

perfectamente llegar a hacerlo. Se ofrecería, sin embargo, un amplio margen de conflicto, porque se podrían dar resoluciones contradictorias, según el tribunal de que se trate, y habría que esperar a un momento en que el mismo tema radique en la Sala Constitucional, para obtener un criterio definitivo, dado que ella no estaría sujeta a la opinión del juez ordinario. Pero es precisamente por ello que no ocultamos una cierta reserva acerca de la evolución que pueda tener el tema, en un momento en que no puede decirse que hay una cultura constitucional debidamente consolidada.

La norma que comentamos, en suma, confunde más que aclara y nuestro interés es hacerlo manifiesto, porque, si se desea un verdadero cambio, habrá que afrontarlo con más decisión o "*cientificismo*".

Un proyecto de reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que se encuentra en la Asamblea Legislativa (Expediente N° 11.576), aunque para materia conexas a la ya comentada, expresamente introduciría un cambio en el actual sistema de concentración, cuando permite (potestativo) que el recurso de hábeas corpus pueda plantearse directamente ante la autoridad infractora, la que podrá corregir así su actuación, evitando que el caso llegue ante la Sala Constitucional. Así se evitaría, también, una eventual condenatoria de la Sala al funcionario infractor, al Estado (o entidad pública de que dependa aquél) al pago de los daños y perjuicios causados. En el caso del recurso de amparo, la reforma propone que deba (obligatorio) ser planteado ante la autoridad infractora, con aquellos mismos efectos. La gestión ante aquella autoridad tiene carácter de un recurso de revocatoria y si decide denegarla, queda obligado a remitir las actuaciones ante la Sala Constitucional. La resolución de la autoridad, tiene en estos casos, el carácter de un informe para la Sala y esta podrá resolver conforme a los atestados, salvo que encuentre

necesaria la evacuación de alguna prueba adicional.

Esta reforma, aunque no atañe directamente al tema que venimos analizando, sí tiene enorme trascendencia, desde que coloca a la propia autoridad involucrada en una infracción constitucional ante la posibilidad de revertir la situación de la persona afectada, y por ahí economizar para sí y para la Sala Constitucional, un proceso adicional. Con esto, pues, se desahoga el sistema, al aliviar a la jurisdicción constitucional, de algunos cuantos casos. En lo fundamental, sin embargo, continuaríamos —pese a la reforma de comentario—, con un sistema de justicia constitucional en que el control de constitucionalidad (lo que la doctrina ha considerado su esencia), se mantiene incólume en un tribunal especializado, tal y como lo manda la Constitución Política.

Pero hay otro reconocimiento implícito a que nuestro sistema es concentrado, pues con anterioridad al Proyecto que hoy se encuentra con dictamen afirmativo de una Comisión de la Asamblea Legislativa y que solamente espera aprobación de su plenario para convertirse en ley, con participación de Magistrados de la Sala Constitucional, el Colegio de Abogados y miembros destacados de su cuerpo, representantes del Ministerio de Justicia y Diputados de la Asamblea Legislativa, se había preparado un anteproyecto de ley que preveía la creación de "Tribunales de Garantías", a manera de tribunales de primera instancia, en los cuales debían radicarse previamente los Hábeas Corpus y Amparo. Lo resuelto por estos tribunales solamente podía llegar en apelación ante la Sala Constitucional, en casos en los que denegaren lo pedido por el recurrente (fondo), o cuando inadmitieren el recurso (forma), pero obviamente, se trataría en la propuesta de reforma, de crear toda una estructura jurisdiccional, para desconcentrar la jurisdicción constitucional, es decir, para tornarla más difusa.²⁸

28. Decía el anteproyecto: "Artículo 3°. 1. La Jurisdicción Constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política, y por los Tribunales de Garantías creados por la presente Ley, orgánicamente integrados en ella..." "Artículo 15°. 1...2...3. Para interponer el recurso de hábeas corpus ante la Sala Constitucional es requisito de admisibilidad haber agotado, ante el Tribunal de Garantías, el procedimiento previo establecido en este Título." Otro tanto se disponía

Y citamos estos esfuerzos de reforma, que tal vez no culminen en la promulgación de una nueva normativa, ya que aunque se trate de regulación específica para el amparo y el hábeas corpus, lo cierto es que se trata de un intento de hacer difuso el sistema, toda vez que en los países donde existe este tipo de justicia constitucional no hay un procedimiento ad hoc para declarar la inconstitucionalidad (desaplicación) de la ley, a lo cual se llega mediante los procesos comunes en los que se discute la aplicación de normas que al cabo, se llegan a declarar como contrarias a la Constitución. Esto lo repetimos, por supuesto, dada la incoherencia que sentimos ante una eventual coincidencia del sistema concentrado (que tenemos) y el sistema difuso (que algunos pretenden), porque ante nosotros solamente se nos presentan dos opciones: o nos dejamos llevar por tenerle plena confianza a la jurisdicción común en la desaplicación de las leyes, para lo cual bastaría con la estructura (jerarquía) de tribunales

que existía y existe aún hoy, o entendemos que es una tarea extremadamente importante y delicada para la sociedad, y se la dejamos a un órgano especializado. Eso es lo que tenemos que afrontar con toda claridad y es lo que está en juego, al fin de cuentas.

Porque, no obstante que la doctrina afirma que el control de constitucionalidad es el núcleo esencial de la jurisdicción constitucional (***), en Costa Rica la Sala Constitucional está concebida con una amplia competencia que, como ya se entrevé de la apretada reseña que hicimos supra, la convierte en un Tribunal (Nacional) de Derechos Humanos, en donde todos los procesos bajo su cuidado, incluidas la consulta legislativa, están al servicio de los derechos humanos como el principal (y englobante) parámetro dentro del cual se formula el análisis de constitucionalidad. Y desde este punto de vista, pues, no se puede quebrar —al menos fácilmente— el énfasis del control de constitucionalidad existente en nuestro país.²⁹

E. POSICIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN ESTA MATERIA

Como aspiración, nos uniríamos a quienes sostienen que la Constitución Política, norma de cúspide y por ello conformadora —formal y materialmente— de todo el ordenamiento jurí-

dico, debe ser de aplicación directa por todo funcionario público, o al menos por todo juez. Los problemas jurídicos y prácticos, sin embargo, enervan un resultado positivo, pues por una

para interponer el Amparo, en el artículo 29.4. Pero, leyendo entre líneas, podríamos decir que los trámites previos ordenados ante los Tribunales de Garantías (creados por la Ley y no por la Constitución) debieron establecerse como "requisito de admisibilidad", pero sin poder negar el acceso a la Sala Constitucional, que mantenía, siguiendo el esquema constitucional, un papel decisorio en la materia, claro está, cuando al particular se le denegaba en alguna forma su pretensión, pues de no ser así, la intervención de la Sala sobraba.

29. Es incontestable —en ese específico ángulo— que el modelo escogido por Costa Rica se separa abruptamente del europeo para el control de constitucionalidad, pues entre nosotros el "interés" (derecho, interés legítimo o interés difuso) en el accionante, legitima su acceso a la jurisdicción constitucional. En Europa, por el contrario, son (ciertos) órganos públicos los legitimados, en abstracto u objetivamente, para accionar. A ese respecto nos dice DE VEGA GARCÍA (Pedro): "Se explica de esta suerte por qué en Europa, y concretamente en Francia, aparte de otras razones en nada despreciables aducidas por Mauro Cappelletti, el control de constitucionalidad de las leyes comience tomando un carácter puramente político. Hubiera constituido una contradicción insalvable el proclamar, de una parte, al pueblo defensor político de la Constitución y entregar, por otro lado, a la justicia, en lugar de al Parlamento, el control de constitucionalidad, máxime en un momento en que los jueces, fieles servidores del antiguo régimen en el que vendían y compraban sus cargos au même titre que leurs maisons et leurs terres, representaban uno de los estamentos más decididamente beligerantes contra la corriente constitucional..." En *"Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución"*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 7, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 100.

parte, hay una definición clara de a cuál órgano se asigna una función de custodia constitucional, de modo que habría que estarse a lo dispuesto por el sistema. Pero, por otra, si no hay expresa posibilidad para ello y pusiéramos a funcionar, por nuestra mera decisión, un sistema de control difuso, nos enfrentaríamos a una inseguridad jurídica de grandes proporciones, en un medio judicial no preparado para el manejo del *"nuevo sistema"*, que, volvemos a señalar, en 1989 se desechó para, en su lugar, acentuar el control concentrado de constitucionalidad.

Nuestra posición es que en la actualidad —y aunque entre a regir el artículo 8º de la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, recién aprobado—, solamente la Sala Constitucional podría aplicar directamente la Constitución, desaplicando una norma para un caso concreto, y sin esperar a que en la vía destinada para ello, se produzca una declaratoria de inconstitucionalidad.

I. Aplicación directa de la Constitución por la Sala Constitucional. Limitaciones que el sistema le impone.

Creemos y hemos afirmado que el juez ordinario tiene limitaciones en el ordenamiento jurídico costarricense para aplicar directamente la Constitución, en el sentido de desaplicar la norma que enfrenta a aquélla.

Ahora nos interesa también destacar que aún en el caso de la Sala Constitucional, el sistema no le permite aplicar directa o inmediatamente la Carta Fundamental, en los casos en que se descubre que la autoridad demandada ha actuado (resolviendo, decidiendo, disponiendo, etc.) contra lo que aquélla ordena, si está de por medio una norma en que se fundamenta. En este caso, establece nuestro sistema, la Sala Constitucional debe suspender el proceso y otorgar un plazo al afectado, para que establezca (formal) acción de inconstitucionalidad contra esa norma. Y solamente que efectivamente ésta sea declarada con lugar, entonces puede entrar a juzgar como ilegítima la actuación concreta de la autoridad.

El artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone:

"En cualquier momento en que la Sala considere que las actuaciones u omisiones impugnadas están razonablemente fundadas en normas vigentes, hayan sido éstas atacadas o no también como violatorias de los derechos o libertades reclamados, así lo declarará en resolución fundada, suspendiendo la tramitación y otorgando al recurrente un término de quince días hábiles para que formalice la acción de inconstitucionalidad contra aquéllas. Si no lo hiciere, se archivará el expediente."

Quando el amparo se interponga directamente contra las normas a que se refiere el inciso a) del artículo 30, el Presidente de la Sala suspenderá, sin más trámite el recurso, y procederá en la forma prevista por el párrafo primero." (El subrayado no es del texto).

En otras palabras, cuando se acude a la Sala Constitucional —principal o supremo órgano de la justicia constitucional costarricense— en reclamo de una actuación que ésta encuentra *"razonablemente fundada"*, en una norma vigente (ley, decreto ejecutivo), le queda vedado pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma, aunque, mediante un sistema bastante simple y ventajoso para el afectado, le concede un plazo para que formule una acción de inconstitucionalidad. Igual se ordena cuando el reclamo (amparo) verse sobre leyes u otras disposiciones normativas de acción automática (autoaplicativas), *pues en todos estos casos, ya no se puede examinar la situación concreta, propiamente radicable en el amparo, sino la situación de la norma fundante, en la correspondiente acción de inconstitucionalidad, que tiene características, requisitos, trámites y efectos mucho más complejos, por virtud de las consecuencias que tiene una estimatoria en esa vía.*

Parece obvio agregar, pero debemos resaltar, ese es el procedimiento usual en las actuaciones de la Sala, que cuando se presentan asuntos en que el acto impugnado se funda razonablemente en una norma vigente (y prima facie la ilegitimidad estaría radcada en ésta), (a) suspende el proceso constitucional, hábeas corpus y amparo y (b) paralelamente otorga plazo al afectado para que interponga acción de inconstitucionalidad contra la norma. Una vez resuelta esta acción, se regresa al hábeas o al amparo, para resolver de conformidad.

Esto quiere decir que el sistema impone a la propia Sala, una sujeción a la Acción de Inconstitucionalidad, cuando en cualquier otro proceso se encuentre con que una norma es ilegítima.

En otros términos, ni siquiera al tribunal constitucional se le ofrece la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, si no es por la vía legal *ad hoc*, que es la acción de inconstitucionalidad. ¿Cómo podríamos, sin advertir una contradicción afirmar lo contrario para los tribunales comunes? Vemos que no es un asunto, pues, que se pueda manejar a base de sentimiento, o con criterios de conveniencia, salvo a riesgo de caer en graves contradicciones o errores. Y decimos "criterios de conveniencia", ya que quienes se apasionan con el control difuso de constitucionalidad —que nosotros no adversamos en sí mismo—, lo defenderían aun en ausencia total de norma. Es decir, para quienes lo impulsan y apoyan, aunque haya una Sala o Tribunal especializado, mientras no se prohíba expresamente a los demás tribunales, estos tienen la competencia, que radica en la condición de juez y nada más.

II. Jurisprudencia de excepción de la Sala Constitucional en esta materia.

En algunos casos, particularmente de hábeas corpus, la Sala Constitucional —en mi opinión con clara conciencia de ser ese "órgano supremo de la jurisdicción constitucional"— se ha separado de la regla anteriormente señalada, aunque no siempre con criterio de unanimidad. Estimamos conveniente reseñar los casos más relevantes, de manera que se pueda comprender el motivo que ha existido para una actuación de ese calibre, pero también a efecto de significar cuán excepcionales han sido esos casos para que se haya resuelto en un aparente contra legem (aunque no contra constitutionem).

1. Un primer caso. Desaplicación del artículo 474 del Código de Procedimientos Penales.

En un recurso de hábeas corpus fue desaplicada esta norma legal, que permitía el recurso de casación sólo cuando la sentencia con-

denatoria del Tribunal de Juicio imponía pena de prisión superior a los años, o si la sentencia era de juez penal, cuando la pena impuesta fuera superior a seis meses de prisión (incisos 1º y 2º).

La Sala desaplicó esa norma, porque la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2 inciso h) otorga un derecho a todo condenado, "*de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior*". Al hacerlo, declaró con lugar el hábeas corpus y dijo:

"Que, si bien el artículo 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a los interesados a plantear la acción de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales que se opongan a las de un tratado internacional, considerando que al hacerlo violan la jerarquía normativa superior del segundo de conformidad con el artículo 7º de la Constitución Política, ella no obsta a que, cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado. De esta manera, la antinomia entre ley y tratado, a partir de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política (Ley Nº 7128 de 18 de agosto de 1989, vigente desde el 1º de setiembre) y, sobre todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Nº 7135 de 11 de octubre de 1989, vigente desde su publicación el 19), se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley..." (Voto 282-90).

Se agregó en las consideraciones, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no condiciona el derecho de recurrir del fallo condenatorio, y aunque el Código de Procedimientos Penales se promulgó con posterioridad a la aprobación y vigencia de aquélla, simplemente no nació a la vida jurídica, por ser una norma de rango inferior contradictoria con otra superior preexistente.

Es notorio en este caso, que se trata de otorgarle el más alto valor y rango a un tratado, que por regular aspectos de derechos huma-

nos, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, integra el parámetro de constitucionalidad y conforme a él es que se resolvió.

No obstante que, como hemos dicho esta decisión de la Sala fue de "*desaplicación*" al caso concreto, por virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley que rige la jurisdicción constitucional, tenía efecto "*vinculante*" y "*erga omnes*", y en la práctica hubiera surtido un efecto similar al de una declaratoria formal de inconstitucionalidad, aunque *ex nunc* y no *ex tunc*. Sin embargo, cuando la Sala resolvió el hábeas corpus, ya existía una demanda de inconstitucionalidad planteada y entonces en ésta tuvo oportunidad de referirse con más amplitud al mismo tema y con todos los efectos declarativos, retroactivos y por tanto anulatorios, propios de este tipo de proceso.

A ese respecto, se dijo:

"CONSIDERANDO:

"...II. Si bien en el mismo fallo N° 282-90 citado se declaró la derogatoria pura y simple de dichas limitaciones, con lo cual debe admitirse a partir del mismo el recurso de casación contra toda sentencia penal por delito, sin necesidad de pronunciamiento específico en la acción de inconstitucionalidad, sobre todo porque, además, la jurisprudencia y precedentes de esta Sala son vinculantes erga omnes (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), no obstante, como ahí se dijo también (Considerandos I y II), **nada obsta a que la inconstitucionalidad de las normas así derogadas se declare también cuando se haya planteado en esta vía**, de conformidad con lo dispuesto expresamente por el artículo 73 inciso d) de la misma Ley..." Sentencia N° 719-90. Las negritas son propias.

Debe notarse que la Sala advierte en esta sentencia, que no obstante la obligatoriedad que su jurisprudencia tiene, hay una cierta limitación intrínseca en lo que ha declarado como contrario a la Constitución en la vía del Hábeas Corpus, de donde es conveniente y necesario, siempre, declarar con lugar una inconstitucionalidad solicitada en la vía propia. Y, dice, pues, que en el hábeas corpus la Sala resolvió a manera de una derogatoria, mas la declaratoria de inconstitucionalidad tiene el carácter re-

troactivo, de nulidad, se publica en el Diario Oficial a los fines de hacerlo de conocimiento general y así opere plenamente erga omnes, pero también tiene la virtud de resolver sobre situaciones que en el pasado se hubieran presentado a la luz de la normativa anulada. Así, por ejemplo, en la parte dispositiva de la sentencia 719-90, se dijo:

"...La presente declaratoria de inconstitucionalidad es meramente declarativa, retroactiva a la fecha de promulgación de esas normas en los términos del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. El derecho de recurrir en Casación, que en esta sentencia se declara, deberá ejercitarse dentro de los 15 días que establece el artículo 477 del Código citado, los cuales se empezarán a contar a partir de la fecha de publicación de la reseña de este fallo en el diario oficial "La Gaceta", salvo en el caso del recurso..."

Como también se torna evidente, la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, por la naturaleza de este proceso, tiene características propias, conducentes ya no sólo a que produzca los efectos de la nulidad que contiene, sino, de manera muy especial, a dimensionar esos efectos, en el caso en concreto, a señalar un plazo —que podría reputarse de arbitrario, pero que ahí simplemente es reproductor del que tenía previsto la ley para plantear la casación—, pues de lo contrario, se podría plantear una confusión muy grande entre los tribunales a los que se les hiciera valer la sentencia dictada. Obviamente, estos dimensionamientos, que en ocasiones implican indicar cuál es la norma que se reincorpora al ordenamiento —por ejemplo, aquélla que había derogado la que ahora se estima inconstitucional—, no podría esperarse que lo hicieran los jueces ordinarios, de ahí que la jurisdicción concentrada en un órgano especializado no puede entenderse modificada en los términos que hemos venido señalando.

Bien podría afirmarse por alguien, que en la práctica, este último pronunciamiento (719-90) no vino a variar sustancialmente el tratamiento del tema, porque ya las normas del Código de Procedimientos Penales habían sido derogadas (Sentencia 282-90), pero tal afirma-

ción no repararía en los aspectos formales y de fondo, que según se vio, son de suyo importantes (publicación del aviso en el Diario Oficial, efectos propios de la acción de inconstitucionalidad, dimensionamiento, etc.), ya que ellos cumplen, adicionalmente, un requisito de seguridad jurídica, que de lo contrario se vería afectado.

Únicamente para completar la información, de modo que se entienda cómo se pudo presentar el caso que se viene comentando, debe agregarse que es posible en el sistema costarricense impugnar en la vía de inconstitucionalidad una ley que se oponga a un tratado internacional vigente en el país, porque éste tiene rango superior a la ley (artículo 7º constitucional para cualquier instrumento internacional) o un rango igual al de la propia Constitución, en tratándose de aquéllos que sobre Derechos Humanos ha suscrito y aprobado el país (artículo 48 de la Constitución Política). De donde la fuerza normativa del tratado lleva a que sirva como parámetro de constitucionalidad o, como se afirma en otras latitudes (España o Panamá, por ejemplo), los tratados —cualesquiera de los dos tipos— integran el bloque de constitucionalidad.

2. Segundo caso. Desaplicación del artículo 33 de la Ley de Psicotrópicos, Sustancias no Autorizadas y Actividades Conexas (Nº 7233 de 8 de mayo de 1991).

En recurso de hábeas corpus se desaplicó este artículo, que prohibía la excarcelación de los imputados por tráfico de drogas. En el momento en que se le resuelve el hábeas corpus, la Sala toma en consideración dos aspectos:

- a) Por Voto Nº 688-91, la Sala había declarado con lugar una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 27 de la Ley de Psicotrópicos anterior (Ley 7027/1988), que prohibía la excarcelación en delitos de tráfico de drogas y lavado de dinero. La Sala estimó que la prohibición absoluta en una ley especial era ilegítima, desde que el artículo 39 de la Constitución Política esta-

blece que a nadie se le puede condenar sin antes haber sido oído y vencido en juicio, norma que, en el fondo, consagra dentro del derecho al debido proceso, el principio de inocencia. Esto significa, pues, que antes de que haya sentencia condenatoria firme, al imputado le acompaña un estado de inocencia y que mientras dure el proceso, su libertad no puede ser restringida, a menos que necesidades objetivas del proceso demanden tomar acción en ese sentido. Consideró la Sala, que si el homicidio calificado agravado puede merecer pena de veinticinco años, y en tal condición su posible autor podría ser acreedor a la excarcelación, ¿cómo podría la ley establecer distinciones por virtud de la pena imponible, si en el tráfico de drogas la pena mayor puede ser veinte años? Por su parte el Código de Procedimientos Penales, la ley procesal aplicable en la materia no tiene prohibiciones de ese tipo, sino que faculta al juez para, si tiene las razones objetivas, no acordar la excarcelación.

La razonabilidad de una norma es parámetro de constitucionalidad y en virtud de ello, se anuló el artículo 27 de la Ley de Psicotrópicos.

- b) La Asamblea Legislativa, posteriormente al voto indicado de la Sala, le hace unas reformas a aquella ley, y mediante la Nº 7233/91, introduce un artículo 33, que con ligera variante de redacción, reinstala la prohibición de excarcelación para imputados en los delitos de la ley (exceptuados los cómplices).

Con vista de la nueva norma, los tribunales vuelven a denegar la excarcelación en las causas por tráfico de drogas, aduciendo que la ley es vigente y les prohíbe conceder aquel beneficio. Se plantea recurso de hábeas corpus y en él, la Sala —por mayoría—, desaplica ese nuevo artículo, ahora 33. Y se funda la Sala en que su jurisprudencia es vinculante en cuanto a la doctrina que establece, de modo que los criterios por ella vertidos son de acatamiento obligatorio de toda autoridad, desde la Asam-

blea Legislativa hasta el más sencillo funcionario público.

En otras palabras, los criterios de la Sala Constitucional, en su función de intérprete de la Constitución e integrando el llamado Derecho de la Constitución, también informan todo el orden jurídico y condicionan las actuaciones y decisiones de todos los funcionarios públicos. Cuando la Asamblea Legislativa promulgó una nueva norma, igual a la anulada por inconstitucionalidad, se colocó en una actitud de rebeldía, irracional, frente a lo ya decidido por la Sala con carácter vinculante y erga omnes, de modo que ésta no tenía por qué esperar a que se planteara formal acción de inconstitucionalidad, para volver a declarar que el nuevo artículo 33, como reiteración del anulado, era inconstitucional. Dijo la Sala, que el nuevo artículo no había nacido a la vida jurídica, ni podía surtir efecto alguno y lo desaplicó en el recurso de hábeas corpus. Por aparte, otro interesado también había formulado acción de inconstitucionalidad que la Sala acogió posteriormente. Lo que importa es que, entre tanto se daba una decisión más amplia en esa vía, la Sala no podía menos que actuar como lo hizo. El planteamiento de que se parte para actuar así, es que en esos momentos —aunque no haya una declaratoria de inconstitucionalidad, formalmente hablando—, el artículo de comentario no puede ser aplicado en ningún caso y en cuanto se aplicara, al conocerlo la Sala mediante un recurso del afectado, habría que dictar la sentencia de inaplicabilidad. En opinión de la mayoría de los Magistrados de la Sala, el caso se presentaba muy apropiado para aplicar directamente la Constitución.³⁰

El voto de minoría no aceptó que la Sala misma —principal órgano de la jurisdicción constitucional— pudiera actuar desaplicando una ley válidamente promulgada. Se sostuvo en él que el sistema prevé un proceso especial para ello —la acción de inconstitucionalidad—, fuera del cual es imposible para cualquier tribunal declarar un vicio de inconstitucionalidad y desaplicar la norma. Como se ve, un criterio ortodoxo, quebrado —apenas parcialmente— en el voto de la mayoría, tal cual quedó reseñado.

3. Tercer Caso. Desaplicación de normas del Código de Procedimientos Penales (artículos 211 y 216) que autorizan el allanamiento, el registro y el secuestro.

Aquí la Sala declaró que no se podían desaplicar esas normas y se esperó a que se resolviera una acción de inconstitucionalidad sobre el tema. Por seis votos contra uno, finalmente, resolvió que las impugnadas, no eran normas inconstitucionales.

Nos ha interesado este caso, porque habiendo suscrito el voto en minoría (en absoluta minoría), guardamos una cierta incomodidad conceptual, y creemos que los antecedentes parecerían desembocar en una posición contraria a la de la mayoría, según exponemos sucintamente:

- a) la Sala Constitucional, mediante sentencia N° 1261-90 declaró inconstitucional el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales que permitía al juez penal autorizar la interceptación telefónica de las comunicaciones de cualquier persona, incluyendo a un sospechoso de haber o

30. Se dijo en el voto mayoritario: "Al cobijo de una tesis amplia sobre la soberanía del Parlamento, obviamente debería afirmarse que si el legislador encontró necesario reproducir una norma similar a la declarada inconstitucional, solamente mediante la acción de inconstitucionalidad podría la Sala Constitucional analizar su legitimidad. Ese camino, que de toda suerte implica requisitos, formalidades y tiempo mayores a los de un recurso de hábeas corpus, como es el presente, tiene como virtud que en caso de que se concluya con sentencia estimatoria, sus efectos serían declarativos y erga omnes (ex tunc), mas en opinión de la mayoría que suscribe esta sentencia, no excluye la posibilidad de que, ante una clara reticencia de la Asamblea Legislativa a quedar sujeta a la tesis expresada por la Sala en su voto N° 688-91 supracitado, en la vía del hábeas corpus se declare la inaplicabilidad al caso concreto de una norma que sea reproductora de otra similar anulada, ya que de lo contrario, estaríamos ante un juego dialéctico-jurídico, según el cual la Sala anula y la Asamblea vuelve a promulgar, prescindiendo de los criterios jurídicos —no de oportunidad— vertidos en la sentencia del caso..." (Sentencia N° 12-92, de las 14:03 horas del 8 de enero de 1992).

estar cometiendo delito. Se dijo que se violentaba el derecho a la privacidad de las comunicaciones, consagrado por el artículo 24 constitucional;

- b) por ese motivo, la Asamblea Legislativa, en su papel de constituyente derivado y mediante trámites calificados y agravados, procedió a reformar el artículo 24, para adecuarlo a las necesidades de investigación de los delitos. Esta reforma a la Constitución se produjo en condiciones muy críticas, pues un sector de opinión consideraba que la decisión de la Sala Constitucional era gravísima para la sociedad (o para la defensa social, según una terminología todavía utilizada) y debían apurarse acciones para corregir tal situación.
- c) finalmente, se aprobó la reforma, que en lo que interesa, dice:

"...Sin embargo, una ley cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de dos tercios de los diputados que forman la Asamblea Legislativa, fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento..."

La Asamblea no se limitó a regular lo relativo a las comunicaciones orales en la República, sino que, como se ve de lo transcrito, también incursionó en otros temas que contenía el artículo 24. No solamente dijo que los Tribunales "podrán ordenar" el secuestro, registro y examen de documentos privados, cosa que ya podían y venían ordenando, sino que se cuidó el constituyente derivado de agregar en la reforma de modo inequívoco, estos términos: **"Una ley cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de dos tercios de los diputados que forman la Asamblea Legislativa, fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el..."** La lectura atenta de las discusiones que se dieron en el seno de la Asamblea Legislativa al discutirse la reforma, nos permite darnos cuenta que si bien hubo una salida con el texto transcrito, lo cierto es que triunfó una tesis muy preocupada

porque las limitaciones a derechos tan importantes para las personas, se dieran en condiciones excepcionales y en una ley excepcional. Lo importante es que esa ley no se ha dado a esta fecha, lo que en opinión del suscrito hace inaplicables las normas actuales del Código de Procedimientos Penales, que no son, ni por asomo, a las que se refiere el Constituyente, quien habla de una ley que *"requerirá"* una votación calificada, es decir, una ley que vendrá en el futuro.

No lo entendió así la mayoría y no prosperó la argumentación de los afectados. De tal manera, la rigurosidad, que evidencia el texto constitucional para permitir restricciones a la privacidad, se derrumba ante la interpretación de la mayoría de la Sala. Debe agregarse que en estos momentos la Asamblea Legislativa tiene en trámite la ley en cuestión, pero ya el asunto pierde todo interés, desde que la Sala Constitucional ha dicho, ni más ni menos, que tal ley no es necesaria y que con la que ya existía es suficiente.

En mi opinión este significa un ejemplo contrario a lo que sería la aplicación directa de la Constitución, y por eso he estimado conveniente citar y comentar el fallo de la jurisdicción constitucional, que me ha dejado una cierta desazón, como en cualquier otra en el que uno se constituye en minoría dentro del órgano jurisdiccional.

4. Cuarto Caso. Desaplicación del Tratado de Extradición Estados Unidos de América-República de Costa Rica, firmado en San José, en 1982 y aprobado mediante Ley Nº 7146 de 30 de abril de 1990.

En este caso, se plantea hábeas corpus por parte de una persona que a solicitud del Gobierno de los Estados Unidos de América, se encuentra sometida a un proceso de extradición. Se alega en el recurso, que como la Corte Suprema de aquel país legitimó el secuestro de personas, al margen o contra lo dispuesto en los tratados de extradición vigentes, la Sala Constitucional debe declarar inconstitucional e inaplicable ese tratado.

Una mayoría de la Sala, primero por seis votos a uno (Voto 123-93) y luego en caso similar por cinco votos a dos (Voto 666-93), se pronunció por desaplicar el tratado y ordenó a los jueces a cargo de las extradiciones que debían adecuar los procedimientos a la Ley de Extradición que está vigente (aunque con algunas disposiciones diferentes a las del tratado).

Dijo la mayoría entre otras muchas consideraciones:

"En este sentido, la Sala no puede aceptar que la institución de la extradición, tanto si regulada por el orden interno —constitucional y legal— como si por tratados internacionales —bi, pluri o multilaterales— se interprete o aplique como un mero mecanismo de cooperación, mucho menos alternativo u opcional, ni, por lo tanto, que le sea indiferente la utilización de otros medios, de una u otra índole, tendentes a producir o que se produzca un resultado equivalente, de poner al alcance de la jurisdicción de un Estado a personas sometidas o amparadas a la de otro. O la institución jurídica de la extradición, con todas sus condiciones y consecuencias, constituye el mecanismo único de esa cooperación, exclusivo y excluyente de todos los demás, al menos de todos los no autorizados por él, o carece de sentido y justificación, máxime para los Estados más débiles frente a los poderosos, porque su ausencia o desaplicación montaría a tanto como a consagrar en esa materia la ley de la selva frente a la que los primeros serían impotentes y los segundos gozarían prácticamente de un poder sin límites (...) La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, al fallar por mayoría de seis a tres de sus miembros el llamado caso "Álvarez Machain" —sentencia Nº 91-712 de 15 de junio de 1992—, ha venido a establecer, por obra de su más alto tribunal constitucional, cuyos precedentes y jurisprudencia gozan, además, de valor vinculante erga omnes —en virtud del principio llamado "stare decisis"—, que los términos pactados con otros Estados soberanos mediante tratados de extradición —en el caso, con los Estados Unidos Mexicanos— no constituyen un medio exclusivo de hacer llegar a su jurisdicción a personas residentes en otra, ni, por ende, excluyente de otros medios, entre los cuales, además de la entrega voluntaria de esas personas por las autoridades del segundo fuera de los procedimientos de extradición, sino incluso acciones claramente arbi-

trarias o inmorales, como el secuestro de personas..." (Voto 123-93).

Nosotros, no obstante que somos partidarios de que la propia jurisdicción constitucional pueda desaplicar normas por vía directa y en orden a casos concretos, en lo relativo a este tratado de extradición, en esta ocasión nos separamos del criterio de la mayoría de la Sala, porque en sí mismo, ese tratado no está argüido de inconstitucional, sino que se le está atribuyendo una carga negativa en base a lo actuado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Entendemos la frustración e inconformidad que esto último ha causado, y lo compartimos, pero de ahí a que por ese motivo se deba tener como inconstitucional el tratado, que, conforme a nuestra Constitución tendría un carácter reforzado, hay un gran trecho.

Deseamos transcribir una parte del criterio de minoría del segundo voto, que nos correspondió redactar. Nos parece obvio resaltar, como se indica en el texto, que para cuando se tomó, el primero de mayoría no estaba redactado y era difícil, si no imposible, tomarlo en consideración con un carácter de certeza:

"1.—No es posible atender la petición del recurrente en el sentido de que "el Tratado de Extradición que existía con los Estados Unidos (sic), actualmente carece de validez, por ser contrario a la Constitución Política, tal y como lo estableció la Sala Constitucional..." y que como consecuencia de ello, la privación de libertad del señor Ronald Brian Stansel, deviene en ilegítima. Y no es posible acceder a lo solicitado, por varias razones. Por una parte, no parece exacto afirmar que el Tratado... haya sido declarado inconstitucional por esta misma Sala, como lo afirma el recurrente, no solamente por que no se toma la molestia de indicar mediante qué sentencia, si la hubiere, sino porque si se refiere a la Nº 123-93, de las 14 horas y 40 minutos del día 12 de enero último, del texto del Por Tanto no se desprende tal declaratoria y como no está redactada la parte considerativa, es improbable que eso hubiera expresado la mayoría que tomó la decisión."³¹

31. A la fecha de redactar estas reflexiones, el voto de mayoría no estaba redactado, y no podríamos esperar a que ello sucediera.

"II.—Por otra parte, debe tenerse presente que, a la luz de lo dispuesto por la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Nº 7135, de 11 de octubre de 1989), la propia Sala Constitucional emitió una Opinión Consultiva acerca del mencionado Tratado de Extradición, en la que afirmó no encontrar vicios de constitucionalidad y así lo hizo del conocimiento de la Asamblea Legislativa, la que procedió de conformidad a emitir la respectiva ley. Véase al respecto el Voto 323-90, del 3 de abril de 1990".

"III.—Si todo lo anterior es cierto, como lo es, solamente restaría, como foco de análisis, y esto a manera de anticipo de lo que puede radicar en el fondo de la cuestión, lo relativo a la sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, decisión del 15 de junio de 1992, caso Estados Unidos vs. Álvarez—Machain (91-712) que, en lo fundamental, legitimó el procedimiento de sustraer subrepticamente a una persona de un país extranjero, para someterlo a proceso penal en Estados Unidos de América, aun cuando entre ambos países exista un Tratado de Extradición. Tal legitimación fue fundada en que, según la opinión de la Corte, al no haber en el Tratado una cláusula que prohíba el secuestro, no hay impedimento para que agentes de uno de los Estados actúen en el otro, con ese propósito. No es del caso argumentar contra el contenido de esa sentencia, pues no es eso lo que está bajo examen, en opinión de los Magistrados que suscriben, pero de toda suerte no es ocioso señalar que ya sobre ese extremo la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica... se pronunció...: "...Por la grave lesión que el fallo implica a las normas del derecho internacional y la soberanía de los Estados, esta Corte acuerda dejar constancia, para hacerlo saber así, de lo inadmisibles de tal pronunciamiento, y no duda de que en corto plazo sea enmendado por la misma Corte que lo emitió, en aras de la supremacía del derecho y del mutuo respeto que debe imperar entre aquel Estado y los otros con los que —bajo el principio de la buena fe— sujetó sus relaciones..."

Se deja constancia en esa opinión de minoría, que la sentencia de aquella Corte, no fue en aplicación del tratado de extradición con Costa Rica, lo que sí podría haber a su vez legitimado la decisión de nuestra Sala Constitucional (el Tribunal Constitucional de este país), al no ser así, resulta desproporcionado el criterio de la mayoría de acoger la solicitud del recurrente en hábeas corpus, especialmente porque no se tomó acuerdo respecto de la pri-

vación de la libertad a que estaba sujeto por virtud de la aplicación del tratado. En uno de los pasajes, acerca de responder con un "*desconocimiento*" del tratado ante una sentencia cuestionable de la Corte extranjera, dijo también la minoría:

"En el presente caso, lo que ha sucedido es que un tribunal constitucional declara inaplicable el tratado, sin que se haya pronunciado una inconstitucionalidad, formalmente hablando, y sin que el otro Estado contratante, en realidad, haya denunciado o actuado contra el tratado en cuestión. Desde el punto de vista del Derecho Internacional, una situación que, ni más ni menos, podría calificarse benignamente como inusitada. Tan inusitada como la actuación de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, y no deseamos ni podemos colocarnos en la misma situación..."

Y es que, por lo demás, el pronunciamiento de la Sala, por más que se oriente a combatir la legitimidad de la sentencia del tribunal supremo estadounidense en punto al secuestro de personas, se tomó precisamente dentro de unas diligencias de extradición promovidas a pedido del Gobierno de Estados Unidos de América, o lo que es igual, a raíz de unas diligencias en donde la contraparte de Costa Rica en el Tratado de Extradición de 1982, se acoge y actúa plenamente y de conformidad con sus previsiones normativas. En otros términos, la Sala desaplica el tratado precisamente en un caso en que el Estado cocontratante ajusta su conducta a derecho. ¿Cómo no acusar una desubicación de la jurisdicción constitucional, contestando la afrenta que se le había infligido a un tercer Estado y no al costarricense? Porque, por otra parte, no ha trascendido que los Estados Unidos Mexicanos haya denunciado el Tratado que, es obvio, se vio alcanzado por la ya famosa sentencia de la Suprema Corte, pero aunque lo hiciera, parece elemental que habría de tenerse ese hecho como parte de las relaciones entre terceros Estados, sin que atañea directamente al de Costa Rica.

En los temas que parecieran desbordar los linderos del derecho, en los que más bien tenemos la impresión de incursionar en el campo

político (y aquí sería de las relaciones políticas del Estado), hay que tener mayor precaución, evitando caer en situaciones que por más esfuerzo que se haga no desvanecen una sombra de duda acerca del propósito de la decisión, porque precisamente, se está cerca de la división de aguas y por eso mismo, donde no se tiene una clara definición entre lo jurídico y lo político. En el caso nuestro, aun siendo partidarios de la aplicación directa de la normativa constitucional, con prescindencia de la que se le oponga, creemos que lo actuado por la Sala al desaplicar el tratado de extradición de 1982, fue más allá de lo planteado en el hábeas corpus y de las posibilidades que le otorga una competencia reforzada. Pero, como en todo lo jurídico y más propiamente en la aplicación e interpretación más que de normas, de valores y principios superiores (los constitucionales) que informan y conforman todo el sistema de un Estado, también estamos en presencia de materia opinable, para la que pueden entenderse válidas las dos posiciones, si bien cada cual se aferra a la suya como la más acorde con el esquema diseñado por el sistema del país.

5. Quinto Caso. Aplicación por interpretación del artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política.

En este caso, con motivo de un recurso de amparo, la Sala aplicó en forma directa la Constitución, dándole un alcance mayor al artículo en cuestión y otorgarle un sentido de igualdad que su texto no alberga, sino que más bien rechaza. Aquí estamos en presencia de una forma especial de aplicación. La norma constitucional dice textualmente:

"Artículo 14. Son costarricenses por naturalización:

...

- 5) La mujer extranjera que habiendo estado casada durante dos años con costarricense y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense..."

El recurso de amparo fue promovido por un varón extranjero, casado con mujer costarricense, al que el Registro Civil le dice que no le

puede aplicar la norma constitucional, que claramente no cubre su situación. El amparo, pues, se plantea contra ese acto administrativo que se fundamenta en la literalidad del texto constitucional y una ley que lo reproduce exactamente, para procurar una interpretación extensiva, que cubra en condiciones de igualdad tanto a la mujer como al hombre extranjero que lleguen a casar con costarricense.

La posición del Registro Civil, organismo que dictó el acto recurrido, es en extremo sencilla: si la Constitución Política es la que establece esa diferenciación en el trato a la mujer extranjera, no puede resolverse conforme con la pretensión del recurrente. No se trata de que la administración pública discrimine al varón extranjero respecto de la mujer que en esas mismas condiciones, contrae matrimonio con un nacional costarricense. Se trata, en los términos del alegato presentado a la Sala, de que la Constitución Política misma hace la distinción, de donde nada puede agregarse sobre el tema: la distinción que radica en la Constitución no puede considerarse ilegítima. Ergo, la sentencia de la Sala Constitucional debería ser desestimatoria del recurso.

No sucedió así.

En el voto N° 3435-92, la Sala declaró con lugar el amparo y sostuvo que cuando la norma constitucional señala a la "mujer extranjera" que casa con costarricense, debe entenderse —interpretarse— que se refiere al extranjero, en general, o a la persona extranjera en esa situación. Y ¿cómo entenderlo así, contra el texto expreso de la Constitución? La explicación inmediata es que existen convenciones internacionales vigentes en Costa Rica que prohíben la discriminación, inter alia, por razones de sexo y el compromiso internacional del país tiene un carácter integrador del ordenamiento jurídico nacional, al más alto nivel (constitucional), según hemos dicho. La Declaración Universal de Derechos Humanos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, requieren del derecho interno un trato igual para toda persona, sin importar las razones de sexo. Las personas son intrínsecamente iguales y no puede hacerse distinción donde no hay razón para ello.

Es posible que históricamente se ameritara un trato preferente a la mujer extranjera que casaba con un nacional, porque, de conformidad con algunas legislaciones extranjeras, por eso solo hecho, perdía su propia nacionalidad. Así lo estableció durante mucho tiempo el texto constitucional costarricense, que acordaba el otorgamiento de la nacionalidad a la extranjera **"cuando al casar con costarricense pierda su nacionalidad"**. Pero, la norma constitucional fue modificada, de modo que ha perdido sustento el basar la distinción en ese hecho histórico, pues hoy ya no se concede la nacionalidad a la extranjera por ese motivo, sino que independientemente de él, por la sola circunstancia del matrimonio y a su pedido. Si eso es así, entonces la pregunta que debemos formularnos es, ¿cómo discriminar válidamente entre hombre y mujer extranjeros que casan en Costa Rica, si ambos desean optar por la nacionalidad de su cónyuge?

Alguien ha sostenido que lo resuelto por la Sala implica una reforma constitucional rampante y que se va más allá de la de ser el intérprete de la Constitución para, con ese pretexto, procurar su modificación. Se ha dado, según ese criterio, una violación a la Constitución Política, desde que la "reforma" fue pronunciada por un órgano constituido y no constituyente.

No compartimos esa opinión, basada en concepciones puristas, si se quiere, pero que

ya son insostenibles a estas alturas del avance del pensamiento jurídico y humano. Porque, por otra parte, no se trata de que entendamos que la Sala en este caso dijo que la Constitución Política debía cambiarse. Simplemente se indicó que la redacción del texto, ocurrida en otro momento histórico, debía entenderse en la actualidad en forma ampliada, no obstante su grafía.³²

La Constitución y la ley seguirán con el texto actual, pero a raíz de la sentencia de la Sala, deben entenderse, interpretarse o aplicarse, de modo tal que cubra a todo extranjero que case con costarricense y no solamente a la mujer. Evitamos, así, que por una cuestión coyuntural o histórica, la mujer extranjera merezca un trato privilegiado, o lo que es igual, que el varón extranjero sea preterido, disminuido o discriminado por el ordenamiento interno, en situación jurídicamente idéntica.³³

En una decisión como la que comentamos, definitivamente contribuye el sistema adoptado por la Constitución Política (artículo 48), según el cual se protegen por la justicia constitucional, no solamente los derechos expresamente consagrados en la Constitución, como ha sido la costumbre en los países de esta región, sino también aquéllos establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en Costa Rica. Si así lo dice hoy la Constitución, entonces los parámetros de constitucionalidad ya no solamente están determinados por lo que ese documento tan impor-

32. Al referirse a los comentarios que Carlos A. Tagle formuló cuando la Corte Suprema Argentina "extendió" jurisprudencialmente el recurso de amparo contra personas de derecho privado (particulares), dice Sagüés: "...La Corte abordó en este punto el problema del cambio en el orden constitucional y lo ha resuelto bien. A su entender (de Tagle), ante circunstancias nuevas, y si cambia la vida social, no es dable poner en movimiento el pesado engranaje de la reforma constitucional: a la jurisprudencia le corresponde cumplir una función de adaptación y revitalización continua de la Constitución..." SAGÜÉS (NESTOR PEDRO), *Ley de Amparo Comentada. Anotada y Concordada con las Normas Provinciales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 424.

33. Este aspecto, a saber, la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional (interno) propiamente, reviste la mayor importancia y actualidad, particularmente en Costa Rica, a la luz del nuevo artículo 48 de su Ley Fundamental, por el que se encuentran protegidos por los mismos mecanismos procesales, tanto los tradicionales "derechos constitucionales", consagrados a texto expreso por aquella normativa, como los "derechos fundamentales" contenidos en instrumentos internacionales aprobados por nuestro país. Esta disposición ha significado que el contenido de la Constitución se expandió a límites aún desconocidos, toda vez que deberá hacerse un recuento detenido de qué instrumentos internacionales de aquel tipo están vigentes, de modo tal que podamos hablar de una eficacia real de la norma. En otras palabras, para no seguir entendiendo la Constitución de la manera tradicional en que algunos insisten. Al respecto, dice CANNIZZARO (Enzo): *"Sulla base del comportamento attuato della giurisprudenza non vi è dubbio che le norme che consentono l'osservanza di obblighi internazionali godano di un trattamento diverso e più favorevole di quello riservato alle norme interne aventi il medesimo valore formale. L'attività di armonizzazione operata dalla Corte Costituzionale ha quindi prodotto un fenomeno favor conventionis nell'ordinamento costituzionale italiano"* (*Trattati Internazionali e Giudizio di Costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 185 y sig.).

tante diga, sino por los compromisos que a nivel internacional ha suscrito el Gobierno de la República y aprobado la Asamblea Legislativa. Ambas normativas, la constitucional y la de derechos humanos, se integran al mismo nivel y con la misma fuerza, de modo que entre ambas se complementan, pero en ocasiones (como en el caso que comentamos) esta última condiciona y delimita a la primera.

Esta posición puede ser difícil de aceptar, pero es la que adoptó Costa Rica y nos parece extraordinariamente importante señalarlo.

Porque, no es, como también puede haberse insinuado, que la sentencia de comentario implique declarar inconstitucional una norma constitucional. De ser así, obviamente estaríamos en presencia de una situación herética, jurídicamente hablando. Se trata, más bien, de dar aplicación práctica al esquema actual por el que los Derechos Humanos son parte real y efectiva del sistema y cambiar la situación en que por mucho tiempo se ha estado, según la cual se habla, se pregonan, se afirma del respeto a los derechos humanos, pero en la práctica se les margina. Por eso, es más apropiado aceptar que hoy la Constitución Política dice mucho más de lo que tradicionalmente se ha creído que dice, o se ha dicho que dice.

De conformidad con el sistema escogido por nuestra Constitución, ya no se trata de "antagonizar" entre el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho de la Constitución (interno).

"No hay más pretensión de primacía de uno u otro, como en la polémica clásica y superada entre monistas y dualistas. En el presente dominio de protección, la primacía es de la norma más favorable a las víctimas, sea ella norma de derecho internacional o de derecho interno. Éste y aquél interactúan en beneficio de los seres protegidos. Es la solución expresamente consagrada en diversos tratados de derechos humanos, de la mayor relevancia por sus implicaciones prácticas..."³⁴

En un proceso evolutivo de la jurisprudencia constitucional, esto parece absolutamente normal, aunque la actividad de la jurisdicción constitucional también es usual que cause en algunos sorpresa y algún temor. Ha sucedido y sucede no solamente en Costa Rica, sino en todos los países en que existe.³⁵

Hemos hecho referencia a este caso, precisamente por lo anterior, y aunque no lo parezca, sí tiene que ver con la aplicación directa de la Constitución, para significar, también, la inteligencia de que la Constitución Política en

34. CACADO TRINIDADE (Antonio), "La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos", en "EL JUEZ Y LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA", Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión de las Comunidades Europeas, San José, 1993, p. 266.

35. Aunque extrema, vale la pena citar la opinión de un jurista, profesor por mucho tiempo y hoy Magistrado Suplente de la Sala Constitucional (popularmente conocida como Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia): "La Sala Cuarta realmente está montada sobre un principio de que en caso de duda se favorece la libertad, es un favorecimiento a la libertad a ultranza y ha seguido una actitud, a mi juicio, injusta. Me atrevo a decir que la Sala Cuarta desde un principio ha mantenido ese favorecimiento a la libertad, menoscabando la autoridad, ha roto el equilibrio que teníamos antes. Otro ejemplo es que la Sala Cuarta ha puesto la Constitución a decir un 90% más de lo que decía o más concretamente, de lo que nosotros creíamos que decía..." MURILLO, Mauro. En "Manual de Técnicas de Asesoramiento y Elaboración de Informes y Dictámenes para Legisladores y Órganos Legislativos", San José, 1992, p. 89. No compartimos esta opinión, obviamente. La consideramos desproporcionada en relación al papel que viene desempeñando la jurisdicción constitucional en Costa Rica, al criticar lo que él llama "defensa a ultranza" de la libertad, o el "menoscabo" a la autoridad y rompimiento del equilibrio entre autoridad y libertad, dando a entender que ante la existencia de aquél, nunca fue necesario crear una nueva jurisdicción constitucional en 1989. Solamente la expectativa que ha creado la Sala Constitucional, como una respuesta a las necesidades de que la sociedad costarricense experimentaba en este campo, despeja cualquier duda al respecto. Baste por ahora solamente un dato adicional: en el primer año de funcionamiento de la Sala (1989-90), el número de asuntos ingresados fueron 1.893; en el segundo año (1990-91), el número de ingresos fue de 3.225, es decir hubo un 70% de aumento respecto del anterior; y en el tercer año (1991-92), los ingresos fueron de 4.396 casos, o sea, un aumento del 36% de ingresos respecto del anterior. Se nota un decrecimiento relativo en los ingresos, pero al irse asentando una tendencia jurisprudencial, es obvio que cada año se irá estabilizando la situación de nuevos casos. Lo que sí demuestran los números citados, es que había al momento de nacer la nueva jurisdicción constitucional, una demanda muy alta de sus servicios, lo que nos atrevemos a afirmar que obedecía precisamente a lo contrario de lo que afirma el distinguido colega Murillo Arias.

Costa Rica no es hoy en día solamente el conjunto de sus normas, sino también las normas de Derechos Humanos presentes en los instrumentos internacionales suscritos e internalizados por nuestro país. Y por si no fuera poco el que los jueces constitucionales hoy debamos *"trabajar"* con esa doble normativa, de diferente origen pero que debe coexistir armónicamente y en tanto más beneficie a la persona, también (hoy) entran en aplicación, más allá y a veces por encima de normas, principios y valores inspiradores del texto constitucional. Es decir, el concepto de Constitución que tenemos es mucho más denso y rico que lo tradicionalmente aceptado y proclamado en nuestras aulas universitarias y en nuestros propios estrados judiciales.

Vale la pena tener presente que en los propios textos internacionales de Derechos Humanos y también en las modernas Constituciones, hay disposiciones de diversa expresión para que sus normas y contenidos expresos no excluyan otros que deriven del derecho internacional (en general). Así, a modo de ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 29 (Normas de Interpretación) dispone:

"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) ...
- b) ...
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano..."

Cancado Trindade cita los casos de Portugal y Alemania en el mismo sentido.³⁶

Nos parece también interesante, dentro de esa perspectiva, comentar que la Constitución Política de Guatemala (artículo 46) le otorga **preeminencia** a los tratados sobre Derechos Humanos aprobados por el país, pero en la práctica la norma costarricense tiene el mismo efecto por el principio favor conventionis, por el de aplicación de la norma más favorable a la persona, puesto que no se puede ya hablar propiamente de conflicto de normas.

Queda claro que la decisión de la Sala Constitucional tiene un firme apoyo en el sistema costarricense diseñado para proteger los derechos humanos, por lo que hemos eludido —al menos en esta ocasión— profundizar en cuanto al principio de igualdad, consagrado en el artículo 33 Constitucional, con pretensiones universales, que daría margen para la misma decisión aun sin la norma del artículo 48 citado, toda vez que el de igualdad es un principio básico, supraconstitucional diríase, fundante de toda interpretación que se dé dentro del ordenamiento jurídico, partiendo de la normativa constitucional misma. Pero esta fundamentación hubiera requerido un ejercicio intelectual diferente al que se utilizó desde la otra perspectiva de integración del derecho internacional con el derecho interno.

F. COMENTARIO FINAL

Creemos que el tema queda apenas insinuado. Es de gran importancia y para poder dar una respuesta apropiada, debe tenerse claro conocimiento de sus implicaciones, de modo que entonces puedan promulgarse las normas que sean necesarias, si deseáramos otorgarle a cada juez competencia para desaplicar —en forma ad hoc— las disposiciones que sean contrarias a la Constitución Política. De principio, claro está, cada juez —y cada funcionario público—, deberá procurar que sus decisiones

y actuaciones se adecuen a lo que —particularmente en estos días— se ha dado en llamar *"el Derecho de la Constitución"*, que incluye tanto los valores, principios y normativa constitucional, como los criterios que la jurisdicción constitucional ha señalado para entender correctamente aquéllos. Pero de ahí a aceptar que puedan expresamente desaplicar normas por una contradicción con la Constitución, hay una gran distancia, insalvable, según nuestra opinión.

36. Op. cit., p. 236.

No nos queda duda de que, en Costa Rica, conforme a un sistema de justicia constitucional concentrado en grado máximo, no puede sostenerse la tesis de una competencia para los jueces de desaplicar normas inconstitucionales. Si lo aceptamos de la propia jurisdicción constitucional, porque, en aras de la protección de derechos fundamentales (libertad ambulatoria, debido proceso y derecho de defensa, por ejemplo), la Sala no tiene por qué esperar a que sea en una acción de inconstitucionalidad (formal, amplia, con participación de la Procuraduría General de la República y coadyuvantes, a veces pasivos), donde ella misma defina el punto, si en un proceso sumario se puede obtener una respuesta para el caso y situación concreta y, de paso, definir aspectos muy puntuales hacia futuro.

No podemos obviar problemas prácticos que presentaría una solución distinta:

- a. devaluación funcional de la Sala Constitucional (contra constitutionem), desde que por un medio informal, que además ofrece poca seguridad (obviándose la publicidad a terceros que la acción de inconstitucionalidad protege), se pueden obtener pronunciamientos de inconstitucionalidad. Se utilizaría un mecanismo menos riguroso en cuanto a tramitación y análisis, y podría entrar en desuso la competencia de la Sala que como es usual en el sistema concentrado, tiene limitaciones expresamente señaladas en la ley;
- b. desaparición de la unidad en la interpretación constitucional, facilitándose jurisprudencia contradictoria, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica. Una de las ventajas de un sistema de justicia constitucional, al estilo europeo, es que se obtiene coherencia doctrinaria con los pronuncia-

mientos de un tribunal especializado en asuntos constitucionales. No podría pensarse en un sistema tan débilmente entendido, como cuando se trata de un sistema concentrado, que la jurisprudencia constitucional tenga una estima calificada, con vinculación para todos los tribunales, órganos de la administración pública y hasta para las personas privadas, con un efecto de irradiación o de cascada. La dispersión de esa competencia produciría, inevitablemente, serios contratiempos, obviamente graves, mayores que los que ya se le atribuyen a la Sala Constitucional (producción de "agujeros jurídicos" cuando declara inconstitucional una norma; parálisis de la actividad jurídica a nivel de tribunales y de la administración pública con motivo de sus resoluciones, etc.);

- c. como consecuencia de lo anterior, al estar en presencia de un sistema de "mera creación intelectual" y no legal propiamente, las decisiones de los tribunales menores no tendrían un procedimiento de "alzada" a fin de que en último término haya un tribunal que mantenga la unidad de la jurisprudencia, como necesariamente requiere la justicia constitucional.³⁷ Al no existir esa posibilidad, de insistirse en que todos los jueces pueden —y deben— desaplicar normas inconstitucionales, estaríamos agravando aún más el panorama, desde que sería un sistema incompleto, proclive a la creación de contradicciones, vacíos legales, lo que, por supuesto, no conviene fomentar; y si se creyera que las Salas de Casación podrían ejercer esa unidad del sistema, simplemente estaríamos regresando al escenario que en 1989 se eliminó, lo que, como señalamos, haría que en la práctica existieran dos sistemas paralelos

37. "Pero es un hecho que la *Supreme Court* americana —como también, por ejemplo, la *Suprema Corte* japonesa, creada parcialmente sobre el modelo americano, por la Constitución de 1947— no es el exacto equivalente de la *Verfassungsgerichtshof* austríaca, o de la *Corte Constitucional* italiana, o del *Bundesverfassungsgericht* germánico. Esto es, quiero decir que la *Corte Suprema* americana, e igualmente los órganos judiciales supremos de los otros sistemas "difusos" de judicial review, no son enteramente órganos judiciales que tengan funciones exclusivamente especiales ad hoc, como son por el contrario los órganos judiciales europeos mencionados hace poco. Al contrario, la *Suprema Corte* no es otra cosa que el más alto entre los ordinarios órganos judiciales federales americanos, y a ella, como va subrayado, se llega no mediante procedimientos especiales, sino a través del iter de las impugnaciones y recursos normales..." CAPPELLETTI, op. cit., p. 75.

de justicia constitucional, que en nuestra opinión es una real *contradictio in terminis*. La misma Sala Constitucional, cuando declaró constitucional y legítimo el artículo 30 inciso b) de la Ley que rige su jurisdicción, por el cual **no cabe recurso de amparo contra actuaciones y resoluciones jurisdiccionales**, ha cortado la vía más apropiada para aquellos propósitos (vid. Voto N° 2277-92);

- ch. se ha dicho que en nuestro país deberán pasar algunos años de funcionamiento de la actual jurisdicción constitucional para que hablemos propiamente de una cultura constitucional, a base de una reiterada y cada vez más afinada jurisprudencia en la materia. Si como también se ha dicho, no es sino hasta ahora que los jueces (tal vez hasta la sociedad como tal) están *"descubriendo"* la Constitución y no es sino poco a poco que se la percibe como una norma y además superior, ¿cómo no anticipar un retroceso en el sistema difuso, que en los términos en que se ha pretendido por sus patrocinadores no se ha tenido en Costa Rica durante muchos años?
- d. nos hemos referido al juez durante esta exposición, pero podemos hablar en los mismos términos de cualquier otro funcionario público, que estaría sometido a idénticos deberes, en especial el contenido en el artículo 11 Constitucional, que denominamos **principio de legalidad** y que se desglosa en dos aspectos: uno, que el funcionario público no puede hacer (o resolver) sino aquello que le esté expresamente autorizado, y un segundo, que tampoco puede actuar sino en perfecta armonía —en cumplimiento estricto— con la Constitución y las leyes. Desde este ángulo, entonces, si no hay competencia expresa, aunque para ser compartida con la Sala Constitucional, obviamente no podemos entenderla implícita en una norma que no llega a establecerla. Si no hubiera normativa clara en la materia, otra podría ser la conclusión, pero no es así. Solamente pensemos en base a cuáles presupuestos podría desaplicar por inconstitucional el

juez una norma o acto ¿Lo podría hacer por vicios esenciales en el procedimiento de formación? ¿Lo podría hacer solamente por motivos materiales, valga decir, de contenido? ¿Podría acudir, en su función constitucional, a las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional?

Estas al menos, son cuestiones que en base al principio de legalidad a que están sujetos todos los funcionarios públicos, cabría formularse. No dudamos que con base en los precedentes de la jurisdicción constitucional, que le son de aplicación obligatoria, el juez puede hacer una labor muy similar a la Sala especializada en la materia. Y hasta puede, al aplicar una norma, decir que lo hace siempre que se entienda de manera tal que sea compatible con la Constitución Política, sus valores y principios, así como con el Derecho de los Derechos Humanos (el método de *"interpretación conforme"*).

Por eso, con base en los elementos de que disponemos a la fecha, creemos que esa es la única y adecuada posición, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico costarricense, utilizando abiertamente un criterio (principio) *"pro jurisdicción constitucional"*, que derivamos de los textos constitucionales, entre los que figura como más importante y que atañe directamente a la cuestión que tratamos, el artículo 10.

Debe tenerse muy presente que, antes de la reforma de 1989, el artículo 10 Constitucional atribuía a la Corte Suprema de Justicia declarar la inconstitucionalidad de las *"disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo"*, agregando: *"La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo"*. Hoy, como ya hemos señalado profusamente, la Constitución opta por el control concentrado de constitucionalidad de un modo contundente, por lo que ya no solamente echaríamos de menos una norma secundaria clara, estableciendo un control difuso, sino una de rango constitucional, pues la competencia de la Sala Constitucional deriva del texto

supremo. Así las cosas, ¿cómo entender que puede disminuirse o hacérsela compartir a través de una norma de menor rango, máxime con las insuficiencias que hemos comentado? Aquí no se trata de que haya una omisión constitucional, que permitiría a la ley el diseño correspondiente (como sucedió con la vieja Ley Orgánica de Tribunales), sino que hay un campo reservado por la normativa constitucional, que precisamente habla de una jurisdicción "*especializada*", y no "*difusa*" como se ha pretendido por algunos.

Además, no puede ocultarse que cuando en 1989 se creó "*una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia*", se afirmó que el cambio obedecía a la necesidad de que un único tribunal conociera de los asuntos de constitucionalidad, provocándose un modo muy particular (especializado) de enfocar esta clase de asuntos, lo que a su vez traería criterios más apropiados de interpretación y aplicación de la Constitución Política (que en opinión conteste de la doctrina tiene el carácter de documento político) que con anterioridad no era posible en tanto que jueces de la Casación (aunque Magistrados del nivel de Corte Suprema) compartían sus tareas de jueces del orden común con el de constitucionalidad. Incluso a los jueces de lo contencioso administrativo se les eliminó su competencia (ya de por sí reducida) en esa materia que les venía del artículo 20 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.³⁸ La especialización y la concentración, quedó en la Ley de la Jurisdicción Constitucional como un desarrollo en norma secundaria del diseño que las normas constitucionales establecieron para la nueva justicia constitucional.

Y como es público y notorio que en alguna medida, el sistema español de justicia constitucional sirvió de inspiración a la reforma costarricense de 1989, consideramos importante reseñar cómo se enfoca este problema en aquellas latitudes:

"Evidentemente el juicio sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada lo reservan, tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia constitucional, al Tribunal Constitucional, que tiene en esta materia competencia exclusiva, pero ello no excluye, y está en la esencia misma de la cuestión, el juicio que sobre la hipotética inconstitucionalidad de la norma se reserva a los órganos jurisdiccionales, legitimados para interponer la cuestión, y que en realidad es el fundamento de la misma, aunque los efectos de este juicio no pueden compararse con el juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional en sus sentencias; mientras que aquél no sirve más que para fundamentar una cuestión de inconstitucionalidad que al juez ordinario le está vedado responder, el que realiza el Tribunal Constitucional tiene el efecto de excluir del ordenamiento una norma legal declarada inconstitucional, y afectada por lo tanto de nulidad..."³⁹

Si el actual (y muy reciente) sistema costarricense se fraguó a través de varios años de discusión, ¿cómo aceptar que apenas transcurridos cuatro años, cuando es público y notorio que la jurisdicción constitucional (operando concentradamente) está en curso de generar una verdadera transformación del sistema jurídico, deba abandonársele para ir a un sistema ciertamente ajeno a nuestra idiosincrasia y que tendría más problemas que ventajas? ¿Cómo hacer para que se olviden las dudas —algunas fundadas— respecto de las decisiones que en

38. Obviamente, se trata de una decisión política, aunque como ya hemos tratado de reseñar, motivada en argumentos de cierto calado. Tal vez se subsumen en esa posición, específicas concepciones sobre la naturaleza de la Constitución Política, que merece un estudio particular, como también concepciones acerca de los distintos perfiles del juez común y del constitucional. Al respecto, ha escrito BALAGUER (María Luisa): "Lo que haría cualitativamente diferente la interpretación constitucional, es por una parte el carácter político de la Constitución y por la otra, la imprecisión de las normas en ella contenidas. Para E. Alonso, defensor de una específica teoría de la interpretación constitucional, lo que distingue a la Constitución de otras ramas específicas del ordenamiento, además de la amplitud de la norma, que puede encontrarse en otros sectores —como también en la Constitución pueden encontrarse mandatos cerrados—, está en que hay un "plus" en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, que la hace especialmente susceptible a la crítica de que no se trata de una función jurídica..." ("La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria", Editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 59 y ss.).

39. GARCÍA MARTÍNEZ (María Asunción), "*El Recurso de Inconstitucionalidad*", Editorial Trivium, Madrid, 1992, p. 46.

materia de constitucionalidad tomaban en el pasado los jueces ordinarios?

Por supuesto, y lo hemos aceptado en otros escritos, el poder creador del juez —de todo juez— es extraordinario. Dependiendo de su formación, de su vocación, de su actitud, de cómo entiende su rol en la sociedad, el juez del orden común podría llegar, en términos de normalidad, a desaplicar cualquier norma inconstitucional. Incluso creemos que ahora que se inicia una verdadera carrera judicial, podríamos esperar más de ellos que en el pasado. Pero es tanto lo que se envuelve, según vayamos de un sistema a otro, que vale la pena pensarlo y repensarlo, para dar el paso, y agregamos, por la vía apropiada.

No creemos que lo anterior lesione el dogma de la supremacía de la Constitución. Por el contrario, consideramos que con el sistema actual está más que garantizada la real y efectiva supremacía de los valores, principios y normas constitucionales.

O para decirlo de otra manera, es un sofisma derivar del concepto de *"lex superior"* la necesidad de que cualquier juez deba declarar la inconstitucionalidad y desaplicar la norma que se le oponga, en el caso concreto, pero es particularmente un sofisma, si la Constitución ha establecido mecanismos para su defensa. Porque, con esa argumentación se nos obligaría a afirmar que están equivocados, además del sistema costarricense, los de muchos otros

países con una gran tradición jurídica, que tienen nuestro mismo enfoque. Solamente criterios de conveniencia, unidos a otros de carácter histórico, podrían determinar que un país se inscriba en determinado sistema de control de constitucionalidad.

A lo largo de este documento se han citado, aunque someramente, los casos de España, Italia, Alemania y Estados Unidos de América y Guatemala, pero también resulta interesante tomar en cuenta que en Francia, si bien el control de constitucionalidad tiene sus propias características, tampoco han faltado excitativas y argumentos para tenerlo por modificado, los que finalmente han resultado impotentes, no obstante la calidad intelectual de sus portadores.⁴⁰ Como se ve, se confirma que no solamente en nuestro medio se cuecen habas.

En el caso costarricense, no creemos que la cultura jurídica esté preparada para un (nuevo) cambio de sistema y no deberíamos arriesgar, innecesariamente, lo que en 1989, luego de muchos años de esfuerzo, se pudo lograr. Si hay que hacer ajustes en el actual, está bien que se intenten razonablemente, pero creer que se puede retirar un escenario, para súbitamente colocar otro, nos parece un tanto forzado en esta especial materia.

De todas formas, y aunque como ya lo admití, la discusión queda apenas esbozada, no resistí el impulso de incorporar mi percepción acerca de este trascendental tema.

40. Lo destaca muy apropiadamente el Prof. Favoreau: "Los más renombrados especialistas en derecho público —Profesores Berthélemy, Duguit, Hauriou, Mestre y Rolland— estuvieron de acuerdo, algo inusual en sí mismo, a instar a los jueces de las cortes ordinarias a tener el valor de seguir el ejemplo americano. Los resultados, sin embargo, fueron magros. En pocos casos el Consejo de Estado y la Corte de Casación anularon el efecto de una ley inconstitucional, interpretándola dentro de los límites constitucionales; pero no hubo un caso en el cual el Consejo de Estado o la Corte formalmente declararan una ley inconstitucional. Cuando un tema constitucional fue elevado ante una Corte ordinaria, tanto una civil como administrativa, el juez sostuvo la posición de que él tenía que aplicar la ley y no podía considerar si la ley era inconstitucional. Esta es la posición hoy, y los escritores actuales fuertemente apoyan, en principio, el sistema de los Estados Unidos... Francia ha establecido, sin embargo, la revisión constitucional mediante el Consejo Constitucional, pero ese no es el modelo de los Estados Unidos..." FAVOREAU (Luis), "Constitutional Review in Europe", en "Constitutionalism and Rights" editado por Louis Henkin y Albert J. Rosenthal, Columbia University Press, New York, 1990, p. 43.