públicos, sometidos ahora a un plexo de valores, principios y derechos fundamentales, que le dan unidad de sentido y razón de ser al Derecho mismo. La interpretación a partir de principios elimina la

38 DÍAZ REVORIO Francisco Javier, *Valores Superiores e Interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 1997, p. 475.

39 “El reconocimiento del derecho a la privacy o la desegregación racial fueron decisiones que, si bien en el fondo tenían similar significado y finalidad (la imposición al legislador del contenido de valores) contaron con un mayor respaldo social, puesto que puede hablarse de un cierto consenso social en torno a que la protección de la libertad conlleva el derecho a una actividad sexual privada, o a usar métodos anticonceptivos, o que una igualdad real entre las razas implica la integración de las mismas. En cuanto al caso Roe, la polémica decisión sobre el aborto, pone de manifiesto la dificultad con que se encuentra el Tribunal cuando sobre un tema falta cierto consenso social. En realidad, las decisiones de los Tribunales constitucionales sobre el aborto suelen ser polémicas en la mayoría de los países del mundo precisamente porque falta actualmente un cierto consenso social en la materia.” DÍAZ REVORIO Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*, op. cit. p. 490.

40 “Los principios generales, que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido a las instituciones y para articular éstas en el sistema general del ordenamiento. Desde esta base, hasta las últimas operaciones mentales de la interpretación, ésta está entera, y no puede no estar, dominada por los principios generales;... De allí que la interpretación sea una actividad creadora...”GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, CIVITAS, 1986, p. 24.

dictadura de las formas, sin que éstas dejen de tener relevancia jurídica, sólo que se considerarán en su debido contexto. Es la superación del leguleyismo.

El juez debe velar por la legalidad sustancial, aquella que consagra una ley válida, esto es conforme con la Constitución sus valores, principios y derechos fundamentales. El juez, como hemos visto, está obligado a acatar la constitución, por tanto a aplicarla. Por consiguiente, el juez debe interpretar el ordenamiento jurídico conforme con la Constitución, con el Derecho Comunitario y con el Derecho Internacional de los Derechos humanos. El juez tiene ahora mayores responsabilidades. Ya no guarda sujeción a cualquier ley, ésta se a debilitado frente al sistema de valores, principios y derechos del Derecho de la Constitución y del Derecho comunitario. Sólo es válida y por tanto aplicable, aquella ley que guarde conformidad con aquellos principios y contenidos, a los que el juez debe prioritaria sujeción. Toda norma legal que transgreda los contenidos constitucionales del Derecho Internacional de los derechos humanos o del Derecho comunitario, debe ser expulsada, inaplicable o interpretada conforme, según el caso.

Todo el positivismo se sustentó en el principio democrático representativo, acatar la ley que era la voluntad general. Hoy se entiende que por encima de la democracia representativa (formal) están los derechos humanos, de manera que ni aún la voluntad popular puede ir en contra de ellos. El juez es el protector de esos derechos, por tanto aún contra la mayoría y la voluntad popular. El debilitamiento de la ley se ha visto acelerado por la importancia

adquirida por fuentes internacionales y por los derechos humanos fundamentales que colocan al hombre en un plano superior a las leyes. Lo que también, ha traído como consecuencia, un incremento de la actividad creadora del juez.

La interpretación a partir de principios es siempre una interpretación progresiva. En la actualidad, quién nos da muestras de la veracidad de la afirmación, es la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales. Algunos, como la Suprema Corte de los Estados Unidos, le han dado vida permanente a una constitución que ya cuenta con más de doscientos años y que nadie llamaría vieja, caduca, porque tiene respuesta a las exigencias de los tiempos, gracias a una jurisprudencia principialista de la Suprema Corte. La estructura del principio supone un contenido axiológico, cuya concepción puede verse afectada por el tiempo, lo que permitirá a su intérprete, adaptar su contenido o área de influencia de tal manera que el valor o valores en él contenidos se vean realizados. Asimismo, es progresiva, porque el descubrimiento de nuevos principios es una labor siempre inacabada. Muchos de ellos van apareciendo, conforme hechos de la realidad nunca imaginados van develando su existencia, o el ingenio humano los va descubriendo. Pueden ocurrir progresos en la interpretación, provocados a partir de los principios existentes, tanto, porque se perfecciona su contenido lo que redundará en una mayor comprensión del sistema normativo; como porque, con el tiempo, puede cambiar la relevancia de los principios existentes, lo que genera un cambio en la concepción del ordenamiento e informa la nueva creación normativa, es quizá el ejemplo de lo que ha

venido sucediendo en los últimos veinte años con el principio de eficacia.⁴¹

Los principios deben ser usados por el juez dentro de una construcción técnica, metódica y no como simples referencias. La racionalidad de su utilización estará determinada por la conformidad del método con el objeto interpretado, y por la adecuación de los resultados con el objeto de análisis. Si algunos de los principios no guarda una intersubjetividad (acuerdo sobre su validez entre juristas o especialistas del Derecho), al menos debe guardar concordancia con aquellos que si gozan de ese prestigio. Todos los principios deben guardar conformidad con el orden jurídico, es esta regla, la que hace posible considerarlos como objetivos y la labor del juez como interpretativa, de lo contrario, estaríamos, ante creaciones subjetivas del juez, extrajurídicas, sin legitimación alguna en el orden jurídico y sin posibilidad de ejercer sobre ellas control de objetividad. Debido a ello, la interpretación, aunque creadora es una tarea vinculada.

La interpretación a partir de principios es siempre creativa, ya se haga a partir de las normas o de la institución jurídica, como sugiere GARCÍA DE ENTERRÍA: *“La apertura de la institución hacia la vida, por su conexión rigurosa con la experiencia de un círculo determinado de problemas; la presencia en su seno de valores superiores, cuya realización plena no es nunca alcanzable; la articulación siempre móvil entre las distintas instituciones según el grado de su distinto desarrollo o los cambios parciales introducidos en el sistema, que se prolongan a todo el conjunto; la*

*significación distinta que de un mismo y único problema puede resultar de una pluralidad de proyecciones desde otros tantos centros institucionales; la posibilidad de invención de nuevos principios por su casuística cada vez más apuradamente analizada, o por obra de la doctrina, hacen del pensamiento institucional algo necesariamente vivo y dinámico, en cuyo incesante fluir encuentra justamente su expresión la auténtica vida del Derecho. Intervenir activamente en ella es la pasión del verdadero jurista –y también su honor más seguro.”*⁴² Interpretar es encontrar el sentido inmanente de la norma. Sentido que se encuentra en conexión con otras normas, problemas o situaciones de la realidad que conforman una institución jurídica. Cada institución tiene su sentido propio y por ende sus principios. A su vez la institución forma parte de otra mayor o de una rama del conocimiento y ésta quizá de otra mayor. Todas ellas conectadas indisolublemente por su esencia, es decir, por los principios generales del derecho. Es esta la tarea del juez descubrirlos, interpretarlos y aplicarlos.

La interpretación a partir de principios supone la interpretación de toda norma, aun aquella cuyo tenor literal es claro y no ofrece dudas, por la sencilla razón, de que aun en esa hipótesis la norma se verá enriquecida a la luz de su interpretación con referencia al principio o principios que la informan. Por otra parte, puede que la norma no resulte conforme con los principios y que requiere una interpretación distinta a la que siempre ha recibido o se desprende de su literalidad, para que guarde coherencia con aquellos. Es evidente que han sido superados aquellos

⁴¹ Sobre el particular, puede consultarse la obra de ARIÑO ORTÍZ Gaspar; *Principios de Derecho Público Económico*, Granada, CONARES Editorial, 1999.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, op. cit. p. 69.

principios interpretativos del positivismo, que afirmaban que donde no había duda no se debía interpretar, o aquellas que consideraban que el juez tenía que limitarse a pronunciar la ley. “Como se ha visto, nunca un acto humano ni siquiera el más “integralmente” vinculado o predeterminado, puede sustraerse a su “necesidad (y responsabilidad) de ser libre”, o sea de ser, a un tiempo, acto de voluntad y de pensamiento...”⁴³ Queda claro que el acto del juez no es un acto mecánico, ni nunca lo ha sido, es un acto libre, cognitivo y voluntario, vinculado, esto es sujeto a ciertas reglas (de método y objeto), lo que es aplicable tanto al juez ordinario como al constitucional, porque entre ellos lo que hay es un diferente objeto de estudio, unas normas más abstractas, por tanto una diferencia de grados en esa actividad libre, cognitiva y voluntaria. De más está decir que también el juez ordinario interpreta la constitución y el Derecho internacional de los Derechos Humanos y Comunitario y está obligado a hacerlo. La única manera de integrar esas normas de contenido amplio, y de concretar esos conceptos jurídicos indeterminados, o el contenido de los principios, es mediante una interpretación creadora, inspirada en los fines, principios y valores de todo el ordenamiento.

6- Poderes en la determinación del contenido del principio y del ordenamiento.

Los jueces encuentran en este punto uno de los espacios de mayor amplitud para el ejercicio de su capacidad creadora. Determinar el contenido de los fines, los valores, los principios o los derechos fundamentales, es siempre una actividad creadora. Nadie niega que esa tarea

se encuentra vinculada, pero que en ella, el juez goza de amplia discrecionalidad. Cada una de esas figuras tiene un contenido vago o indeterminado, pero determinable conforme al Derecho.

7- Poderes creadores del juez en la valoración de los efectos de sus sentencias.

Son innegables los efectos políticos, económicos o sociales de las sentencias, especialmente de los Tribunales Constitucionales. En no pocas ocasiones sus sentencias representan la victoria política, por medios jurídicos, de agrupaciones partidarias. Los perdedores suelen levantar la voz, desde sus plataformas políticas, contra los Tribunales Constitucionales. En otras ocasiones, es el Estado quién sufre el coste financiero, las imprevisiones presupuestarias y hasta las consecuencias macroeconómicas negativas derivadas de los efectos económicos de las sentencias constitucionales. No menos serías son aquellas que tienen fuertes repercusiones en el entramado social, provocando polémica y división de opiniones respecto del fallo (en este sentido, en otros países, se han dictado sentencias relativas a la admisión del aborto o del matrimonio entre personas del mismo sexo).

Debemos hacernos esta pregunta ¿deben los jueces valorar en todos los casos los posibles efectos de sus sentencias, a efectos de moderar sus fallos? ¿De no ser así, en qué casos deben considerar sus efectos y en cuáles no?

El consecuencialismo jurídico (resolver considerando las consecuencias o efectos de las sentencias) supone introducir criterios

utilitaristas en el fallo. Atender a los posibles efectos de las decisiones judiciales, sugiere que el juez en cada decisión estará buscando la mayor satisfacción para el mayor número posible de personas, o en su defecto, el menor mal posible para el menor número de ellas. Estos criterios, aunque tienen cabida en el Derecho, podrían estar introduciendo cierta primacía a factores externos frente a los internos del orden jurídico. En esta hipótesis, el juez estaría transgrediendo su deber de imparcialidad, objetividad y de sometimiento al Derecho (salvo claro, que el ordenamiento reconociera este principio).

Por el contrario, desde la perspectiva jurídica debe el juez atender la integridad del Derecho, primar aquellos principios, valores, derechos, fines y garantías contenidas en el mismo.⁴⁴ Esta es la idea que informa los derechos fundamentales. Los jueces deben aplicarlos, aun contra las mayorías. El derecho de uno prevalece aunque las mayorías se opongan a reconocérselo. Si atendemos a los posibles efectos del fallo y a fines utilitaristas, estaríamos relativizando los derechos fundamentales y dejando sin protección a las minorías frente a las mayorías. En eso consiste su valor normativo.

En virtud de lo anterior, el juez debe abocarse a la tarea de aplicar el Derecho con la mayor fidelidad posible. Los derechos fundamentales, los principios jurídicos y las garantías a favor de los derechos se levantan como límites contra la posibilidad de que el juez resuelva atendiendo únicamente o con primacía a los efectos de sus sentencias. Sin embargo, dicho esto, hemos de reconocer que los posibles

efectos de las decisiones judiciales no son ajenos al Derecho. Siempre dentro de los fines del Derecho, este le permite al juez que para el mejor cumplimiento y satisfacción de lo que el ordenamiento prescribe, modere los efectos jurídicos de sus sentencias. Estas valoraciones son legítimas cuando guardan coherencia y conformidad con el contenido del sistema jurídico, esto es, que no contradigan los principios y derechos fundamentales del ordenamiento, independientemente de que se produzcan como consecuencia de una discrecionalidad judicial, una disposición clara del ordenamiento o por la existencia de una laguna en el orden jurídico.

Un clásico ejemplo, lo constituyen la obligación que tienen los jueces constitucionales de moderar los efectos retroactivos de sus sentencias declarativas y anulatorias de normas o leyes inconstitucionalidad. En particular, la medida es pertinente debido a los efectos retroactivos (ex tunc) y erga omnes de los fallos de los tribunales constitucionales. En este sentido, el artículo 91, párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica establece: “La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.” Esta norma le ha permitido a la Sala Constitucional, salvaguardar en esos supuestos, los derechos adquiridos de buena fe al amparo de la norma o ley declarada inconstitucional, así como actuar de legislador positivo, poniendo en vigencia leyes antes derogadas, o redactando

43 CAPPELLETTI Mauro. *Proceso, ideología, sociedad*, Ediciones Jurídicas- Europa América, Buenos Aires, 1974, p. 422-423.

44 “La consistencia exige que por muy deseable que sea cierta decisión desde el punto de vista consecuencialista, no debe ser adoptada si contradice alguna norma válida y vinculante del sistema” RODRÍGUEZ- TOUBES MUÑÍZ Francisco Javier; *Valores superiores e interpretación constitucional*, op. cit. p. 107.

en su lugar la nueva norma, con la finalidad de no afectar la seguridad jurídica y proteger adecuadamente los derechos fundamentales.

8- Poderes creadores del juez derivados de su tarea armonizadora y de jerarquización de los principios jurídicos.

Resuelta la identificación y la pertinencia del principio, el juez se aboca a la resolución del caso mediante la aplicación de aquellos principios, ya sea interpretando la norma aplicable, o bien, aplicándolos directamente al caso concreto. Sin embargo, antes de la aplicación de los principios, el juez debe en aquellos supuestos en que dos o más principios resultan pertinentes, procurar armonizarlos o jerarquizarlos según el caso.

Esta tarea, supone una labor creadora, discrecional, mediante la cual el juez determina la correcta aplicación del principio, valora el grado de influencia sobre las normas, situaciones jurídicas y hechos que resuelve. Este momento encierra una elección cuidadosa del juez, a él le corresponde sopesar entre valores o bienes jurídicos, entre contenidos o áreas de influencia de los principios, entre jerarquías que generalmente no están del todo claras. En los supuestos de armonización de principios, el juez debe velar porque ninguno quede vacío de contenido. En el caso de jerarquización se aplica aquel que resulte especial para el caso, pero siempre que su aplicación guarde conformidad con el principio general.

En caso de conflicto entre regla y principio, los que privilegian la seguridad jurídica le asignan un valor prima facie de validez a la regla. En nuestro caso, que privilegiamos el valor justicia, sin que, como ya lo hemos

expuesto, eso signifique descuido alguno de la seguridad jurídica, postulamos la primacía del principio sobre la norma. Al contrario, en el primer supuesto, se parte de la presunción de conformidad de la regla con el principio, por eso, la carga de la prueba en caso de oposición entre ambos corresponde al que argumenta la supremacía del principio. En la segunda hipótesis, la conformidad de la regla con el principio debe demostrarse, si se quiere aplicar también ésta. En todos los casos, si la norma no soporta el examen a la luz del principio, se inaplica (en los términos expuestos supra), se interpreta conforme o se anula según las competencias que para ello tenga el juez. Esta potestad de velar por la supremacía de los principios jurídicos amplía de una manera importante los poderes creadores del juez.

En conclusión, los poderes creadores del juez en el Derecho se revelan con especial profundidad y agudeza en la interpretación a partir de principios. En ella el juez asume un papel inevitable, pero también, necesariamente creador. Mediante la utilización de este canon metodológico, el juez delimita el contenido y alcance material del Derecho. Con su interpretación, supera la apariencia de las normas jurídicas, traspasa el velo que oculta su contenido y esencia, devela el lado oculto de la norma y del sistema, lo que no aparece a simple vista, lo que no se deduce de la literalidad del artículo. Siguiendo este camino descubre la sólida estructura sobre la que reposa y se sostiene el ordenamiento jurídico como un todo. Descubrir un principio jurídico no es únicamente producto de la aplicación de un método. No es posible escarbar las profundidades del orden jurídico sin ingenio. En efecto, esa tarea creadora es posible, gracias en primer lugar al ingenio humano y en segundo, al uso o aplicación correcta de

un método. Esa labor creadora trae aparejado un mayor margen de discrecionalidad judicial, en parte, porque la labor de identificar los principios alcanza cierto grado de dificultad y exige en no pocas veces un agudo sentido jurídico (sentido hiperlógico o sentido común aplicado al Derecho), aunado al manejo de una exquisita técnica, y donde además, tanto el proceso de “construcción” o descubrimiento del principio, como el principio mismo, son tan solo susceptibles de discusión racional. El juez tiene pues, una tarea creadora pero dicha tarea se encuentra vinculada al texto, entiéndase al sistema, no debemos olvidar que el juez legitima sus decisiones en la racionalidad de la argumentación jurídica expresada en sus sentencias y en la conformidad de éstas con el Derecho mismo.

Es cierto que los poderes de los jueces son legítimos, en tanto su ejercicio guarde conexión con el contenido material del orden jurídico. Su actividad creadora dista mucho de ser arbitraria. Sólo será racional, si su interpretación y aplicación soporta el control objetivo.

En el estado actual del Derecho, nos parece, que la tendencia se orienta a fijarle al juez y en general al intérprete del Derecho, los grandes límites, más que hacer de él “la boca que pronuncia la ley”.

“...parece existir acuerdo casi unánime en los intentos metodológicos más modernos en que el objetivo final de la metodología jurídica consiste en eliminar la arbitrariedad de la práctica

*jurídica y conseguir el mayor grado posible de racionalidad de la misma.”*⁴⁵

En virtud de lo anterior, los jueces deben observar algunos límites que determinan la racionalidad o en su defecto, la arbitrariedad de sus decisiones. Los jueces constitucionales por la naturaleza del Derecho que aplican y de los poderes de que gozan; y los ordinarios, en tanto que también tienen como parámetro de interpretación y aplicación la Constitución, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Comunitario (en el caso español), lo que, como ya se ha dicho, incrementa ampliamente sus poderes y sus facultades creadoras, deben sujetarse al menos a las siguientes reglas, en el ejercicio de aquellos poderes y de estas facultades:⁴⁶

- 1- Sus motivaciones siempre deben guardar conexión con los principios del ordenamiento jurídico. Cuanto menor sea la conexión objetiva, más importancia cobran las cualidades subjetivas del juez, es en ese momento que debe hacer brillar, su templanza, su humildad y autocontrol, pero también su sentido común.
- 2- El juez debe resolver echando mano a las armas metodológicas de la Ciencia Jurídica, por más amplios, imprecisos y carentes de sistematización que estos sean. No debe, en principio, acudir a su tarea interpretativa armado de criterios metodológicos extrajurídicos (sociológicos, políticos, económicos), salvo cuando claramente se puedan instrumentalizar a los propiamente jurídi-

⁴⁵ GARCÍA AMADO Juan Antonio; *Teorías de la Tópica Jurídica*. Madrid, I edición, CIVITAS, 1991, p. 291.
⁴⁶ Sobre el particular véase a DÍAZ REVORIO Francisco Javier; *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 489.

cos; a pesar de la naturaleza política, económica o sociológica de la cuestión que se resuelve. Mucho menos, debe ir inspirado en convicciones o valoraciones ajenas al ordenamiento. La legitimación de sus respuestas está en la conformidad de éstas con el ordenamiento, en particular con su estructura de principios.

- 3- El Tribunal debe, en principio, respetar sus decisiones anteriores, de forma que, mediante la interpretación de los principios y valores fundamentales va creando una serie de precedentes que disminuyen su discrecionalidad, ya que para apartarse de ellos se requiere una especial fundamentación añadida.⁴⁷
- 4- El juez tomará en cuenta las consecuencias de sus fallos y por tanto la popularidad o no de éstos, sólo en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico lo permita, o su creación, sea necesaria para integrar el orden jurídico lagunoso. Finalmente, cuando valore la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones legislativas, debe respetar el pluralismo, esto es, debe controlar que la decisión elegida por el Legislador es al menos una de las coherentes con el orden jurídico y su estructura de principios, aunque no sea la más idónea de entre todas las posibles.

V)- Perfil del juez creador en el marco del estado constitucional de derecho.

En los albores del tercer milenio, nadie se atreve a negar la labor creadora del juez, aunque, como ya quedó estudiado, todavía se discute su legitimidad y aun no hay acuerdo sobre sus alcances y límites. Durante las postrimerías del siglo XIX y durante el siglo XX hemos visto acrecentarse el activismo judicial. El Derecho como ciencia y como sistema de principios, valores y derechos ha sido construido, en mayor medida por los jueces. Los juristas hemos sido testigos de sus grandes aciertos y también de sus yerros. La aventura, sin embargo, arroja resultados positivos. El juez ya, desde hace tiempo, no es la “boca que pronuncia la ley” como un “ser inanimado”, es por el contrario, quién le da el soplo de vida, es quién descubre su espíritu, su sentido inmanente, quién la hace eficaz y además, quién la hace comprensible al ciudadano.⁴⁸

No tiene igual perfil el juez de la legalidad formal, el que en su sus sentencias cita y funda sus fallos en los artículos de la codificación existente, que aquel, que trasciende su literalidad, para descubrir su contenido, para

descubrir, más allá del “velo” la verdad jurídica, los principios, los valores, las garantías, fines y derechos, que como un tesoro, están allí, reservados sólo para aquellos que creen en ellos que tienen la valentía, la disciplina, el conocimiento, la perseverancia y la prudencia para descubrirlos. Es la diferencia entre sentencias cuya vida se agota en el caso concreto y sentencias que lo trascienden y se erigen como columnas del Derecho como ordenamiento y de la sociedad como sistema de vida; es la misma diferencia que hay entre el casuismo jurisprudencial y las sentencias de principio; es la diferencia entre el juez cuya mirada no supera el entramado normativo y aquel, con gran alcance de miras, que trasciende el horizonte de la literalidad. Los tesoros no suelen encontrarse en la superficie y sólo están disponibles para aquellos que con conocimiento y con las herramientas correctas escarban para encontrarlos.

Esa fue la tarea realizada por los pretores romanos, el Derecho privado se construyó edificándolo en cimientos y columnas de principios, que hicieron posible que todavía hoy, su obra siga viva, trascendiendo el crisol de los siglos. Que decir, del Derecho administrativo, obra del Consejo de Estado francés mediante una jurisprudencia principialista, separándose del Derecho civil y sus principios e instrumentalizándolos cuando al interés general convenía, su obra, siempre inacabada, pero perenne, es un faro de luz que busca emuladores. Así como no existió Derecho Administrativo, ni estado legal de Derecho sin una justicia administrativa que lo hiciera eficaz y le sirviera de garantía, tampoco existiría Derecho constitucional, ni Estado Constitucional de Derecho sin una justicia constitucional que lo hiciera posible, nuevamente, son los jueces quienes

superando la literalidad del texto, hurgando muchas veces a falta de norma, en las convicciones sociales, en su historia, pero con la mirada puesta en su futuro, extrae los principios rectores, decisiones fundamentales que delimitarán los límites al ejercicio del poder, el ámbito válido dónde se pueden mover lícitamente los poderes públicos, sin afectar las libertades de las personas. Ese fue el caso del Juez Marshall y de la sentencia en el caso Marbury vs Madison. Allí nació el control constitucional de las leyes y el valor normativo de la Constitución, antes, sólo era un papelillo. En sus faenas han entrado otros, procurando siempre, aportar su grano de arena, para perfeccionar un edificio del que todavía no se vislumbra su fin. Que decir, del juez comunitario, del juez del Derecho Internacional y en particular del Derecho Internacional de los derechos humanos, que sobre una jurisprudencia a partir de principios han contribuido a una mayor justicia y en general, al mayor bienestar humano. Son todos una gran nube de testigos, que exigen de sus relevos en la historia, llevar más allá lo que ya ellos empezaron.

Sí, los poderes del juez se han incrementado pero también su responsabilidad. Entre más libertad, mayor responsabilidad correlativa, mayor prudencia, mayor autocontrol, en esto reside su grandeza y también su tragedia, como bien lo señalaba el juez PIZA ESCALANTE:

“La grandeza y también la tragedia de los Tribunales constitucionales consiste precisamente en que su único límite es la propia disciplina de sus jueces, disciplina que le enseña a ser humildes frente al ejercicio legítimo de los poderes ordinarios, especialmente del legislador, y les induce a la consiguiente “auto limitación” –el self restrand de

47 En este sentido, el Tribunal Constitucional español mediante sentencia 201/1991, de 28 de octubre, expresa: “los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes, siempre que lo hagan en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica dotada de vocación para ser aplicada en casos futuros y no como cambio inadvertido por el órgano judicial o que sea fruto de voluntarismo selectivo frente a supuestos anteriores resueltos de modo diverso.” Sobre el cambio de precedente y la obligación de una especial motivación, para que permita el control y fiscalización sobre la racionalidad y objetividad (no tanto sobre la verdad) del fallo, puede verse; GASCON ABELLÁN Marina; La técnica del precedente y la argumentación racional; TECNOS, Madrid, 1993.

48 “los resultados de las más modernas concepciones del pensamiento, las cuales en el acto (todo acto) del hombre, ven y subrayan no ya la estructura mecánica y la determinación (amoral), sino el momento libre, dinámico, creador e imprevisible de la “elección”. Esa elección encuentra en sí misma, en su propio manifestarse como necesaria renuncia (elección de una cosa entre varias), y psicológicamente como inquietud. Como incertidumbre y como angustia, la medida y la conciencia de su propia libertad, y por consiguiente de la responsabilidad de quién la lleva a efecto.” CAPPELLETTI Mauro. Proceso, ideología y sociedad; op. cit. p. 419-420.

*los norteamericanos— a que aquella humildad naturalmente les conduce.*⁴⁹

El juez constitucional actúa toda la constitución, no hay normas excluidas de su competencia, por tanto actúa tanto las normas, como los valores en ella reconocidos y los principios en ella contenidos. Claro que las normas constitucionales o aquellas en la legislación ordinaria que contienen conceptos jurídicos indeterminados, fines o valores constriñen menos al intérprete, quien en virtud de ellas, tiene mayor libertad de interpretación, por tanto mayor responsabilidad. Como estas normas abundan en el orden constitucional, la responsabilidad de los jueces constitucionales se incrementa paralelamente a su libertad. Situación en la que también se encuentran los jueces ordinarios, dado que como hemos visto, han incrementado su discrecionalidad con la obligada aplicación del Derecho Constitucional, del Comunitario y del Derecho de los derechos humanos.

El juez en su labor interpretadora se debate entre dos valores esenciales, polos opuestos pero reconciliables de su trabajo: la seguridad y la justicia. La seguridad se ve satisfecha en mayor medida por la literalidad, por el apego del juez a la apariencia de la norma y a cánones hermenéuticos como la interpretación literal o la voluntad del legislador. Mientras, que la justicia suele satisfacerse en mayor medida mediante una labor creadora del juez, mediante la cual corta hasta encontrar la sabia que informa el enramado del Derecho Positivo. Para ello,

requiere cánones, reglas o métodos diferentes. Requiere echar mano a herramientas como la interpretación teleológica, la interpretación a partir de principios, la jurisprudencia de intereses o de la jurisprudencia de valores (interpretación axiológica). Todas ellas arriesgan en seguridad porque acrecientan los poderes discrecionales del juez, pero tienden a satisfacer mejor la justicia. El equilibrio entre ambos, y en especial, que nunca se traspase el límite de la arbitrariedad y se mantenga en los cauces de la racionalidad, es el deber de todo juez.

En virtud de lo anterior, la interpretación plantea otro conflicto: entre la sujeción del juez al Derecho y su conciencia como juez, a la que como ser humano no puede renunciar. De dos cosas debemos estar seguros: que el juez nunca debe (ni puede) ser un autómatas y de que no traspase los límites de la racionalidad jurídica. Este conflicto pone a prueba la templanza del juez. La interpretación jurídica está lejos de ser una actividad lógica, es también y sobre todo axiológica, pero a pesar de la discrecionalidad interpretativa, está muy distante de ser una actividad arbitraria, es una actividad racional y por tanto, controlable con apego a ciertos parámetros.⁵⁰

Los jueces —especialmente pero no exclusivamente los constitucionales- no sólo deben cumplir los requisitos de capacidad técnica exigibles per sé, sino que, dada la misión de creadores del Derecho, deben además tener una calificación especial, una

visión sistemática del orden jurídico, un celo por la justicia material, por la “ideología” de la Constitución, entendida ésta, no como una ideología partidaria, sino como el plexo de valores, derechos y principios contenidos por el Derecho de la Constitución. Debe tener la virtud de leer la Constitución a la luz de su tiempo, pero, dictando sentencias de principio, que informen no sólo los hechos presentes, sino que lleven la impronta de la solución de situaciones futuras. Estos requisitos debe llenarlos con mayor razón, los jueces constitucionales y aquellos de la jurisdicción ordinaria que se encuentran en la cúspide, competentes para resolver las apelaciones, casación o revisión, es decir, aquellos responsables de controlar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho.

Hoy día, “el éxito de la justicia es inversamente proporcional al descrédito que afecta a las instituciones políticas clásicas”.⁵¹ La justicia suele ser el lugar donde se discute y resuelven los cuestionamientos al político y las cuestiones políticas. Muchas de las disputas de los partidos políticos, o de la fracciones parlamentarias, o en su caso, de éstas o de los grupos de presión con el Gobierno, se resuelven en los tribunales de justicia, especialmente en los tribunales constitucionales, ante la incapacidad para encontrar una solución por los cauces políticos o institucionales. Si bien, como hemos admitido, los jueces cumplen una labor política, mediante el ejercicio de la función de control y mediante la colaboración con el buen funcionamiento del Estado y con la participación en las decisiones fundamentales de éste, también es cierto, que nunca podría pensarse en un “gobierno de los jueces”, por la naturaleza de su función (objetiva y sujeta

a parámetros jurídicos, esto es objetivos), por el hecho de que los asuntos le llegan aisladamente y sujeta a la iniciativa de las partes (salvo la materia penal que es de oficio). Por las razones antes apuntadas, los jueces nunca podrían plantearse el desarrollo de una política integral, planificada y subjetiva.

La interpretación constitucional es jurídica y sujeta a parámetros jurídicos, aunque se le reconozcan efectos políticos. En realidad, cuando el juez garantiza la norma suprema y su ideología (plexo de valores, derechos y principios constitucionales), gradúa y delimita, conforme a ella, las competencias de los órganos constitucionales, resuelve sus conflictos de competencia, demarca el espacio jurídico válido en el cual se pueden mover lícitamente los poderes públicos y garantiza un ámbito de libertad del ciudadano. Cuando pondera valores o armoniza principios, cuando privilegia un valor o principio sobre otro, cuando realiza interpretaciones extensivas o restrictivas de los derechos fundamentales, reconoce derechos, o desarrolla la Constitución, colma lagunas, concretiza valores, etc, realiza una tarea fundamental del Estado, toma decisiones fundamentales, que repercuten directamente en las decisiones políticas y en la organización y vida social, de aquí la necesidad de que sus fallos ofrezcan respuestas sistemáticas, equilibradas a la luz de la Constitución, prudentes y conservadoras a veces, arriesgadas y progresistas en otras. La Constitución dice lo que el juez constitucional dice que dice, de allí la necesidad de que el juez sea prudente en el ejercicio de ese grande poder, que no conoce otro control superior más que su propio autocontrol (subjetivo). Es decir, las grandes conquistas objetivas (garantías

49 PIZA ESCALANTE Rodolfo; Los Valores en la Interpretación constitucional, op. cit, p.115-116.
50 “El juez y esto es lo que hace tan complicada la labor judicial, está obligado a equilibrar los principios de la lógica con la estimativa, la forma racional y el contenido axiológico, y no puede prescindir o inclinarse excesivamente por ninguno de ellos, si pretende alcanzar la serena imparcialidad en la cual radica la verdadera grandeza de su función.”
FIX-ZAMUDIO Héctor, Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional. En la Jurisdicción constitucional; Editorial JURICENTRO, San José, 1993, p. 98.

51 GARAPÓN Antoine. Juez y democracia; Editorial Flor del Viento, 1997, p. 41.

jurídicas) contenidas en el Derecho, están en manos y reposan sobre las cualidades subjetivas de los jueces constitucionales. En efecto, en la realidad, el mayor límite al poder del juez constitucional, reside en su humildad, en la grandeza de espíritu, en la templanza, en la prudencia, en la valentía y a la vez en el respeto a las instituciones.

Es cierto, que el juez constitucional en “*su papel de control supremo del Estado y de operador de una Constitución - instrumento de Gobierno- le obliga a meditar y ponderar cuidadosamente las secuelas de sus pronunciamientos, máxime si ellos tienen efectos vinculantes erga omnes*”⁵², como es el caso de los constitucionales. Sin embargo, la valoración de los posibles efectos de sus fallos nunca debe ser razón suficiente para dejar de aplicar los principios, derechos y normas constitucionales. Es decir, el juez está vinculado por el Derecho de la Constitución y, como ha quedado dicho, sólo puede admitirse esta consideración consecuencialista y utilitarista a falta de regla clara y a condición, de que el fallo sea conforme con el plexo de valores, principios y normas contenidos en la Constitución.

Del juez en general y del constitucional en particular se exige que sea un defensor de la ideología de la Constitución. Nunca la de un partido político. Los partidos políticos tienen en el Parlamento y en el Ejecutivo suficientes defensores de sus ideologías, las que también deben encontrar protección dentro del marco plural de la constitución, es decir, los políticos pueden querer lo que la Constitución les permite querer y no pueden ir en contra de

ella (salvo mediante la convocatoria del poder constituyente), para llevar adelante su política. El juez que se vista con la camisa partidaria desnaturaliza la función de juez y fracasa en el importante papel encomendado.

Un juez debe aspirar a que el ordenamiento en general y el Derecho de la Constitución en particular, pase de ser simple papel a convertirse en una realidad, como lo hizo el juez Marshall. Antes de él, la Constitución de los Estados Unidos era un papel, después de él, tenía valor normativo, era eficaz. En efecto, la eficacia del Derecho está en manos de los jueces. Son éstos los llamados a garantizar la efectividad del Estado de Derecho constitucional, a velar por una legalidad sustancial, y por la primacía de los derechos fundamentales. Para ello, debe convertir su estrado en un poder frente al poder.

El juez en general y el constitucional en particular debe tener la habilidad y capacidad de leer los tiempos y anticiparse a ellos. “La grandeza del juez Shaw – nos dice SCHWARTZ BERNARD- reside en su sentido del futuro por el que preveía las necesidades que habrían de surgir, para fijar los principios jurídicos que habrían de darles respuesta.”⁵³ Sus sentencias son de principio, entiendo por éstas, aquellas sentencias que se fundan en principios, que tienen por vocación trascender el caso concreto para el que surgen, que serán el principio jurisprudencial del futuro, porque están llamadas a resolver de forma igual todos aquellos casos similares.

Muchas veces, para ello, el juez de los principios, tiene que sufrir por el rechazo de

sus opiniones por las mayorías en el seno de su tribunal. No debemos olvidar que los votos salvados de hoy, son las sentencias de mayoría del mañana, siempre que, sus votos particulares, tengan por contenido el descubrimiento, la aplicación armónica, o la intuición de la prevalencia en el tiempo de ciertos principios sobre otros. En la historia norteamericana, al juez Holmes se le reconoce la labor de profeta, fue quién con sus votos particulares anticipó el futuro.⁵⁴

El juez debe tener la habilidad de elevarse al “cielo” de los principios y hacerlos realidad en la tierra, en la vida cotidiana del hombre. Un juez práctico no podrá levantarse sobre sus pies, siempre apegados a las normas, a los casos concretos. Un juez teórico, siempre estará volando en los aires sin posibilidad alguna de hacer realidad los valores, principios y libertades constitucionales. Tiene que tener la riqueza teórica para fundar sus fallos, pero sobre todo la habilidad de concretar y conectar lo general con lo particular (el caso concreto, la norma, el hecho), y a la vez, la capacidad de inducir de lo particular (la norma, la figura, el instituto jurídico) el principio general.

Un juez, cualquier juez, necesita celo por el Derecho, por sus principios, por su sentido material de justicia. La obra del juez son sus sentencias. Con ellas colabora en la construcción de un edificio jurídico llamado Estado social y democrático de Derecho, o ayuda a destruirlo. Debe tener la aspiración que sus sentencias sean seguidas. El tribunal es un templo donde quién entra requiere tener devoción por la justicia. Sus sentencias deben tener la vocación de trascender las fronteras

del tiempo. Las prerrogativas, poderes, y facultades del juez siempre serán mejores si están en mejores manos. Tiene el deber de ejercitar hasta el máximo el poder de juzgar y por ende, la ley, la constitución. El pueblo soberano que lo tiene allí en una función constitucional, lo demanda. Debe aprovechar la ocasión para transformar el Derecho a partir de los principios jurídicos.

Los jueces son la mejor garantía de que las leyes y la constitución o los principios sean vinculantes o simplemente meras promesas, fórmulas retóricas, sin eficacia, ni contenido, alejadas de la realidad. Para lograr ese cometido, es razonable que excepcionalmente sustituya a la Administración y al legislador, pero sólo excepcionalmente, en ejercicio de labores de control y en aras de hacer efectivo el respeto a los derechos humanos en los que aquellos también encuentran legitimidad y razón de ser.

Sus sentencias tienen principalmente una finalidad práctica: resolver conflictos jurídicos; cómo lo ha destacado repetidamente la Corte Suprema de los Estados Unidos, desde “Martín vs Hunter” (1816). Esto implica que las decisiones del juez en general ni del constitucional en particular, tienen por qué tener los alcances de la literatura jurídica, a pesar de la función docente que también suelen tener sus fallos.⁵⁵ El juez tiene la obligación de poner en sencillo lo difícil, hacerlo comprensible para el justiciable quién ha de cumplir lo resuelto. Sin embargo, las motivaciones en las que funda su sentencia deben quedar lo suficientemente explicitadas, sólo por medio de ellas es posible controlar la conformidad

52 SAGUÉS Nestor Pedro. *La interpretación constitucional instrumento y límite del juez constitucional. En La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*; San José, Costa Rica, EUNED, 1996, p. 8.

53 SCHWARTZ Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Madrid, CIVITAS, 1990, p. 53.

54 SCHWARTZ Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, op.cit, p. 56.

55 Sobre el particular, puede verse SAGUÉS Néstor Pedro *La interpretación constitucional instrumento y límite del juez constitucional, La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*, EUNED, San José, 1996, p. 5

de sus fallos con el Derecho, la legitimidad de los principios presupuestos, la validez de los descubiertos, de la jerarquía alegada y de la armonización realizada. No olvidemos, que la legitimidad democrática de sus actuaciones se encuentra en la conformidad de sus acciones en el ejercicio de sus competencias, con el Derecho y su sentido material.

El juez en general y el constitucional en particular, no pueden lícitamente proponerse otros fines, valores y principios que no sean los del Derecho como tal y de la constitución en especial. Si algo distingue la función jurisdiccional de cualquier otra (legislativa, política en sentido estricto), es su imparcialidad y objetividad. En efecto, en virtud de la imparcialidad el juez no debe involucrarse en el conflicto a él sometido, a favor de ninguna de las partes. En virtud de la objetividad, debe hacerlo con total apego al Derecho, tanto formal como material. La sujeción al Derecho es un corolario de la exigencia de objetividad. Los valores, principios, garantías y derechos que el juez debe querer son aquellos protegidos y reconocidos por el ordenamiento jurídico; es cierto, que como hemos señalado, el juez es un ser humano y está inmerso en la sociedad a la que juzga, pero como también hemos expresado, la grandeza de su obra está en que se pueda abstraer de esa realidad y verla desde afuera con el prisma del

Derecho, al tiempo que examina éste a la luz de la realidad, para adaptarlo, en la medida de lo posible al tiempo en el que juzga. *“Es curioso que en sus propias limitaciones estribe la dignidad y grandeza de su obra”*⁵⁶.

Hoy, no se busca un juez mecánico, ni mucho menos lógico, la misma subsunción se sabe que tiene su momento de valoración en el escogimiento de la premisas y que al final, el resultado es sólo una reafirmación de la premisa mayor, de manera que aquella selección y valoración condiciona el resultado; tampoco se busca el juez activista sin limitación alguna, al estilo de lo que propugnaba la Escuela del Derecho Libre. Por el contrario, se admite la ineludible creación judicial, y la poca rigurosidad científica del Derecho, por tanto, lo que se busca es al menos una argumentación racional, con fundamento en el orden o sistema jurídico, éste orden, si cumple ciertas exigencias mínimas, se convierte en parámetro de racionalidad (FERRAJOLI),⁵⁷ Es decir, el razonamiento del juez y por ende, su motivación debe girar alrededor de todo el sistema, de las derechos fundamentales y porque no adelantarlos, de sus principios que son las auténticas garantías de aquellos derechos, del espacio reservado al actuar de las personas sin injerencia pública, límites al poder y columnas sobre las que reposa el Estado de Derecho. El juez está obligado a

la objetividad y a la abdicación valorativa,⁵⁸ es decir, no puede anteponer sus propios valores (política jurídica) a los contenidos en el sistema, debe, por tanto, sujeción a la ley y al Derecho; su razonamiento debe fundarse en el contenido y esencia del orden jurídico. De la racionalidad y objetividad de su razonamiento deriva su legitimidad, incluso su legitimidad democrática. Lo importante, es que sus decisiones resistan el control de los juristas una vez que han sido cotejadas con el sistema jurídico y con la realidad que aquel resuelve y este regula⁵⁹. En virtud de los principios de objetividad, imparcialidad y neutralidad axiológica, el juez se abstiene de aplicar sus propios valores (salvo cuando coinciden con los del ordenamiento) para aplicar los del sistema jurídico. No se trata entonces de una creación jurisprudencial libre, sino vinculada (GARCIA DE ENTERRIA), sujeta a parámetros jurídicos y susceptible de comprobación positiva⁶⁰. El juez tiene una obligación de neutralidad, o dicho de otra forma de objetividad.

Esa exigencia de objetividad y de racionalidad en sus decisiones se desprende del mismo

artículo 3.1 del Código Civil español y 10 del costarricense. En efecto, la objetividad se infiere en la medida que obliga al juez a buscar el sentido o “espíritu” del orden jurídico, por tanto, no fuera de él. La construcción teórica del juez debe soportar la comprobación de su adecuación a ese orden jurídico. La racionalidad, por el contrario, se desprende de las reglas que el legislador sugiere para que el juez realice la tarea interpretativa. Hoy se sabe, que la racionalidad de todo razonamiento estriba en que se haga siguiendo un método o conjunto de reglas preestablecidas. El juez debe acudir a su tarea creadora armado de una serie de categorías metodológicas, por cierto novedosas, que le permitan descubrir aquel espíritu sin salirse de la racionalidad debida.

El deber de los jueces es resolver apegados al Derecho, cualquiera que sea la concepción amplia o restringida que de él se tenga, no el de actuar como un político procurando el interés general con los medios a su alcance. La decisión judicial ha de reposar en la convicción del juez de que está actuando conforme a Derecho y nunca inspirado en fines sociales

56 PIZA ESCLANTE Rodolfo. Los valores en la interpretación constitucional, en La jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, EUNED, San José, p. 106.

57 “...más allá de la heterogeneidad y de la ambivalencia de sus presupuestos teóricos y filosóficos, es cierto que los principios mencionados, tal y como se han consolidado en las constituciones y las codificaciones modernas, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario. La unitariedad del sistema, ...depende a mi modo de ver del hecho de que los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad.” FERRAJOLI Luigi; Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Valladolid, TROTTA, tercera edición, 1998, p. 34.

58 Sobre el particular se puede consultar a: CALSAMIGLIA Alberto, Introducción a la Ciencia Jurídica, Barcelona, ARIEL, tercera edición, 1990, páginas de la 93 a la 126. También, críticas al ideal de imparcialidad del juez y de abdicación valorativa las encontramos en FERRAJOLI Luigi, Derecho y Razón, op. cit. pág. 56.

59 “Los términos legales señalan sólo un marco, más o menos amplia, dentro del que la decisión ha de recaer, es la suya una función meramente limitativa. Aun cuando se respete la ley, ésta deja siempre un margen de libre decisión, por la necesidad de que sea interpretada, por la existencia de las lagunas, por la selección y calificación de los hechos que se enjuician, etc. Lo que se quiere evitar es la presencia de la arbitrariedad en esos momentos en que las valoraciones de las que decide son dirimientes. Como explican AARNIO, ALEX Y y PECZENIK, se parte del entendimiento de que no es de hecho posible ningún procedimiento de producción estatal del Derecho que pueda brindar en todo momento a los sometidos al Derecho y a los encargados de aplicarlo reglas capaces de resolver cada cuestión jurídica, de modo que a partir de tales reglas se pueda fundamentar como irrefutable una decisión. La existencia de casos en los que, conforme a un mismo material normativo, cabe distintas decisiones, justificaría la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica, apta para colmar esta laguna en la racionalidad de la práctica jurídica. Como dice HASSEMER, con la teoría de la argumentación jurídica se trata de lograr “una teoría que fundamente, justifique y limite el proceder argumentativo de la praxis.” GARCÍA AMADO Juan Antonio; Teorías de la tópic jurídica; op cit, p. 313-315.

60 “...toda la polémica actual sobre la base de los fundamentos y el alcance de la judicial review sobre las leyes es, justamente, la polémica sobre los límites del poder del juez y es uniforme la aceptación de su poder creador, aunque siempre sobre el punto de partida del texto constitucional o de sus valores fundamentales, naturalmente y no en su contra.” GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho, Madrid, CIVITAS, primera edición, 1986, p. 97.

extranormativos, o que estándolo, refleje su compromiso con otros intereses que no sean el celo por el Derecho, cuando este cumple los requisitos mínimos exigidos por una sociedad democrática y justa.

El juez, a diferencia del intelectual, no puede elegir el problema que desea estudiar (salvo contadas excepciones -certiorari norteamerico-), pero, al igual que aquel y a diferencia del político, puede tomarse cierto tiempo para llegar a una conclusión mesurada (lo que muchas veces no puede hacer el político, al que los hechos se le imponen y debe tomar decisiones contra el tiempo). El juez dispone, en principio de todos los hechos y del contenido integral del orden jurídico, se le juzgará por las convicciones jurídicas que se forme y por lo acertado de sus decisiones. El juez no puede ser una persona que se conforme con andar entre las cosas que ya existen, aunque debe guardarse de sentir repudio por lo que ya existe, es un hombre o mujer que sacan cosas nuevas y viejas del mismo cofre. Se pide de él una misión creadora, hacer grandes cosas, “parir” creaciones basadas en principios, con pretensión de principio. El juez tiene que tener la mirada puesta en la justicia, que los derechos fundamentales, los valores y principios constitucionales revelan y los pies en los hechos y el Derecho. El juez de principios es el que le toma el pulso a su tiempo y lo hace de grata memoria para la historia.

CONCLUSIÓN

El juez de hoy ya no es “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar ni la fuerza, ni el rigor de la ley” como lo afirmaba MONTESQUIEU. Hoy, los jueces son creadores de Derecho, no solo de normas para el caso concreto, sino de normas

generales (jurisprudencia, principios, etc.), que prevalecen sobre las normas escritas de grado inferior (sean éstas legales o infralegales, según que la norma que interprete, integre o delimite el juez, tenga rango constitucional o legal).

La relación del juez con el Parlamento ha cambiado, hace dos siglos el juez consultaba al Parlamento sobre el sentido y contenido de las leyes. El Parlamento mediante la interpretación auténtica evacuaba la consulta y conservaba la ley sacrosanta. Hoy, el Parlamento consulta al juez (al menos al constitucional) sobre el sentido de la norma (constitucional) y es éste, el que le indica si su interpretación de la Constitución es válida o no. No es el Parlamento el que limita la discrecionalidad judicial, sino el juez (constitucional) el que le pone límite al Parlamento.

El ordenamiento jurídico reconoce expresa o implícitamente esos poderes creadores del juez, de tal forma que se encuentran legitimados democráticamente y su ejercicio se entiende, como una tarea de cooperación necesaria entre poderes en el marco de la funcionalidad del Estado.

La superación del Estado Legal de Derecho que evoluciona a un Estado Constitucional de Derecho, así como la incorporación en el Derecho Interno del Derecho Comunitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y fundamentalmente, el lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico los derechos fundamentales, así como la superación del positivismo jurídico y la primacía del Derecho sustancial sobre lo formal, han traído consigo una transformación total del rol del juez, del constitucional pero también del juez ordinario. Hoy, se han extendido sus facultades y poderes creadores, pero con ello también la exigencia

de racionalidad, se amplía su discrecionalidad pero también su responsabilidad; su actividad no es arbitraria es racional, no es subjetiva es objetiva, no es libre es vinculada (sujeción al Derecho), privilegia la justicia sin dejar de lado la seguridad jurídica; es sustancial, metódica, intersubjetiva, racional y objetiva. El juez debe procurar que sus sentencias sean de principio, que tengan una vocación de trascender el caso concreto. El juez construye el edificio jurídico

a base de sus sentencias. Esa es su obra y con fundamento en ella, la historia juzgará su aporte a la justicia. Un juez creador no es un burócrata. Si cumple con esa labor sagrada, el ciudadano dormirá en paz, porque verá en él un garante de sus derechos. Ese juez, con esas facultades y capacidades, pero también con esos límites es necesario, lo reclama la realización plena de los derechos humanos, la justicia y el Estado Constitucional de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA:

ALONSO GARCÍA María Consuelo; *La facultad del juez ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al Derecho comunitario*; en *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, # 138, septiembre-diciembre, Madrid, 1995.

ARAGON REYES Manuel; *La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 6, número 17, mayo-agosto, 1986.

ARIÑO ORTÍZ Gaspar; *Principios de Derecho Público Económico*, Granada, CONARES Editorial, 1999.

CALSAMIGLIA Alberto, *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Barcelona, ARIEL, tercera edición, 1990.

CAPPELLETTI Mauro; *Proceso, ideología y sociedad*, Buenos Aires, Editorial Jurídicas Europa América, 1974.

DÍAZ REVORIO Francisco Javier; *Valores Superiores e Interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 1997.

FERRAJOLI Luigi; *Derecho y Razón; Teoría del garantismo penal*, Valladolid, TROTТА, tercera edición, 1998.

FERRAJOLI Luigi; *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, TROTТА, Madrid, primera edición, 1999.

FIX-ZAMUDIO Héctor; *Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional. En la Jurisdicción constitucional*; Editorial JURICENTRO, San José, 1993.

GARAPON Antoine; *Juez y democracia*; Editorial Flor del Viento, I Edición en español, Madrid, 1997.

GARCÍA AMADO Juan Antonio; *Teorías de la Tópica Jurídica*. Madrid, I edición, CIVITAS, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo; *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, CIVITAS, primera edición, 1986.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo; *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*; Alianza Editorial, Madrid, 1999.

GARCÍA PELAYO Manuel; *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal constitucional español*, *Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente*, San José, números 23-24, años 9-10.

GASCÓN ABELLÁN Marina; *La técnica del precedente y la argumentación racional*; TECNOS, Madrid, 1993.

LARENZ Karl; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

LÓPEZ GUERRA Luis; *La Legitimación democrática del Juez*; Madrid, Cuadernos de Derecho Público, Instituto Nacional de Administración Pública, Número 1, mayo-agosto, 1997.

LLORENTE RUBIO Francisco; *Prologo a la interpretación de la Constitución de Enrique Alonso García*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

NAVARRO FALLAS Román; *Objeto y método del Derecho a la luz del artículo 10 del Código Civil*; *Revista Judicial*, número 94, San José, diciembre, 2009.

NAVARRO FALLAS Román; *Los principios jurídicos y la interpretación a partir de principios en el Derecho Público*, en *Principios Constitucionales, Investigaciones Jurídicas*, San José, 2008.

PACE Alejandro; *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Ordinaria en Italia*; *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Madrid, CIVITAS, 1991.

PÉREZ GUILHOU Dardo; *El Poder Judicial: órgano político y estamental*; en *El Poder5 Judicial*; DEPALMA, Buenos Aires, 1989.

PIZA ESCLANTE Rodolfo; *Los valores en la interpretación constitucional*, en *La jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*, EUNED, San José, 1996.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑÍZ Joaquín; *Principios, fines y derechos fundamentales*; DYKINSON, Madrid, 2000.

SAGUÉS Néstor Pedro; *La interpretación constitucional instrumento y límite del juez constitucional*, *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*, EUNED, San José, 1996.

SCHWARTZ Bernard; *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Madrid, CIVITAS, 1990.

SORIANO José Eugenio; *Los Poderes del juez, la ley y la reforma del contencioso (a propósito de las competencias de las Salas de los Tribunales superiores de justicia)*; *Revista Administración Pública*, número 124, enero-abril, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Sentencia de la Sala Constitucional números 3435-92, 2313-95, 3038-96, 3036-96 y 3035-96, 6982-94, 1319-97, 6830-98.