

establecer la jerarquía de los demás intereses en relación con ese principal; y para hacerlo tiene que tomar en cuenta los hechos del caso, portadores de esos otros intereses, y la Constitución y sus principios. El legislador tiene que escoger entre: 1) prohibir totalmente el consumo de gasolina y cerrar los expendios; 2) permitir su consumo racionado y, en este caso, decidir en qué proporción respecto a los diversos grupos (por ej.: transportistas de servicio público, taxis, empresarios, turistas, etc.); 3) permitir su libre consumo a un alto precio, prohibitivo para la mayoría de todos o para la mayoría de algunos grupos, y, en este caso, escoger cuáles como más beneficiados o perjudicados; 4) ordenar la modificación de todos los motores para su mayor eficiencia y crear un ente encargado de venderlos, mantenerlos e inspeccionar forzosamente, a domicilio, el cumplimiento de la ordenanza; 5) ordenar la circulación de las calles de modo que las más importantes vías estén cerradas a determinadas horas del día, y determinar cuáles y en perjuicio de quiénes se cerrarán.

Las alternativas pueden ser infinitas, pero las escogibles son una o dos. Las demás serían actos irracionales, sin ninguna ventaja social para nadie o sólo para un grupo contra toda la sociedad, en favor de intereses de tercera categoría ante aquellos que son dañados por la ley correspondiente. No hay aquí grandes márgenes de arbitrariedad, capricho o elección irrepitable, totalmente singular para el caso. El ejemplo se puede repetir al infinito, en relación con la libertad de tránsito (prohibición de circular durante el día por calles públicas abiertas, en beneficio de una clínica de reposo privado); con la libertad de empresa (exigencia de capitales millonarios en momentos de crisis para operar una sociedad anónima); con la libertad de expresión (obligación de editar lo publicado por cuenta propia o de incluir en el espectáculo nocturno números oficiales acordes con políticas gubernamentales), etc. El tipo de control aplicable es el mismo: es uno de proporcionalidad y de razonabilidad en la medida adoptada respecto de los fines y valores impuestos por el caso y por la Constitución, en sus textos escritos o en sus principios implícitos.

Toda la jurisprudencia constitucional de los EEUU —una de las piezas jurídicas más admirables desde que se inició—, de Italia y Argentina, está llena de ejemplos y de doctrinas para explicarlos. Todas consisten en un logrado intento de sujetar la libertad legislativa a cánones diversos de los escritos y decretados con la Carta, por sumisión a los principios eternos que gobiernan el quehacer humano en cuanto humano, no sólo lleno sino necesitado de racionalidad, justicia y utilidad. Ningún mejor ejemplo de todo lo dicho que la jurisprudencia del Conseil d'État y del Consiglio di Stato, en materia de "détournement du pouvoir" y de "eccesso di potere amministrativo". Lo que se dirá de inmediato encaja perfectamente como complemento de lo que acabamos de exponer.

Creemos que el informe debió hacer mención, al menos, de toda la problemática anterior, porque la misma es, cal contra arena, la única auténtica vía de esperanza para los Derechos Humanos ante un legislador despótico u omnipotente.¹⁵

Antes de continuar, una breve y poco consoladora advertencia.

b) La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y la "razonabilidad de la ley".

Se comprende bien, después de todo lo dicho, cuán lejos está Costa Rica de acceder a esa vía de esperanza. Con la jurisprudencia existente en materia de constitucionalidad de las leyes nuestro camino es un trillo de oscuridades. Esa jurisprudencia, por el sólo hecho de negarse a interpretar, niega los Derechos Humanos que exijan leer lo que no está escrito.

Un ejemplo: para fortalecer la difusión del arte y de la cultura se impone a todos los ciudadanos mayores de 18 años el asistir dos veces por mes a espectáculos teatrales, a los que, además, se fija un alto precio, para estimular las empresas del ramo. ¿Cuál es la norma constitucional violada? No hay ninguna que prohíba potestades para imponer prestaciones personales, ni limite su ejercicio. Pero la ley las puede crear, en armonía o en conflicto con la libertad individual, de pensamiento, de no hacer lo que la ley no me ordena, etc. Obvia-

15. Dicha problemática, en cuanto al fondo —esto es, las condiciones reales y la medida en que el Poder Judicial pueda efectivamente actuar como "freno" de otros Poderes, respecto a derechos humanos—, es examinada con amplitud en el *Tratado*, sobre todo en sus capítulos V a VIII. Pero allí el enfoque central, eso sí, difiere del que presentan las observaciones ofrecidas arriba: cf., p. ej., pp. 142-143 (sobre límites "racionales", "justos", etc.), 484 y 605 (respectivamente, citas de B. Rüthers y J. Mourgeon), § 16.I y cap. III (sobre el carácter convencional y optativo de las interpretaciones autorizadas), § § 42 (¿Puede realmente el aparato judicial servir de límite al Poder?) y 51.IV (acotaciones sobre la "sabiduría" de los jueces).

mente, una prestación personal obligatoria impuesta por ley pone en juego el art. 28, que al garantizar la libertad frente a lo que la ley no ordena, autoriza la ley que la limita o suprime, a condición de que ésta sea razonable. ¿Será razonable la ley del ejemplo? Nuestra Corte Suprema no se puede siquiera plantear el problema, porque la Constitución no dice, en ninguna parte, que las leyes deben ser razonables y justas. Aquí lo que está en juego es, primero, el principio de igualdad ante la ley (¿por qué el favor legislativo para la cultura y no para el artesanado?); en segundo término, la idoneidad técnica del medio (obligación de asistencia mensual al teatro) respecto del fin (efectiva elevación del nivel cultural); y, sobre todo, la justa proporcionalidad del medio respecto del fin y del problema (si se amerita movilizar a toda la población hacia el teatro, a un alto precio, sin considerar ni la desigualdad de recursos económicos, ni la desigualdad de niveles culturales, como tampoco el carácter culturalmente suntuario y maduro del teatro, en tanto que actividad cultural de una sociedad subdesarrollada). Nada de eso está escrito en el texto del art. 28. Y es por eso, quizá, que esa misma jurisprudencia constitucional, cuando ha tenido que interpretar un concepto indeterminado, ha optado por abandonar su determinación a la misma ley juzgada por "irrazonable" al hacerlo.

En un caso en que se discutía si era constitucional la ley que prohibía vender café mezclado con cualquier otra sustancia, tóxica o no, dijo la Corte:

"La garantía que otorga el art. 46 de la Constitución Política se refiere al comercio lícito y no al que prohíbe la ley" (Ses. Ext. C.P. núm. 33 de 15 de julio de 1954).

Del mismo corte son otras votaciones en punto a Derechos Humanos o garantías fundamentales:

"El Congreso de entonces (1949) estaba facultado constitucionalmente, y lo está en la actualidad, para ordenar una expropiación, siendo esa una medida legislativa de interés público y de carácter administrativo, cuya necesidad y conveniencia no incumbe apreciar a los Tribunales de Justicia, como lo ha declarado esta Corte en ocasiones anteriores" (Ses. Ext. C.P. núm. 39 de 12 de julio de 1971).

Y todavía:

"La intención recóndita, íntima y particular de cada legislador, en sí misma o de todos, en conjunto, el admitir una ley interpretativa no puede ser analizada dentro de la materia que aquí se examina" (Ibídem).

En síntesis: todo concepto indeterminado empleado por la Constitución para definir los Derechos Humanos, o lo que es peor, las potestades legislativas o administrativas opuestas, ha de interpretarse en Costa Rica, contra lo que es la esencia de un Estado de Derecho, en contra de esas libertades y a favor de la legitimidad de la ley o del acto lesivos. La Corte Suprema carece, en virtud de su propia jurisprudencia, de potestades para interpretar esos conceptos, ni a favor ni en contra del individuo, por lo que la interpretación que les haya dado la Administración, en su propio beneficio, debe reputarse constitucional y legalmente correcta.

Desde este sombrío panorama nacional, a contraluz de aquella noble jurisprudencia europea o americana, intentemos resumir cuál es ésta y su profundo avance en el contralor jurisdiccional en el campo del Derecho Administrativo, por lo ejemplar y estimulante de la comparación.

c) El contralor jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa.

Es indudable que en una Constitución que consagre Derechos Humanos, la ideología dominante es la de la libertad y la de la dignidad, pues aquéllos son la expresión normativa de las exigencias mínimas y necesarias de éstas, de no darse simultáneamente disposiciones e instituciones que signifiquen lo contrario. Y hablamos de principios, y no sólo de valores, porque son varias las reglas fundamentales atinentes a los Derechos Humanos, unas propiamente tales, otras meros cánones interpretativos.

i) Los principios fundamentales de resguardo.

Principio de libertad: lo no prohibido está permitido. Esta perogrullada tiene un valor histórico y sustancial de primer orden, aunque sea tópico: se trata de principio fundamental, formulado por el art. 28 de nuestra Carta. No es éste el lugar para hacer su historia, pero valga apuntar que empieza ésta en los arts. 4 y 5 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que vale la pena transcribir en lo conducente:

Art. 4: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a otro. . ."

Art. 5: "La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene".

Esto tiene seis graves consecuencias inmediatas, correspondientes a otros tantos fundamentales principios conexos, todos enumerados en nuestra Carta, a saber:

- Principio de legalidad administrativa: La autoridad sólo puede hacer contra la libertad lo que le esté permitido; todo lo demás le está prohibido (art. 11 Constitución Política).

- (Principio del) Derecho subjetivo a la legalidad administrativa: El destinatario de un acto público desfavorable tiene derecho a su legalidad y conserva su libertad frente al acto ilegal, en la medida de su ilegalidad (art. 28 *ibídem*). Esto lo ha explicado hermosamente Eduardo García de Enterría cuando ha escrito:

"La legalidad de la Administración no es así una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada; es también y antes que eso, una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la Ley no autoriza o le impida hacer lo que la Ley permite no sólo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano. De este modo la oposición a un acto administrativo ilegal es, en último extremo, una defensa de la libertad de quien ha resultado injustamente afectado por dicho acto" (Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1981, vol. II, pág. 48).

- Principio de reserva de ley: Sólo la ley formal de la Asamblea Legislativa, o los reglamentos en ella fundados, pueden crear potestades públicas contrarias a la libertad; quedan prohibidos los reglamentos autónomos en tal materia (arts. 28 y 140 incisos 3 y 18 *ibídem*).

- Principio de accionabilidad: Ocurriendo a los tribunales y a la ley todos deben poder anular los actos ilegales de la Administración (art. 49 *ibídem*) y detener sus comportamientos ilegales (art. 48 *ibídem*).

- Principio de responsabilidad: Ocurriendo a los tribunales y a la ley todos deben poder lograr la reparación de los daños que les ha causado la ilegalidad administrativa (art. 41 *ibídem*).

- Principio pro libertatis: La libertad es la regla y la restricción es la excepción: quedan prohibidas la analogía y la interpretación extensiva en contra de aquélla, y permitidas en su favor; en la duda, debe interpretarse a favor de la libertad.

ii) Discrecionalidad, conceptos indeterminados y contralor jurisdiccional de Gobierno y de la Administración.¹⁶

Es dentro del marco de tales seis principios básicos de nuestra Carta que deben interpretarse cualesquiera normas y conceptos indeterminados de la misma referentes a Derechos Humanos. La aplicación de tales principios por el contralor jurisdiccional del Gobierno y de la Administración ha producido dos importantísimos fenómenos, aquí y fuera de aquí, pero sobre todo en Francia, matriz de nuestro Derecho Público:

- La reducción de los conceptos indeterminados. La jurisprudencia del Consejo de Estado reputa que la operación de aplicación al caso de un concepto legal indeterminado es una de mera interpretación de la norma, sin lugar para elecciones discrecionales. Esto quiere decir que el sentido del concepto, indeterminado en abstracto y en la potestad legal, resulta determinable exactamente en concreto, de conformidad con los hechos del caso.

Nuevamente, es García de Enterría quien lo dice más claramente: "lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio; o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos de Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. *Tertium non datur*. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta" (La Lucha contra las Inmunidades del Poder, Civitas, Madrid, 1974, pág. 35).

- El contralor de oportunidad disfrazado. La tesis tiene su origen en Alemania a nivel doctrinario (principalmente Joachim Ule, Otto Bachof y Carl Schmitt), pero sus antecedentes positivos más

16. Cf. esp. los §§ del *Tratado* que señalamos *supra*, en la nota 12.

inmediatos e ilustres en la jurisprudencia del Conseil d'État sobre control de los motivos del acto administrativo; y en la de la Corte Suprema de Justicia de EEUU. sobre los "standars" de ejercicio de los poderes discrecionales. Por obvia afinidad queremos referirnos brevemente a la jurisprudencia del Conseil d'État, sorprendentemente similar a la de esta Corte Suprema en la materia.

En Francia es claro, a partir del fallo C.E. Gomet, 4 de abril de 1914, que la calificación jurídica de los motivos de un acto, hecha por la ley a través de conceptos indeterminados, como "plaza monumental", "necesidad pública", "revista pornográfica", "urgente necesidad", "aptitud suficiente", etc., es labor pura y simple de interpretación de la ley, extraña a la discrecionalidad, que, por ello mismo, puede ser juzgada y rehecha por el Juez de la Administración sin interferir con el campo propio de ésta. La doctrina es unánime en apoyar tal posición, tanto como en criticar las excepciones introducidas por aquel Tribunal en materia de policía de extranjeros y de asuntos altamente técnicos (Lino Di Qual, *La Compétence Liée*, L.G.D.J., París, 1964, págs. 85, 86 y 127 a 129).

Ahora bien: es posible que la anterior aserción del ilustre autor español no sea correcta en toda su extensión, pese a la innegable fortuna que ha tenido en la jurisprudencia de su patria y en restante doctrina publicística de nuestra lengua; personalmente, creo que la reductibilidad de un concepto indeterminado a un caso concreto depende de la clase de concepto y de la clase de caso. Y los hay para todos los gustos. ¿Qué ocurre cuando, pese a todos los esfuerzos en contrario, el concepto indeterminado permanece tal, y sólo puede determinarse finalmente a través de un acto subjetivo de preferencia y de elección por parte del funcionario?

La jurisprudencia del Conseil d'État indica —también con el apoyo de la doctrina— que una distinción fundamental procede en tales casos, entre los que afectan derechos humanos, generalmente en materia de policía (del orden, de la seguridad y de la salud e higiene públicas), y los demás. En cuanto a los primeros, esa jurisprudencia entiende que la aplicación de todos los principios básicos antes enumerados —heredados por nosotros de aquel ordenamiento— impiden totalmente la discrecionalidad, es decir: la administrativa. Si la discrecionalidad es inevitable, la única posible debe ser la judicial; ante la Administración, las potestades de policía que afectan Derechos Huma-

nos aparecen como totalmente regladas o vinculadas, bien por la ley, bien por las reglas que el Juez le impone supliendo eventuales lagunas de ésta. Se trata del llamado "cuarto grado" o "grado máximo" de control de la discrecionalidad, que la hace desaparecer. El Juez francés, según esta línea jurisprudencial, controla en tales actos no sólo la existencia y exactitud material de los motivos, no sólo la calificación jurídica de éstos por aplicación de conceptos indeterminados, sino la adecuación y/o proporcionalidad entre ese motivo así calificado y el contenido o disposición del acto lesivo del Derecho Humano, lo que es propiamente su oportunidad. (J.M. Auby et Roland Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, L.G.D.J., París, 1975, Vol. II, págs. 400 a 403, esp. esta última; y Jean Castaigne, *Le Contrôle Jurisdictionnel de la Légalité des Actes de la Police Administrative*, L.G.D.J., París, 1964, págs. 160, 161 y 169 a 175).

Muy gráficamente ha dicho Marcel Waline: "es necesario renunciar a explicarlo todo diciendo: el Juez controla la legalidad, no la oportunidad. Bien al contrario: el Juez controla la legalidad, lo que puede obligarlo en ciertos casos a controlar la oportunidad" (*Étendue et Limite du Contrôle du Juge Administratif*, *Études et Documents du Conseil d'État*, 1956, págs. 27 y 28). Los casos en que ello es así son precisamente los relativos a actos administrativos de intervención o limitación de Derechos Humanos.

Es cierto que la anterior jurisprudencia tiene sus límites, pues, como bien lo advierten todos los autores, el control extremo sobre la policía, de que hablamos, sólo se da respecto de la municipal y para poner coto a los abusos de autoridades incul-tas o violentas en exceso, frecuentes en zonas rurales. Pero no puede sostenerse tampoco la tesis contraria, en el sentido de que tales casos sean los únicos. Tal afirmación sería falsa y contraria a la evidente tendencia del Conseil d'État de extender más y más su contralor sobre la discrecionalidad. El viraje más reciente y fundamental es el dado en materia de expropiaciones para obras públicas y para proteger ya no un Derecho Humano personal, sino el más patrimonial de todos ellos, si es que se quiere incluirlo en su catálogo, la propiedad privada. En efecto: en un fallo histórico del C.E. de 28 de mayo de 1971 —*Ministre de l'Équipement vs. Fédération des personnes concernées par le projet actuellement nommé "Ville Nouvelle Est"*—, el Conseil d'État ha anulado una expropiación por considerarla sin utilidad pública, después de hacer

un balance entre su costo, los resultados sociales a lograr con ella y las disponibilidades presupuestarias del respectivo Ministerio. "El Juez, ha dicho sobre este caso Jean Waline, se otorga aquí el derecho de apreciar todas las ventajas y los inconvenientes de todo tipo de la operación proyectada, establece un balance entre ellos, como si hiciera una suma algebraica de unos y otros, y no da su luz verde sino cuando el resultado del balance le parece francamente favorable". (Mélanges Waline, L.G.D.J., París, 1974, págs. 815 y 821 a 825). La doctrina francesa —dividida entre el elogio y la crítica— ha llamado a éste el "principio del Equilibrio entre Presupuesto-Costo y Beneficio". Ese equilibrio tuvo que establecerlo la Administración antes de expropiar; que el Juez lo deshaga y rehaga, parece una suplantación.

Pareciéramos haber llegado a plantear el dilema final: ¿administración de los gobernantes o de los Jueces? El planteo así hecho es una falacia. La realidad es que aquí y en todo el mundo la arbitrariedad administrativa sólo accede al contralor judicial en un número mínimo de casos, de los que la Administración gana con creces la mayor parte. Si algún poder hay incontrolado, pese a los múltiples controles para evitarlo, es el de la Administración Pública. El Juez sólo interviene ocasionalmente sus actos y en la mayoría de las veces, como se dijo, para apoyarla y auparla. Cuando un Juez anula un acto administrativo es porque es claramente ilegal o irracional. Y cuando invade el campo de la oportunidad y de la discrecionalidad es porque, excepcionalmente, siente tener a mano los elementos e instrumentos de juicio necesarios para mejorar la decisión del caso en favor de bienes y valores fundamentales, como los Derechos Humanos. Sea como fuere, si hacerlo es justificable en algún campo es precisamente en el nuestro. No tengo la menor duda al sostener que en el campo de los Derechos Humanos el Juez debe poder no sólo reducir exactamente el concepto legal indeterminado a los hechos del caso hasta darle un sentido unívoco dentro del mismo, cuando sea posible, sino también sustituirse a la Administración en el uso de sus poderes, cuando no lo sea, para establecer la proporcionalidad entre los hechos y la medida adoptada, y evitar que, bajo la apariencia de un ejercicio legítimo de una libertad, la Administración inflija daños innecesarios a

aquellos derechos. Esto no es una aspiración utópica, sino, por todo lo dicho, una realidad ya plenamente visible en el panorama actual de las relaciones entre Administración y Juez administrativo.

En síntesis: el contralor jurisdiccional de la Administración contemporánea impone reducir a un único sentido concreto, dentro del caso, el concepto legal indeterminado, excluyendo toda discrecionalidad al respecto, cuando ello sea posible, como lo es, a la luz de aquellos principios y de estos hechos, en la mayoría de los casos judiciales, que son una muy calificada minoría en relación con todos los otros creados por la Administración. Esos mismos principios exigen llevar el contralor jurisdiccional hasta el campo de lo discrecional, con sustitución de la Administración por el Juez, en la esfera de los Derechos Humanos, cuando resulte patente que, sin hacerlo, puede quedar impune y en pie una violación de éstos, por lesiva desproporción entre motivo y contenido de la medida adoptada. El juicio sobre esta proporcionalidad quedaría librado al criterio del Juez, pero limitado y determinado por los hechos del caso, dentro del marco del ordenamiento, dado por aquellos principios fundamentales y las demás normas aplicables, constitucionales o comunes.

5) Estados de excepción, emergencia o crisis.¹⁷

Cubre este título las amenazas contra los Derechos Humanos por instituciones como el estado de sitio, de emergencia, de crisis, etc., todos los cuales sirven para ampliar potestades del Gobierno y la Administración a costa de aquellos derechos y de la legalidad administrativa. Es interminable la disputa sobre los fundamentos y límites de tales poderes extraordinarios, motivados en situaciones de peligro de igual naturaleza. Pero creo que hay consenso sobre dos hechos configuradores de la institución: ésta consiste en un mecanismo para conferir al Gobierno poderes extraordinarios ante hechos no previstos por las leyes ordinarias, que exigen medidas también nuevas. Lo característico es, entonces, el carácter atípico e imprevisible tanto del motivo como del contenido específicos de las medidas a adoptar. El efecto de éstas resulta derogatorio de la ley y eventualmente violatorio de Derechos Humanos, mientras dura el estado de crisis.

17. Cf. *Tratado*, cap. VII, y *Revista Judicial* núm. 36 (pp. 81 y sigs.).

Nos referimos a los estados constitucionales de emergencia, como fuente de potestades constitucionales extraordinarias en favor de los gobernantes y, en nuestro país, del Poder Ejecutivo. Aquí el problema se ha enfocado a través de la llamada suspensión de garantías, con enumeración de las suspendibles, mediante ley de la Asamblea o decreto ejecutivo convertido en ley por su posterior ratificación legislativa. Como lo revela el informe, hay muchas modalidades y regímenes con igual fin, algunas mucho más peligrosas que la nuestra. Todo esto es claramente contrario al sistema y debe eliminarse.

La mayoría de los regímenes constitucionales de excepción sirven para dar o consolidar golpes de Estado, disfrazados de estados de sitio o de emergencia. Y su previsión es absolutamente incoherente con la economía del fenómeno político, por innecesaria. La necesidad política o administrativa que impone un cambio ilegítimo —visto desde el ángulo de la normalidad— se legitima a sí misma en el Derecho, y siempre ha sido así. Lo decisivo en esta materia es el contralor de la urgencia y de su grado, pues la que existe impone un régimen casuístico y, por ello mismo, único e irrepetible, que excluye los demás. Esto no es una hipótesis de trabajo, sino una añeja realidad de la vida diaria del Poder Público en todo el mundo, que tiene su expresión a través del Juez.

A nivel no constitucional, diaria y normalmente, la Administración puede enfrentarse y se enfrenta a estados de necesidad o de agresión, contra los cuales sólo puede reaccionar en la forma en que los hechos se lo permitan, normalmente ilegal o sin ninguna ley de base. La experiencia que ofrece el Derecho Comparado es que, invariablemente, los tribunales reconocen la legitimidad de la actuación administrativa ilegal pero inevitable, después de comprobar que lo fue. Es la aplicación del principio universal de necesidad, que también rige al poder. En Francia, la teoría de las circunstancias excepcionales sirve para justificar ilegalidades, con violación de las leyes para emergencias, que de otro modo serían vías de hecho típicas (Lucien Nizard, *la Jurisprudence Administrative des Circonstances Exceptionnelles et la Légalité*, L.G. D.J., París, 1962, págs. 82 y sigs. y 278 a 280). Ahí la jurisprudencia ha llegado hasta a justificar privaciones de libertad en condiciones altamente ilegales, pero inaplazables por las circunstancias. En Italia, en cambio, pareciera que la jurisprudencia somete tales actos necesitados o de urgencia a la

Constitución y a las leyes imperativas (Riccardo Villata, *Poteri di Ordinanza e Ordinanze di Necessità*, Giuffrè, Milano, 1979, págs. 117 y 121 a 127), con reserva en su contra de todos los Derechos Humanos, que aquéllos nunca pueden limitar ni violar.

Todo ello indica que siempre que hay hechos peligrosos e imprevistos para las leyes existentes —sean o no constitucionales— los hechos se imponen y hacen Derecho en la medida en que se lo permita el Juez. Y no puede minimizarse el problema que presentan los casos reales de urgencia administrativa por comparación con los estados constitucionales de emergencia o de excepción; porque resolver aquellos dándole algún valor legal a los actos dictados sin apoyo en la ley o con violación de ella, implica quebrantar dos principios fundamentales del orden constitucional, que son el de reserva de ley y el de legalidad. Y si tales actos violan tales principios, por el imperativo de la urgencia, no se ve razón válida para negar que puedan violar también otros del mismo rango, por la misma razón.

Todo lo cual hace ver la superfluidad de los regímenes constitucionales de emergencia o de excepción, si los hechos no permiten su observancia, a condición de que el Juez tenga total y efectivo control sobre lo ocurrido, para justificarlo o condenarlo. Desde este punto de vista, es preferible la ratificación del Juez que la de la Asamblea Legislativa, proclive a la alcahuetería partidista. En el fondo lo que hay es un desfase que es inherente entre Derecho Público e imprevisión, siendo aquél, por su concepto, previsión de lo que podrá hacer o no hacer el Gobierno. Ante lo imprevisible, el único Derecho posible es el no previsto. Nada se gana con regulaciones constitucionales de hechos inconstitucionales. Regular estados de excepción es algo muy parecido a regular golpes de Estado, peregrina idea que capturó alguna Constitución centroamericana de ilustre memoria, con detalladas regulaciones sobre la instalación y los poderes del próximo gobierno de facto.

Mi recomendación es suprimir los regímenes de excepción, crisis o emergencias de las Constituciones, y, en su lugar, habilitar expresamente al Juez administrativo —que podría ser la respectiva Corte Suprema— para juzgar lo ocurrido como si fuera actividad gubernamental o administrativa totalmente reglada, no por la Constitución o por la ley, sino precisamente por los imperativos del caso y los principios fundamentales de la Constitu-

ción, a juicio exclusivo del Juez. Si este contralor judicial fuera ignorado o irrespetado por el gobernante, seguramente lo sería también el régimen constitucional de excepción y sus límites.¹⁸

6) Libertad de expresión del pensamiento.¹⁹

Defiendo en este extremo lo que el informe critica; no por ser costarricense, sino por ser justo y natural. Son dos las críticas y dos las defensas: una, al art. 28 Constitución Política; otra, al art. 19 *ibídem*.

a) *Art. 28.* La crítica consiste en decir que resulta infundada y, por ahí, injusta limitación a la libertad de expresión del pensamiento, el que se prohíba la propaganda política "invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas". La prohibición viene de la Constitución de 1871 y tiende a evitar que se escoja candidato o partido por motivos religiosos. Y ello porque nuestro Estado es laico, con plena libertad de cultos para todo el mundo. Mezclar política y religión es contribuir al ascenso de candidatos o partidos contrarios a tal postulado básico de nuestro sistema. Esta prohibición parte del supuesto de que el régimen democrático es una ideología del poder, excluyente de las opuestas. Y ha de entenderse por tales aquellas que prediquen o postulen una forma de gobierno antidemocrático, por contraria a alguno de los principios fundamentales de aquél. No encuentro absolutamente nada de contradictorio en tal concepción, pero sí en la Carta, que no la extiende a otros aspectos fundamentales del sistema. No sólo eso: el párrafo segundo del art. 98 —que prohibía "la formación

o el funcionamiento de Partidos que por sus programas, medios de acción o vinculaciones internacionales tiendan a destruir los fundamentos de la organización democrática de Costa Rica o que atenten contra la soberanía del país"— fue eliminado por decreto constitucional núm. 5698 de 15 de junio de 1975. La filosofía de la reforma fue precisamente la contraria a la que inspira al art. 28 con su redacción actual, criticada por el informe. Me quedo con el art. 28 y su concepción material de la democracia, como un sistema en función de valores definidos, incompatible con las ideologías que prediquen la teocracia, el gobierno por acto de fe personal o religioso, la destrucción de las minorías, la división de los hombres en razas o clases dominantes, o el partido único. Lo que hay no es una limitación injusta, sino justa, de la libertad de acción y de propaganda políticas, que, sin embargo, parece contradecir la filosofía de otras normas de la misma Carta.

b) *Art. 19.* Se critica que no se dé intervención política a los extranjeros. Es más grave que no puedan votar ni ser electos, y el informe no lo critica. ¿Por qué? La razón es muy sencilla: es fundada y legítima la exclusión del extranjero de aquello que atañe a la configuración de la sociedad y del gobierno nacionales, en cuanto el extranjero es quien no ha querido o no ha podido incorporarse a ese sistema como una parte igual del mismo. El extranjero es, desde el punto de vista político, el extraño. ¿Por qué permitir que un extraño configure lo que es propio y hasta inherente? Esto sea dicho con todo respeto para el que lo es. Y así es en toda América Latina; o más bien: ¿dónde no es así?²⁰

III) OMISIONES

No quiero extenderme mucho más. Esta sección es para decir que el informe omite totalmente referencia a los tres siguientes temas fundamentales²¹ en materia de régimen constitucional de los Derechos Humanos.

1) Actos políticos o de gobierno.

Son éstos, se sabe bien, los que dicta el Gobierno (Supremo Poder) y están sustraídos al contralor contencioso administrativo. Su fisura es una quiebra del principio de legalidad. Se trata de actos

18. Cf. también, sobre este punto, las observaciones de Ortiz recogidas en el *Tratado*, pp. 718-720.

19. Cf. *Tratado*, cap. VIII, y *Revista Judicial* núm. 37 (pp. 65 y sigs.); el comentario se refiere a la parte I de este último sitio, esp. a su apartado iii (pp. 68, col. 2, y 69).

20. Cf. también, en el *Tratado*, pp. 132-139, 861-862 y 825-828.

21. En realidad, también esos temas se tocan en el *Tratado*, aunque en forma más bien incidental.

administrativos por naturaleza, en cuanto reúnen la doble nota de estar sujetos a la Constitución y a la ley, y de tener alcance inter-subjetivo, a favor o en contra del administrado, pero no son impugnables por ilegalidad. En la lógica de la institución está el que, además, no sean impugnables por la vía del amparo ni del recurso de inconstitucionalidad, pero la ley no lo dice. Quiebra aquí también el principio de accionabilidad. No hay ninguna razón válida para su existencia y nunca se ha podido hallar alguna. Después de obedecer a conceptos y principios endebles (como la doctrina del acto de gobierno por el fin político del acto, con lo que se aludía a su importancia para el Gobierno de turno; o por el carácter vital del objeto afectado, como la población, el territorio o el gobierno del país como un todo), la teoría ha dejado de serlo y se ha convertido en una lista de actos sin naturaleza homogénea, normalmente frecuentes en las dictaduras. Y no debe confundirse el acto político o de gobierno con el acto en materia de gobierno, también llamado "institucional", porque su naturaleza intrínseca no es administrativa, por ser puramente constitucional. Se trata, hoy por hoy, solamente de dos categorías, y de no más de dos: actos de relaciones internacionales y actos de relaciones entre Supremos Poderes. Es decir: de actos del Estado como miembro de otro orden (el internacional), o de actos típica y puramente constitucionales. Pero éstos, normalmente, no afectan tampoco Derechos Humanos y carecen de importancia como tales para nuestro tema, lo que obviamente admite salvedades de importancia (hipótesis del asilo diplomático). La lista de actos de Gobierno en el sentido clásico, de actos administrativos comunes pero inmunes al contralor jurisdiccional, debe desaparecer de las Constituciones, para dar paso al acto en materia de gobierno, tal y como hoy está delimitado por el art. 4 LRJCA: el acto constitucional entre Poderes y el acto internacional entre Estados, normalmente inocuo para los Derechos Humanos.

2) Quiebra de los principios de reserva de ley y de legalidad.

El escudo más efectivo de protección constitu-

cional de los Derechos Humanos lo forman los principios de reserva de ley y de legalidad. Por el primero, sólo la ley puede autorizar potestades que los lesionen; por el segundo, todo acto imperativo tiene que fundarse en una potestad normativa, y toda actuación material lesiva, en un acto así fundado. Lo decisivo es la distinción entre Parlamento y Gobierno: aquél como fuente del Derecho nacido de una confrontación de todos los partidos e intereses sociales; éste como fuente de una voluntad partidista y unilateral, eventualmente enfrentada al individuo y al bien público, sobre todo en regímenes no parlamentarios, como el nuestro. Cuando se evade la reserva de ley, y el Derecho aplicable lo hacen el Gobierno y la Administración, el individuo queda falto de aquella protección fundamental y sujeto a los partidismos y egoísmos oficiales. Esta burla es más que frecuente hoy día a través de múltiples técnicas constitucionales, destinadas a apoderar al Gobierno y a la Administración para legislar en lugar de la Asamblea, haciendo leyes o reglamentos equivalentes. Esas técnicas son, principalmente: las delegaciones legislativas; los decretos de urgencia o emergencia legislativa; los plenos poderes (o transferencias en blanco y sin limitaciones de potestades legislativas); las deslegalizaciones (en virtud de las cuales una ley dispone de su rango en beneficio del reglamento, para que éste pueda derogarla o reformarla sin limitaciones); y las leyes marco o cuadro (que, después de fijar directrices no aplicables, encomiendan al Gobierno legislar una materia). Unas técnicas son menos nocivas que otras, pero todas debilitan la importancia de la ley como límite del Gobierno o de la Administración frente a los demás, y lo hacen en eventual perjuicio de los Derechos Humanos.

3) Agresiones privadas contra Derechos Humanos.

La jurisprudencia de amparo nuestra reconoce la jurisdicción sobre este tipo de casos. Sería interesante analizar en qué condiciones debería consagrarse el avance, mediante reforma del artículo 48 de la Constitución Política.

A N E X O**Enrique P. Haba: TRATADO BÁSICO DE DERECHOS HUMANOS****A) VISIÓN GLOBAL DE LA OBRA****TOMO I**

Sumarios en lenguas extranjeras
Índice general
Presentación. Referencias

PRIMERA PARTE: MARCO BÁSICO GENERAL

- Capítulo I. El área de estudio
- II. Premisas metodológicas
- III. La presencia de los conceptos indeterminados en el discurso de los derechos humanos
- IV. Del Derecho Internacional a los Ordenamientos jurídicos internos, en materia de derechos humanos.

TOMO II**SEGUNDA PARTE: INDICADORES EN EL DISCURSO CONSTITUCIONAL**

- Capítulo V. Protección judicial de los derechos humanos.
- VI. Responsabilidad de los funcionarios estatales, por violación de derechos humanos.

VII. Estados de excepción.

VIII. Libertad de expresión, como garantía genérica

IX. El campo de los derechos económicos

TOMO III**EPÍLOGO: LÍNEAS PROSPECTIVAS**

- Capítulo X. Instrumentos jurídicos para mejorar la protección constitucional de los derechos humanos
- XI. En torno a la enseñanza de los derechos humanos (observaciones y sugerencias)

XII. A modo de conclusión

ÍNDICES ALFABÉTICOS**TOMO IV**
(eventual)**MATERIAL COMPLEMENTARIO: ESTUDIOS****B) ÍNDICE GENERAL**

Presentación
Referencias

**PRIMERA PARTE
MARCO BÁSICO GENERAL****CAPÍTULO I: EL ÁREA DE ESTUDIO**

- § 0. Palabras liminares
§ 1. Introducción

Sección A) Un balance inicial

- § 2. La "universalidad" de los derechos humanos puesta en jaque
- § 3. La relación derechos humanos/Derecho Constitucional
- § 4. Posibilidades e imposibilidades de la ciencia jurídica
- § 5. Síntesis

Sección B) Enfoque de la Investigación

- § 6. Tipo de aproximación

- § 7. Renglones de examen
§ 8. Síntesis

CAPÍTULO II: PREMISAS METODOLÓGICAS**Sección A) Bases conceptuales**

- § 9. Introducción: derechos humanos y ciencia
- § 10. Planos de análisis
- § 11. Formas de determinar los derechos humanos (su naturaleza convencional y las discriminaciones categoriales)
- § 12. El concepto de Constitución
- § 13. Delimitaciones en el enfoque de la investigación; limitaciones prácticas. Síntesis

Sección B) Organización de la temática

- § 14. Plano de examen
- § 15. Indicadores
- § 16. Semántica constitucional (el problema de la interpretación)

CAPÍTULO III: LA PRESENCIA DE LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sección A) Ámbitos semánticos y el papel del intérprete

- § 17. La dinámica de los conceptos indeterminados en el lenguaje político y jurídico (generalidades)
- § 18. El paso hermenéutico (opciones y límites del intérprete)
- § 19. Cuatro niveles en la semántica de los conceptos indeterminados
- § 20. Tres clases de conceptos jurídicos indeterminados con referencia a los derechos humanos
- § 21. Discusión

Sección B) Opciones hermenéuticas ante el lenguaje constitucional de los derechos humanos

- § 22. Interpretaciones de los derechos humanos: ∞) la dogmática jushumanista
- § 23. Interpretaciones de los derechos humanos: β) la seguridad del Estado y su defensa
- § 24. Constituciones democráticas, Instrumentos internacionales
- § 25. Conclusión: ¿Qué ventaja reviste, para la causa de los derechos humanos, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados?
- § 26. Excurso: Conceptos indeterminados en Constituciones de América Latina

Apéndice: Semántica constitucional

CAPÍTULO IV: DEL DERECHO INTERNACIONAL A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Sección A) El discurso del Derecho Internacional

- § 27. Naturaleza de las obligaciones internacionales respecto a derechos humanos
- § 28. El nivel de eficacia de los Instrumentos
- § 29. Relaciones dogmáticas entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Derechos internos
- § 30. Excurso: Análisis de dos cuestiones (monismo/dualismo, voluntarismo/no-voluntarismo) transportándolas al plano metadogmático

Sección B) Normativa constitucional

- § 31. Posición general de las Constituciones latinoamericanas
- § 32. Discusión: normativa internacional y realidad constitucional
- § 33. Sugerencias para la normativa
- § 34. Heurística
- § 35. Disposiciones constitucionales
- § 36. Conclusiones generales

Apéndice: Semántica constitucional

ÍNDICE ANALÍTICO DEL TOMO I

SEGUNDA PARTE

INDICADORES EN EL DISCURSO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO V: PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sección A) Marco básico

- § 37. Generalidades
- § 38. Instrumentos procesales de protección

- § 39. Condiciones esenciales para la funcionalidad del Poder Judicial
- § 40. El compromiso político del juez
- § 41. Heurística
- § 42. Excurso: ¿Puede realmente el aparato judicial servir de límite al Poder? (discusión)

Sección B) Normativa constitucional

- § 43. Introducción
- § 44. La normativa-modelo de los Instrumentos
- § 45. Disposiciones constitucionales (apreciación panorámica)
- § 46. Algunos ejemplos aprovechables

Sección C) Realidad constitucional

- § 47. La situación en América Latina (apreciación panorámica)
- § 48. ¿Quiénes, y cómo, logran acceso a la protección judicial?
- § 49. Jurisprudencia de derechos humanos
- § 50. Factores específicos de (in)eficacia en la protección judicial
- § 51. Observaciones complementarias
- § 52. Conclusión general

Apéndice: Semántica constitucional

CAPÍTULO VI: RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS ESTATALES, POR VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

- § 53. Generalidades
- § 54. Clases de responsabilidad
- § 55. Sugerencias para la normativa
- § 56. Heurística
- § 57. Constituciones latinoamericanas
- § 58. Legislación, jurisprudencia, realidad
- § 59. Conclusión

Apéndice: Semántica constitucional

CAPÍTULO VII: ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Sección A) Bases conceptuales

- § 60. Generalidades
- § 61. Sentido y alcance de la suspensión de derechos
- § 62. El Derecho Internacional como marco:
 - (a) disposiciones de los Instrumentos
 - (b) comentarios
 - (c) cuestiones de interpretación
- § 65. Dificultades subsistentes. Discusión general

Sección B) Orden Constitucional (normativa y realidad)

- § 66. Sugerencias para la normativa
- § 67. Heurística
- § 68. Panorama de las Constituciones latinoamericanas
- § 69. Algunos ejemplos aprovechables
- § 70. Consecuencias de hecho
- § 71. Conclusión general

Apéndice: Semántica constitucional

CAPÍTULO VIII: LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMO GARANTÍA GENÉRICA

Sección A) Nociones básicas

- § 72. Concepto y formas de la libertad de expresión
- § 73. Libertad de prensa
- § 74. Derecho a la información
- § 75. Límites para la libertad de expresión
- § 76. Pluralismo como condición tuitiva irremplazable
- § 77. Heurística

Sección B) Normativa y realidad

- § 78. Instrumentos internacionales
- § 79. Tipos de ordenamiento
- § 80. Disposiciones constitucionales
- § 81. Impedimentos en regímenes autoritarios

Apéndice 1: Semántica constitucional**Apéndice 2: Una investigación de campo****CAPÍTULO IX: EL CAMPO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS****Sección A) Marco conceptual**

- § 82. Generalidades
- § 83. Conceptualización jurídica
- § 84. Conflictos entre derechos humanos (la supuesta antinomia entre derechos económicos y libertad de expresión)
- § 85. Instrumentos internacionales
- § 86. Heurística

Sección B) La esfera de las Constituciones

- § 87. Tipos de normas
- § 88. Panorama general de las Constituciones
- § 89. El derecho de huelga y el de sindicalización (como índices)
- § 90. De la normativa constitucional a la realidad

Apéndice: Semántica constitucional**ÍNDICE ANALÍTICO DEL TOMO II****EPÍLOGO****LÍNEAS PROSPECTIVAS****CAPÍTULO X: INSTRUMENTOS CONSTITUCIONALES PARA MEJORAR LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

- § 91. Generalidades
- § 92. El problema de las normas programáticas

- § 93. Constitucionalización de un proyecto nacional
- § 94. El problema de la legislación reglamentaria
- § 95. Reglas constitucionales de interpretación y aplicación
- § 96. Reserva legal en materia de derechos humanos
- § 97. Derecho de iniciativa para la formulación de leyes sobre derechos humanos
- § 98. Instancias de participación organizada de la población en el proceso legislativo
- § 99. Base institucional para el cumplimiento de los derechos humanos
- §100. Protección de oficio de los derechos humanos
- §101. Recapitulación
- §102. Propositiones y observaciones complementarias

CAPÍTULO XI: EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS HUMANOS (OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS)

- §103. Generalidades (del normativismo al enfoque realista-crítico)
- §104. Enseñanza antidogmática
- §105. Elementos para un marco básico
- §106. Observaciones complementarias
- §107. De la enseñanza universitaria a la extrauniversitaria

CAPÍTULO XII: A MODO DE CONCLUSIÓN

- §108. Ideas para tener en cuenta
- §109. Coda
- §110. Postdata

ÍNDICES ALFABÉTICOS:

Bibliografía
Índices de nombres
Índices de materias

ÍNDICE ANALÍTICO DEL TOMO III
