

# LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN: UNA BREVE APROXIMACIÓN DESDE LA EXPERIENCIA COSTARRICENSE

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano \*

## RESUMEN

*En estas líneas, se analizan el principio de interpretación conforme a la Constitución y su vinculación al Estado constitucional de derecho. También se analizan los límites a esta interpretación conforme se realizan en el marco de controles jurídicos y políticos sobre los órganos del Estado.*

**Palabras clave:** *Estado constitucional de derecho, interpretación conforme, activismo.*

## ABSTRACT

*In these lines is analyzed the principle of interpretation according to the Constitution and its link to the Constitutional State of law. The limits to this interpretation are also analyzed as it is carried out within the framework of legal and political controls over the organs of the State.*

**Keywords:** *Constitutional State of Law, conform interpretation, activism.*

Recibido 24 junio 2020

Aprobado 12 agosto 2020

---

\* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Juez contencioso administrativo. Antiguo coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. victorozcocr@gmail.com

## I. Introducción

La Constitución es, por definición, la fuente primigenia y la norma básica de todo el ordenamiento jurídico. Por tal motivo, sirve de parámetro de validez del ordenamiento, incluso, de aquellas disposiciones que, en el marco de un ejercicio democrático, son elaboradas por el legislador. Lo anterior significa que las normas del texto constitucional vinculan a todos los poderes públicos, incluso al legislador, de tal forma que, si el último emite actos u omite el desarrollo oportuno de los preceptos constitucionales, dicha actividad o inercia legislativa es susceptible de control por los distintos órganos de la justicia constitucional.

Al respecto, ya se ha visto en otros trabajos la manera en que el control de constitucionalidad de la legislación y las demás fuentes del ordenamiento permiten hacer valer los cánones de la norma fundamental. De tal forma, constituye una condición suficiente y necesaria del carácter o valor normativo de esta, como se ha visto, justamente, al respecto de los distintos sistemas, incluso, el del Reino Unido, donde a través del *Human Rights Act* de 1998, se ha establecido una suerte de control de la legislación (muy acotado y rudimentario, por cierto), teniendo como parámetro objetivo de valoración el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950.

Así, en este escenario, cada vez es más patente, en los distintos ordenamientos, la manera en que, a través de la defensa de los derechos, por ejemplo, surgen o se potencian mecanismos de control jurídico de la legislación, obligándose a la observancia de los estándares constitucionales y convencionales.

También hemos revisado en otros trabajos los distintos modelos y métodos de justicia

constitucional, cuyo punto de partida, sin duda, lo podemos encontrar en el constitucionalismo norteamericano y en los criterios jurisprudenciales y doctrinales que culminaron en el célebre caso *Marbury vs. Madison*, así como la obra del juez Marshall, durante el período en que fue presidente de la Corte Suprema Norteamericana.

Dicho modelo del control de constitucionalidad, a través del juez ordinario, se extendió durante el siglo XIX por los países de América Latina (como, por ejemplo, en el caso de Costa Rica). Luego, durante la segunda década del siglo XX, fue reformulado por el filósofo y jurista más importante de ese entonces, Hans Kelsen, para desarrollar las nociones básicas y elementales del modelo europeo de justicia constitucional y la aplicación del método concentrado que concibe en un órgano extra-poder, el tribunal constitucional, la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico, una disposición, incluso con valor de ley, que no se conforma al texto fundamental. Se trata, en este orden de consideraciones, de un monopolio del rechazo, respecto del cual, por razones históricas, no hay una participación del juez ordinario.

Lo anterior nos lleva a desarrollar, en primer lugar, el control de constitucionalidad que tiene, precisamente, en la Constitución su parámetro de valoración y, dentro de este, repasar los distintos modelos políticos y jurídicos del control, así como, la manera en que, de los distintos procesos hermenéuticos de que dispone el intérprete y aplicador de la Constitución, es posible concluir que una disposición de orden legislativo o de cualquier otra fuente se ajusta o se conforma o, adecúa, al texto fundamental.

En suma, el propósito de esta investigación tiene por fin desarrollar los procesos de interpretación y aplicación de la Constitución y la manera en que, como resultado de ese proceso hermenéutico, el juez o la jueza constitucional o el intérprete o aplicador

de la Constitución tiene la obligación de respetar ciertos límites que le impone el carácter democrático de la norma que es objeto de valoración o del juicio de validez, en este caso, la ley.

De esta forma, en atención del principio democrático o de presunción de constitucionalidad de las leyes, el juez constitucional no puede, ni debe modificar el sentido o la connotación de la norma que es objeto de valoración, so pretexto de mantener su validez y, por ende, su vigencia, dentro del ordenamiento jurídico.

Así, en esta investigación pretendemos repasar, sin duda alguna, los criterios que la doctrina ha utilizado para clasificar dichas interpretaciones; por ejemplo, en extensivas o aditivas, reductoras, sustitutivas o manipulativas, así como, los límites que impone el principio democrático respecto a dicho proceso hermenéutico. De esta manera, con el fin de mantener la adecuación a la Constitución del texto impugnado, el juez o la jueza constitucional no puede modificarlo más allá del marco fijado democráticamente por el legislador.

Además, en esta investigación, en el sistema de justicia constitucional costarricense, se analizará la existencia de un bloque de constitucionalidad y de convencionalidad que sirve de parámetro

objetivo de valoración y de validez de todo el ordenamiento jurídico. Lo anterior incluso, sin duda alguna, la aplicación del *corpus iuris* interamericano y los criterios que, en el ejercicio de sus distintas competencias: contenciosa y consultiva, ha sido implementado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, aunque la República de Costa Rica no sea parte del litigio que se trate.

## II. Sobre la distinción entre el Estado legislativo y constitucional de derecho

Como se adelantó en la investigación de este trabajo, la noción de la Constitución normativa y su control es obra del constitucionalismo norteamericano y de los criterios que, durante la segunda mitad del siglo XIX, permitieron el desarrollo pleno de la *judicial review*<sup>1</sup>, en ese país.

Con anterioridad, el caso *Marbury vs. Madison* (en 1803) constituye el primer antecedente en que la Corte Suprema Norteamericana debe juzgar la conformidad a la Constitución de una ley federal<sup>2</sup>.

Sin embargo, tales ideas relativas a la superioridad normativa de la Constitución no fueron recibidas

1 Sobre los orígenes de la *Judicial Review*, se puede consultar Rotunda, Ronald D., y otro. (2016). *Principles of Constitutional Law*, Firth Edition, West Academic Publishing, U. S. A., pp. 1-14.

2 Véase Rotunda, Ronald D. y otro. *Principles of Constitutional Law*, op. cit., pp. 1-14. Sobre la prevalencia de la Constitución, sobre la Ley, en dicha sentencia se indicó que: “De este modo, si una ley está en contradicción con la Constitución, y si ambas, la Ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, entonces el Tribunal debiera decidir, en este caso de conformidad con la ley, rechazando la Constitución, o de conformidad con la Constitución, rechazando la ley. El Tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Éste es el verdadero sentido de la función judicial. Si los tribunales deben tomar en consideración la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria que haya aprobado el poder legislativo, entonces será la Constitución y no la referida ley la que resolverá la controversia a cuál de los dos podría en principio aplicarse [...]”. No es ocioso recordar que con la declaración de cuál va a ser la Ley suprema del país, la Constitución se menciona en primer lugar; y no las leyes de los Estados Unidos de forma general y abstracta: éstas solo tienen tal consideración si son compatibles con lo dispuesto en la Constitución. Por ello, la terminología particular de la Constitución confirma y refuerza el principio, que supone ser esencial y común a todas las Constituciones escritas, conforme al cual una Ley contraria a la Constitución es nula, y que los Tribunales, al igual que los demás poderes, están sometidos a la Constitución. Se rechaza la pretensión del recurrente”. Véase Beltrán de Felipe, M., y otro. (2006). *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, pp. 118-121.

por el constitucionalismo europeo, sino avanzado el siglo XX, a través de los aportes del filósofo austriaco Hans Kelsen, y no fueron implementadas plenamente, sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial, con el surgimiento de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución italiana de 1948, así como, sus órganos jurisdiccionales de defensa y garantía, es decir, el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte de Constitucionalidad Italiana.

De este modo, no existió en el siglo XIX, un Estado constitucional de derecho en el contexto europeo, porque la Constitución no era una norma aplicable, dotada de contenido normativo. Se produjo entonces, en ese escenario, un Estado legislativo de derecho. Al respecto, Zagrebelsky sostiene:

*El siglo XIX es el siglo del Estado de Derecho o, según la expresión alemana, del Rechtsstaat. En la tipología de las formas de Estado, el Estado de Derecho, o Estado bajo el régimen de derecho, se distingue del Machstaat, o Estado bajo el régimen de la fuerza, es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del Polizeistaat, el Estado bajo el régimen de policía, es decir, el régimen del Despotismo Ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII. Con estas fórmulas se indican tipos ideales que sólo son claros conceptualmente, porque en el desarrollo real de los hechos deben darse por descontado aproximaciones, contradicciones, contaminaciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran. Éstas, no obstante, son útiles para recoger a grandes rasgos los caracteres principales de la sucesión de las estas históricas del Estado moderno<sup>3</sup>.*

Pero la noción del Estado de derecho, por sí misma, solo describe una fórmula vacía en cuya virtud cualquier régimen constitucional, legislativo o autoritario puede ser entendido como tal, en cuanto supone, únicamente, la sujeción de los individuos al ordenamiento jurídico.

De modo que no fue cualquier Estado de derecho el que se implementó durante el siglo XIX en el contexto europeo, sino un Estado legislativo de derecho que, a diferencia del Estado constitucional de derecho, solo describía aquel orden de cosas en el cual existe una sujeción plena de las autoridades públicas a la voluntad del legislador; es decir, una primacía de la legislación, en tanto que la Constitución únicamente estaba dotada de controles políticos, sin ningún valor coercitivo.

Entre las notas características **del Estado legislativo de derecho**, podemos enumerar las siguientes: -en primer lugar, la sujeción de la Administración a la ley, de tal forma que solo puede actuar mediante la previa habilitación legislativa, en lo que conocemos como el principio de legalidad; - en segundo, el control judicial de los actos administrativos de las autoridades públicas, en lo que se concibe, en la actualidad, como la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; - tercero, la vinculación del juez a la ley, de modo que, en este escenario, solo le corresponde la exacta aplicación de la ley, estableciéndose, asimismo, un recurso de casación “inicialmente concebido para evitar el peligro de manipulación judicial de la ley a través de su interpretación, constituye una prueba clase de este esfuerzo por garantizar la primacía de la legislación”; y, - finalmente, la independencia judicial, motivo por el cual la actividad del juzgador no debe ser objeto de injerencias internas y externas que lo menoscaben<sup>4</sup>. En este orden de consideraciones, Zagrebelsky agrega que:

3 Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Séptima Edición, Madrid: Trotta, p. 21.

4 Sobre todo lo anterior, Gascón, M. y otro. (2015). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Editorial Palestra, pp. 17-19.

*en la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer; la idea de Rechtsstaat, en el sentido conforme al Estado libertad, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la administración; b) la subordinación a la ley, y solo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan influir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y solo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración<sup>5</sup>.*

Pues bien, una vez asegurado, mediante el establecimiento de mecanismos de garantía del texto fundamental, el valor normativo de la Constitución, nace el **Estado constitucional de derecho** que tiene, justamente, como punto de partida, el texto fundamental, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, a cuyo cometido están vinculadas y sometidas todas las actuaciones y las omisiones de las autoridades públicas.

Dicha Constitución normativa, dotada de una parte dogmática y orgánica, se caracteriza porque reconoce no solo una carta de derechos individuales y sociales que se impone frente a la actuación estatal, sino también porque distribuye, por medio del principio de separación de poderes, el ejercicio del poder entre los órganos constitucionales del Estado, no solo, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, sino también dentro del entramado contemporáneo del Estado constitucional de derecho, otros órganos que, normalmente, también han sido previstos por esta<sup>6</sup>.

5 Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 23.

6 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 21.

Estos postulados de la Constitución normativa y suprema fueron implementados<sup>7</sup>, en primer lugar, por el constitucionalismo alemán e italiano tras la Segunda Guerra Mundial, en segundo, por el constitucionalismo francés (1958, con la Constitución de la Quinta República) y el constitucionalismo portugués, griego y español tras el cese de sendos regímenes dictatoriales a finales de la década de los setenta y, luego, tras la caída del muro de Berlín (1989) y del Bloque Socialista en los países de Europa del este.

Además, en el contexto latinoamericano, se puede hablar de un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y de los derechos humanos, después de la caída de varios procesos dictatoriales en Argentina, Chile, Brasil, Paraguay y gran parte de los países de Centroamérica, en un proceso impulsado, en gran medida, gracias al enfoque expansivo y la agresividad con que organismos

como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en fin, la Organización de Estados Americanos realizaron su labor en la región<sup>8</sup>. Para Zagrebelsky la principal característica del Estado constitucional de derecho es que afecta la posición de la ley, la cual:

*por primera vez en la época moderna viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto, de subordinación, a un estrato más alto del derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de Derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función*

7 Sobre el carácter normativo de la constitución, como elemento de la teoría neoconstitucionalista, Prieto Sanchis sostiene que es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas, “una primera concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujeto privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico. En líneas generales, ésta es la tradición norteamericana originaria cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en este juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más neutro de los poderes, aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate público, es decir, el poder judicial. La idea del poder constituyente del pueblo se traduce aquí en una limitación del poder político y, en especial, del que se considera más amenazador de los poderes, el legislativo que encarna la voluntad de la mayoría, mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no puede traspasar en ningún caso. En ese esquema, es verdad que el constitucionalismo se resuelve en judicialismo, pero –con independencia ahora de cuál haya sido la evolución del Tribunal Supremo norteamericano– se trata en principio de un judicialismo estrictamente llamado a vigilar el respeto a las reglas básicas de la organización política”. Por su parte, la segunda tradición concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político bien articulado, como un programa directivo de una empresa de transformación social y política. En este caso la Constitución no se limita a elaborar las reglas del juego, “sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas mediante el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos, de principios, en suma, de cláusulas materiales que necesariamente inciden en lo que a veces se llama “agenda política”. Esta concepción, que nace con la revolución francesa, termina por establecer un carácter privilegiado a la legislación como expresión de la voluntad general y soberana del pueblo, limitándose el carácter normativo de la Constitución, termina entonces por imponer un legalismo, que predominó durante el siglo XIX en el contexto europeo. Véase Prieto Sanchis L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, pp. 107-109.

8 Sobre los orígenes de la Organización de Estados Americanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la persona lectora puede consultar a Gonzáles Morales, F. (2013). *Sistema interamericano de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 29-60.

*constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho<sup>9</sup>.*

### **III. Distinción tradicional entre el control político y control jurídico de constitucionalidad**

Como Manuel Aragón lo expone en su libro *Constitución y control de poder*, la idea del control es un elemento inseparable de la idea de la Constitución normativa. En esta monografía, se distingue entre el control social, el político y el jurídico y, en lo que respecta a esta investigación, nos interesa profundizar en las interacciones entre los dos últimos del siguiente modo<sup>10</sup>: en primer lugar, por el carácter objetivado del control jurídico, frente a la connotación subjetiva del control político. Lo anterior significa, en el primer caso, que el parámetro de valoración es uno normativo, preexistente al intérprete y no es disponible para el órgano que lo ejerce.

En cambio, en el control político, no existe ese criterio de valoración, sino que descansa en la libre apreciación de quien controla. El juicio de valoración se funda, en un caso, en razones jurídicas, mientras que, en el otro, en motivos políticos, el carácter necesario del control jurídico,

frente al voluntario del control político. Una vez que se produce un hecho, en el caso del control jurídico, si es sancionable, se deben imponer las consecuencias que el ordenamiento estipula. En cambio, en el segundo, la sanción y el ejercicio del control son de libre apreciación por el órgano que lo ejerce. Finalmente, el control jurídico normalmente es realizado por órganos independientes e imparciales, dotados de conocimiento técnico para ejercer su función, lo que no se produce en el supuesto del control político.

Cabe mencionar que, en lo que atañe al objeto de valoración, una norma o conducta estatal o de alguno de sus agentes puede ser sometida al control jurídico y al control político, en forma paralela, con distintas consecuencias, sin dejar de lado que, en el caso del control jurisdiccional, los jueces, las juezas y, en particular, los jueces y las juezas constitucionales se comportan, en muchas ocasiones, como verdaderos actores políticos, con un poder enorme, todo potenciado por los procesos de judicialización de la política y la politización de la política.

De estos últimos, el más grave es el último, la politización de la justicia que se verifica cuando el intérprete jurisdiccional toma sus decisiones con criterios político-partidarios. Como ejemplo de este último fenómeno, es posible encontrar en el caso venezolano o nicaragüense, en donde es conocido que sus Cortes Supremas responden a intereses de quienes ocupan la cabeza del Poder Ejecutivo. Se trata de un proceso de deconstitucionalización, en el cual, las Constituciones Políticas de esos países se han convertido en una mera carta de principios, sin valor normativo, pues los órganos jurisdiccionales llamados a controlar el ejercicio del poder han sido copados por los intereses aludidos.

<sup>9</sup> Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 34.

<sup>10</sup> Aragón, M. (1995). *Constitución y control del poder*. Madrid: Ediciones Ciudad Argentina, pp. 91-93.

Ahora bien, si volvemos a nuestra clasificación original, entre el control jurídico y el control político, un ejemplo del primero son los tribunales de justicia y, en fin, los órganos de la justicia constitucional, mientras que el control parlamentario es un ejemplo de un control político.

Sobre el particular, en sus lecciones, el profesor Alex Solís<sup>11</sup> nos mencionaba como la principal función del Parlamento costarricense, la Asamblea Legislativa, integrada por 57 diputados no es la de emitir las leyes, sino ejercer un control político, acorde con las competencias que se desprenden de los diversos incisos del artículo 121 constitucional.

En este escenario, son particularmente relevantes las comisiones de investigación, las sesiones del control político en el plenario, donde cualquier diputado o diputada puede poner de manifiesto cualquier asunto que se estime conveniente para la defensa del interés general y del país, además de la posibilidad de aprobar mociones de censura contra un ministro o una ministra.

#### IV. Perspectiva crítica y judicial politics

Como lo mencionábamos al inicio de este apartado, hoy día, esa clasificación dicotómica original entre control jurisdiccional, jurídico y control político no parece ser tan nítida. Si bien, se ha entendido que el control jurisdiccional ha sido desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica y en Austria, mientras que el modelo

de control político es Francia, la gran mayoría de sistemas hoy día son híbridos o mixtos<sup>12</sup>.

En este orden, por ejemplo, en el caso costarricense, coexisten el control político efectuado por el Parlamento y el control jurídico implementado, en el ámbito de la justicia constitucional, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con las advertencias que señalamos con anterioridad.

Al respecto, Lucio Pegoraro pone de manifiesto cómo la anterior clasificación entre control jurídico y control político muchas veces es superada, en su aplicación, por la realidad:

como escribe Kelsen, “la discrecionalidad no es nunca del todo libre [...] y nunca es del todo dependiente” [...]; y, sin embargo, está sujeta, en su caso, a la voluntad, de la jurisdicción. “Se trata, por tanto –escribe Pavani-, de una distinción que parece percibirse intuitivamente, pero que está sujeta a excepciones y graduaciones, sobre todo si se tiene en cuenta el alto grado de libertad que caracteriza la interpretación judicial, también a causa de la oscuridad de los preceptos legislativos”<sup>13</sup>.

En efecto, en su contribución, dicho autor señala los casos de Inglaterra, Francia y los países socialistas de Europa del este, donde originalmente no se verifica el control jurisdiccional, han avanzado hacia modelos mixtos, en el caso inglés<sup>14</sup> con la aprobación del *Human rights act*

11 Sobre el tema se puede consultar el siguiente texto: Solís Fallas, A. (2000). *Control político y jurisprudencia constitucional*. Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, CONAMAJ, San José.

12 Pegoraro, L. *Control jurisdiccional vs. control político: La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)*. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(1), p. 47.

13 Pegoraro, L. *Control jurisdiccional vs. control político: La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)*, op. cit. p. 47.

14 Al respecto se puede consultar: Bagehot Wálter. (2010). *La Constitución inglesa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.



de 1998 que permite la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la declaración de incompatibilidad<sup>15</sup>, en el supuesto francés, con la reforma tendente a introducir el control sucesivo o *a posteriori* de constitucionalidad, la QPC<sup>16</sup>, o bien con la caída del muro de Berlín, los países socialistas abandonaron dicho modelo y asumieron, en su gran mayoría, métodos híbridos de control<sup>17</sup>.

Ahora bien, en el ámbito costarricense, por impulso de autores como Diego Brenes o Marco Feoli, formados en el ámbito de la ciencia política como sendos doctorados en la Universidad de Salamanca, han introducido en el foro jurídico nacional la noción de las *judicial politics*<sup>18</sup> y, dentro de esta, los términos de la judicialización de la política y la politización de la justicia. De este modo, la primera puede ser definida como: “*increased presence of judicial process and court rulings in political and social life, and the increasing resolution of political, social, or state-society conflicts in the courts*”<sup>19</sup>.

Al respecto, Martínez Baharona sostiene que se entiende por judicialización de la política: “*el proceso por el cual los jueces adquieren mayor presencia política y social en la medida en que sus fallos tienen mayor impacto en la actividad política, social y económica*”<sup>20</sup>.

Según Diego Brenes, esta definición puede precisarse aún más al sostenerse que la judicialización refiere al hecho de que los jueces intervienen en procesos de deliberación pública en una forma autónoma y activa<sup>21</sup>.

Por su parte, encontramos la politización de la justicia cuando los hacedores de política buscan controlar al máximo quienes están en los cargos y en las altas cortes judiciales<sup>22</sup>. Un ejemplo de lo anterior puede ser cuando, en las campañas políticas y electorales norteamericanas, se tiene al tribunal supremo como un actor más. En este orden de ideas:

15 Sobre lo anterior, se puede examinar Ferreres, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de justicia constitucional*. Marcial Pons, Madrid, p. 28.

16 Véase Alcoberto Llivina, C. (2015). *La cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa: Balance a los cinco años de su entrada en vigor*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Ferrer Mac-gregor E., director. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Porrúa, n.º 23, pp. 3-42.

17 Pegoraro, L. *Control jurisdiccional vs. control político: La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)*, op. cit. pp. 55-56.

18 Al respecto, Diego Brenes expresa que: “no existe uniformidad en la traducción al español para *judicial politics*, siendo quizás la más cercana, aunque no la más utilizada: “la política en lo judicial”, y dado el origen anglosajón de esta corriente, marcada por el importante rol ejercicio por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, la investigación opta por mantener su denominación en inglés, bajo la comprensión de política como proceso. En efecto, en acuerdo con Alcántara y Martí i Puig [...], en el mundo anglosajón hay mayor facilidad para diferenciar los tres estadios del fenómeno político, esto por cuanto existen tres términos diferentes para cada uno de ellos: *politics* (el proceso), *polity* (la estructura) y *policy* (los rendimientos)”. Lo anterior explica la traducción literal de *política judicial*” como referida a las políticas públicas que la administración judicial dispone en su quehacer y no al sentido que la investigación procura”. Véase Brenes Villalobos, L. (2013). *El rol político del juez electoral*. Editorial IFED-TSE, p. 8.

19 Ángel, A. y otros. *The judicialization of politics in Latin America*. Palgrave Mac Millan, p. 2.

20 Martínez Baharona, E., *Seeking the political role of the third government branch. A comparative approach to high courts in Central América*, Saarbrücken: VDM Verlag, p. 48.

21 Brenes Villalobos, L. *El rol político del juez electoral*, op. cit., p. 9.

22 Brenes Villalobos, L. *El rol político del juez electoral*, op. cit., p. 10.

*Nixon (en las elecciones de 1968) y Reagan (en las de 1980), tenían como uno de sus principales mensajes electorales el control del Tribunal Supremo, prometiendo que nombrarían jueces fieles a la separación de poderes y a la Constitución que reemplazasen a jueces tachados de activistas que, según se decía, estaban usurpando el poder que pertenecía al pueblo. Y tras ganar las elecciones cumplieron su palabra –cuando el Senado se lo permitió– y entablaron abiertamente una pugna política destinada a que el Tribunal Supremo rectificase una línea jurisprudencial que la derecha consideraba en materia de aborto, de discriminación positiva, de los derechos de los detenidos, de pena de muerte, etc. No sería inverosímil pensar que en España, pese a las notables diferencias político institucionales respecto de la selección de los jueces, esto dos Presidentes serían acusados de atentar contra la independencia del poder judicial, y algún juez, estrella o no, exigiría al Consejo General del Poder Judicial que iniciarse un expediente administrativo contra ellos. Y por supuesto daría dos o tres ruedas de prensa<sup>23</sup>.*

De acuerdo con Diego Brenes, también conviene distinguir entre los términos de judicialización de la política y activismo judicial, de tal forma que, por el último, entendemos:

*aquellas situaciones en que los tribunales expanden el ámbito de sus decisiones, abarcando cuestiones que correspondían a instituciones políticas, o actúan entre actores políticos enfrentados [...]. Bajo estos escenarios, el activismo judicial se presenta como la antítesis de la auto-restricción judicial, siendo ambas diferentes vías de acceso hacia la judicialización de la política y de relevancia al estudio, en tanto se comparte con Courtis [...] que estas caracterizan la actividad política de los tribunales, dado que permiten determinar si los tribunales acompañan o marcadamente se separan de las decisiones políticas de los demás poderes. En ese sentido, nótese que la actitud y posicionamiento del juez en su jurisprudencia interpretativa (activista/auto-restringido) no se relaciona con sus inclinaciones político-ideológicas (progresista/conservador). Según Courtis no existe un nexo necesario entre activismo judicial y progresismo político, o entre auto-restricción judicial y conservadurismo político<sup>24</sup>.*

Por eso el conservadurismo puede ser activo o restringido, en cambio, el progresismo siempre será activo. También el autor pone de manifiesto el hecho de que, en ocasiones, ante el carácter activista que asumen los tribunales

23 Beltrán de Felipe, M. y otro. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 45-47. Otro ejemplo sería cuando se le pregunta a Eisenhower cuál fue el principal error de su presidencia y él responde: Warren. “A reglón seguido el periodista, probablemente insatisfecho con la respuesta le preguntó por el segundo mayor error. Eisenhower respondió “Brennan”. Su antecesor, el Presidente Truman, reconocía sin complejos haber intentado controlar a los jueces: “Maniatar al Tribunal Supremo es imposible. Lo he intentado, y no funciona”. El país (entendiendo por tal los partidos, los sindicatos, las asociaciones cívicas o defensoras de los derechos humanos, las congregaciones religiosas, los profesionales del Derecho, las Universidades, etc.) se moviliza si el Presidente pretende nombrar a un juez que no se considera adecuado. Y por encima de todo está, naturalmente, el ataque frontal en 1937 del Presidente Franklin D. Roosevelt contra un Tribunal Supremo que le echaba abajo su legislación del New Deal [...]. ¿Qué diríamos hoy aquí si un Presidente del Gobierno hiciese lo mismo y pretendiese, como Roosevelt, Truman, Reagan –en realidad, casi todos– controlar a la máxima jurisdicción constitucional? Como es natural en gentes que, cuando la partida no es favorable, acostumbamos a ignorar o denunciar las reglas que nosotros mismos hemos creado, la respuesta que en este país daríamos dependerá de la mayor o menor simpatía que en cada momento le damos al Presidente o a los jueces.

24 Brenes Villalobos, L. *El rol político del juez electoral*, op. cit., pp. 8-10.

constitucionales en ciertas materias, existe una actitud cómplice de las élites políticas en despolitizarlos y facilitar una válvula de escape, para que finalmente se tome una decisión.

Hemos visto lo anterior, muy claramente con la aprobación y el control previo de constitucionalidad que la Sala Constitucional realizó con respecto al “plan fiscal” o hace algunos años cuando se discutía la conformidad con respecto al derecho de la Constitución del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, Centroamérica y República Dominicana.

Lo anterior pone de manifiesto la manera en que, con ocasión del control jurídico de constitucionalidad que despliegan las juezas y los jueces constitucionales, también surge en paralelo una especie de control político, habida cuenta de que, ciertamente, el tribunal constitucional y las personas juzgadoras referidas son verdaderos actores políticos. Así cada vez resulta más difícil establecer una nítida distinción entre ambos tipos de controles, tal vez, con la única diferencia de que, en el supuesto del control jurisdiccional, el o la intérprete tiene la obligación de esbozar argumentos jurídicos y, menos políticos, para justificar una decisión previamente adoptada, según su cosmovisión y su manera de entender el mundo. Esto resulta trascendental a propósito de los casos complejos donde colisionan dos valores estrechamente vinculados con la esencia misma de la sociedad, su cultura, religión, entre otros.

Por eso es tan complejo el proceso relativo a la selección de estos jueces y juezas, lo que justifica, sin duda alguna, su rigurosidad y la necesidad de satisfacer ciertos estándares de idoneidad académica y profesional, experiencia, madurez, entre otros, los cuales estas personas candidatas deben ostentar, evitándose exponerlos a una especie de juicio mediático, con motivo de su proceso de elección, en el cual incluso su

dignidad puede ser socavada, como se ha dado, lamentablemente, en los últimos años.

Pero no se deja de defender el hecho de que la sede natural para nombrar a las juezas y los jueces constitucionales sigue siendo el Parlamento, por razones democráticas y por el componente innegablemente político que acompaña este proceso de elección, en donde, el órgano con mayor representatividad para su elección es la Asamblea Legislativa en el contexto costarricense.

Al respecto, el derecho comparado nos brinda múltiples mecanismos y fórmulas para la selección de estos jueces y juezas, los cuales responden a distintos elementos coyunturales. En el caso costarricense y, reconociendo que existe un déficit democrático en el funcionamiento del tribunal constitucional, una forma de disminuir ese coste es facilitando que sea el Parlamento quien designe a las juezas y los jueces constitucionales y no otros órganos con menos representatividad democrática, como serían, en el contexto “tico”, el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, el Poder Judicial, las universidades, entre otros.

## **V. Sobre la interpretación de conformidad con la Constitución y las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales**

En términos generales, podemos señalar que el proceso interpretativo es aquel que nos permite desentrañar el sentido de una norma y, en nuestro caso, la connotación de una disposición de orden constitucional. En este orden de ideas, Ballaguer Callejón indica que:

*la interpretación es también un acto de conocimiento, con independencia de que sea una actividad creativa. Esta creatividad puede encontrarse en el momento de reproducción*

*de la norma interpretada, cuando se debe formular una regla de aplicación. Pero, en todo caso, como tal acto de conocimiento, una teoría de la interpretación de las normas, debe enmarcarse dentro de la hermenéutica general y como un apartado concreto de la interpretación general de los textos, con especificidades de la interpretación normativa y dentro de la interpretación normativa, la jurídica, como una forma peculiar de interpretación, que posee rasgos propios*<sup>25</sup>.

De este modo, la misma autora anuncia que, durante el período en que estuvo vigente el Estado legislativo de derecho en el siglo XIX:

el entendimiento de la labor del intérprete es completamente distinto en un sistema jurídico como el liberal, basado en sus orígenes en la pretensión de reducir a la nada la actividad interpretativa (la interpretación como exclusiva determinación de la voluntad del legislador) frente al sistema jurídico actual<sup>26</sup>.

No obstante, con el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial, en el siglo XX, y la consolidación de varios procesos históricos que se produjeron en esa época, se conforma una sociedad eminentemente pluralista que da origen a un Estado constitucional de derecho donde el proceso interpretativo de la Constitución no puede fundamentarse en la estructura tradicional de la interpretación de la ley<sup>27</sup>.

Ahora bien, sobre los sujetos a quienes les corresponde o atañe la interpretación de la Constitución, Marc Carrillo afirma:

*que no es un monopolio de la jurisdicción constitucional, sino que en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada corresponde a todos los poderes públicos, en especial a los jueces y tribunales [...], y también a los ciudadanos en sus actuaciones de carácter jurisdiccional. Sin embargo, en los sistemas del civil law, es al juez constitucional a quien corresponde la condición de ser intérprete supremo de la Constitución. Y, por tanto, sólo a él le está atribuido el juicio sobre la validez de la ley. A partir de esta premisa, el juez ordinario ya no es un autómatas, no es un mandatario de la ley. Cuando aplica la ley o cuando plantea una cuestión prioritaria de constitucionalidad sobre una ley aplicable al caso concreto también interpreta la Constitución. Y en esa labor interpretativa el juez puede crear Derecho siempre que se sujete a la ley cuya validez no ha sido cuestionada por el Juez Constitucional*<sup>28</sup>.

Por su parte, en lo que atañe a los criterios hermenéuticos que deben ser utilizados a la hora de obtener el significado de las normas constitucionales, Marc Carrillo sostiene que:

Dado que la Constitución no predetermina ningún método de interpretación constitucional, desde

25 Balaguer Callejón, M. (1997). *La interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, Sociedad Anónima, p. 75.

26 Balaguer Callejón, M. *La interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, op. cit., p. 21.

27 Sobre el particular, Marc Carrillo sostiene. (2019). “En la medida que con la consolidación de la jurisdicción constitucional, la llamada soberanía del Parlamento ha dejado de existir y la ley como fuente de derecho ha quedado subordinada a la interpretación constitucional, la función de interpretar se ha convertido en la parte esencial de la teoría de la Constitución”. Véase, Carrillo López, M. *Derechos fundamentales y pluralismo jurisdiccional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Ciudad de México: Editorial Porrúa. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 144, p. 18.

28 Carrillo López, M. *Derechos fundamentales y pluralismo jurisdiccional*. ..., p. 19.

sus primeras resoluciones ha sido a través de la vía pretoriana que el Tribunal Constitucional utilizó no sólo los criterios hermenéuticos tradicionales de la interpretación jurídica sino que sobre todo incorporó los nuevos métodos específicos de la interpretación constitucional (por ejemplo, la jurisprudencia de valores, la interpretación conforme a la Constitución, las decisiones interpretativas, el juicio de ponderación, el juicio de proporcionalidad, etc.). Seguramente, la presencia mayoritaria en los primeros tiempos de la actividad del Tribunal, de magistrados procedentes del ámbito universitario, influidos por sus estudios sobre la experiencia de otras jurisdicciones constitucionales (sobre todo, Italia, Alemania y los Estados Unidos) facilitó la adopción de nuevos métodos de interpretación adaptados a la singularidad de la norma constitucional<sup>29</sup>.

Como se señaló con anterioridad, más allá de los criterios hermenéuticos tradicionales de la interpretación de las normas, el histórico, el teleológico, el sistemático, entre ellos, la doctrina constitucionalista ha desarrollado sus propios métodos interpretativos.

De esta forma, Giovanni Tarello indicó que se podía hablar de una interpretación restrictiva, cuando el intérprete excluía una palabra del documento de ley, tuviera en ella la plenitud de significado que tenía en el *communis usus loquendi* y procedía a la exclusión de algunos significados suyos.

Por otra parte, nos encontrábamos frente a una interpretación extensiva, cuando el intérprete procedía a la extensión del significado del documento de ley, ya sea atribuyendo a una palabra un significado más lato que el común o

extendiendo el alcance de la ley a la cobertura de casos análogos respecto al caso al que el alcance aparente de la ley refiere, sobre las razones equitativas. En suma, sostiene el autor:

*se trata de locuciones estrechamente conectadas a modos de pensar y a problemas prácticos, peculiares de específicos momentos y situaciones de la experiencia histórica del derecho común, y hoy no muy oportunas en sede de teoría porque ocultan el hecho de que siendo otro el documento, otros son los significados a él o a sus segmentos se atribuye, y que entre estos significados no hay uno aparente y uno real, como será aclarado. Empero, todavía hoy las locuciones interpretación restrictiva e interpretación extensiva son frecuentemente usadas: y ello depende del hecho de que frecuentemente la locución interpretación restrictiva sirve para indicar un uso del argumento interpretativo a contrario y la locución interpretación extensiva, sirva para indicar un uso del argumento analógico<sup>30</sup>.*

Pues bien, de conformidad con la Constitución, los supuestos de interpretación constituyen aquellas hipótesis en que, al aplicar una ley, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, el juez ordinario o el tribunal constitucional lo hacen en la medida en que se ajuste o adecúe el texto fundamental, por lo que, en caso de una aparente contradicción entre ambos tipos de normativa, el o la intérprete debe desechar aquellas voces interpretativas no compatibles con la Constitución, escogiendo las que sí lo son.

Lo anterior es una consecuencia del principio de presunción de constitucionalidad del ordenamiento jurídico, razón por la cual solo

29 Carrillo López, M. *Derechos fundamentales y pluralismo jurisdiccional*. ..., p. 21.

30 Tarello, G. (2018). *La interpretación de la ley*. Palestra Editores, Lima, pp. 71-72.

se sostiene que las normas con rango de ley en principio son compatibles con la Constitución, en razón del proceso democrático de su elaboración, a menos que su compatibilidad no sea susceptible de salvamento mediante una técnica interpretativa de las comentadas. En este orden de consideraciones, según Marina Gascón:

*enjuiciar la constitucionalidad de una norma consiste en evaluar si es compatible con la Constitución. Tanto la Constitución como el resto de las normas se expresan a través de textos o disposiciones normativas que deben ser interpretadas, por lo que el juicio de constitucionalidad requiere una doble y previa interpretación: una interpretación del precepto normativo controlado y una interpretación de los preceptos constitucionales que operan como parámetros de control. Como en línea de principio cabe hacer distintas interpretaciones de una disposición jurídica, sin que todas ellas resulten constitucionales, se habla de interpretación conforme a la Constitución (la verfassungskonforme Auslegung de la doctrina alemana) cuando se interpreta un texto normativo de manera que se muestre compatible (o conforme) con la Constitución. La interpretación conforme se enmarca así en el ámbito de las interpretaciones plausibles de un texto normativo, discriminando entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son. Pero –nótese– entre las interpretaciones plausibles de la ley; esto es, las que no sean incompatibles con su semántica, en conjunción obviamente con la sintaxis y la pragmática. Cuando so pretexto de la interpretación conforme el juez (constitucional u ordinario) “retuerza” intolerablemente el sentido de la ley está*

*ejerciendo, simple y llanamente, funciones políticas*<sup>31</sup>.

Es claro que, en el ejercicio de **una interpretación conforme**, se verifica la observancia del principio de conservación de las leyes o de presunción de su constitucionalidad y el de supremacía. Así, según Marina Gascón, las sentencias interpretativas son el resultado de actuar según el principio de conservación de las leyes.

En razón de dicho principio, un precepto legal solo puede ser declarado inconstitucional si no es pasible de una interpretación. De esta manera: “*pueden definirse las sentencias interpretativas como aquellas que no anulan el texto de la ley en la medida en que admite alguna interpretación conforme a la Constitución. Se conjugan, así, la primacía de la Constitución y la conservación de las leyes*”.

Pero también, en cuanto a los límites de la interpretación conforme, la mencionada autora señala que el juez constitucional debe evitar suplir la jurisdicción ordinaria, cuando en lugar de escoger las interpretaciones compatibles con la Constitución, se dedica a desentrañar la mejor interpretación de la ley, o bien, cuando al desplegar una interpretación conforme, invade competencias legislativas cuando modifica el texto de la ley. En conclusión:

*los límites que separan la interpretación conforme de la mejor interpretación resultan a veces lábiles e imprecisos. Por eso, el principio de interpretación conforme, que está en la base de los pronunciamientos interpretativos, constituye una técnica de delicado manejo cuyo uso debe estar guiado por un permanente ejercicio del self-restraint, a fin de no invadir*

31 Gascón, M. y otro. *La Argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., pp. 278-279.

*competencias de la jurisdicción ordinaria. Por lo demás, es evidente que el recurso a las sentencias interpretativas entraña otro riesgo. Con la excusa de la interpretación conforme, el Juez constitucional podría imponer una interpretación de la ley que claramente no se deduce de su texto según los cánones interpretativos tradicionales. Se traspasarían así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones plausibles de la ley) para realizar una simple alteración judicial del ordenamiento invadiendo el ámbito que la Constitución reserva al legislador. Así sucede en las llamadas sentencias manipulativas*<sup>32</sup>.

Ahora bien, en el caso de las **sentencias manipulativas**, cuando ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad (como sucede en las sentencias interpretativas) y, sin embargo, no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto, el juez constitucional puede salvar su constitucionalidad en dos sentidos: - manipulando el texto de la ley para provocar una interpretación constitucional de este; - manipulando directamente su interpretación; más exactamente, forzando las posibilidades interpretativas del texto (si se quiere, haciendo una interpretación *contra legem*), a fin de que resulte compatible con la Constitución<sup>33</sup>.

Así, según Marina Gascón, “*aunque en ambos casos se producen manipulaciones de la ley (sea de su texto, sea de su interpretación), suele reservarse la expresión sentencias manipulativas –acuñada para la doctrina italiana para el segundo supuesto-; es decir, para los casos en que el Juez constitucional manipula directamente la interpretación de la ley*”<sup>34</sup>.

Tales sentencias manipulativas pueden ser sustitutivas, aditivas o reductoras. De acuerdo con Díaz Revorio, las **sentencias sustitutivas** constituyen el supuesto más complejo y difícil de sentencia manipulativa donde un precepto es declarado parcialmente inconstitucional, al tiempo que se dispone que la parte declarada inconstitucional se sustituya por otra indicada por el tribunal. De esta forma:

*la fórmula usual de este tipo de decisiones es la declaración de inconstitucionalidad del precepto “en la parte en que” dispone algo en lugar de o “antes que” (anziché) otra cosa, aunque, como veremos, también es posible encontrar sentencias materialmente sustitutivas que adoptan formalmente fallos interpretativos desestimatorios*”<sup>35</sup>.

De tal modo, en ellas se sustituye una interpretación plausible, pero inconstitucional, del precepto legal impugnado, por otra que

32 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., pp. 280-282.

33 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., pp. 282-283.

34 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 283.

35 Díaz Revorio, F. (2001). *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional, significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*. Madrid: Lex Nova, pp. 146-147.

claramente no se deriva de este, pero resulta acorde con la Constitución<sup>36</sup>.

En el contexto costarricense, Jinesta Lobo indica que las sentencias sustitutivas suponen una innovación del ordenamiento jurídico preexistente, ya sea por a) introducir nuevas normas legislativas de eficacia general o b) poner en vigencia normas legislativas previamente derogadas por las que son declaradas inconstitucionales. Se alcanza el primer supuesto incluso cuando de un artículo de una ley se declaran inconstitucionales una o varias palabras, una frase o un párrafo, con lo que cambia el contenido y el sentido de la norma original, lo que ha sucedido en múltiples votos de la Sala Constitucional. Así:

*una hipótesis más intensa la constituye cuando la Sala Constitucional indica una nueva redacción de un artículo legislativo. El segundo supuesto (puesta en vigencia o reviviscencia de normas derogadas) se produce, la mayoría de las veces, para evitar graves dislocaciones de la seguridad jurídica, la justicia o la paz social (artículo 91, párrafo 2° LJC), colmando una laguna en el ordenamiento jurídico, por lo menos transitoriamente. Lo anterior, obviamente, no*

*enerva la posibilidad del legislador ordinario de dictar una nueva legislación conforme al parámetro constitucional, por lo que, pueden contener de manera explícita o implícita una exhortación al legislador ordinario para regular de nuevo el sector que cubría la legislación anulada por inconstitucional<sup>37</sup>.*

De lo anterior, se deduce, con toda claridad, que los diversos tipos de sentencias manipulativas (reductoras, aditivas y sustitutivas) son compatibles con el principio democrático, siempre que posean **efectos provisionales, así advertidos por el juez o la jueza constitucional** al utilizarlas. De tal forma, le corresponde al legislador, en última instancia, la reparación del precepto impugnado acorde con las exigencias constitucionales, así declaradas por el juez o la jueza en su sentencia.

Ahora bien, en lo que atañe a **las sentencias aditivas**, Díaz Revorio observa que se trata de aquellas sentencias manipulativas que, sin incidir en el texto de la disposición legal, establecen la inconstitucionalidad de un precepto, produciéndose el efecto de extender su contenido normativo con respecto a supuestos no contemplados expresamente en la disposición, o

36 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 283. Sobre el particular, José Acosta Sánchez sostiene “las sentencias sustitutivas, sentența substitutive, con las cuales se toca ciertamente, el punto extremo de la interpretación, [...] y la “manipulación” de la ley alcanza con ellas, sin lugar a dudas, su grado máximo, puesto que logra una metamorfosis completa del sentido de la ley. Esta manipulación “normogenética” confiere, en efecto, a esta técnica un doble objeto [...], presentándose con los rasgos de una técnica de interpretación a dos tiempos, ya que persigue, por una parte, retirar de la disposición discutida una norma o un fragmento de norma contrario a la Constitución, y, por otra parte, introducir una norma conforme a las exigencias constitucionales; por una parte,, el Tribunal “demuele el contenido de la disposición impugnada”, y por la otra, “lo reconstruye [...] en línea con los principios constitucionales; se trata de una forma singular de la anulación parcial cualitativa que permite, sin tocar el cuerpo del texto, alcanzar a su sustancia el Tribunal Constitucional utiliza la anulación parcial cualitativa para ejecutar una sustitución de normas”. Ver Acosta Sánchez, J., *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 291. Asimismo, sobre el tema Sagüés afirma: “Sentencia manipulativa sustitutiva: Entendida como la manifestación más dura (y, por ende, muy discutible) del poder legisferante positivo de un tribunal constitucional, en tal hipótesis éste destruye una norma que califica como inconstitucional, y en su lugar, la reemplaza por otra regulación acorde con la Constitución. Véase Sagüés, N., *Derecho Procesal Constitucional, Logros y Obstáculos, Reflexiones sobre los retos y la codificación del derecho procesal constitucional las fronteras del control de constitucionalidad y los avances del amparo*. Konrad –Adenauer- Stiftung. (2006). Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 76.

37 Jinesta Lobo, E. (2014). *Derecho procesal constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Ciudad de México: Editorial Porrúa. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 101, pp. 489-490.



bien, ampliándose sus consecuencias jurídicas. Como veremos:

*la inconstitucionalidad recae en este caso en una norma no expresa, que excluye o impide la extensión de la norma; o bien -desde otro punto de vista, o en otros supuestos- dicha inconstitucionalidad no recaería sobre la disposición ni sobre la norma, sino sobre la omisión o la laguna legal*<sup>38</sup>.

Por su parte, Sagüés afirma que es la que añade algo a un texto legal para tornarlo compatible con la Constitución. En algunos casos, se cubre un vacío constitucional o legal. En otros (sentencias integradoras), se incluye a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal<sup>39</sup>.

En el contexto costarricense, Jinesta Lobo sostiene que las aditivas se producen en el contexto de las omisiones legislativas relativas, en la medida que existe una previsión legal para un grupo determinado, pero no se extiende a otro, lo que va en perjuicio de estos. “En este tipo de sentencias el Tribunal Constitucional puede hacer una interpretación extensiva o recurrir a la analogía, creando la norma para el caso concreto, para

completar la previsión legislativa y extenderla a los grupos ilegítimamente excluidos”<sup>40</sup>.

De esta forma, la doctrina ha señalado que las sentencias aditivas normalmente se verifican en los supuestos en que, ante una aparente violación del principio de igualdad o de una omisión parcial o relativa, la norma legislativa, sus efectos, es omisa respecto de ciertas situaciones o grupos, de tal forma que mediante este tipo de sentencias, el tribunal constitucional extiende los alcances del precepto cuestionado a los grupos soslayados.

Por otro lado, en el supuesto de las **sentencias manipulativas reductoras** consisten en hacer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado, a fin de “conformarlo” a la Constitución. Así, “*tras la interpretación, la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal*”<sup>41</sup>.

Un ejemplo de lo anterior, según Marina Gascón, es la sentencia del Tribunal Constitucional español 5/81, en cuanto redujo los alcances de la aplicación de los artículos 34.3 b y 34. 2, para entender que solo cubre a los centros privados no financiados con fondos públicos y no a los

38 Díaz Revorio, F. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional, significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, op. cit., pp. 146.

39 Sagüés, N. *Derecho Procesal Constitucional, Logros y Obstáculos, Reflexiones sobre los retos y la codificación del derecho procesal constitucional las fronteras del control de constitucionalidad y los avances del amparo*, op. cit., pág. 76. Sobre este particular; Marina Gascón añade: “Las sentencias aditivas consisten en hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado, a fin de “conformarlo a” la Constitución: tras la interpretación, la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal”. Ver Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 283.

40 Jinesta Lobo, E. *Derecho procesal constitucional*, op. cit., p. 489.

41 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 284.

*“centros sostenidos por la Administración con fondos públicos”<sup>42</sup>.*

Tales tipos de interpretaciones manipulativas (sustitutivas, aditivas y reductas) sin duda tienen múltiples implicaciones sobre el principio democrático y la especial dignidad de la ley. Por este motivo, el tribunal constitucional debe proceder con suma cautela en esta materia, en atención del principio de la autocontención, y evitar invadir competencias legislativas, o bien de la jurisdicción ordinaria, cuando en lugar de limitarse a descartar las interpretaciones inconstitucionales, mediante el ejercicio de la interpretación conforme, también señala o estipula cuál es la mejor interpretación, con lo que el juez o la jueza constitucional asume competencias en este escenario de un juez o una jueza de casación.

Otro tipo de sentencias que suelen utilizar los tribunales constitucionales, particularmente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, son **las sentencias de mera inconstitucionalidad o de inconstitucionalidad sin nulidad**. En estas, se declara la inconstitucionalidad de la ley, pero no es anulada, sino que se emplaza al legislador a reparar la situación de inconstitucionalidad por la vía legislativa y se emiten unas directrices con efectos provisionales, mientras no se dicte la nueva legislación.

## VI. Conclusiones

Pues bien, en este trabajo, hemos desarrollado, por una parte, la distinción entre el Estado legislativo de derecho y el Estado constitucional de derecho

que se ha desarrollado durante los siglos XIX y XX, respectivamente, en el constitucionalismo europeo. De esta forma, una vez que hemos mencionado las notas características del Estado constitucional de derecho, hemos distinguido entre los controles jurídicos y políticos que el texto fundamental impone frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos. Sobre el particular, se puede comentar que, en la mayoría de los sistemas constitucionales, prevén sistemas híbridos de control de constitucionalidad, pues coexisten ambos tipos.

Además, hemos dedicado unas líneas sobre los fenómenos de la judicialización de la política y la politización de la justicia, así como el activismo judicial, los cuales se verifican en la actividad de los tribunales constitucionales. En este orden, en lo que toca a la Sala Constitucional de Costa Rica, se pueden comentar varios ejemplos de judicialización de la política, como lo fueron en su caso, la aprobación reciente del Pacto Fiscal (que suponía un paquete de impuestos) y, hace algún tiempo, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, República Dominicana y Centroamérica. Mucho se debe discutir sobre este fenómeno.

Finalmente, hemos desarrollado el principio de la interpretación de conformidad con la Constitución, así como las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales en el ejercicio de esta interpretación. También hemos señalado que, en el dictado de este tipo de sentencias, las decisiones del juez o de la jueza constitucional deben tener efectos provisionales, de tal forma que

42 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 284. Al respecto, Díaz Revorio sostiene: “Entre las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo que deriva conjuntamente de un texto, sin afectar a éste, el primer y más simple supuesto está constituido por aquéllas que, como consecuencia de dicha declaración de inconstitucionalidad, conllevan una reducción de la extensión del contenido normativo. Dicha reducción se produce en el ámbito de aplicación del precepto, considerándose así constitucionalmente inaplicable en alguno de los supuestos en él contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas previstas en el propio precepto”. Díaz Revorio, F. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional, significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, op. cit., p. 136.

sea el legislador democrático, quien, finalmente, repare la situación impugnada y la ajuste a los estándares constitucionales.

También hemos indicado que el principio de interpretación de conformidad con la Constitución tiene ciertos límites frente al legislador y la justicia ordinaria, de tal forma que, con ocasión del dictado de estas sentencias interpretativas, el juez o la jueza constitucional debe evitar suplir al legislador o al juez o a la jueza de casación.

## VII. Bibliografía

Angel, A. y otros. *The judicialization of politics in Latin América*. Palgrave Mac Millan.

Aragón, M. (1995). *Constitución y control del poder*. Madrid: Ediciones Ciudad Argentina.

Bagehot Wálter, (2010). *La Constitución inglesa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Balaguer Callejón, M. (1997). *La interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, Sociedad Anónima.

Beltrán de Felipe, M. y otro. (2006). *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Segunda Edición. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Brenes Villalobos, L. (2013). *El rol político del juez electoral*. Editorial IFED-TSE.

Carrillo López, M. (2019). *Derechos fundamentales y pluralismo jurisdiccional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Ciudad de México: Editorial Porrúa. 144.

Díaz Revorio, F. (2001). *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional, significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*. Madrid: Lex Nova.

Ferreres, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de justicia constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Gascón, M. y otro. (2015). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Editorial Palestra.

Gonzáles Morales, F. (2013). *Sistema interamericano de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jinesta Lobo, E. (2014). *Derecho procesal constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Ciudad de México: Editorial Porrúa. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 101.

Martínez Baharona, E. *Seeking the political role of the third government branch. A comparative approach to high courts in Central América*, Saarbrücken: VDM Verlag.

Pegoraro, L. *Control jurisdiccional vs. Control Político: La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(1).

Prieto Sanchís L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Rotunda, Ronald D. y otro. (2016). *Principles of Constitutional Law*. Firth Edition, West Academic Publishing, U. S. A.

Sagüés, N. (2006). *Derecho procesal constitucional, logros y obstáculos. Reflexiones sobre los retos y la codificación del derecho*

*procesal constitucional las fronteras del control de constitucionalidad y los avances del amparo.* Konrad –Adenauer- Stiftung. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Solís Fallas, A. (2000). *Control político y jurisprudencia constitucional.* Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, CONAMAJ, San José.

Tarello, G. (2018). *La interpretación de la ley.* Lima: Palestra Editores.

Véase Alcoberro Llivina, C. (2015). La cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa: Balance a los cinco años de su entrada en vigor. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.* Ferrer Mac-gregor E. Director, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, n.º 23.

Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Séptima edición, Madrid: Trotta.