

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA: (VI) GLOSA AL INFORME HABA

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

SUMARIO

	Pág.
I) COMENTARIO GENERAL	14
II) COMENTARIOS SOBRE COSTA RICA	15
1) <i>Constitución y tratados sobre derechos humanos</i>	15
2) <i>Protección judicial de los derechos humanos</i>	16
a) Vía de amparo	16
b) Contencioso-administrativo	17
c) Justicia constitucional	17
d) Origen de la Corte Suprema	18
3) <i>Responsabilidad constitucional de los funcionarios por violación de los derechos humanos</i>	19
4) <i>Los conceptos indeterminados</i>	19
a) La razonabilidad de la ley	19
b) La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y la "razonabilidad de la ley"	24
c) El contralor jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa	25
i) Los principios fundamentales de resguardo	25
— Principio de libertad	
— Consecuencias: • principio de legalidad administrativa	
• (principio del) derecho subjetivo a la legalidad administrativa	
• principio de reserva de la ley	
• principio de accionabilidad	
• principio de responsabilidad	
• principio pro libertatis	
ii) Discrecionalidad, conceptos indeterminados y contralor jurisdiccional de Gobierno y de la Administración	26
— la reducción de los conceptos indeterminados	
— el contralor de oportunidad disfrazado	
5) <i>Estados de excepción, emergencia o crisis</i>	28
6) <i>Libertad de expresión del pensamiento</i>	30
a) Art. 28	30
b) Art. 19	30
III) OMISIONES	30
1) <i>Actos políticos o de gobierno</i>	30
2) <i>Quiebra de los principios de reserva de ley y de legalidad</i>	31
3) <i>Agresiones privadas contra derechos humanos</i>	31
ANEXO: Visión global de la obra, Índice general del Tratado	32

Advertencia

Con este estudio se cierra la serie *Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina*, que la *Revista Judicial* ha venido publicando a partir de su número 35: (I) Protección judicial de los derechos humanos (núm. 35, diciembre 1985, pp. 53-71), (II) Estados de excepción (núm. 36, marzo 1986, pp. 81-100), (III) Libertades de expresión (núm. 37, junio 1986, pp. 65-89), (IV) Derechos económicos (núm. 38, setiembre 1986, pp. 79-92), (V) Derecho Internacional (núm. 39, diciembre 1986, pp. 91-102). El "Informe" a que alude el título es un trabajo de Enrique P. Haba: *La Protección Constitucional de los Derechos Humanos en América Latina, a la luz de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Segundo Informe*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, julio de 1983, San José de Costa Rica, XI + 285 pp. Dicho informe, elaborado para un Proyecto de Investigación (cf., en el núm. 35, la Nota inicial ubicada en la pág. 54) donde participó también el Lic. Ortiz, fue comentado por éste, bajo el título que aquí conservamos, para una Reunión de Expertos que tuvo lugar en agosto del mismo año (cf. la Nota indicada). El Informe pasó después a formar parte del manuscrito general de una obra mucho más amplia, de la cual se han editado hasta ahora dos tomos: Enrique P. Haba (Redactor General), *tratado básico de derechos humanos* (con especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y al Derecho Internacional), vol. I (Conceptos fundamentales) y vol. II (Indicadores constitucionales), Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1986; el vol. III (Líneas prospectivas. Índices) se halla en preparación. Los artículos anteriores de la presente serie están conformados precisamente por capítulos de aquel Informe que en definitiva no pudieron ser incluidos en los dos tomos que se editaron del *Tratado*, aunque correspondían a este; por eso, en el Anexo de cada uno de dichos artículos aparece indicado el lugar preciso donde, dentro del respectivo capítulo del *Tratado*, corresponde ubicar —según el plan integral de la obra— esos materiales; y como Anexo de este artículo final incluimos, para ilustración del lector que no tenga a mano esa obra, el esquema general de lo que ella contiene.

Aunque la *Glosa* del Lic. Ortiz examina principalmente los trozos del Informe que hablan de la Constitución costarricense, la mayor parte de las observaciones que él efectúa son aplicables también, de una manera general, a la problemática común de esos puntos en Constituciones latinoamericanas. El texto central que aquí ofrecemos no tiene cambios respecto al presentado por su autor en la ocasión mencionada. Las notas de pie de página, empero, no son de él, sino que fueron agregadas, para esta publicación, por Enrique P. Haba; se introducen aquí, con autorización del Lic. Ortiz, para señalar partes concordantes del *Tratado* (incluso algunos desarrollos complementarios del propio Ortiz recogidos allí) y de los artículos anteriores de esta serie.

* * *

Me referiré al excelente estudio presentado por el Prof. Enrique Haba, en el siguiente orden:

- I) Comentario general.
- II) Comentario sobre Costa Rica.
- III) Puntualización de omisiones.

I) COMENTARIO GENERAL¹

Es uno y muy sencillo: creo que el trabajo está centrado en una interpretación fundamentalmente semántica de las normas que analiza,² poco adecuada a la índole del tema, si la sustancia institucional y axiológica de las normas estudiadas pasa

a segundo plano. Es indudable que toda labor jurídica ha de partir del análisis de textos normativos, pero no puede quedarse ahí, sino que tiene que llegar, sobre todo en materia constitucional, a su ideología y al rango institucional de esos textos en

1. Este comentario se refiere básicamente al material publicado en los cinco artículos anteriores de la serie (cf. la Advertencia, *supra*) y al de los Apéndices que traen los capítulos III y VI del *Tratado*. Para juzgar en qué medida tales observaciones son aplicables también a este en su conjunto, vale decir, a la orientación general de esa obra, el lector puede considerar, por ejemplo, las precisiones contenidas en los siguientes pasajes de ella: su Presentación (pp. XXVII-XXXV, esp. XXXI-XXXIV), los caps. I (Sec. B) y II (§§ 10, 13 y 16. IV); y téngase en cuenta también las remisiones efectuadas en las demás notas del presente artículo.

2. Pero cf. en el *Tratado*, además de los sitios indicados al final de la nota anterior, el § 16.I (esp. pp. 194-197).

el sistema político analizado. El intento contrario, de estudiar cada norma constitucional por lo que dice y no por la función que está llamada a cumplir en el sistema, al menos como lo dibuja la Constitución, no sólo impide encontrar la solución de problemas verdaderos sino que crea otros que no existen, o que son menos problema de lo que se cree. De lo primero podría ser un ejemplo el pesimismo con el que se enfoca el problema de los conceptos constitucionales indeterminados, que existe y es grave, pero respecto del cual el informe no ofrece vías de solución, hoy en progreso a través del avance de los métodos de contralor de las funciones legislativa y administrativa del Estado, de los que el trabajo casi no se ocupa; y de lo segundo podría ser el de la no constitucionalización de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, que muy poco contribuiría, de darse, a su mayor vigencia efectiva, todo como brevemente lo explicaremos.

En síntesis: el trabajo da la impresión de enfocar la sustancia y los problemas de los Derechos Humanos como creaciones normativas casuales y no como exigencias mínimas de la naturaleza humana, respaldadas por siglos de luchas y llenas de valor objetivo. No deja ver que —fuera de todo alineamiento con una tesis naturalista o positivista y más bien abarcándolas— los Derechos Humanos son hoy una ideología universal, que parte de una determinada concepción del hombre como fin en sí mismo y que tiende a su máximo desarrollo, fuera de la cual nada significan. La inadvertencia o el rechazo de este hecho fundamental parecieran crear una actitud de relativismo y hasta de escepticismo en el tratamiento del tema,³ que creemos palpable en el informe. Fuera de tal crítica a su perspectiva general, son innegables su claridad, seriedad y sistema, rigurosamente académicos, por los que no puedo sino congratular al distinguido colega.

II) COMENTARIOS SOBRE COSTA RICA

1) Constitución y tratados sobre Derechos Humanos.⁴

El informe recomienda como ideal la constitucionalización de los tratados de Derechos Humanos, por el rango que ello les imprimiría.⁵ Me permito discrepar y recomendar como mejor la fórmula hallada por nuestro art. 7, Constitución Política, que se limita a dar a los tratados —a cualesquiera— fuerza superior a la ley ordinaria.

Nuestros tribunales y los del Continente —quizá con excepción de los de EEUU. de Norte América— suelen oscilar entre el reconocimiento a la primacía de la ley o a la del tratado. Antes de que se hiciera la reforma que dio su actual texto el art. 7 hubo, incluso, un fallo de nuestra Corte Suprema que dio primacía al tratado sobre la Constitución del país, en la medida en que aquél era expresión de principios generales del Derecho Internacional, con lo que claramente implicó que éstos

sí son superiores a la Constitución (véase Rodolfo Piza, Régimen de Tratados Internacionales en el Derecho de la República de Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, San José, Imprenta Lehmann, 1967, pág. 198).⁶ Pero abundan las sentencias de Jueces que, antes del art. 7 y de su actual texto, daban primacía a la ley sobre el tratado.

Creo que la fórmula del art. 7 es buena porque es flexible y permite incorporar el tratado al Derecho Interno con sólo el procedimiento normal de su ratificación, según el Derecho Internacional, y ello con rango superior al de la ley. Tiene, además, la ventaja de preservar la integridad de la Constitución, que, desde el ángulo del Derecho Interno, ha de ser reputada norma suprema, fundamento de validez de todas las demás. La constitucionalización de un tratado se puede hacer por dos vías: por remisión al tratado con su texto actual y sus futuras reformas, según el procedimiento del Derecho Interna-

3. Sobre el "escepticismo" y el "relativismo", cf. también las citas de Harold Laski (p. VIII) y Albert Bayet (cap. XII, primer párrafo, apartado 1) presentadas en el *Tratado*, así como la precisión allí efectuada en la pág. 239.

4. Cf. *Tratado*, cap. IV, y *Revista Judicial* núm. 39 (pp. 91 y sigs.).

5. En el *Tratado*, sin embargo, ya no se recomienda (por lo menos en forma expresa) tal solución como "ideal": cf., por ejemplo, pp. 17 y 442. Vid. también, allí, el comentario de Ortiz presentado en la pág. 448.

6. Cf. también el *Tratado*, pp. 445-446.

cional —sujeto normalmente al texto mismo del tratado—, lo que configura un llamado reenvío formal; o por remisión al texto actual del tratado, en forma tal que sus reformas sólo sean posibles a través de reforma parcial de la misma Carta, lo que configura un reenvío material. El primer sistema tiene el grave peligro de incorporar automáticamente a la Constitución contenidos normativos provenientes de un orden extraño, el internacional, sin oportunidad para su valoración y adaptación al orden interno. El segundo método tiene el grave problema de que congela el tratado a nivel constitucional e impide seguir las reformas de éste, salvo por la vía lenta y complicada de la reforma constitucional.

Creemos que la fórmula del art. 7 es mejor, sobre todo en momentos en que la experiencia adquirida en materia de Derechos Humanos sugiere cambios de redacción y contenido en algunos de ellos, tal y como están precisados en los tratados; y en que hay ya discusión sobre la existencia de nuevas formas de Derechos Humanos, los llamados de la tercera generación. Y lo preferimos porque aquella fórmula, como se dijo, al ser más flexible, será más adecuada para la introducción dichos cambios en nuestro ordenamiento.

2) Protección Judicial de los Derechos Humanos.⁷

a) Vía de amparo.

El art. 48 Constitución Política concede el recurso de amparo para "mantener o restablecer el goce de los otros derechos constitucionales" que no son la libertad de movimiento (garantizada con el "Hábeas corpus"). La garantía constitucional es extraordinaria, porque incluye acciones y sentencias condenatorias contra la Administración, y está dada en función exclusiva del carácter constitucional del derecho lesionado, sin parar mientes en la naturaleza del acto lesivo. Es la índole constitucional del bien lesionado lo que da acceso a la garantía procesal del amparo, al extremo de que —según consolidada jurisprudencia (votación de Corte Plena de sesión extraordinaria núm. 21 de 2 de mayo de 1952)— vienen protegidos con ella no sólo las llamadas garantías individuales o sociales (Derechos Humanos) sino cualquier otro derecho

constitucional, como el derecho al recurso de alzada contra resoluciones municipales previsto por el art. 173 *ibídem*.

La jurisprudencia constitucional y de amparo ha venido a restringir inconstitucionalmente el alcance de la garantía, al agregar a la única condición constitucional para su admisión y/o estimación, un nuevo y restrictivo requisito: que el acto o actividad lesivos sean gravemente ilegales, "por arbitrarios" y "sin respaldo en ley vigente", o por ser su ilegalidad "evidente y manifiesta" (Sentencias de las 15 hrs. del 2 de agosto de 1961, Juzgado Tercero Penal y Sala Segunda Corte Suprema, y núm. 102 de las 14 hrs. del 31 de julio de 1958, *ibídem*). Y por tal entiende la Corte Plena la que se da cuando del texto del acto "surgen de inmediato evidentes violaciones de los derechos consagrados en la Constitución Política sin necesidad de verificar ulteriores contrastes". El amparo procede, en suma, cuando hay una autoridad lo suficientemente torpe como para atentar contra los derechos constitucionales y hacerlo manifiesto en el acto atentatorio, expresa o implícitamente. Se trata de casos de academia, por lo que, de los reales, en que hay gravísimas violaciones de derechos humanos, sólo una mínima cantidad (probablemente no mayor del 10%) alcanza sentencia favorable.

Esto ha venido a ser remediado teóricamente, en parte, por el art. 357 (Ley General de Administración Pública), que prevé la acción interdictal y el incidente de suspensión contra las actuaciones de la Administración que no estén basadas en un previo acto administrativo eficaz. Pero ello es meramente teórico, como se dijo, porque, por un extraño fenómeno de inhibición e involución ante las innovaciones jurídicas importantes, ni el Juez ni el abogado costarricense hacen uso de las virtudes y potencialidades de dicha LG, que hasta la fecha y desde su promulgación ha sido invocada mucho más para justificar abusos de la Administración. En todo caso, esta es una ley y estamos hablando del nivel constitucional de protección judicial de los Derechos Humanos. A nivel del amparo, esos derechos están casi totalmente desamparados, por la inconstitucional jurisprudencia restrictiva de su materia propia antes referida. Cualquiera que lea esa jurisprudencia podrá creer que en Costa Rica la Administración no se equivoca nunca y que,

7. Cf. *Tratado*, cap. V, y *Revista Judicial* núm. 35 (pp. 53 y sigs.). Vid. esp., en el *Tratado*, los comentarios de Ortiz recogidos en las pp. 593-597 y en el § 102.I.

cuando lo hace, actúa siempre de buena fe. El problema es más grave todavía por la siguiente razón: lo que no pertenece al amparo, sólo puede resultar protegido por la jurisdicción contencioso-administrativa, y esto representa la otra cara del problema, no menos triste que la anterior.

b) Contencioso-administrativo.

El art. 49 Constitución Política crea la jurisdicción contencioso-administrativa para "garantizar la legalidad de la función administrativa". La Ley Reguladora correspondiente —de 12 de marzo de 1966— ha operado una inconstitucional y grave reducción de ese vasto campo de control, al restringirlo a "la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública", lo que es cosa totalmente distinta. No entran en tal concepto, en efecto, los comportamientos de la Administración, que son la fuente más común de lesiones contra los Derechos Humanos. Las actuaciones materiales y las prestaciones técnicas, empíricas o ilegales, y, sobre todo, las inercias de la Administración, no son impugnables por sí mismas, mediante acciones condenatorias dirigidas a hacerlas cesar. Para ser conocidas en juicio tienen que convertirse en actos denegatorios (fictos o expresos) de la petición (opuesta) del particular y, entonces, la sentencia podrá, a lo sumo, anular la denegación, con implícita declaración del deber incumplido, a cargo de la Administración, de dar, hacer o no hacer, sin siquiera poder condenarla a ello. Y aun en el supuesto de que pudiera hacerlo, ello no se podría ejecutar forzosamente, pues es consolidada la jurisprudencia de que el Juez no puede ni condenar a la Administración a dictar actos administrativos, aun siendo obligados, ni menos sustituirse a ésta para dictarlos en su lugar, ni en la fase de conocimiento ni en la fase de ejecución del proceso. En estas hipótesis, lo más que podría lograrse es una indemnización sucedánea en ejecución de sentencia, si no en otro largo y costoso proceso declarativo ordinario. Tal es el cuadro teórico de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa.

El cuadro real se ilumina brevemente cuando se examina la jurisprudencia civil de Hacienda, relativa al cumplimiento de obligaciones patrimoniales de la Administración, porque ahí abundan las condenatorias contra ésta a conductas específicas que no son pagos en dinero; pero ello nada tiene

que ver con la protección de Derechos Humanos. En este campo, las acciones contra actos lesivos de Derechos Humanos, por sí o en relación con actuaciones o inercias de la Administración, topan con la inexistencia de acciones y sentencias condenatorias contra ella, para hacer cesar la conducta lesiva o imponer la debida. Es decir: que los casos que la vía de amparo no puede admitir, por inexistencia del acto arbitrario, de ilegalidad evidente y manifiesta, tampoco los puede admitir la jurisdicción contenciosa, por inexistencia de acciones y sentencias de condena contra la Administración (en asuntos no patrimoniales de Derecho Público), únicas que normalmente hacen cesar la conducta lesiva. Todo lo cual es mucho más grave si se piensa que, aparte de tan serios problemas de estructura, nuestro proceso contencioso ordinario tiene una duración normal de cuatro a ocho años. Se trata de justicia claramente lenta e incumplida, creemos que más por la estructura del proceso contencioso que por culpa de nadie.

En síntesis: por obra de la jurisprudencia (juicio de amparo) y de la ley (juicio contencioso-administrativo), la protección constitucional de los Derechos Humanos está drásticamente debilitada y disminuida en Costa Rica. La Constitución —en esto como cualquier otra norma, pero con mucho más grave alcance, por el rango de los bienes que protege— es lo que dicen que es jueces y legisladores; y ambos, de consuno, han reducido los casos protegidos a hipótesis de academia y la protección a platónicas sentencias de anulación, nunca condenatorias contra la Administración como son las que importan y sirven a los Derechos Humanos.

c) Justicia constitucional.⁸

Algo muy parecido a lo anterior ha sucedido con nuestra justicia constitucional. Se trata de lo siguiente: nuestra Corte Suprema entiende la Constitución como un conjunto de textos, cuya filosofía es la que está escrita en ellos. De consiguiente, rechaza cualquier sentido de esos textos que no esté literalmente contenido en ellos. Para hacer triunfar una demanda por inconstitucionalidad de una ley es necesario un choque literal o inequívoco con la Constitución. Esto significa lo siguiente: cuando la Constitución o la ley emplean conceptos indeterminados, a determinar por su aplicación y con vista de los hechos del caso, la ley es siempre

8. Sobre este punto, *vid. también infra*, pp. 21 y sigs.

constitucional, por imposibilidad de choque literal entre ambas normas. A este nivel, dentro de esta concepción, es imposible saber qué alcance tienen tales conceptos. Y significa, por lo demás, que cuando el choque es no con el texto sino con la doctrina de la norma constitucional, la inconstitucionalidad es también imposible.

La concepción gramatical de la Constitución y la restrictiva de su interpretación que quedan descritas provienen de una vieja jurisprudencia de Corte Suprema que presume como legítima la ley mientras no se demuestre lo contrario. La tesis se funda en la presunta importancia política y social de la ley y en la necesidad de salvarla para el bien común, a no ser que ello resulte imposible, con lo que quiere decirse gramatical o lógicamente imposible. A fin de cuentas, nuestra jurisprudencia constitucional revela que la Corte Suprema entiende que una inconstitucionalidad es improcedente siempre que, para acogerla, sea necesario interpretar la Constitución, en lugar de leerla; esto también ha sido dicho. Se entiende el alcance gravísimo que tal jurisprudencia tiene y, más todavía, tal concepción de la función judicial, para los Derechos Humanos. Significa que será constitucional toda ley que los viole, si la Constitución no lo prohíbe expresa o inequívocamente, por emplear conceptos indeterminados alguna de las dos normas, por requerir interpretación distinta de la literal cualquiera de las dos, o, simplemente, por la difícil lectura de cualquiera de ellas (que exija una interpretación no fielmente literal).

Veámoslo en la jurisprudencia referida: "La invalidez de una ley, por ser contraria a los dictados constitucionales, debe resultar de la evidente oposición entre los textos respectivos. No puede estimarse que exista el vicio, en consecuencia, si tal contraposición resulta de asignarle o de negarle a la ley determinados alcances, de los que así, por vía de interpretación y frente a intereses ya en litigio, la disposición legislativa puede resultar constitucional o inconstitucional..." (Ses. Ext. Corte Plena (CP) núm. 29 de 14 hrs. del 27 de junio de 1957). "En el caso de autos se alega que la Sala aplicó retroactivamente la ley... Pero la verdad es que ese carácter no surge de la letra de ley en forma indudable o evidente... de manera que entonces se trata de un problema de interpre-

tación, para fijar los alcances del vocablo 'ratificar' y para decir en qué forma opera esa ratificación sobre la personalidad jurídica del X" (Ses. Ext. C.P. núm. 48 de 19 de octubre de 1965).

Esta tesis, que expresamente fija el lindero entre procedencia o improcedencia finales del recurso de inconstitucionalidad según que éste exija lectura o interpretación de uno cualquiera de los textos confrontados, respectivamente está reiterada en parecidos términos en votaciones de SS Exts. C.P. núms. 5 de 25 de enero de 1956 y 39 de 12 de julio de 1971. Creemos que es esta sostenida jurisprudencia constitucional el escollo más grave en la defensa de los Derechos Humanos ante la legislación que los viole.

d) Origen de la Corte Suprema.

Coincido plenamente y sin reservas con las críticas que el informe dirige al sistema actual de nombramiento de los Magistrados de Corte Suprema.⁹ El sistema no ha dado malos frutos, por una razón puramente anecdótica y contingente, que es la honestidad y rectitud de sus integrantes actuales. Si esto cambiara, quedaría probada la aberración del método. Ante esto, dos son las principales alternativas, a saber:

i) Crear una organización judicial semejante a la europea, ya reproducida en algún país de América Latina, con un Consejo de la Carrera Judicial, integrado paritariamente por los cuatro Supremos Poderes, con autonomía funcional frente a éstos, encargado de hacer la totalidad de los nombramientos de funcionarios jurisdicentes, según pruebas de idoneidad, por concurso o por méritos.

ii) Crear un organismo parecido o igual, pero integrado por representantes de los tres organismos que viven del y para el Derecho en Costa Rica: Poder Judicial, Facultades de Derecho y Colegio de Abogados. Es la solución propuesta por el suscrito en un proyecto de reforma constitucional que duerme desde hace veinte años en los archivos de nuestra Asamblea Legislativa.

Ambas ideas son utopías: ésta es una de las pocas reformas constitucionales urgentes en Costa Rica que la Asamblea Legislativa nunca permitirá cuajar en su detrimento.

9. Cf. *Revista Judicial* núm. 35, pág. 58, col. 2 (apartado iii *in fine*). Vid. también, en el *Tratado*, la pág. 559.

3) Responsabilidad constitucional de los funcionarios por violación de Derechos Humanos.¹⁰

Difícilmente coincido con el informe en sus críticas a nuestra Carta por la carencia de disposiciones sobre responsabilidades de los miembros de los Supremos Poderes —incluyendo Poder Judicial y Tribunal Supremo de Elecciones— por violación de Derechos Humanos.¹¹

Estimo absolutamente indispensable la creación de los delitos específicos por violación de Derechos Humanos en Costa Rica, que deberían ser agravados por calidad de gobernante propia de su autor, pero creo que la sede adecuada para tipificarlos es naturalmente el Código Penal y no la Constitución. Hacerlo es urgente, pero no en la Constitución.

Lo que considero que debe reformarse drásticamente es el fuero de los miembros del Poder Ejecutivo (Presidente y Ministros), que les otorga inmunidad ante la jurisdicción penal, salvo levantamiento del mismo por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa en los casos de delitos propios del cargo. La Corte Suprema ha declarado el privilegio irrenunciable, fortaleciéndolo todavía más. Esta mayoría calificada es un derecho regio de veto en mano de la Asamblea Legislativa, contra la Justicia, dentro de un sistema republicano de Gobierno, del que aquélla ha hecho uso y abuso a todo lo largo de nuestra historia política, aun ante casos de evidente criminalidad. Nunca, con una única excepción, nuestra Asamblea ha declarado haber lugar a proceso penal contra ningún miembro de los Supremos Poderes; y siempre que lo ha denegado ha sido por razones estrictamente partidistas —que no verdaderamente políticas—, pues nada tenían que ver con el mérito de los autos, ni con la buena marcha de lo público.

El fuero de los gobernantes tiene una sola ventaja válida a la altura de estos tiempos, que es la inmunidad del gobernante al arresto provisional. En todo lo demás es un vestigio renacentista, de estamentos o de castas, que debe eliminarse en bien no sólo de la Justicia sino de la decencia pú-

blica. Si así fuera, muy diferente sería la conducta de nuestros gobernantes y mucho más frecuentes sus actitudes ejemplares. En países como el nuestro donde, además, se transan y arreglan hasta los delitos, la tal inmunidad es como el ejército en otros países latinoamericanos, un privilegio de muy pocos contra todos los demás. Sugiero, en consecuencia, reformar nuestra Carta para suprimir los fueros de los gobernantes que sean miembros del Poder Ejecutivo, salvando su inmunidad al arresto provisional, y, por obvias razones de seriedad e imparcialidad, complementar ésta con otra reforma de igual rango, atribuyendo el conocimiento de la respectiva causa penal, en forma exclusiva, a la Corte Suprema de Justicia.

4) Los conceptos indeterminados.¹²

Esta es la madre del cordero. El tema es, en realidad, más amplio y toca de cerca la libertad de los Poderes Públicos en sus potestades o en el ejercicio de éstas. El tema es doble. Es, por un lado, el de la libertad del legislador en la elaboración de las leyes que desarrollan los preceptos constitucionales y, en nuestro caso, de aquellas que afectan los Derechos Humanos. El tópico suele enfocarse bajo el nombre "razonabilidad de la ley" y el vicio correlativo es llamado "exceso de poder legislativo". Es, por otra parte, el tema de la discrecionalidad de la Administración, en el ejercicio de potestades políticas o administrativas, presuntamente por aplicación de conceptos indeterminados, de origen constitucional o legal. Dentro de su problemática, el fenómeno de los conceptos indeterminados es quizá el más fácil y propicio para su esclarecimiento.

a) *La razonabilidad de la ley.*

Como bien se sabe, toda ley contempla una hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de poderes o deberes, lo que suele llamarse el supuesto y la disposición (de la norma). En el Derecho Público la norma oculta esta estructura porque se limita en muchas ocasiones a otorgar

10. Cf. *Tratado*, cap. VI; el comentario se refiere al Apéndice de dicho capítulo (pp. 633 y sigs.), esp. a su apartado iii.

11. Cf., en el sitio indicado en la nota anterior, pp. 635-636.

12. Cf. *Tratado*, cap. III y *passim*; el comentario se refiere al Apéndice de dicho capítulo (pp. 633 y sigs.), pero asimismo concierne, de manera general, sobre todo a lo que se discute en los §§ 17.II y 21 (mas estos párrafos fueron elaborados con posterioridad al Informe y también a la presente Glosa; *vid.* esp. los comentarios de Ortiz recogidos en las pp. 302-306 y 311).

potestades para realizar actos imperativos sin fijar los motivos o hechos antecedentes que justificaran el ejercicio de tales potestades. Esto es así, sobre todo, en el Derecho Constitucional, en el que se enumeran potestades de los Supremos Poderes sin indicar por qué ni para qué se ejercerán. Ocurre ello, con particular evidencia, en el caso de la potestad legislativa, conferida con tal libertad que la Asamblea pueda libremente escoger las situaciones de hecho (circunstancias históricas) cuyos problemas tratará de resolver, tanto como los fines que perseguirá al hacerlo. Desde este punto de vista la posición de la Asamblea frente a la Constitución es más parecida a la del individuo —que a la de la Administración— frente a la ley, porque la Asamblea puede legislar por cualesquiera motivos o para cualesquiera fines, excepto por o para los que le estén prohibidos por la Constitución, expresa o implícitamente. Y aun podría decirse que la Asamblea es soberana al respecto, porque lo único que le está realmente prohibido en cuanto fines es actuar para los extraños al bien público o contrarios a disposiciones expresas de la Carta. En cuanto a motivos, en realidad, no tiene límites, puesto que puede interesarse y regular cualquier situación social, si persigue un fin de bien público al hacerlo. ¿Significa ello que es totalmente libre y que puede ser arbitraria? O, a la inversa, ¿tiene límites la Asamblea impuestos por la Constitución? Una aplicación analógica del Derecho Administrativo —mucho más desarrollado en punto a técnicas de impugnación— permitirá contestar claramente.

En Francia los vicios del acto administrativo son incompetencia, violación de ley y desviación de poder. Los dos primeros son vicios por violación de normas escritas y de las reglas implícitas o conexas con ellas, según una inteligente interpretación sistemática. Se anula el acto porque lo dictó quien legalmente no podía, o sin las reglas de procedimiento existentes, o con disposiciones contrarias a las legalmente debidas. En síntesis: se violó la ley escrita y expresa, con todas sus implicaciones. El equivalente de este vicio en materia constitucional sería un choque entre el texto de la ley y otro expreso de la Constitución o entre normas inequívocamente implícitas en una u otra. Este sería el único tipo de vicio constitucional admisible en una ley en Costa Rica, según la jurisprudencia ya transcrita de Corte Suprema.

La desviación de poder —que, en Italia, queda englobada en otro vicio más amplio, llamado "eccesso di potere"— es la emisión legalmente

correcta de un acto imperativo para un fin ilegal, que puede ser personal o público, pero siempre distinto del legalmente asignado al acto respectivo. Este se ajusta a la ley en punto a competencia, procedimiento, forma, contenido y, en general, a todas las regulaciones escritas sobre el mismo, pero el móvil sicológico oculto es lograr un fin distinto del legalmente correspondiente. Y hay otra característica fundamental en el vicio: es vicio sólo de actos discrecionales, respecto de los cuales la ley permite elegir el motivo o el contenido del acto, al no regularlos o al permitir expresamente varias alternativas al respecto. El vicio es imposible en los actos reglados en esos aspectos, porque, entonces, carece de importancia el móvil interno, siempre que se cumplan las condiciones legales externas para dictar el acto correctamente. Ejemplo de desviación de poder: declaro y tramito la excedencia orgánica de una plaza, invocando carencia de presupuesto, cuando lo que busco es el despido disciplinario del respectivo servidor. Ejemplo de acto reglado sin desviación de poder: taso legalmente un impuesto, pero con ánimo de perjudicar al contribuyente, enemigo personal.

Muy pronto los franceses advirtieron que lo fundamental del acto discrecional es su relación con el motivo antecedente, la forma en que se adecuan y ajustan recíprocamente el motivo y el contenido, sobre todo cuando la ley no regula el motivo y tiene que escogerlo el funcionario. La jurisprudencia francesa, según veremos casi de inmediato, convierte en problema de legalidad esa elección del motivo, con todas las operaciones lógicas y estimativas que implica, así como la correlación entre el motivo y la disposición adoptada. Así, hay ilegalidad si el acto indica un motivo inexistente, inexacto o aparente, que esconde otro oculto; hay ilegalidad si el motivo escogido es de naturaleza tal que no puede servir para dictar un acto como el dictado, y la hay también, extremando excepcionalmente el control, si no hay proporción o congruencia entre el motivo invocado y la disposición del acto. Todo esto requiere una comprobación de los hechos del caso, una apreciación de los intereses que esos hechos confrontan, una jerarquización de esos intereses y un cálculo de lo que mejor se pueda hacer para satisfacer el fin legal más importante con el menor sacrificio de los otros concurrentes. Si se juzga mal la importancia de un hecho, porque se le da mucha o ninguna, en relación con el fin legal perseguido; o si hay contradicción en las consideraciones realizadas para

adoptar el acto; o discriminaciones en el trato de casos iguales; o desconocimiento grosero de precedentes o de circulares; o ignorancia de reglas técnicas, etc., el acto es nulo. En todas estas hipótesis el acto es nulo sin que se haya violado ninguna regla escrita. Se ha violado una serie de principios no escritos, que consagran metas o valores que la Administración debe respetar cuando resuelve, porque son los fundamentales de su organización y actividad, sin los cuales la arbitrariedad y la ineficiencia serían inevitables. Esos principios son, por ejemplo, el de racionalidad y lógica en la actuación, el de justicia por aplicación de la igualdad ante la ley, el de utilidad por la adecuación técnica del medio escogido con el fin perseguido, etc. La violación de esos principios arroja decisiones que son absurdas, inicuas, inútiles, disparatadas, etc. Su origen está en la naturaleza del hombre como ente de razón y de la Administración como hechura del hombre. Su formulación es jurisprudencial, casi nunca legislativa; en Francia, hasta hace pocos años, ni siquiera exigía la ley que se motivaran textualmente los actos administrativos discrecionales.

Este breve excursus comparativo permite entender mejor la inconstitucionalidad de la ley.¹³ El caso más fácil es, como se dijo, la violación de normas constitucionales expresas o implícitas en éstas. Sería a nivel de ley, lo que es la violación de la ley a nivel de acto administrativo. Pero es fundamental advertir que la legislación, como actividad, también está sujeta a aquellos parámetros fundamentales para dirigir la elaboración de la ley —ya no esta misma— de modo que el producto, la ley como norma, sea un reflejo de racionalidad, de justicia y de utilidad. Esos principios —como se advirtió— son típicamente tales, porque no están constitucionalizados, no obstante su rango claramente constitucional. Y sería inútil incluirlos en el texto de la Carta, porque por sí nada dicen. ¿Qué significa una ley justa, una ley racional o provechosa, en abstracto, y qué significaría la norma constitucional escrita que ordenara fabricar leyes de acuerdo con tales principios? Esos principios, cuya formulación es inútil, tienen la característica, propia de todos ellos, de concretarse y precisarse sólo cuando se aplican. Y permítaseme de nuevo el parangón con el acto administrativo.

El acto discrecional, falto de regulación en cuanto a motivo o contenido en la norma legal que

crea la potestad para dictarlo, sale a la vida, sin embargo, con un motivo y un contenido determinados. Esto significa que entre la potestad legal y la emisión del acto se ha creado otra norma para el caso concreto, que ha permitido definir exactamente lo que no definió ni reguló la ley. Es lo que un ilustre autor italiano ha llamado la norma discrecional o norma singular, para el caso y desde el caso (Piras). Es una norma determinada por los hechos, que siempre tienen exigencias normativas, y por la norma legal de la potestad respectiva, cuyos preceptos generales adquieren contenido nuevo y concreto en contacto con esos hechos. Siempre que una potestad —legal o constitucional— deja espacios en blanco respecto del acto de autoridad que permite, delega en el titular de la potestad la creación de una norma complementaria que llene esos espacios en blanco, con vista de la realidad a la que destina el acto. Y aunque en punto a leyes esa realidad es mucho menos singular y connotada que la que se da frente al acto administrativo, siempre conlleva exigencias de una norma adecuada a ella y límites tocantes a la racionalidad, la justicia o la utilidad de la ley. Exactamente como en relación con el acto administrativo el contralor se basa en principios no escritos que regulan la escogencia del motivo y su adaptación a una disposición (contenido) determinada, así esos mismos principios regulan la escogencia por el legislador de una determinada zona de intereses o de circunstancias y problemas, sobre todo desde el ángulo de la igualdad y de la utilidad en la escogencia; y, fundamentalmente, regulan la adecuación de esa situación de hecho escogida para legislar, creadora de un problema que debe ser resuelto (fin de la ley), a la disposición adoptada para resolverlo.

La regla fundamental, como se dijo, es la proporcionalidad entre la ley y su motivo antecedente o histórico, el problema social que trata de resolver, proporcionalidad que debe establecerse ante todo según una jerarquía de los intereses encontrados y conflictivos en ese problema, de modo que prevalezca el más valioso para el legislador, con el menor daño posible para los demás. El legislador no es tan libre como puede creerse para establecer la jerarquía de esos valores. Como se dijo, ésta viene dada en gran parte por los hechos del caso, por el problema a resolver; y está dada, en otra gran

13. Sobre este punto, *vid. también supra*, pp. 17-18.

parte, por los principios escritos en la Carta y, sobre todo, por la ideología que la inspira. Es imposible interpretar una Constitución sino con el método teleológico y sistemático, es decir: desde el ángulo de los valores perseguidos por el conjunto constitucional, no por una norma aislada. Y ello porque la Constitución, como acto y como norma, es un intento de regulación total de la comunidad, para darle o quitarle libertad y felicidad como un todo. De este modo, entran a formar parte de la Constitución —en el contralor de legitimidad de sus actos— reglas no jurídicas que condicionan la aplicación y el sentido de las que sí lo son.

La ideología constitucional y sus imperativos se convierten en jurídicos en la medida en que su aplicación sea necesaria para jerarquizar los intereses en el problema social que la ley trata de resolver, con el fin de saber en qué forma, es decir: a partir de qué hecho y por cual disposición, ese problema debe ser resuelto. Esto no es contralor político ni de oportunidad, sino aplicación estricta de la Constitución desde el punto de vista de los valores que explican su texto. Desde este punto de vista la libertad del legislador —que aparentemente es tan grande— puede ser reducida como la de la Administración, según los principios fundamentales del ordenamiento y los imperativos que, a la luz de estos últimos y de la jerarquía de necesidades establecida por su aplicación, presenten los hechos de la vida social o la zona de intereses sujeta a legislación.

Desde este ángulo una ley puede ser inconstitucional, como un acto administrativo, no por los choques de su texto con la Constitución, sino por los desajustes entre el dictado de la ley (disposición) y el hecho que condiciona su aplicación (supuesto), e, incluso, por los desajustes entre ambas partes de la norma y los antecedentes sociales o históricos que la han provocado. Tiene que haber una proporcionalidad entre problema social y norma y entre hipótesis de hecho y disposición de la norma, sobre todo desde el ángulo de los principios fundamentales de la Carta y de los hechos regulados. Esto es así en todo el mundo; casi todos los países civilizados lo aceptan sin temor, pese a su inevitable vaguedad en la enunciación teórica, porque, como se dijo, la realidad prueba otra cosa en el acto de su aplicación. Lo que puede parecer indiferente o incierto en abstracto, se pigmenta de valores y preferencias en concreto, por obra de los hechos investigados y de los principios básicos de la Carta. Y si bien pienso, para sos-

tenerlo, sobre todo en la jurisprudencia de Francia e Italia —que es la que mejor conozco—, fácilmente puedo decir lo mismo, sin titubeos, de la de EEUU. a nivel de Corte Suprema, donde el principio de proporcionalidad legislativa explicado se llama significativamente “the balance of convenience rule”. Una hermosa jurisprudencia al respecto se ha desarrollado en Argentina (con teóricos excelentes como Genaro Carrió y Juan Francisco Linarés) bajo el nombre de doctrina de la “razonabilidad” de la ley y del acto administrativo.

En síntesis: toda Constitución es un sistema con valores y principios fundamentales. Los problemas sociales son conflictos de intereses, encarnados en hechos y conductas, cuya solución depende de la jerarquía de esos intereses, en el caso o tipo de caso por legislar, según los imperativos de los hechos mismos y, sobre todo, de los principios y valores fundamentales de la Carta, lo que puede llamarse su ideología oficial. La legitimidad de la ley —como la de todo acto público— ha de medirse no sólo o no principalmente por su texto escrito, confrontado con el de la Constitución, sino, fundamentalmente, por la observancia de aquellos valores fundamentales en la actividad de elaboración de la ley, anterior a ésta, tal y como se refleja en las relaciones del supuesto de hecho con la disposición de la ley y de ambos con el problema social que la provocó. Esa relación, de consiguiente, es una de proporcionalidad, según ésta resulte definida por aquellos valores y principios constitucionales básicos, al tiempo que por los hechos del caso, que, con los intereses sociales, portan también valores propios. De este modo, los vicios de la ley —como los del acto administrativo— son también los cometidos por el legislador al formularla, por mal conocimiento de los hechos que la motivaron, por apreciación errónea o incompleta de esos hechos, por una errónea jerarquización de las necesidades sociales en juego, o por una disposición que no guarda proporción entre el bien conseguido y el mal causado, a la luz de los hechos y de los valores y principios constitucionales.

Esto lo ha dicho hermosamente un agudo publicista italiano, para el acto administrativo, pero en forma perfectamente aplicable a la ley en sus relaciones con la Constitución: “Cuando el Juez realiza tal contralor (del exceso de poder), recorriendo las vías transitadas previamente por la Administración, construye directa o indirectamente, explícita o implícitamente, un juicio de ‘congruidad’ o ‘proporcionalidad’ de la disciplina dada

a los intereses en juego; en relación, primero, con la potestad legal, tal y como ésta viene configurada en sus presupuestos, en los intereses por tutelar, en la posición recíproca de éstos y en la coyuntura prevista para su emanación; y, en segundo término, respecto de la situación de hecho en que se coloca y sumerge la Administración al ejercer la potestad. El juicio de proporcionalidad es único y doble al mismo tiempo, porque se cumple simultáneamente con referencia a la realidad normativa y a la factual: se trata sustancialmente de verificar si el acto examinado es el anillo 'justo' de engarce (en el sentido de congruo, adecuado) entre la potestad y la situación de hecho" (La reforma del proceso administrativo, Giuffrè, Milano, 1980, pág. 73).

Esto conlleva una reserva capital: cuando se trata de Derechos Humanos de origen constitucional, el ejercicio de la potestad legislativa o administrativa no puede destruirlos, no obstante existir para limitarlos y delimitarlos frente al bien común. Los Derechos Humanos presentan un núcleo irreductible, aunque no siempre constitucionalmente determinado, frente a la legislación y a la administración por igual, cuya violación configuraría, precisamente por desproporción entre el bien alcanzado y el mal causado, una típica forma de exceso o desviación de poder. Su contenido sólo puede determinarse al momento de ejercicio de la respectiva potestad, según su objeto real. Se trata de un juego dialéctico, en el cual la libertad sobrevive los ataques de la ley o del acto imperativo, pero siempre moldeada y sometida por ellos. Libertad y autoridad son excluyentes, pero interdependientes. Es esto lo que ha expresado sobria y elegantemente el art. 19.2 de la Constitución de Bonn (de 23 de mayo de 1949):

Art. 19.2: "En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia".

Y lo repite, con igual firmeza, el art. 53 de la Constitución de España (de 29 de diciembre de 1978):

Art. 53: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título (Derechos y Libertades Fundamentales) vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades".¹⁴

Creo innecesario hacer ver que, a la luz de todo lo expuesto, el problema de los conceptos indeterminados es el menor de todos. Los conceptos constitucionales indeterminados —en la definición de los Derechos Humanos (por ej: libertad de trabajo, actividad lícita, etc.) o en la propia de los motivos de las potestades constitucionales opuestas (por ej: estado de emergencia, potestades de policía por perturbaciones del orden público, fijación de impuestos proporcionales, etc.)— se comportan muy semejantemente a los conceptos legales indeterminados, que definen potestades administrativas; lo que quiere decir que muy probablemente, es aplicable a ellos, con mayores dificultades pero sin imposibilidad de principio, los procesos de reducción conceptual descritos, de acuerdo con la materia a regular (en este caso el problema social por legislar) y, sobre todo, con la hipótesis de hecho finalmente escogida para condicionar la aplicación de la norma creada. En todo caso, es un concepto indeterminado, precisamente, el que regula la legitimidad constitucional de la ley sobre la materia, el de "proporcionalidad" entre supuesto y disposición y entre norma y antecedente histórico, ángulo desde el cual puede verse como normal la posibilidad de que la ley resulte contradictoria con los hechos y motivos que aduce, disparatada respecto del fin escogido, excesiva para su logro, etc. Y, como se dijo, esa proporcionalidad no se establece arbitrariamente sino, primero, resolviendo un problema técnico-estimativo, el de la adecuación de la norma por adoptar al fin social perseguido; y, segundo, resolviendo también un problema axiológico, el de la importancia del sacrificio inferido en relación con la importancia del fin satisfecho. Para ambos problemas, son la realidad normada o por normar y los valores y principios básicos de la Carta, según la filosofía o ideología que la inspira, los parámetros fundamentales.

Sólo queremos dar un ejemplo: no hay gasolina y su consumo debe ser racionado, o sea, racionalizado. ¿Qué hacer? Hay varios intereses en juego: el de los conductores de vehículos, el de los expendedores de gas, el de la refinería, el de los otros consumidores de otros productos cuyo precio viene subvencionado con el precio de la gasolina. El interés principal, sin embargo, es claramente lograr la distribución mejor posible de la poca gasolina disponible. El legislador tiene que

14. Cf. también *Tratado*, § 11.II (pp. 115 y sigs.).