

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA CONSULTA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

LIC. EDUARDO SANCHO G.

Estas reflexiones se refieren al control que ejerce la Sala Constitucional denominado consulta. El cual pretende velar por la armonía de toda norma o acto en relación con la Constitución Política, tal como se concibe en los artículos 2, inciso b), 96 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Entre los objetivos que se persiguen con este trabajo, se incluye el análisis y la promoción de las ideas que alimentan a esta Ley. Pretende así lograr una mejor comprensión de sus alcances y orientar la utilización correcta de sus instituciones, todo ello como medio idóneo para mejorar la administración de Justicia.

El Derecho Constitucional —al decir de Hauriou— "es esencialmente la técnica de la conciliación de la autoridad y la libertad en el marco del Estado."¹

Incluye entonces entre sus fines, que se logre en forma efectiva la coexistencia pacífica, o cuando menos, promover la armonía entre el Poder y la Libertad.

Este equilibrio entre el poder y las libertades individuales es consustancial al ser humano: cuando en la Historia las colectividades han tenido la posibilidad de expresarse sobre sus propios destinos lo han hecho reaccionando contra el orden establecido, a manera de procesos innovadores, cuyos propósitos han sido los de rectificar todos aquellos conceptos que en alguna forma, limitan sus ideas sobre las libertades. Todo ello desde luego, en íntima relación con las causas históricas individuales involucradas.

1. JERARQUÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS.

Los más recientes eventos políticos y sociales en el mundo, nos demuestran la pugna por revisar en forma efectiva añejos conceptos en la búsqueda

de un denominador común: la exaltación del ser humano, para que sea cada vez más real, más vivo, más necesitado de hacer valer su propia esencia y menos dependiente de esquemas conculcadores de sus libertades.

La lucha en el campo político es idéntica a la que se da en los Estados de Derecho, cuando en virtud de los procesos internos de concepción, elaboración, aprobación y promulgación de la ley, lo que se busca es la superación del individuo, aunque para ello se creen organizaciones o estructuras que en alguna forma puedan generar limitaciones particulares.

Nuestro sistema jurídico ha seguido este mismo esquema en forma positiva. En el juego por establecer el equilibrio entre el interés individual y el colectivo: es legal y justa la norma que lesione al particular, cuando se trata de defender o favorecer los intereses generales.

Es así como el artículo 195 de la Ley General de la Administración Pública, al desarrollar este principio, señala:

"Ni el Estado ni la Administración serán responsables, aunque causen un daño especial en los anteriores términos (responsabilidad por la conducta lícita de la Administración), cuando el interés lesionado no sea legítimo o sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, aun si dicho interés no estaba expresamente prohibido antes o en el momento del hecho dañoso" (el paréntesis no es del texto).

Como puede verse, la idea de la prevalencia de la norma general sobre los intereses particulares obedecen a principios sólidamente establecidos, a los que se deben sujetar los cambios y la actualización de la ley.

Sintetizar y armonizar las libertades individuales con los intereses colectivos no es una labor fácil y su

1. HAURIU, André. "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas". Editorial Ariel, 2da. Edición, 1980, pág. 47.

determinación, creemos, debe darse en los términos que nos enseña DE FRANCESCOI, al expresar que, *"Actuar la propia libertad significa la realización de la propia ley ética, y, siendo ésta un absoluto, un universo, significa también querer que se realice en los otros y por lo otros. Y como ello no puede efectuarse fuera de la sociedad en la que los particulares coexisten, la voluntad de cada uno de poder actuar su propia libertad coincide con la exigencia de un orden."*²

En efecto, al referirnos al Ordenamiento jurídico, entendemos que es y debe ser una verdadera unidad con vida propia, con absoluta independencia y al que se deben integrar todas las demás normas.

El Ordenamiento jurídico es una realidad dinámica, en la que suceden cambios y ajustes: las normas nacen, se desarrollan, viven, cambian, pero siempre dentro del Ordenamiento jurídico al que pertenecen, en tanto subsistan los principios que lo sustentan.

Sobre el tema, son singularmente apropiadas las ideas desarrolladas por García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández en su curso de Derecho Administrativo:

"La interpretación de cada norma, esto es, la comprensión de su sentido como operación necesariamente previa a su aplicación, es, por la misma razón, una interpretación del ordenamiento entero en el que dicha norma se integra y dentro del cual cobra su significación.

El derecho es una función social, de articulación de un conjunto social con sus miembros y de éstos entre sí, y esa función no puede separarse de una concepción material de la justicia, informada en su totalidad, pero arraigada profundamente en el corazón de los hombres.

La Ley es la norma escrita superior entre todas, la que por ello prevalece frente a cualquier otra fuente normativa y no puede ser resistida por ninguna, la que concreta de este modo un mandato soberano.

La Ley lo puede todo: puede establecer mandatos generales o particulares, puede ordenar para el futuro o retroactivamente, puede quebrantar o rescindir una relación constituida o puede crear una nueva donde no existía; puede poner término a un proceso o reabrir uno fenecido. Ningún órgano podrá resistirse al mandato de Ley, todos le están expresamente sometidos por lo mismo que en la Ley tienen todos su propia competencia.

Sólo el llamado control de constitucionalidad, allí donde se admite, podrá erigirse en límite jurídico de la Ley pero se trata de un límite que actúa por la distinción convencional de dos rangos distintos dentro de la Ley; la constitucional y la ordinaria, de modo que es, en cierta manera, un límite intrínseco, realizado en nombre de otra Ley y no de una instancia distinta; en este supuesto, pues, el carácter supremo de la Ley habrá de referirlo a la Ley que es conforme a la Constitución.

Fuera de esta hipótesis, también la Ley es inmune al poder del juez; el juez queda vinculado por la Ley, no puede enjuiciar su validez, sino sólo controlar su vigencia y determinar su interpretación. Nada puede limitar a la Ley, porque ese algo que la limitase sería superior a ella en el orden jurídico y toda la construcción técnica de la Ley está montada justamente para atribuirle la superioridad en la creación del Derecho; su carácter soberano es su misma esencia.

Es la única norma originaria, que decide desde sí misma y por sí misma. Su poder innovativo es completo, tanto frente a otras normas como respecto a leyes anteriores; es, por ello, la fuente por excelencia de sustitución, de ruptura del derecho antiguo por un derecho nuevo."³

Como se infiere de estas claras notas de los autores españoles, el único límite que acepta la Ley es el constitucional. Y toda esta concepción sigue muy de cerca la posición de Rousseau: La Ley como expresión de la voluntad general.

Entendemos, en conclusión, Ley como el mandato normativo, ajustado a la Constitución, o sea, constitucionalmente válido.

Como bien lo expresan los tratadistas citados, en buen sentido jurídico, el juez no es el llamado a enjuiciar por sí mismo la validez de la norma, sino que se debe limitar a controlar su vigencia y a pronunciarse sobre el sentido de la misma. En definitiva, lo único que puede hacer el juzgador es interpretarla para determinar su aplicación a los casos concretos que se sometan a su conocimiento.

En aplicación de este mismo principio la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus artículos 2 y 8, inciso 1) dispone que el Poder Judicial sólo estará sometido a la Constitución y a la Ley y no deben los funcionarios que administran justicia aplicar leyes, decretos, acuerdos o resoluciones gubernativas, que sean contrarios a la Constitución, cuando la inconstitucionalidad haya sido declarada por los tribunales competentes.

2. DE FRANCESCOI, P. *"Arcana Imperii"*. Tomo I, pág. 27, Milán, 1947. Citado por ARIAS RAMOS en *Derecho Romano*. Tomo I. 8a. Edición, Madrid, 1960.
3. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *"Curso de Derecho Administrativo"*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1975, Tomo I, págs. 76 y 77.

2. CONTROL CONSTITUCIONAL.

Doctrinariamente existen dos modalidades de control de la constitucionalidad: el sistema concentrado, atribuido a un único órgano superior y el difuso o desconcentrado, en el que todos los jueces aprecian, en casos concretos, si las leyes son o no conformes con la Constitución.

En nuestro ordenamiento, dentro del primer sistema, el control de constitucionalidad que prevaleció hasta la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, fue el de reformas y actualización de textos de los años de 1935-1937.

Así, la única vía para el control de la constitucionalidad, era el mal llamado "Recurso de Inconstitucionalidad" —el cual no atacaba ninguna resolución y por lo tanto era mal llamado recurso—, regulado por los artículos 962 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles hoy derogado.

El Dr. Carlos José Gutiérrez, al estudiar la evolución del control constitucional en nuestro país, se incluye entre los que sienten que el control de constitucionalidad históricamente no ha funcionado en Costa Rica, ni como medio de control de la acción de los poderes políticos, ni en cuanto a su labor de adaptación de la Constitución a los cambios sociales.⁴

Por otra parte, para el Dr. Rubén Hernández en su obra "El Control de la Constitucionalidad de las Leyes", señala que: "el recurso de inconstitucionalidad es la forma procesal de lograr que una norma obviamente inconstitucional sea declarada constitucionalmente legítima."⁵

Sin embargo, creemos que para los defensores del Estado de Derecho, tiene que ser irritante escuchar ideas tan contundentes como las expresadas, porque encierran severas contradicciones que pasamos a analizar.

Encontramos en estas expresiones y en las experiencias acumuladas en nuestros tribunales, sustento suficiente para la motivación de las innovaciones que se producen en la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Esta ha venido en buena hora a modificar el régimen de control, llenando vacíos, ampliando los alcances y garantizando, en forma más efectiva y en términos generales, los derechos y las libertades de los individuos.

3. LIBERTADES Y PODER.

Una definición teleológica del Derecho Constitucional, para que sea acertada, debe incluir el concepto de organización del Estado a partir de una clara coexistencia entre el poder político y las libertades del hombre.

Podría afirmarse que los fines de esta rama del Derecho son los de resolver las contradicciones que surgen de la misma condición humana: de ser por un lado individual y por el otro social o colectiva.

Al campo de la individualidad lo protegen las libertades; la organización colectiva es respaldada por el poder.

En tanto que hemos conocido con bastante precisión la evolución social del ser humano, fenómenos reiterados en la historia de la humanidad parecen señalarnos que el destino final del hombre es absolutamente individual.

De esta confrontación de condiciones humanas sobresale el derecho del hombre a la autodeterminación, y esta es la esencia de la libertad. La intensidad con que este derecho individual encaje en un momento dado en los intereses colectivos, determinará la dimensión del respeto a su dignidad.

Para Hauriou, según las épocas, se ha puesto acento sobre el individuo o sobre la organización social y dentro de la concepción constitucionalista clásica, se reconoce al individuo como el fin de la sociedad política, es decir, de la exaltación de la libertad política y de las libertades individuales, o en otras palabras, de la llamada libertad —participación y de la libertad— autonomía.⁶

Esta es una verdad que podemos comprobar si reparamos, como se expresó en párrafos anteriores, que en regímenes políticos contemporáneos hay ideologías que valorizan la sociedad en detrimento del hombre, como en las doctrinas colectivistas y totalitarias.

Se conforman entonces por un lado, las libertades políticas y por otro, las libertades individuales o civiles. En el primer grupo se encuentran los derechos a elegir los gobernantes y a participar en el gobierno del Estado. En el segundo grupo, las facultades que permiten al individuo realizar su destino personal dentro de la organización social.

4. GUTIÉRREZ, Carlos José, "La Constitución Norteamericana como Ley Importada". Revista de Ciencias Jurídicas Nº 61. San José, 1988, pág. 57.

5. HERNÁNDEZ, Rubén. "El Control de la Constitucionalidad de las Leyes". Editorial Juricentro, San José, 1978, pág. 110.

6. HAURIU, André, *op. cit.*, pág. 213.

El desarrollo histórico de las libertades se origina en la desigualdad, es decir, en los privilegios y en la superioridad de unos sobre otros.

Pero debemos tener en cuenta que modernamente las libertades son el fruto de la igualdad y por eso el principio de la Declaración de Derechos de 1789, expresa "que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos".

Desde esta perspectiva de confrontación de las libertades y los poderes, es que tenemos que analizar las instituciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. El objetivo primordial sería entonces evaluar su función de control, como un medio apto y quizás el más deseado, para lograr la armónica equivalencia entre el hombre y el Estado.

4. GENERALIDADES DE LA CONSULTA.

Para conocer la esencia de la consulta de constitucionalidad, tal como se concibe, es importante urgar un poco en el proceso de formación de la Ley. Durante la tramitación del proyecto la Corte Suprema de Justicia abogó por la supresión de la consulta por considerarla como un "recurso directo", que se concedía a favor de órganos públicos, sin la existencia previa de un litigio ante los Tribunales de Justicia. Este litigio serviría necesariamente, según opinaban, de base y motivo para que la Corte se pronunciara sobre la validez constitucional de la ley u otras disposiciones normativas, como lo había venido haciendo desde 1937, y declarar así la inconstitucionalidad de una norma o acto.

Otro argumento para respaldar la supresión del proyecto, fue el de considerar que existirían dos sistemas dentro de la Jurisdicción Constitucional: uno para los particulares, aplicable también a los entes públicos que sean parte en un litigio y que se ejercería como acción de inaplicabilidad —regulado en los hoy derogados artículos 962 a 969 del Código Procesal Civil—; y el segundo que es el de consulta, para algunos órganos públicos (Poder Ejecutivo, Contraloría General, Tribunal Supremo de Elecciones).

Consideró la Corte que el doble sistema otorgaría un trato desigual, inapropiado, por faltar la necesaria pugna derivada de un litigio, puesto que los alegatos de las partes involucradas, son los que verdaderamente contribuyen a la solución de un caso concreto. En términos generales, la Corte consideró que los asuntos que atañen a la constitucionalidad, debían mantenerse "vía recurso" y no ventilarse por medio de la consulta.

En Francia, el control de la constitucionalidad de las leyes, como es sabido, lo tiene el Consejo Constitucional. Este órgano especial tiene carácter juris-

diccional y es el único dotado de tal competencia. El control es previo a la promulgación de la ley y se está concebido, sobre todo, en interés de los poderes públicos o lo que es igual, no es una regulación de la actividad política de los poderes públicos.

En otras palabras, el sistema de control constitucional francés es concentrado y meramente preventivo, de tal forma que una ley, promulgada y vigente, no puede ser declarada inconstitucional con posterioridad.

En los Estados Unidos de América, son los tribunales ordinarios, los que llevan a cabo el control de la constitucionalidad después de la aplicación de la ley. Sólo por vía de excepción el control es previo. Es por medio de las consultas oficiosas pedidas a los Tribunales de Justicia por el legislador, e incluso, con efectos en juicios declarativos y en procedimientos preventivos como se revisa la constitucionalidad. Aquí el control funciona sobre todo, en interés de los ciudadanos, pudiendo cualquiera de ellos, plantear el problema de constitucionalidad.

Hemos comentado brevemente las líneas principales de estos dos sistemas, porque como se podrá ver, contienen los dos extremos opuestos: el control concentrado y el difuso; el que se realiza en forma previa y el que se da a posteriori.

El sistema adoptado por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, toma elementos de cada uno, los que considera adecuados, para obtener la síntesis que mejor se adapte a la realidad nacional.

Es importante tener presente este concepto y complementarlo con la convicción que responde a las ideas más modernas sobre el control constitucional, advertida que ha sido la excepción francesa que obedece al concepto clásico, de no permitir que un poder público controle al otro y por ello es que incluso, el Consejo de Estado, en lo que atañe a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, depende de la Administración y no al Poder Judicial.

En síntesis, el control constitucional puede ser previo o darse en la etapa de aplicación de la ley. Es típica de la primera modalidad la consulta, la que debemos entender como la legitimación otorgada a un órgano jurisdiccional para resolver sobre la adecuación de una norma al Ordenamiento jurídico vigente. Es decir, la consulta tiene como propósito el examen y la consecuente declaratoria sobre la validez constitucional de un texto jurídico, previamente a que pase a formar parte del Ordenamiento jurídico.

5. LA CONSULTA CONSTITUCIONAL.

Las ventajas de la nueva figura resultan evidentes. En efecto, antes de la promulgación de la Ley de

la Jurisdicción Constitucional se daban en el país una serie de casos reales, en los que sobresalían problemas de constitucionalidad que no daban lugar a juicios y por ello, no eran revisables o cuestionables.

En el ámbito administrativo, el Poder Ejecutivo, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la República, el Tribunal Supremo de Elecciones y en general, los entes del Estado, resolvían asuntos en los que constaba la inconstitucionalidad de la norma jurídica o al menos dudas razonables sobre la validez de la misma, en perjuicio directo de los intereses de los participantes.

Al carecer de facultades para desaplicar la norma cuestionada, tenían que resolver sobre el fondo del asunto, a sabiendas que no se estaba administrando justicia.

Así, la única vía para ejercer el control de constitucionalidad era por el llamado "Recurso", que requería, necesariamente, del juicio pendiente. Es decir, no había un juicio contra la ley misma. Se tenía que plantear la inconstitucionalidad, por medio de la impugnación de la aplicación individual de la norma. Lo anterior resultaba entonces entorpecedor de la labor justicia, pues siendo un recurso económicamente costoso y procesalmente complicado, se cerraba la posibilidad o al menos no se le facilitaba al ciudadano el acceso al control.

Para el Dr. Rubén Hernández, la consulta constitucional, además de los beneficios para la modernización del Ordenamiento jurídico del país, redundará también en ahorro sustancial de recursos económicos y de tiempo, por ser mejor y más accesible, el control constitucional con la consulta.⁷

En el trámite de la elaboración de la Ley, el Magistrado Piza Escalante expresó que tratándose de un Estado de Derecho, la supremacía de la Constitución era el elemento clave de todo el sistema político. Afirmaba correctamente, que todo lo que hagamos debe tender hacia la constitucionalidad de la acción de todos los poderes públicos y de los particulares, todo lo que favorezca que las cosas se hagan conforme a la Constitución debe ser bienvenido, y todo lo que lo perjudique debe ser rechazado.⁸

Este es y debe ser el fin último de la consulta: el apego de toda la acción de los poderes públicos a la esencia constitucional.

Tenemos la Consulta Constitucional contemplada en el párrafo final del artículo 10 de la Carta Magna, la que dispone que corresponde a la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos según se disponga en la ley.

La consulta no es una institución nueva. En nuestra legislación. En nuestro Ordenamiento jurídico la Consulta tiene su antecedente directo en el artículo 128 de la Constitución Política, al disponer que si el Poder Ejecutivo veta un proyecto de ley, alegando razones de inconstitucionalidad no aceptadas por la Asamblea Legislativa, ésta debe remitir el proyecto a la Corte Suprema de Justicia, cuyo criterio es vinculante, debiéndose eliminar del proyecto, las disposiciones que sean declaradas inconstitucionales.

Las últimas reformas constitucionales y la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, le han dado forma a la consulta como institución permanente y autónoma, concediéndole así a los interesados, nuevos instrumentos para velar por la supremacía de sus derechos.

6. MODALIDADES DE LA CONSULTA CONSTITUCIONAL.

En los capítulos II y III del Título IV de la Ley, artículos 96 a 108, se establecen varias modalidades de consulta, que son susceptibles de ordenarse según la división clásica de poderes.

Encontramos tres formas de consultas, legislativas, administrativas o ejecutivas y judiciales.

La Consulta Legislativa, es la que este Poder, en forma preceptiva o facultativa (se dan las dos formas), le dirige a la Sala Constitucional. Preceptiva cuando actúa como Poder en los casos contemplados en el inciso a) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y facultativa, cuando al menos diez de sus miembros integrantes lo soliciten.

La Consulta Administrativa o Ejecutiva, es la que puede dirigir la Corte Suprema de Justicia, el

7. HERNÁNDEZ, Rubén, *Ley de la Jurisdicción Constitucional*. Actas Legislativas folio 581, Archivo de la Asamblea Legislativa.

8. PIZA ESCALANTE, Rodolfo. *Ley de la Jurisdicción Constitucional*. Actas Legislativas, folio 835, Archivo de la Asamblea Legislativa.

Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y el Defensor de los Habitantes, tratándose de proyectos que se estimen afectan sus competencias constitucionales. Es eminentemente facultativa y su objeto el de preservar los fundamentos básicos que le dan origen a los sujetos legitimados.

Por último, la Consulta Judicial es la que puede plantear todo juez en los asuntos sometidos a su conocimiento. Es básicamente facultativa, pero además preceptiva cuando se trata de resolver los Recursos de Revisión contemplados en el artículo 42 de la Constitución Política, y artículos 490 y siguientes del Código de Procedimientos Penales.

A. La Consulta Legislativa.

Como habíamos señalado, existen dos tipos de consulta legislativa que ahora pasamos a comentar.

a) De naturaleza preceptiva.

Bajo esta modalidad se dan tres eventos posibles, en los que la ley determina la necesidad de pedir la opinión consultiva a la Sala Constitucional, tratándose de los siguientes puntos:

i) Proyectos de reformas constitucionales.

Se dan opiniones encontradas sobre esta forma de consulta. Los que estiman que el artículo 10 de la Constitución no obliga a realizar el trámite de consulta, haciéndola facultativa, en vez de preceptiva, y los que afirman que el párrafo final de ese artículo 10, al remitir a la Ley de Jurisdicción Constitucional, legitima el precepto de la consulta obligatoria.

Al respecto, fue importante el debate sobre los efectos de la consulta y si ésta debía ser vinculante o no en el proceso de formación de la Ley.

En el seno de la Asamblea Legislativa varios diputados acusaron sus temores, en el sentido que al quedar obligado ese Poder de la República a consultar a la Sala Cuarta se estaría perdiendo la soberanía y la potestad de legislar. Lo anterior según los legisladores implicaría, en buen romance, una cesión de las funciones que le ha otorgado expresamente la Constitución Política.

Un ejemplo de esa posición contraria a la consulta preceptiva, se resume en el siguiente párrafo del diputado Corrales Bolaños: *"Me preocupa mucho el artículo que habla sobre esta materia. . . porque*

*pienso que en todo caso sería una cesión de soberanía, porque la función de la Asamblea Legislativa es la de dictar leyes, nadie más puede hacerlo. . . la consulta es óptima porque ilustra el criterio de los señores diputados, pero de ninguna manera puede obligarlos. Al hacerlo se está cediendo la soberanía".*⁹

La síntesis de esta forma de pensar determina que absolutamente en todos los casos, aun con la opinión de la Sala Constitucional contraria a un proyecto, el mismo puede ser aprobado por la Asamblea Legislativa, sin perjuicio que posteriormente pueda ser declarado inconstitucional, tal cual sucede con el procedimiento del artículo 128 de la Carta Magna sobre el veto fundado en razones de inconstitucionalidad.

La opinión contraria se sostuvo en conceptos como el que ahora se transcribe: *"Se ha ido creando la idea que el Poder Legislativo es algo así como el depositario de la soberanía nacional. Creo que esta idea es insostenible en un sistema y una tradición como la nuestra. En realidad, la soberanía ciertamente reside en el pueblo, pero si en alguna parte está depositada es en la Constitución. Todos los órganos de poder, incluida la Asamblea Legislativa, son simples órganos constitucionales, con competencias atribuidas por la propia Constitución."*¹⁰

Debemos considerar entonces, que es saludable y desde luego constitucional, la consulta forzada del inciso a) del artículo 96 comentado. Esta será vinculante solamente en cuanto señale violaciones constitucionales en los procedimientos de aprobación del proyecto.

No hay otra oportunidad más propicia para determinar la constitucionalidad de una norma de rango superior, y su absoluta coordinación con el resto de los textos similares, que el momento mismo de tramitación y aprobación de la reforma.

La consulta en estos casos, deberá hacerse después de aprobado el proyecto en primer debate de la primera legislatura y antes de la aprobación definitiva.

En el trámite de aprobación de la Ley y sobre este aspecto, expresó el magistrado Piza Escalante, entre otros conceptos, que en la aprobación de la reforma constitucional la Asamblea Legislativa sí está ejerciendo la soberanía, porque su función es de constituyente. La Asamblea es tan soberana que

9. CORRALES BOLAÑOS, José Miguel, *Ley de la Jurisdicción Constitucional*, Actas Legislativas, folio 833, Archivo de la Asamblea Legislativa.

10. PIZA ESCALANTE, Rodolfo, *op. cit.*, folio 829.

si violara el orden constitucional, lo que estaría haciendo es creando uno nuevo, que tiene la legitimidad democrática necesaria para que lo actuado sea correcto.¹¹

ii) Reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Esta forma de consulta también es legislativa y preceptiva, es decir, de opinión consultiva forzosa.

Nuestro sistema jurídico y político, sigue los principios consagrados en el artículo 3 de la declaración de los Derechos de 1789 y del Derecho Constitucional Clásico. Lo anterior en el sentido que la soberanía reside esencialmente en la nación, y de que es una, indivisible e inalienable.

Esta soberanía está depositada en la Constitución y es ella misma la que debe contener los instrumentos idóneos para controlar la aplicación de sus principios y por ello es precisamente la Ley de la Jurisdicción Constitucional el medio ideal para el ejercicio del debido control.

Debemos entender entonces que no sólo es lógico sino también conveniente, que los más altos órganos especializados en la administración del régimen constitucional ejerzan un control previo en la formación de todo proyecto que tenga como fines inmediatos, derogar, modificar, adicionar o complementar el sistema mismo de protección a la Constitución Política.

Estamos en presencia de un autocontrol, el que permitiría una evaluación a priori de los instrumentos jurídicos que se han de utilizar, para así garantizar la correcta interpretación y la defensa de los derechos y normas constitucionales.

Este tipo de consulta debe interponerse después de aprobado el proyecto en primer debate y antes de serlo en forma definitiva, en el tercer debate.

Se supone que la consulta antes de la aprobación del primer debate, no es lo más conveniente. En efecto, el proyecto puede sufrir modificaciones en el trámite de las comisiones legislativas y los objetivos que persigue la consulta sólo se pueden lograr plenamente, mediante el análisis del proyecto de ley definitivo.

Los efectos de la consulta son los mismos que vimos en el caso anterior. Solamente es vinculante en lo que se refiere a la aplicación de las normas del procedimiento.

iii) Convenios o tratados internacionales.

Es la tercera modalidad de Consulta Legislativa Preceptiva.

Los convenios o tratados internacionales, en sentido genérico, están contemplados y regulados por el artículo 7 de la Constitución.

Entendemos los conceptos de tratado y convenio, como el acuerdo de dos o más Estados soberanos para crear, modificar o para extinguir una relación jurídica entre ellos, según el concepto del autor César Sepúlveda en su obra *Derecho Internacional*.¹²

La consulta se refiere, aparentemente, al contenido del artículo 7 de la Constitución, en cuyo caso todos los tratados o convenios, cualesquiera que sean sus contenidos, políticos, administrativos o comerciales, en cuanto impliquen autoridad superior a las leyes comunes, estarían sujetos al control indicado.

En efecto, el inciso 4) del artículo 121 de la Carta Magna, al disponer que corresponde a la Asamblea Legislativa aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos, se está refiriendo al concepto general señalado en el artículo 7 citado y el proyecto se tramitaría por el procedimiento ordinario de las leyes. En este caso bastando la mayoría absoluta de los diputados presentes, conforme a la regla del artículo 119 de la Carta Magna, para su aprobación.

Como excepción a esa regla general, los tratados o convenios que se refieren a la integridad territorial o a la organización política del país, para su aprobación requieren el voto favorable de no menos de las tres cuartas partes de la totalidad de los integrantes del Congreso. En otro supuesto serían necesarias las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Constituyente convocada al efecto; y otra excepción es cuando se atribuyen o transfieren competencias a un Ordenamiento jurídico comunitario para fines regionales. En este último se requiere de la aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los diputados de la Asamblea Legislativa.

Aparte de lo expresado, el inciso 15) del artículo 121 constitucional se refiere a los empréstitos o convenios relacionados con el crédito público, que requieren de una votación reforzada de la Asamblea Legislativa.

En torno a esta figura, surgen dudas si está o no incluida en el concepto de la consulta preceptiva.

11. PIZA ESCALANTE, Rodolfo, *op. cit.*, folio 830.

12. SEPÚLVEDA, César, *"Derecho Internacional"*. Editorial Porrúa S.A., México, 1988, pág. 132.

Podemos así considerar que el convenio de crédito o empréstito, es una especie de tratado que se asemeja al llamado tratado-contrato, que merece un trato particular, pues tiene que ver con la capacidad económica del Estado y se vincula con el tema de la llamada deuda externa. En la medida que el préstamo implique modificaciones cualitativas al Ordenamiento jurídico interno, como por ejemplo la sujeción a una ley foránea y la renuncia a la soberanía jurídica del país, se estará aprobando una ley de excepción, que va a prevalecer con el carácter de especial, sobre las normas generales y ordinarias.

Sobre todo debe tomarse en cuenta que los contratos de préstamo o empréstitos, en los que el deudor o garante es el Estado, los organismos internacionales —como Banco Mundial, BID, Banco Centroamericano de Integración Económica y también la banca privada internacional— impondrán condiciones rigurosas en virtud de las cuales, el Estado acreedor se coloca en la disyuntiva de aceptar esas normas generales o perder la fuente de financiamiento externo.

Entre estas normas generales se incluye, invariablemente, la de remisión a la ley extranjera, la concesión de privilegios fiscales para las empresas extranjeras que puedan ejecutar los proyectos públicos, el control sobre las inversiones de los entes públicos nacionales, la sustracción de los contratos de ejecución de la inversión de los fondos provenientes del crédito, a todo tipo de control superior y la sustitución de los órganos nacionales, por los entes financieros, como sujetos activos en la adjudicación de los contratos.

Es como si se tratara de un Estado dentro de otro, en el que prevalecen sobre la ley común las reglas de un préstamo.

La situación económica mundial impone a los Estados, sobre todo a las naciones pobres como la nuestra, la necesidad de soportar sus economías con préstamos de esta naturaleza. El rechazo a las condiciones que se imponen unilateralmente, implica el ostracismo económico en el consorcio mundial.

He aquí una importante contradicción en la que la función contralora, evidentemente quedará subordinada a la decisión política. No porque el legislador tenga que ignorar las lesiones que se infieran a nuestra Constitución, sino porque la decisión final será política y administrativa, ámbito en el que se analizan otros factores, además del Derecho por el Derecho mismo.

En términos generales, consideramos que en todos los casos del crédito público, en el que se introduzcan reformas sustanciales al Ordenamiento jurídico, el proyecto debe ser consultado, sobre todo

cuando se tocan aspectos constitucionales esenciales. Esto para que el legislador tenga la posibilidad real de optar por uno de los dos caminos que se le presentan: defender el imperio de nuestra soberanía, o cederla en función de la necesidad de obtener los recursos económicos necesarios para el desarrollo del pueblo.

La frase final del inciso a) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, señala que la consulta será preceptiva, cuando se refiera también a las reservas hechas o propuestas a los tratados o convenios.

En el Derecho Internacional, las reservas en los tratados se refieren a la voluntad expresada por un Estado contra algunas de las disposiciones contenidas en un tratado, quedando las normas reservadas fuera del mismo. También se refiere a la interpretación o "declaración interpretativa" que hace un Estado sobre parte del tratado.

Esta consulta debe interponerse después de la aprobación del proyecto en primer debate y antes de la aprobación del tercer debate, como en el caso de las reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los efectos son los mismos, es decir, la opinión de la Sala vincula sólo en lo que se refiere a las normas de procedimiento, como regla general.

Es importante hacer una observación: por tratarse de un convenio entre el Estado y uno o más sujetos internacionales, el texto del tratado sólo puede ser modificado por la necesaria renegociación entre las partes.

Sólo el Poder Ejecutivo tiene la facultad de negociar el contenido del convenio, según lo que dispone el inciso 10) del artículo 140 de la Constitución.

La Asamblea Legislativa solo puede aprobar o improbar el convenio o tratado, o bien aprobarlo con reservas, en cuyo caso la validez del tratado, quedará sujeta a una condición suspensiva, o sea, a la aprobación o aceptación de las reservas por la contraparte involucrada.

Estos son los tres casos de Consulta Legislativa Preceptiva; es decir, que el Poder Legislativo, forzosamente, debe someter a análisis de la Sala Constitucional, antes de la aprobación definitiva del proyecto de ley.

Pero aún subsiste la duda sobre los límites del Poder Legislativo para aprobar un proyecto consultado, que ha sido declarado inconstitucional por la Sala.

Tendríamos entonces que nacería una ley evidentemente imperfecta, puesto que de antemano se ha declarado violatoria del orden constitucional, precisamente por el órgano competente para hacerlo.

Desde luego que la integración de la Sala puede cambiar y ésta modificar su criterio y como su jurisprudencia y antecedentes son vinculantes "*erga omnes*", salvo para sí misma, resulta también de lógica entender que un proyecto aprobado como ley con la opinión adversa de la Sala Constitucional, pueda convalidarse a la luz de una acción de inconstitucionalidad en la aplicación individual de los efectos de la ley.

Igualmente puede suceder el caso diametralmente opuesto, o sea que un proyecto declarado ajustado a la Ley Superior vía consulta pueda ser declarado después inconstitucional, mediante una acción particular. Sobre todo por dos efectos claramente contemplados en la Ley de la Jurisdicción Constitucional: la consulta no es vinculante y no precluye la facultad de accionar contra la aplicación de la ley por la vía de inconstitucionalidad.

De manera que la consulta legislativa como medio idóneo para ejercer el control previo no tiene los mismos alcances de la sentencia que resuelve una acción de constitucionalidad, pero desde luego que surte sus efectos como opinión calificada, para orientar el proceso de la formación de las leyes.

Diríamos que la consulta en general y los alcances de la opinión forzosa que se emite, quedan supeditados a lo que en definitiva resuelva la sentencia de inconstitucionalidad.

Debemos tener presente que toda consulta legislativa, incluyendo la facultativa, debe cumplir los siguientes requisitos:

— La consulta la dirige y presenta el Directorio de la Asamblea Legislativa directamente ante la Sala;

— En aquellos casos en los que la Asamblea Legislativa tenga un plazo constitucional o reglamentario para votar el proyecto, la consulta debe ser oportuna, pero el proyecto se puede votar sin haber recibido el criterio de la Sala, para evitar así la extinción de la competencia por razón del tiempo;

— Las consultas preceptivas o forzosas, no requieren de fundamentación, pues se trata de un prerequisite necesario para la formación de la ley correspondiente. En este caso el control debe hacerse sobre todo el contenido del proyecto;

— Recibida la consulta en la Sala, ésta tendrá por presentada la gestión y pedirá a la Asamblea Legislativa la remisión del expediente y antecedentes, o bien copias certificadas de las piezas. Desde luego que este trámite puede obviarse, cuando la Asamblea Legislativa, con la carta de presentación de la consulta acompañe las piezas necesarias, haciendo constar que son todos los expedientes y documentos involucrados;

— La consulta no interrumpe ningún otro trámite legislativo, salvo la votación definitiva, es decir, la del tercer debate, o en su caso, la sanción y publicación del decreto;

— Una vez recibida la consulta, el trámite prosigue en forma normal;

— La Sala debe pronunciarse dentro del mes siguiente al recibo de la consulta;

— Las facultades para apreciar la constitucionalidad del proyecto, son amplias; es decir, no se limitan a los posibles criterios que señale la Asamblea Legislativa.

Merece la pena comentar el caso hipotético, en el que la consulta declare, en forma vinculante, la inconstitucionalidad en el procedimiento de un proyecto ya aprobado por la Asamblea Legislativa, en los términos del artículo 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Creemos que con ello se habría aprobado un proyecto que siendo inconstitucional, debe ser desaplicado y considero que la especialidad del caso, amerita considerar como preceptiva y no potestativa, la facultad del Poder Ejecutivo, para interponer el veto fundamentado en razones de inconstitucionalidad, para otorgarle al Congreso, la posibilidad real de corregir las inconsistencias.

Desde luego que siempre subsistirán las posibilidades de impugnación por la vía de la acción de inconstitucionalidad, puesto que en todo caso la consulta no precluye sobre estas facultades en manos de los sujetos particulares.

Igualmente es importante evaluar los efectos de la consulta: Aquellos casos en los que la Sala se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de parte del articulado de un proyecto, el que es corregido por la Asamblea Legislativa, ¿modificándolo requeriría de una nueva consulta?

Parece ser que no basta una sola consulta, para tener por cumplido el requisito preceptivo. Se puede afirmar que tratándose de esta modalidad de consulta el requisito no se llena a satisfacción constitucional, hasta tanto no vaya a examinarse, todo el articulado que integra el proyecto, a menos que las modificaciones sean sugeridas por la Sala aun en su redacción, y se acepten por la Asamblea Legislativa.

b) De naturaleza facultativa.

También se contemplan en la Ley tres posibilidades para ejercer este tipo de control.

i) Proyectos de ley ordinarios.

Cualquier proyecto de ley puede ser objeto de la consulta, partiendo de la definición del Dr. Rubén Hernández en su obra citada, el cual señala que "*la función del control constitucional de las leyes consiste en tutelar el principio de la supremacía constitucional.*"¹³

El primer aspecto importante de controlar, se refiere al respeto absoluto que se debe tener por el procedimiento establecido para la formación de las leyes, normas procesales a las que deben quedar sujetos todos los proyectos. La inobservancia de los procedimientos, evidentemente, produce una norma inválida y desde luego inconstitucional.

Es por ello que en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se establece que es éste el único caso en el que la consulta es vinculante.

La segunda hipótesis de consulta, es la inclusión de cualquier concepto en el articulado del proyecto que pueda atentar contra las normas y estructuras de la Constitución.

La mayoría de las veces la confrontación con la Constitución no es tan evidente y amerita un análisis especializado del texto, contra los antecedentes históricos, los valores nacionales y las interpretaciones auténticas y judiciales que se puedan haber emitido.

En esencia, es el tipo de conflicto que puede originar una acción de inconstitucionalidad al que la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorga un momento adicional en el control, esta vez previo a la aprobación del proyecto.

Se incluye en este epígrafe todo proyecto de ley, excepto los contemplados en el inciso a) del artículo 96 de la Ley.

ii) Actos o contratos administrativos.

El texto de la Ley señala expresamente que es materia de consulta "la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos".

No se trata aquí de la función administrativa que realiza el Poder Legislativo, en los términos del párrafo b), inciso 4) del artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El anterior concepto se refiere a la definición de Administración Pública y sus actos sujetos al Derecho Administrativo, y en cuanto tales, impugnables en la vía contencioso administrativa, en ejercicio del principio establecido en el artículo 49 de la Constitución.

El texto del inciso b) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se refiere, evidentemente, a los actos y contratos administrativos que requieran aprobación legislativa.

Bajo este concepto se deben entender, entre otros, las excepciones señaladas por el artículo 124 de la Constitución, que con toda claridad indica cuáles de los numerales del artículo 121 ibídem carecen de la naturaleza de la ley ordinaria, por lo

cual se votan en una sola sesión y se publican como acuerdos en el diario oficial.

Además del texto constitucional, la aprobación se regula por las disposiciones del artículo 39 de su Reglamento.

Y agrega el artículo 124 citado en su párrafo final: "*La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas.*"

De manera que estos casos también podrán ser objeto de la consulta facultativa, para lo cual se requiere como se dirá, la iniciativa de los señores diputados.

iii) Reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.

Conforme al inciso 22) del artículo 121 de la Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa, darse el reglamento para su régimen interior, el cual, una vez adoptado no podrá ser modificado sino por votación no menor de las dos terceras partes del total de los diputados.

El artículo 101 del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa dispone además, que las reformas deberán tramitarse mediante el procedimiento establecido en el artículo 124 de la Constitución, y no son admisibles las mociones para la desapplicación del Reglamento en casos concretos.

El artículo 124 tiene dos procedimientos: el general al que se somete todo proyecto de ley, debiendo cumplir los tres debates y el procedimiento de excepción, que se refiere a los actos que no tienen carácter de ley, al que nos hemos referido en el punto inmediato anterior.

De la conjugación de esas normas, la Asamblea Legislativa ha interpretado que las reformas se votan en una sola sesión, pero mediante la votación reforzada de las dos terceras partes de sus integrantes.

En la práctica, el Poder Legislativo ha introducido una serie de normas en su Reglamento que son evidentemente inconstitucionales. En efecto, al procedimiento de la formación de las leyes, no se le puede dar ninguna otra connotación, que no esté expresamente contemplada en la Constitución.

El Reglamento inventa votaciones calificadas, como por ejemplo el famoso concepto de las dos terceras partes de los diputados presentes. En la tramitación de esta Ley, a manera de ejemplo, el diputado Vargas Carbonell estimó al menos en diez

o quince las violaciones al artículo 119 de la Constitución, incluidas en el Reglamento.¹⁴

Estas normas no pueden ser impugnadas o mejor aún, su inconstitucionalidad no puede ser examinada, sino en virtud de un juicio previo, que se debe iniciar como consecuencia de los efectos de la aplicación individual de la ley aprobada defectuosamente.

Por ello es que los textos inconstitucionales del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa se mantienen incólumes, firmes y valederos.

La Ley ha introducido una posibilidad real de revisar esos criterios: la facultad de legislar, como lo hemos visto, no tiene otro límite como no sea el de la propia Constitución. De manera que ahora, cada vez que se pretenda una reforma al Reglamento se puede ejercer el control previo, por medio de la consulta.

En los tres casos que conforman la Consulta Legislativa Facultativa, el requisito formal para interponerla, es la firma de al menos diez diputados y presentarla antes de la aprobación definitiva del caso.

Desde luego que si en la discusión de un proyecto, por una iniciativa de los diputados, se presenta una moción para que el proyecto se consulte y la misma es aprobada, en este caso el titular para presentarla, será el Directorio de la Asamblea, en ejecución de un acuerdo del plenario, que se tramita, por mayoría de razón, como las excepciones del artículo 124 de la Constitución.

La consulta en estos casos, por no ser forzosa, deberá formularse en memorial razonado, el que debe contener los puntos cuestionados, los motivos en los que se sustentan las dudas y las objeciones, así como cualesquiera otros aportes, doctrinarios o jurisprudenciales, que respalden la consulta.

De aquí en adelante, la consulta sufre los mismos trámites que señalamos para la preceptiva: inicio del expediente, la solicitud de los documentos y antecedentes o copias certificadas, no se suspende ningún trámite, la Sala emite su criterio dentro del mes siguiente, etc.

No obstante que esta consulta difiere de la anterior, en cuanto al sujeto autorizado para presentarla, correspondiéndole en el primer caso al órgano legislativo y en éste a los diputados directamente, lo

que se busca es un denominador común: que en la principal actividad legisladora y el normal funcionamiento de la Asamblea Legislativa se tenga la posibilidad de cuestionarse los alcances de las normas propuestas. Todo ello con el objeto de promulgar las que sean verdaderamente compatibles con la integridad del Ordenamiento jurídico vigente.

B. La Consulta Administrativa.

Llamamos así a la que se genera de la actividad de órganos constitucionales en ejercicio de sus funciones, cuando se estima que un proyecto de ley o bien una moción incorporada a ellos contradice especialmente a la Constitución.

Se dice especialmente, porque no toda violación constitucional puede ser objeto de esta modalidad de consulta. Únicamente procede cuando se trate de proyectos de ley o mociones incorporadas a ellos, cuando en su tramitación, contenido o efectos, se considere que se han ignorado, interpretado o aplicado los principios o normas relativos a la competencia constitucional atribuida al órgano respectivo.

Existen varios tipos de consulta a examinar:

a) Consulta de la Corte Suprema de Justicia.

La naturaleza particular de la función jurisdiccional postula una plena independencia constitucional para los órganos que la ejercen, como lo expresa Biscaretti en su obra *Derecho Constitucional*.¹⁵

Esta función puede entenderse desde el objeto de la misma, representado por la concreta actuación del derecho objetivo para tutelar derechos e intereses específicos, y como el complejo de los órganos que la realizan.

Es decir, se ejerce la función jurisdiccional o contenciosa, para declarar un derecho controvertido o reintegrar un derecho violado, por medio de los órganos establecidos en la misma Constitución.

La facultad de administrar justicia se adquiere con el cargo a que está anexa y la competencia es la especialidad del conocimiento de causas en razón de la materia.

En este ámbito, la consulta está referida a los proyectos de ley, en los que se intente modificar la jurisdicción o la competencia, contra los textos constitucionales.

14. VARGAS CARBONELL, Humberto, *Ley de la Jurisdicción Constitucional*, Actas Legislativas, folio 844, Archivo de la Asamblea Legislativa.

15. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *"Derecho Constitucional"*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, pág. 510.

La formalidad exige que la consulta se presente en memorial razonado y se evacue por medio de un acuerdo firme de la Corte Plena, dirigido a la Sala Cuarta.

Esta modalidad de consulta, por vía de interpretación del texto constitucional consagrado en el artículo 167, debe entenderse, en todo caso, que es preceptiva y no facultativa.

En efecto, la misma Carta Magna ha previsto que todo proyecto de ley que se refiera a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, debe ser consultado a la Corte Suprema de Justicia.

Por ello creemos que existe una antinomia. La Ley de la Jurisdicción Constitucional señala que estas consultas pueden ser facultativas. La Corte Suprema de Justicia la dirigirá a la Sala Constitucional, cuando considere que el proyecto afecte su integridad.

Pero por otro lado, la misma Constitución Política en el artículo 167, indica que la consulta es obligatoria y que debe ser evacuada por la Corte Suprema de Justicia en pleno.

De manera que en este presupuesto, pareciera que las reformas introducidas en la Constitución Política para adecuarlas a las nuevas instituciones creadas en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no fueron completas, ya que no se justifica que existan dos órganos constitucionales, que puedan evacuar las consultas, como mecanismos de control.

Pareciera, entonces, que debe imperar la lógica jurídica y entenderse que puede la Corte Suprema de Justicia referirse a los proyectos de ley, para analizar la conveniencia de las reformas y reservar, exclusivamente, a la Sala Cuarta, los reparos de índole constitucional. Esto significa, en el más amplio sentido de la consulta, que puede la Corte Suprema de Justicia opinar sobre el proyecto, pero las dudas sobre la armonía constitucional solo las puede absolver la Sala Constitucional.

b) Consulta del Tribunal Supremo de Elecciones.

La importancia que para la vida democrática de este país, tiene el Tribunal Supremo de Elecciones nos ha llevado a conceptualizarlo con el rango e independencia de un Poder del Estado, como lo expresa el artículo 9 de la Constitución. Además se le ha otorgado la potestad de interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral. (Artículo 102, inciso 3) *ibídem*).

Por tal razón tanto el Amparo como la Acción de Inconstitucionalidad, son improcedentes contra el Tribunal Supremo de Elecciones en lo concerniente

a la materia electoral. (Artículos 30, inciso d) y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Por materia electoral se entiende todo lo concerniente a la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, como lo señala el artículo 99 de la Constitución.

De manera que cualquier proyecto de ley, que en alguna forma se estime que atenta contra las competencias del Tribunal que provienen de la Constitución, podrá ser consultado ante la Sala, como acción legítima para proteger los mandatos de la Carta Magna.

Se requiere de un acuerdo del Tribunal, quien dirigirá la consulta, por medio de la presidencia.

c) Consulta de la Contraloría General de la República.

Por texto constitucional, la Contraloría General de la República es un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa para ejercer los controles jurídicos y financieros sobre la Hacienda Pública, pero con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores. (Artículo 183 de la Constitución).

Toda dependencia, institución, corporación, oficina, funcionario o empleado que maneje fondos públicos o intervenga en la ejecución de las leyes financieras, está bajo el control legal y financiero de la Contraloría General.

La cantidad tan enorme de asuntos que conoce esta institución y la gran experiencia y capacidad con que lo hace, le otorga a los Contralores Generales la convicción de tener que aplicar normas reñidas con la Constitución, por estar impedidos para desaplicarlas.

Tal acontecía con las llamadas "normas atípicas" del presupuesto de la nación, antes de la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Dada la importancia de la institución, resulta también lógico que cualquier proyecto de ley que tenga como propósito alterar sus competencias, al ser éstas atribuidas por la Constitución, pueda ejercerse una razonable oposición de control, para evitar incongruencias constitucionales.

La consulta contralora, la debe hacer el jerarca de la institución.

ch) La Consulta del Defensor de los Habitantes.

Cuando se considera que los proyectos de ley infringen derechos o libertades fundamentales, reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país, entonces se puede presentar la consulta.

El defensor de los habitantes, llamado en Francia "mediador" y en la doctrina en general como el "Ombudsman", es el encargado de recibir reclamaciones de los ciudadanos y de tratar de mejorar los comportamientos de la administración, en aquellos puntos en que su funcionamiento parece defectuoso sin ser ilegal.

Es una institución que tiene por objeto la protección de los ciudadanos contra la arbitrariedad administrativa.

En la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se le ha concedido el control sobre las libertades fundamentales y los derechos humanos, en estado de proyecto legislativo.

Es el titular del cargo, el único que puede hacer la consulta.

La Consulta Administrativa, que como hemos visto es plenamente facultativa, se sujeta al procedimiento general y a los rasgos comunes antes referidos. Por ejemplo, la presentación debe hacerse después de la aprobación del primer debate y antes del tercero, en memorial fundamentado, sin suspensión de trámites y se resuelve dentro del mes siguiente al recibo de la gestión.

C. La Consulta Judicial.

El principio general se resume en el texto del artículo 102 de la Ley: *"Todo juez está legitimado para consultar a la Sala Constitucional, cuando tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que debe aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento"*.

Se puede dar en dos formas: facultativa y preceptiva.

a) De naturaleza facultativa.

En primer término se debe tener muy en claro, que el origen de la consulta es la duda objetiva, fundada.

Bajo ningún concepto se debe entender que la facultad de consultar contradiga las disposiciones del inciso 3), del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto pudiera considerarse que ese trámite en alguna forma pueda entenderse como expresión o insinuación de su opinión respecto al asunto que deba fallar.

La base esencial de esta modalidad de consulta, es la duda razonable y justificada. Basta la convicción del juez, en el sentido que la norma, el acto que deba aplicar o juzgar, la conducta u omisión sean contrarios a la Constitución, para que la consulta sea procedente.

En segundo término se debe tener presente que en la consulta, el juez no tiene interés personal, excepto el de administrar justicia en la mejor forma posible.

Por ello, no basta la simple sospecha para fundamentar la consulta: será imprescindible una elaboración de las contradicciones, criterios y fundamentos, en un verdadero caso para ser resuelto por la Sala.

Ningún antecedente consultivo, ninguna acción de constitucionalidad interpuesta o que se puedan interponer en el mismo proceso, obstan para ejercer la facultad. Es decir, no existe ninguna limitación para interponer la consulta.

El juez deberá dictar una resolución, en la que se deben incluir:

- la definición de las normas, actos, conductas u omisiones cuestionadas;
- la expresión de los motivos de duda;
- los aportes doctrinarios y jurisprudenciales, cuando existan;
- cualquier otro fundamento de hecho o de derecho que sirva de respaldo a la consulta.

En la resolución se emplaza a las partes, para que comparezcan dentro de tercer día ante la Sala Constitucional, para hacer valer sus derechos.

Dentro de la misma resolución se ordena la suspensión de los trámites del proceso o recurso, hasta que haya sido evacuada la consulta y se ordenará el envío del expediente o las piezas pertinentes, según el caso, a la Sala Cuarta.

Lógicamente que la resolución del tribunal que ordena la consulta, deberá ser notificada a las partes y no se procederá con el trámite de la consulta, mientras la resolución no quede firme.

Contra esta resolución solo procederá la enmienda de la actividad procesal defectuosa, de oficio o a gestión de parte, para corregir errores materiales, puesto que la facultad consultiva no tiene recurso alguno.

Recibida la consulta la Sala debe dar audiencia a la Procuraduría General de la República, cuando no sea parte en el proceso o recurso principal.

Desde luego que es importante que el Estado esté representado en una diligencia de este tipo.

Posteriormente, dentro del término del emplazamiento, cualquiera de las partes que estuviere legitimada, podrá convertir la consulta en acción de inconstitucionalidad, en cuyo caso deberá hacerlo dentro del término improrrogable de quince días, contados a partir de la notificación de la decisión de la Sala que así lo ordene.

En este último caso, la Sala procederá con el trámite ordinario de la acción de inconstitucionalidad

y se abstiene de evacuar la consulta, pero obligatoriamente deberá pronunciarse sobre ella al dictar el fallo correspondiente.

Si la consulta no es convertida en acción de inconstitucionalidad, la Sala procederá a evacuar la consulta sin más trámite y sin audiencia de partes, en el plazo máximo de un mes contado a partir de su recibo.

Al pronunciar su opinión en respuesta a una consulta, cualquiera que sea la modalidad que se presente, la Sala tiene dos mecanismos que puede utilizar: la resolución sintetizada con remisión a la jurisprudencia y precedentes, cuando se trata de declarar la inconstitucionalidad y el rechazo por considerar que se trata de una reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar, que haya sido rechazada.

La resolución final se notificará al tribunal, a la Procuraduría General de la República y a las partes apersonadas; tendrá los mismos efectos y se publicará de igual manera que la acción de inconstitucionalidad, salvo que no precluirá la presentación de la acción de inconstitucionalidad en este mismo proceso si fuera procedente.

En relación con la Consulta Judicial, son aplicables en lo que sean razonables, las disposiciones de la consulta en general y de la acción de constitucionalidad.

b) De naturaleza preceptiva.

La consulta judicial es obligatoria en un solo caso: cuando en la tramitación de un recurso de revisión, conforme al artículo 42 de la Constitución Política y los artículos 490 y siguientes del Código de Procedimientos Penales, se esté alegando violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o defensa.

Este Recurso tiene por objeto revisar una sentencia errada desde el punto de vista de los hechos, lo que produce una condena de un inocente, y también sentencias erradas desde el punto de vista del Derecho, e incluso, sentencias que no adolecen de error de derecho ni error de hecho, cuando se trata de aplicar retroactivamente una ley más benigna para el condenado, como lo afirma el doctor Francisco Castillo en su obra *El Recurso de Revisión en el Derecho Penal Costarricense*.¹⁶

En este presupuesto la consulta es obligatoria, con el único objeto que la Sala defina el contenido, las condiciones y alcances de los principios y derechos, sin entrar a valorar las circunstancias del caso concreto.

Hay aquí una muestra evidente, en el sentido que no se pretende con la consulta, invadir la esfera jurisdiccional del tribunal de instancia, sino la de mantener la organización jerárquica del Poder Judicial.

Por último es obligado citar los conceptos del jurista Eduardo Ortiz Ortiz al expresar que *"el juez es el único obligado a identificar la norma aplicable al caso que conoce y el único con potestad para aplicarla a ese caso. Si está sujeto a la Constitución y a la Ley, en ese orden, resulta absolutamente imperativo que pueda desaplicar la Ley cuando viola la Constitución y, naturalmente, que no puede aplicarla si la viola. Este imperativo se hace imposible si el juez no tiene la posibilidad de levantar la cuestión de constitucionalidad ante la Sala Constitucional, cuando tenga la certeza o la sospecha fundada y razonable que la ley aplicable al caso es inconstitucional. Un ordenamiento que no le otorgue esta potestad comete en pecado de esa constitución, de imponer al juez la violación de ésta, sino puede desaplicar la ley violatoria. Y es el juez, además, quien con más pureza y plenitud puede exponer el conflicto constitucional, porque lo hace buscando el derecho aplicable y no la satisfacción de un interés personal, como las partes en el juicio."*¹⁷

7. CONCLUSIONES.

Como hemos podido advertir en este análisis, la consulta, como institución jurídica nueva dentro de nuestro Ordenamiento jurídico está llamada a ser un elemento esencial en procurar la justicia pronta y cumplida que exige la misma Constitución.

Muchos recursos económicos y tiempo se pueden ahorrar, si el mecanismo de consulta es adecuadamente utilizado por los órganos legitimados para hacerlo, siguiendo una línea constante y única sobre nuestro régimen constitucional.

Creemos no equivocarnos al estimar que el país sería más respetuoso de los derechos y libertades, si tuviéramos ante los tribunales de justicia más consultas y menos "recursos" de inconstitucionalidad.

16. CASTILLO, Francisco, *"El Recurso de Revisión en Materia Penal"*, Colegio de Abogados, Costa Rica, 1a. Edición, 1980, págs. 50 y sigts.

17. ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Ley de la Jurisdicción Constitucional*, Actas Legislativas, folio 938, Archivo de la Asamblea Legislativa.